

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LXXIII ° Mayo-Junio 1997 ° Núm. 640

CONSEJO DE REDACCION

PRESIDENTE:

D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León.

CONSEJEROS:

D. José Poveda Díaz.
D. Juan Vallet de Goytisolo.
D. Aurelio Menéndez Menéndez.
D. Eugenio Fernández Cabaleiro.
D. Manuel Amorós Guardiola.
D. José Antonio Nortes Triviño.
D. Fernando Muñoz Cariñanos.
D. José Manuel García García.
D. Antonio Pau Pedrón.
D. Juan Pablo Ruano Borrella.
D. José Luis Laso Martínez.
D. Joaquín Rams Albesa.
D. Francisco Corral Dueñas.
D. Juan Sarmiento Ramos.
D. Luis María Cabello de los Cobos y Mancha.
D. Carlos Lasarte Alvarez.
D. Antonio Manuel Morales Moreno.
D. Angel Rojo Fernández.
D. José Luis Iglesias Prada.

COMISIÓN EJECUTIVA:

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

CONSEJERO-SECRETARIO DE LA REVISTA:

D. Francisco Corral Dueñas.

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

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

I S.S.N.: 0210-0444

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

Depósito legal: M. 968-1958

SUMARIO

	<i>Págs</i>
ADIOS A JOSE MARIA CHICO , por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	771
ESTUDIOS	
«Sobre el origen de la pluralidad hipotecaria: el problema de la pluralidad de créditos en el Derecho griego antiguo», por LUIS MARIANO ROBLES VELASCO	775
«Consideraciones en torno al llamado “negocio jurídico de aportación” a la sociedad de gananciales. La transmisión de bienes de los patrimonios privativos al ganancial y su incardinación en nuestro sistema contractual», por MARGARITA ISABEL POVEDA BERNAL	799
«La fusión de sociedades como supuesto de hecho determinante de la elevación de la renta arrendaticia», por M. ^a CORONA QUESADA GONZÁLEZ	889
DICTAMENES Y NOTAS	
«La Ley del Suelo ante el Tribunal Constitucional», por JOSÉ M. ^a CORRAL GUJÓN	947
«Ayer y hoy del crédito agrícola», por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	961
ACTUALIDAD JURIDICA	
Información legislativa y de actividades, por LA REDACCIÓN	973
JURISPRUDENCIA	
I. Sentencias del Tribunal Constitucional, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	983
II. Resoluciones de la Dirección General, por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA, JORGE REQUEJO LIBERAL y JESÚS GONZÁLEZ GARCÍA	1121

III. Sentencias del Tribunal Supremo:

1. Derecho Civil.

- b) Obligaciones y contratos, por ISABEL MORATILLA GALÁN y JOSÉ QUESADA SEGURA 1177
- c) Arrendamientos, por CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ 1197
- 4. Jurisprudencia procesal, por ERNESTO CALMARZA CUENCAS 1201

INFORMACION BIBLIOGRAFICA

- «Calificación registral de documentos que tienen origen en decisiones judiciales», de AIDA ROSA KEMELMAJER DE CARLUCCI, por JOSÉ M.^a CHICO Y ORTIZ 1209
- «El pacto resolutorio en la venta de bienes inmuebles», de FRANCISCO JAVIER ROVIRA JAÉN, por JOSÉ M.^a CHICO Y ORTIZ 1211
- «La tipicidad de los derechos reales», de A. ROMÁN GARCÍA, por JOSÉ M.^a CHICO Y ORTIZ 1214
- «Principios de Derecho Civil. Tomo 5.º Propiedad y Derechos reales. Segunda Parte», de CARLOS LASARTE ALVAREZ, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS 1216
- «Las Administraciones Públicas y el procedimiento administrativo común», de ANTONIO AGÚNDEZ FERNÁNDEZ, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS 1219
- «Prohibición del pacto comisorio y la opción en garantía», de MANUEL IGNACIO FELÍU REY, por EMILIANO MUÑOZ DE DIEGO 1221

- REVISTA DE REVISTAS, por LA REDACCIÓN. Comentarios de ISABEL DE LA IGLESIA MONJE 1225

Adiós a José María Chico

El día 21 de abril pasado ha fallecido nuestro amigo y compañero JOSÉ MARÍA CHICO, Registrador de la Propiedad, jurista completo, Vocal de la Comisión General de Codificación y Consejero de Redacción de nuestra REVISTA, de la cual ha sido habitual colaborador. Todavía en el presente número se publican varios comentarios de bibliografía, hechos con la maestría a que nos tenía acostumbrados.

La muerte, que ha sido súbita e inesperada, le ha sorprendido en plena actividad y haciendo lo mismo en que siempre ha ocupado su vida: trabajando sin tregua.

Desde aquellos denodados afanes de las oposiciones, especialmente duras en nuestra época, que reflejó en su libro sobre el tema, pasando después a su intensa vida profesional, hasta ahora, en que, aun después de jubilarse, ha seguido trabajando, José María no ha parado nunca. Bien puede considerársele ejemplo y paradigma del cual puede enorgullecerse el Cuerpo de Registradores. Nos ha prestigiado en los ambientes jurídicos de España y de fuera, especialmente de Hispanoamérica.

Sus varios libros, sus numerosísimos artículos, sus atinados comentarios a resoluciones, sus recensiones bibliográficas, han jalonado todo nuestro panorama profesional a lo largo de muchísimos años de aparecer su firma en varias publicaciones nacionales y extranjeras.

No hace falta recordar su estupendo e incomparable perfil humano, su compañerismo y su gran sentido del humor, que le granjearon la amistad de todos cuantos le hemos conocido y ahora le echaremos en falta.

Por mi parte, son muchísimos años de amistad y trabajo en común. José María «me fichó» desde que llegué profesionalmente a Madrid, cuando él era ya Director del Centro de Estudios Hipotecarios, indicándole a CARLOS HERNÁNDEZ CRESPO, nuestro Decano que también se nos fue, que yo podría ayudar en el Boletín del Colegio y en la Revista. Desde entonces nuestra colaboración ha sido continua, ya que él, después de jubilarse, ha seguido trabajando incansablemente para nosotros.

Ahora mismo tenía entre manos la preparación y confección del índice general de la REVISTA CRÍTICA, a partir de 1984 en que se cerró el que había hecho BUENAVENTURA CAMY. El trabajo se ha quedado bastante avanzado, pero habrá que terminarlo.

Le echaremos de menos en todo: En sus colaboraciones y en las recensiones de libros, siempre interesantes y en las que, a veces, junto a su doctrina, solía deslizar algún que otro ingenioso comentario que hacía el texto de más fácil lectura, aliviando con su característica «chispa» la pesadez de la literatura a que a veces obligan algunas recensiones de libros plúmbeos.

Querido José María: Aún tenemos más originales tuyos que se publicarán con tu firma. Cuando se acaben esos trabajos pendientes, cuando haya que terminar ese índice que comenzaste, vamos a notar tu falta.

Porque eras un magnífico colaborador y, sobre todo, porque siempre has sido un gran amigo.

Adiós, José María, siempre te recordaremos.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS
Consejero-Secretario

ESTUDIOS

Sobre el origen de la pluralidad hipotecaria: El problema de la pluralidad de créditos en el Derecho griego antiguo

SUMARIO. I. LA PLURALIDAD DE CREDITOS Y LAS FORMAS ANTIGUAS DE GARANTIA REAL EN EL DERECHO GRIEGO ANTIGUO.—II. EL COMERCIO MARITIMO Y SU INFLUENCIA EN LA PLURALIDAD DE CREDITOS: A) EL PRINCIPIO DE LA «ANEPAFIA» Y EL DELITO DE «ESTELIONATO». B) LA PRÁCTICA COMERCIAL MARÍTIMA COMO POSIBILITADORA DE LA PLURALIDAD HIPOTECARIA.—III. CARACTERES ESENCIALES DEL REGIMEN DE PLURALIDAD Y CONCURRENCIA DE CREDITOS HIPOTECARIOS.—IV. CONCLUSIONES.—V. GLOSARIO DE TERMINOS JURIDICOS.

EL PROBLEMA DE LA PLURALIDAD DE CREDITOS EN EL DERECHO GRIEGO ANTIGUO

Es bien sabido que la figura de la *hypotheca* por más que se intentara localizar sus orígenes en el Derecho romano clásico, es precisamente en las instituciones helenistas donde hunde sus raíces.

Es cierto que HIRTZIG (1), en su monografía pretendida como definitiva sobre la cuestión del origen de la hipoteca, la plantea como la última palabra sobre el tema, pero no cabe duda que se han efectuado aportaciones de gran interés por la doctrina posterior, como en el caso de PAPPULIAS (2),

(1) HIRTZIG, *Das griechische Pfandrecht. Ein Beitrag zur Geschichte des griechischen Rechts*, Upsala, 1895. En donde formula la teoría del *Verfallpfand*.

(2) PAPPULIAS, «Das byzantinische Recht und seine Bedeutung für die griechische Rechtsgeschichte», *C.r. II Congr. Internac. et byzant* (1929), págs. 62 y sigs.

PAOLI (3), MELETOPOULOS, PRINGSHEIM (4), FINE (5), FINLEY, GERNET (6), WOLFF (7), etc.

I. LA PLURALIDAD DE CREDITOS Y LAS FORMAS ANTIGUAS DE GARANTIA REAL EN EL DERECHO GRIEGO

BISCARDI (8) considera como incuestionable que las dos formas de garantías reales en el antiguo Derecho griego fueron el *enechyron* y la llamada *prasis epi lysei* (9).

Mientras *enechyron* consistía en la entrega efectiva de la posesión al acreedor, y pudiendo ésta recaer sobre muebles e inmuebles, sin una precisa diferenciación entre las cosas objeto de garantía. En la *prasis epi lysei*, el propio acreedor se convierte en propietario de la cosa que ha sido ofrecida en garantía hasta que se produzca el pago por parte del deudor (10). Esto signi-

(3) PAOLI, «Studi di diritto attico», *Pub. Firenze*, 9 (1930), págs. 344 y sigs. Id., «Sul diritto pignoratizio attico», *ASDGR*, Milano, 1976, págs. 393-407. Id., «La datio in solutum nel diritto attico», *ASDGR*, Milano, 1976, págs. 409-434. Id., «La scienza del diritto attico e le sue possibilità», *Civiltà moderna*, IV (1932), págs. 210 y sigs. Id., *Studi sul processo attico*, Padova, 1933, págs. 1 y sigs.

(4) PRINGSHEIM, «Zu einer Berliner griechischen papyrus-Urkunde», *Hermes*, 69 (1934), págs. 111-114; «Ausbreitung und Einfluss des griechischen Rechtes», *Sitzungsber. d. Heidelb. akad. d. Wiss.* (1952), págs. 19 y sigs. Id., «Le témoignage dans la Grèce et Rome archaïque», *RIDA*, 6 (1951), págs. 161-175.

(5) FINE, «A note on the compitalia», *Classical Philol.*, 27 (1932), págs. 268-273.

(6) GERNET, «Introduction à l'étude du droit grec ancien», *AHDO*, 2 (1938), págs. 261-292. Id., «Droit et prèdroit en Grèce ancienne», *Année sociol.*, 3 (1948-1949), págs. 21-119.

(7) WOLFF, «Conveyance of Land in Greco-Roman Egypt», *JRS*, 57 (1945), págs. 162-181. Id., «Faktoren der Rechtsbildung im hellenistisch-römischen Aegypten», *SDHI*, 18 (1952), págs. 410-411. Id., «Die Grundlagen des griechischen Eherechts», *TI*, 20 (1952), págs. 1-29. Id., «Organisation der Rechtspflege u. Rechtskontrolle der Verwaltung im ptolemäisch-römischen Ägypten bis Diokletian», *TI*, 34 (1966), págs. 35 y sigs.

(8) BISCARDI, *Diritto greco Antico*, Milano, 1982, pág. 219. Id., *Appunti sulle garanzie reali in diritto romano*, Padua, 1931 (reimp. Milano, 1976). Id., «La Lex Commisoria nel sistema delle garanzie reali», *Studi Betti*, 2, págs. 575 y sigs. Id., *Il dogma della collisione alla luce del diritto romano*, Città di Castello, 1935, págs. 58 y sigs. Id., «Ancora in tema di collisione», *SDHI*, 4 (1938); *ZSS*, 86 (1969), págs. 146 y sigs. Id., «Die mehrfache Verpfändung einer Sache vom attischen bis zum spätischen Recht», *ZSS*, 86 (1969), págs. 146 y sigs. Id., «Le régime de la pluralité hypothécaire en droit grec et romain», *JJP*, 19 (1983), págs. 41 y sigs.

(9) BISCARDI, «Le régime de la pluralité hypothécaire...», *op. cit.*, págs. 41 y sigs. Id., «El régimen de la pluralidad hipotecaria desde la jurisprudencia clásica hasta Justiniano», *TDR* (1987), pág. 65.

(10) Recoge PAOLI (*vid.* PAOLI, «Studi di diritto attico», *op. cit.*, pág. 153) unas referencias epigráficas del acreedor como propietario y dueño de la cosa objeto de la

fica, según ARANGIO RUIZ, que el acreedor era señor exclusivo desde el día del contrato, dejando al deudor el goce en precario (11).

Sin embargo, no parece que las diferencias entre ambas formas de garantía —la entrega de la posesión en el *enechyron*, la retención de la propiedad por parte del acreedor (12) en la *praxis epi lysei*— estuviera tan marcada como ocurría en Derecho Romano con la *fiducia cum creditore* (13) y el *pignus conventio* (14).

En realidad las diferencias aparecen no en la constitución ni durante la vida de la situación garantizada, sino en el momento del pago. Mientras que en la *praxis epi lysei* el deudor podía pagar su deuda dentro de un determinado plazo y rescatar con ello su titularidad, en el *enechyron*, puesto que no se producía la dejación de dicha titularidad, podría pagar y recuperar la posesión sin límite de tiempo.

Claro está que, al igual que ocurrirá posteriormente en el desarrollo de las garantías reales en Roma y en los derechos latinos en general, privar de la posesión al deudor es también privar del uso y goce de las cosas objeto de la garantía. Y si estos derechos recaen sobre cosas que atienden a la propia supervivencia del deudor, le impedirían hacer frente a sus obligaciones. Por ello se imponía la necesidad de buscar la tranquilidad del acreedor,

garantía. En dicho documento el acreedor pignoraticio reconoce que tiene la posesión continuada de la cosa pignorada y está recogido en el *epígrafe IG, II, 1139*

El texto es el siguiente:

horos khoriuo kai oikias hypokeimenon drakhmon hoste ekhein kai kratein ton themenon kata tas synthekas para aeinai euonymei

En dicho pasaje se documenta sobre el propio *horos*, tomándolo como señal que «la casa y el terreno están hipotecados por un montante de ochocientos dracmas, de tal forma que el acreedor pignoraticio es el propietario y dueño, de acuerdo con el contrato que se conserva en casa de Dínias Eunomeo» [traducción por cortesía de D. Cirilo García Villarrubia, catedrático de griego]. Véase PAOLI, «Sul diritto pignoratizio attico», *ASDGR*, Milano, 1976, pág. 403.

(11) ARANGIO RUIZ, *Arch. giur.*, IV, 23 (1932)

(12) No parece clara la diferencia que separa la posesión de la propiedad en el Derecho griego antiguo. Según BISCARDI, en base a algunas fuentes áticas, existían casos de conservación de la posesión por el acreedor (*hypokeimena*) aun cuando dicho acreedor fuera pagado al vencimiento de la deuda. Ello producía un efecto de continuidad de la «prenda» que no representaba en sí una situación diferente a aquella que se producía cuando el acreedor-adquirente continuaba con la propiedad de la cosa en la *praxis epi lysei*. Tal situación posesoria recibe el nombre de *pepramena* (vid BISCARDI, «El régimen de la pluralidad hipotecaria desde la...», *op. cit.*, pág. 66).

(13) KRELLER, «Formula fiduciae und Pfanddikt», *ZSS*, 62 (1942), pág. 143. Sobre la misma cuestión véase LONGO, «Fiducia cum creditore», *Centen Codificaz.* (Pavia), pág. 795. BELLOCCI, «La tutela della fiducia nell'epoca repubblicana», *Studi Senesi*, 85 (1973), pág. 321.

(14) ARIAS RAMOS, «La doctrina de la *conventio* y el origen de la hipoteca romana», *RDP*, 313 (1943), págs. 213-223.

sin impedir al deudor la disponibilidad material de las cosas ofrecidas en garantía (15).

Para BISCARDI (16) este inconveniente desaparece a lo largo del siglo IV a.C. desde el momento que la *prasis epi lysei* evoluciona de forma que el propio acreedor permite al deudor el goce de la cosa, bien como precario, bien como arrendamiento, y ello sin perjuicio de seguir conservando la propiedad. Cita para ello en su apoyo varios datos:

1) Recuerda que esta práctica está documentada en más de un centenar de *horos* u *horoi* griegos (17) de las ciudades griegas de Atenas, Amorgo, Lemno y Skyros. Sin embargo, como dato que apoye esta tesis es bastante endeble, puesto que las simples inscripciones contenidas en los *horoi* no revelan que se trate de una configuración de una auténtica garantía real, ni mucho menos sospechar todos los datos que conforman la garantía (18). Creemos que el argumento de más peso para entenderlo está en el hecho que los *horoi* hipotecarios son mencionados anteriormente en otros textos, y sería muy raro el que esos *horoi* tuvieran que tener únicamente el significado de «confines», es decir, como los palos o los mojones que indican los límites.

(15) Precisamente estos mismos inconvenientes o parecidos se presentaron en la configuración de una hipoteca mobiliaria. Así, sobre los graves inconvenientes que representa para el deudor la privación de la posesión de la cosa dada en garantía, sobre todo si tal cosa está destinada a fines agrícolas o ganaderos. Véanse SANZ FERNÁNDEZ, «La prenda sin desplazamiento», *AAMN*, 2 (1946), págs. 117-120, y ROYO MARTÍNEZ, *Aportaciones al estudio de la hipoteca sobre bienes muebles*, Sevilla, 1933.

(16) BISCARDI, «El régimen de la pluralidad hipotecaria desde la...», *op. cit.*, pág. 66.

(17) Algunos *horoi* griegos nos ilustran sobre la actividad jurídica, bien relativa a la titularidad, bien a los derechos de terceros (como gravámenes, servidumbres, inclusive derechos de retracto) o bien a los límites, destino o características de los bienes donde se colocaban. Para ello se utilizaban signos indicativos colocados en los propios bienes de forma muy similar a los rótulos autorizados hoy en día.

Aunque es cierto que las lejanas culturas mesopotámicas nos han suministrado maravillosos ejemplos de diversos tipos de indicativos de índole similar con referencias sobre las titularidades de los inmuebles o sus divinidades protectoras, es en Grecia donde aparecen un sinnúmero de inscripciones jurídicas mediante los denominados *horoi*, vocablo griego genérico que permite sugerir la idea de cipos, estelas o placas de materiales líticos o metálicos.

(18) Función de los *horoi* como institución antiquísima era la notificación de prohibición de volver a contratar sobre la misma finca marcada. En virtud del principio de la *anepafia* de la prenda, el acreedor que reclamaba o exigía un derecho sobre un inmueble hacía público ese derecho escribiéndolo sobre los *horoi* y prohibiendo ulteriores contrataciones que tuvieran por objeto aquellos inmuebles.

Ahora bien, admitido —siempre en hipótesis— que los *horoi* sirvieran para denunciar un derecho real inmobiliario, e incluso admitiendo que en el derecho ático los derechos reales inmobiliarios y mobiliarios se perfeccionasen con la posesión, no vemos qué hay de inaceptable en la suposición (y en este punto las fuentes no permiten otra cosa que suponer) que el uso de los *horoi* sugiriese la transformación de una posesión real en una posesión ficticia.

No obstante, ir más lejos podría dar que pensar, según ARANGIO RUIZ (19), que el sistema por el cual la inscripción sobre los *horoi* podía ser una posesión ficticia que aseguraría el crédito contra las pretensiones de ulteriores acreedores es demasiado romano para ser griego.

Por otra parte, la expresión *anaspan tous horous*, usada para indicar por medio del abatimiento de las señales de los confines la pérdida de la precedente posesión, está atestiguada en Jenofonte (20) y podría tratarse de una frase hecha para indicar la circunstancia de que el deudor se ha visto privado de la posesión de todo lo suyo.

2) Algunos textos literarios, así como algunos discursos de oradores, aluden a una forma de garantía en la cual no se produce la pérdida de la posesión por el deudor, y la llaman *hypotheke* (21).

Es posible que tal cosa fuera cierta, aunque BISCARDI no menciona ni las fuentes ni los textos en donde basa tal aseveración. No obstante, en el derecho ático de la época de los oradores (22) se reconocen las tres instituciones de

En lugar de poder ser una transferencia real de la posesión y una forma de dar publicidad a los terceros mediante la inscripción en los *horoi*, aquí se limitó a cumplir esta última finalidad. Esto es, que los *horoi*, cuya función originaria era la de notificar una prohibición, asumieran una función análoga a la de nuestra inscripción hipotecaria». PAOLI, «Sul diritto pignoratizio attico», *ASDGR* (1976), pág. 397 [=AG, CVIII (4.^a s., vol. XXIV), 1 (1932), págs. 161 y sigs.].

En cambio, ARANGIO RUIZ en la reseña que hace a PAOLI observa que no hay razón para no suponer semejante traspaso de la posesión real a la ficticia [ARANGIO RUIZ, «Recensioni critiche PAOLI, *Studi di diritto attico*, Firenze, 1930», *AG*, IV s., XXIII, 2 (1932), págs. 249-250].

(19) ARANGIO RUIZ, «Recensioni critiche: PAOLI, *Studi di diritto attico*, Firenze, 1930», *AG*, IV s., XXIII, 2 (1932), págs. 249-250 (cfr. nota anterior).

La respuesta del propio PAOLI no tardó en llegar: «*Las instituciones que tienen alguna analogía con el derecho de pignus romano o moderno presuponen un principio que está en la base de todo el derecho patrimonial ático, a saber, que el acreedor que no ha cobrado su deuda pueda resarcirse por vía directa echando mano de hecho de los bienes del deudor para obligarle a pagar, ya sea embargándole los bienes muebles, ya ocupando los bienes inmuebles*». (Vid. PAOLI, «Sul diritto pignoratizio attico», *op. cit.*, pág. 405).

(20) En Zenoth, XXXII, 18, se recoge un caso de desvinculación entre la propiedad y la posesión: El retórico trata en un momento de su discurso probar que un tal Protos es propietario de un barco. Aun no teniéndolo bajo su posesión, el orador defiende la propiedad de su cliente basado en tres circunstancias, como son: que Protos es quien ha comprado el barco, que la cosa está registrada en una aduana en su nombre y que el precio ha sido pagado [vid. DEMEYERE, «Le contrat de vente en droit grec classique», *RIDA*, 2 (1953), pág. 216].

(21) Se trata, pues, de una convención o pacto derivada del verbo *hypothemi*, en virtud de la cual el acreedor llegado el momento del vencimiento, si el deudor no paga puede tomar posesión de aquellos bienes que en el momento de la constitución de la garantía han quedado sujetos o asignados a ella.

(22) Así, por ejemplo, está atestiguada en Jenofonte (*Hell IV, 4, 31*) y otros reclaman nuestra atención, como un pasaje de LISIAS (*De bonis Aristoph.*, § 25) recogido por PAOLI en una brevísima nota (PAOLI, «Studi di diritto attico», *op. cit.*, pág. 159, nota 3).

la *hypothêkê*-convenio, de *hypothêkê*-prenda y la *apotimêma-Datio in solutum*, que, según PAOLI (23), hacían frente a tres posibles inconvenientes:

1. Que el deudor ejecutado pudiera alegar la no pertenencia a su patrimonio de los bienes muebles e inmuebles sobre los que recayese la ejecución (24).
2. Que aunque en el supuesto de que fuera cierta la pertenencia de los bienes al deudor, podía haber sucedido que en el período que va desde el origen de la deuda hasta la ejecución forzosa realizada a la llegada del vencimiento por el acreedor, otro acreedor hubiese tomado posesión de tales bienes (25).
3. Que incluso en el supuesto de que el patrimonio o al menos una parte adecuada del mismo fuese idónea o segura en lo que se refiere a la pertenencia

Un triarca ha recibido en consignación del rey de Persia una copa de oro como medio de reconocimiento de haber prestado servicios como alto funcionario. En el citado pasaje se añade que quiere darle en prenda a un colega que le proporcione por breve tiempo una cierta suma.

Demos gar ho Purlampous, trierarchon eis Kypron, edeethe mou proselthein autoi, legon hoti elabe <men> symbolon parabasileos tou megalou phialen Khrysen .. <Bouleitai de> labein ekkadeka mnas epi auteo, hini ekhoi analiskein eis ten Trierarkhian, epeide de eis Kypron aphikoito, lysesthai apodous eikosi mnas.

[Traducción por cortesía de don Cirilo García Villarrubia, catedrático de griego.] Traducción: «Demos el hijo de Pirlampes que estaba equipado con un trireme para hacerse a la mar rumbo a Chipre, me pidió que fuera en busca de él (Aristófanes) diciendo que recibió del Gran Rey como credencial una copa de oro, ...y desea recibir a cambio de ella 16 minas con el fin de poderlas gastar en la Trierarquía; y que cuando llegue a Chipre, la desempeñaría devolviéndola o dándole a cambio 20 minas».

Demos lo que quería dar en prenda era la copa de oro, pero de forma que el acreedor no se convirtiera en el poseedor de la misma. Lo que resulta claro del párrafo siguiente:

Epeide hediste <an> anthropon agein eudis ekeino to symbolon

[Pues (de no haber sido por eso) hubiera aceptado inmediatamente aquella credencial con mucho gusto.]

Naturalmente, el acreedor debía ser alguien que fuera directo a Chipre y volviera derecho a Demos, porque sólo con ir a Chipre y mostrar la copa que el acreedor tenía en prenda le era posible procurarse las veinte minas necesarias. Por esta razón la oferta fue hecha a Aristófanes, que era quien debía ir a Chipre.

El valor intrínseco de la copa es insignificante frente a la posibilidad financiera que aseguraba al deudor pignoraticio la exclusión de una forma —diríamos que casi absoluta— de la posibilidad de venderla a su vencimiento como garantía inherente a la prenda: Venta, por otra parte, que el deudor no habría podido consentir implícitamente sin cometer, además de una barbandad, un delito de apropiación indebida y, desde el punto de vista diplomático, una grosera incorrección.

(23) PAOLI, «Sul diritto pignoraticio attico», *ASDGR*, pág. 395.

(24) PAOLI, «Studi di diritto attico», *op. cit.*, pág. 141.

(25) PAOLI, «Studi di diritto attico», *op. cit.*, pág. 174.

cia y libre de posesión ajena, podía darse el caso de que el deudor no intentase ni tuviera interés en buscar cambiar la posesión de las cosas hipotecadas: En definitiva, que encontrara más cómodo no pagar que recuperar los bienes.

Contra el primer inconveniente está el hecho de que es una *hypothêkê* o convenio que tiene el único fin de determinar previamente los bienes sobre los que va a recaer la ejecución; convenio que, por un lado, excluye las posibles excepciones del deudor en el momento de la ejecución y, por otro lado, también limita la acción ejecutiva del acreedor (26).

Contra el segundo inconveniente se recurría al procedimiento de transferir inmediatamente la posesión de los objetos o cosas al acreedor (*hypothêkê* como «prenda o garantía» equivalente a derecho real) (27).

Contra el tercer inconveniente, si al vencimiento el deudor no encontraba o no tenía el modo de realizar la ejecución y a su vez le interesaba no perder indefinidamente la posesión de sus cosas, acreedor y deudor acordaban o convenían en la cesión definitiva de algunos bienes muebles o inmuebles del deudor, con la entrega de los cuales y el consiguiente paso de pasar a ser propiedad del acreedor, la obligación se consideraba extinguida (*apotimêma-datio in solutum*) (28).

Según dicho autor, habría que presumir que la *hypothêkê* más que un tipo de garantía es, en origen, un pacto o convenio añadido por el cual se autoriza al acreedor a seleccionar sobre qué bienes puede obtener posesión caso de impago del crédito. Esto es, que lo único a lo que faculta es a una posesión a partir del vencimiento y ello de una forma continuada. La conclusión posible de ello es que no sería en una primera configuración una forma de garantía, sino una cláusula añadida a una posible *enechyron*, en virtud de la cual se desvía el principio de la continuidad posesoria que en su constitución debería de haber sido entregada al acreedor como medida de garantía.

3) La aparición de una forma especial de garantía, el *apotimêma*, de aplicación tanto en el caso de garantizar la devolución al pupilo por parte del tutor de los bienes del patrimonio como en el caso de garantizar la restitución de la dote en caso de disolución del matrimonio.

Esta última figura nos podría situar sobre la pista de una garantía sin posesión que implique la existencia de una nueva institución más similar a la hipoteca. Si bien BISCARDI (29) considera que el *apotimêma*, originariamente era una *datio in solutum* con la misión de valorar la cosa dada en garantía para el caso, bien que el pupilo-acreedor no fuera satisfecho en el vencimien-

(26) PAOLI, «Studi di diritto attico», *op. cit.*, pág. 144

(27) PAOLI, «Studi di diritto attico», *op. cit.*, pág. 148.

(28) PAOLI, «Studi di diritto attico», *op. cit.*, pág. 179. El cómo esto se puede conciliar con los eventuales derechos de tercero lo expone en la pág. 181 de sus «Studi...».

(29) BISCARDI, «El régimen de la pluralidad hipotecaria desde la...», *op. cit.*, pág. 67.

to-restitución de su patrimonio, bien que la mujer o quienes tuviesen derecho a ello no les fueran restituidos los bienes dotales. En cambio, PAOLI (30) considera que bajo el título o nombre de *apotimèma* se pueden configurar cuatro instituciones distintas que representan otros tantos estadios del desarrollo más antiguo:

1. La *apotimèma-datio in solutum* como una forma de pago.
2. La *apotimèma*-convenio como predeterminativa de una eventual *Datio in solutum*, pero que no es un derecho real.
3. La *apotimèma*-convenio acompañada de un efectivo desplazamiento de la posesión es un derecho real, una forma de prenda en la cual al vencimiento de la obligación si el deudor incurre en mora transforma la posesión en propiedad.
4. La *apotimèma*-convenio, con la diferencia que en lugar del desplazamiento efectivo de la posesión se efectúa un desplazamiento ficticio mediante la inscripción en los *horoi*. Se trata esta última de un derecho real efectivamente separado de la posesión del acreedor, afín si bien no en los efectos, sí en su estructura esencial a una hipoteca moderna.

Reconoce que propio PAOLI (31) que las más seguras son la primera y la última; la segunda es una hipótesis que no ha sido confirmada más que de forma indirecta, pero que es necesaria para pasar de la primera a la tercera; la tercera, reconoce el mismo autor, está documentada imperfectamente, pero es la condición necesaria para pasar a la cuarta y además para justificar el hecho de que las fuentes aluden a la necesidad del derecho hipotecario con palabras que indican posesión. Y además parecería inexplicable la última, que se basa sobre un desplazamiento ficticio de la posesión ayudándose en la inscripción de los *horoi*, si no fuera posible pasar de un estadio de *apotimèma-datio in solutum* en el cual la efectiva posesión era exigida a otro de *apotimèma*-convenio donde únicamente se realiza un desplazamiento ficticio de la misma (32).

Por otra parte, la figura de la *apotimèma* no se da en cambio para los bienes pupilares, entre otras razones (33) porque además de la autoridad de las fuentes las cuales mencionan varias veces la garantía ofrecida por el deudor total, pero nunca la ofrecida por el tutor. Por otra parte, en la exclusión de una garantía ofrecida por el tutor en favor de los pupilos debe de pesar sobre todo el argumento —según PAOLI— que una tal garantía aunque fuera considerada oportuna era imposible:

(30) PAOLI, «Sul diritto pignoratizio attico», *ASDGR* (1976), pág. 396.

(31) *Vid* PAOLI, «La datio in solutum nel diritto attico...», *op cit*, pág. 396.

(32) PAOLI, «Sul diritto pignoratizio attico», *op. cit*, pág. 404

(33) Que PAOLI expone en sus «Studi .», págs. 169 y sigs.

Efectivamente, la hipótesis de una mujer que va al matrimonio llevando una dote presupone siempre la existencia de dos *oikoi*, el originario de la mujer y el *oikos* marital. Si la mujer es una heredera y lleva al matrimonio todo el *oikos* paterno, no se puede hablar de dote. Ya que, a decir de PAOLI, se trata de una *epíkleros* y no de un *epítroikos* (34).

Respecto a la *epíkleros*, no existe esa duplicidad constituida por el *oikos* paterno del que parte la dote y del *oikos* natural al cual ha venido a incorporarse durante todo el tiempo que dure el vínculo matrimonial ese fragmento de *oikos* paterno que es la dote.

Todo el *oikos* paterno de la *epíkleros* viene a formar parte del *oikos* marital. Esa duplicidad, a su vez, debe de ser supuesta en todos los aspectos jurídicos que asume la dote. Ahora bien, por lo que respecta a los pupilos, se repite la misma condición de cosa que debe de ser considerada por *epíkleros*:

El *oikos* del pupilo es absorbido provisionalmente por el *oikos* del tutor, el cual —como el propio ARANGIO RUIZ (35) ha demostrado para una etapa más arcaica— es el titular de los bienes del pupilo. Aquí no son dos *oikos*, el del pupilo y el del tutor, que funcionan como patrimonios separados y por los cuales uno pueda ser sujeto activo y el otro sujeto pasivo de un mismo vínculo de garantía real: Aquí en realidad lo que hay es un solo *oikos*.

Si el tutor se viera obligado a prestar una garantía real, en última instancia se convertiría en deudor de sí mismo —al quedar integrado el patrimonio pupilar con su propio patrimonio— y, consiguientemente, la garantía se extinguiría por confusión en el momento mismo de su nacimiento.

De ahí que, en definitiva, el deudor dotal está obligado a ofrecer eventualmente una garantía y el tutor no.

4) Pero hay un hecho fundamental a nuestro juicio que pudiera haber sido el auténtico motor de la transformación de las antiguas figuras de garantía en una hipoteca: El desarrollo del comercio marítimo.

II. EL COMERCIO MARITIMO Y SU INFLUENCIA EN LA PLURALIDAD DE CREDITOS

No cabe duda que una prenda tradicional en la cual la posesión quedara en manos del acreedor no podría utilizarse ni como medio de garantía ni como medio de crédito en el préstamo marítimo, ya que claramente el *neukle-*

(34) Para la distinción, se puede considerar el término *epíkleros* como heredera y *epítroikos* en el sentido de mujer que hereda un cargo sobre una propiedad como dote frente a la que no tiene dote [vid. «Recensioni critiche: PAOLI.», AG, XXIII, 2 (1932), pág. 249]

(35) ARANGIO RUIZ, «Erede e tutore», *Atti Napoli*, 53 (1930), págs. 1 y sigs.

ros (36) quedaría sin los medios que le permitieran hacer frente al pago en el momento del vencimiento, como sería la propia nave y el utillaje de navegación.

Por tanto era preciso que se permitiera el libre desplazamiento de la cosa aunque estuviera gravada, sin que por ello el acreedor viera peligrar su crédito. Para conseguir esto era necesario que el deudor pudiera tener la disponibilidad material de la cosa, pero ello unido a una coacción psicológica que impidiera que volviera a hipotecar una cosa ya previamente gravada, lo que consigue con un doble tipo de medidas: Mediante la consagración como principio jurídico indiscutible de la *anepafia* (37) y la declaración como delito grave del *estelionato*.

A) EL PRINCIPIO DE LA «ANEPAFIA» Y EL DELITO DE «ESTELIONATO»

En virtud del principio de la *anepafia*, nadie podía reutilizar como medio de garantía una misma cosa —aunque le perteneciera— y por tanto no podía volver a disponer de ella como libre por cuanto que estaría sujeta a la posible reclamación del otro.

Ello implicaría, por una parte, en el caso de la hipoteca la prohibición de volver a hipotecar una cosa ya hipotecada.

Si bien el cumplimiento del principio de la *anepafia* hacía suponer que la cosa está libre de posibles reclamaciones por cuanto que la propia ley obligaba ya al deudor con la prohibición de negociar nuevos créditos sobre la misma cosa (38), ello estaba condicionado a la posible efectividad de un régimen de notificaciones.

Existe un texto de la desaparecida obra de Teofrasto, que fue conservada en otra muy posterior y helenística (39), que ofrece un testimonio sobre los sistemas de publicidad.

(36) Sobre la figura del *naukleros*, véase el trabajo de AMELOTTI-MIGLIARDI ZINGALE, «Una dichiarazione di *naukleros* del 237 a.C. in un papiro inédito della collezione Genovese», *SODALITAS*, 6 (1984), donde comenta el caso de Menelaos, *naukleros* al mando de una embarcación con una capacidad de transporte de unos 5.000 artabes, en el año décimo del reinado de Tolomeo III Eugertes constituye garantía sobre la nave en favor de Nysios, obligándose a transportar el grano a Alejandría.

(37) El principio de la *anepafia* es aquel principio en virtud del cual el propietario no puede servirse de la cosa como medio de crédito si no está libre de préstamos a favor de otro.

(38) Respecto a los antecedentes de la prohibición de volver a gravar una cosa ya gravada, vid RABEL, *Die Verfügungsbeschränkungen des Verpfänders, besonders in den Papyri*, Leipzig, 1909, págs. 9 y sigs. [= *Gesammelte Aufsätze*, 4 (1971), Tübingen, págs. 173 y sigs.].

(39) El texto es un fragmento de la obra desaparecida de Teofrasto (372-288 a.C.) que fue recogida por el antologista del siglo v d.C. Juan Estobeo, el cual reunió en sus «*Antologías*» o «*Florilegio*» extractos de carácter educativo de la literatura griega.

El texto, traducido por FERNÁNDEZ DEL POZO, dice así:

«Ciertas legislaciones quieren que las ventas sean proclamadas por un heraldo público y que sean anunciadas con varios días de antelación. Otras exigen que éstas tengan lugar delante de un magistrado. Así la ley de Pittacos ordena que la venta sea realizada delante de un magistrado. Hay las que prescriben que la venta sea publicada en el sitio donde tiene su sede el magistrado durante al menos sesenta días, como en Atenas, y que el comprador pague la centésima parte del precio para liberarse de todo aquel que venga a reclamar y a discutir su derecho y que se sepa por el pago del precio cuál es el justo adquirente.

En otras, aun las ventas deben ser anunciadas durante cinco días consecutivos antes de ser confirmadas al objeto de permitir a los interesados el tiempo de intervenir y de reclamar la propiedad o la casa. .

Tales son las leyes de Cyzique.

Los Thurianos han suprimido todas estas formalidades y no publican las ventas en la plaza pública ni tampoco otros actos, pero obligan al vendedor y al adquirente a reunirse y dar a tres de los más próximos vecinos una pequeña pieza de moneda y testimonio de lo hecho. En el bien entendido que los magistrados en un caso, y los vecinos en otro, deben de ser tenidos por responsables si se niegan a recibir o si reciben dos veces a la misma persona, o si habiendo recibido se niegan a indicar el nombre del comprador. Además, no conviene olvidar que los anuncios y proclamas y todo lo que concierne a las oposiciones no son, en la mayor parte de los casos, sino expedientes empleados para remediar la ausencia de otra norma.

En efecto, en todas partes donde está establecida la inscripción de las propiedades y de los contratos es fácil saber por ella si los bienes son libres y sin cargas y si el vendedor es realmente propietario, porque el magistrado inscribe inmediatamente al comprador en lugar del vendedor.

Como quiera que a veces existen testafierros en las compras y en las ventas, cuando alguien quiere enajenar sus bienes, conviene que existan normas sobre este particular.

Hay en algunos pueblos donde existen previsiones para evitar este abuso y al mismo tiempo para asegurar la publicidad del derecho de propiedad. Según estas normas, aquel que compra una

(40) FERNÁNDEZ DEL POZO, *La propiedad inmueble y el Registro de la Propiedad en las sociedades antiguas*, Madrid, 1993, págs. 156-160.

casa debe de sacrificar sobre el altar de Apolo que preside en su distrito; aquel que compra un campo debe de sacrificar en la villa donde habite y jurar delante del magistrado encargado de la inscripción y delante de tres habitantes de la villa que él ha adquirido en justicia, sin fraude, simulación ni vicio de alguna clase. El vendedor debe jurar de la misma manera que él vende sin dolo. Quien no habitara en la villa debe de sacrificar y prestar juramento sobre el altar de Júpiter Agoraios. Los menesterosos puedan quedar libres del juramento con una ofrenda de perfumes. A falta de estas formalidades el magistrado deniega la inscripción».

Del texto se infiere la existencia de una magistratura especial, la cual estaría encargada del registro de los contratos privados y las resoluciones de los tribunales.

Por otra parte, Aristóteles (41) menciona el cargo de este tipo de funcionario en el quinto lugar entre las seis primeras magistraturas políticas indispensables para el buen funcionamiento del Estado.

Y si bien parece que la polis ateniense carecía de tal magistratura (42) —al aludir a dicha magistratura como necesaria para el Estado— es porque en otras ciudades-Estado de Grecia sí que podía estar extendida aunque no fuera de modo general.

Si bien lo interesante es que se impone la necesidad de un sistema de publicidad sobre los gravámenes que impidiera la duplicidad de los mismos sobre los bienes. Y es cierto que en Grecia existía un régimen de notificaciones sobre inmuebles (43), lo era en forma pasiva mediante determinadas marcas —los conocidos *horoi*— en los fundos rústicos o en los edificios urbanos, aparte de la forma privada de la *aporrhesis*.

Así pues, en lugar de significar tanto una transferencia real de la posesión como una forma de dar publicidad a los terceros mediante la inscripción en los *horoi*, aquí se limitó a cumplir esta última finalidad. De esta forma, fue posible que los *horoi* cuya función originaria no era precisamente la de notificar una prohibición (44), asumieran una función análoga a la de nuestra inscripción hipotecaria (45).

(41) En *Pol.* VI 1321 b34; 1322 b34.

(42) Esta magistratura —*arkhe*— era la encargada de hacer inscribir —*anagrafeshai*— los contratos y resoluciones judiciales a decir de FERNÁNDEZ DEL POZO (vid en *La propiedad inmueble y el registro de la...*, cit., pág. 158, nota 394). Sobre dicha magistratura véase GEORGUODI, «Manieres d'archivage et archives de cités», *Cahiers de Philologie*, Presses Universitaires de Lille, pág. 244, y GERNET, «Sur l'obligation contractuelle dans la vente hellénique», *RIDA*, 2 (1953), pág. 234.

(43) BISCARDI, «El régimen de la pluralidad hipotecaria desde la ...», *op. cit.*, pág. 68.

(44) PAOLI, «Studi...», pág. 185, nota 2.

(45) FERNÁNDEZ DEL POZO, *La propiedad inmueble y el registro de la ...*, cit., pág. 159.

Pero parece que, a pesar de las prohibiciones legales, la violación del principio de la *anepafia* era cosa frecuente puesto que aunque el acreedor pudiera conocer la existencia de la carga anterior, podía a pesar de ello realizar una nueva convención que le permitiera detentar un nuevo derecho de crédito.

Llegado a este punto sería interesante conocer si el principio de la *anepafia* tiene correspondencia con los textos romanos posteriores. Lo que supondría —en el caso del *pignus*— la indisponibilidad de la cosa dada en prenda en cuanto que imposibilitaría la existencia de acreedores subsiguientes.

Dicho principio, caso de existir en los textos romanos, supondría una contradicción evidente entre la posibilidad del *pignus* y la eventualidad de una pluralidad de acreedores.

Efectivamente, aun cuando ya en tiempos de la obra justiniana era moneda corriente la pluralidad de acreedores sobre la misma cosa obligada, todavía a modo de resabio arcaizante aparecen pasajes en clara confrontación a la multiplicidad de crediticia.

Desde este punto de vista se puede comprender el pasaje de D.20.1.15.2 (46):

Qui res suas iam obligaverint, et alii secundo obligant creditori, ut effugiant periculum, quod solent pati, qui saepius res obligant, praedicere solent, alii nulli rem obligatam esse, quam forte Lucio Titio, ut in id, quod excedit priorem obligationem, res sit obligata, ut sit pignori hypothecaeve id, quod pluris est, aut solidum, quum primo debito liberata res fuerit (47).

Pasaje en donde vemos la posible concurrencia de acreedores y el posible riesgo en el que incurren cuando se obligan dos o más veces unos mismos bienes. Para evitar esto se acude al ardid de manifestar que si bien la cosa no está obligada a ninguno, salvo a Lucio Ticio por ejemplo, en lo que excede del primer gravamen, y recayendo la segunda obligación en lo que exceda de la primera, o en la totalidad de la cosa en cuanto quede libre de aquella.

De esta última implicación también se encuentran trazas en otras fuentes latinas, como lo es en D.47.2.66.pr (48):

(46) GAIUS, *Lib. singulari de formula hypothecaria*

(47) [Traducción de GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, Barcelona, 1898. «Los que ha hubieran obligado sus bienes y los obligan a otro segundo acreedor para evitar el riesgo que suelen correr los que obligan muchas veces los mismos bienes, suelen manifestar que la cosa no está obligada a ningún otro sino, por ejemplo, a Lucio Ticio para que en aquello que excede de la primera obligación quede obligada la cosa, de suerte que sirva para la prenda o la hipoteca lo que vale de más, o la totalidad, cuando la cosa hubiere quedado libre de la primera deuda».]

(48) PAULUS, *Libro VII, Ad Plautium*. [Traducción de GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, Barcelona, 1898. «Si el que dio una cosa en prenda la hubiere

Si is, qui rem pignoris dedit, vendiderit eam quam vis dominus sit, furtum facit, sive eam tradiderat creditori, sive speciali pactione tantum obligaverat; idque et Iulianus putat.

Donde califica de hurto a quien vende una cosa que había sido gravada con prenda, y ello tanto si media entrega al acreedor —*tradiderat creditori*— como si se hubiera obligado en virtud de pacto especial —*sive speciali pactione tantum obligaverat*—. Aunque lo especial del supuesto está en calificar de hurto el hecho aun cuando quien tal procede es su dueño —*quam vis dominus sit*.

Dada la imposibilidad legítima de volver a gravar la misma cosa, se impone la necesidad de refrendarlo mediante sanciones que hagan más efectiva la imposición del principio referido. Esta prohibición de volver a dar como libres las cosas anteriormente gravadas nos lleva a referirnos al delito de *estelionato* y su calificación de delito grave.

Sobre la configuración de tal delito —*stellionatus*— en las fuentes latinas, los propios textos justinianos nos dan unas orientaciones muy precisas del mismo. Así en D.47.20.2:

Stelleionatus iudicium famosum quidem non est, coercionem extraordinariam habet (49).

Fragmento en base a un texto de ULPIANO en donde se indica que aunque no sea equivalente a la infamia, no por ello deja de llevar aparejada una pena extraordinaria.

A la cuestión de cuándo tiene lugar se refiere el texto del D.47.20.3.1 según el cual:

Stellionatum autem obici posse his, qui dolo quid facerunt, sciendum est, scilicet si aliud crimen non sit, quod sit, quod obiciatur; quod enim in privatis iudiciis est de dolo actio, hoc in criminibus stellionatus persecutio. Ubicunque igitur titulus criminis deficit, illic stellionatus obiciemus. Maxime autem in his locum habet, si quis forte rem alii obligatam dissimulata obligatione per calliditatem alii distraxerit, vel permutaverit, vel in solutum dederit; nam hae omnes species stellionatum continent. Sed et si quis merces supposuerit, vel obligatas averterit, vel si corrumperit, aequé ste-

vendido, aunque sea su dueño, comete hurto, ya si se la hubiere entregado al acreedor o ya si solamente la hubiera obligado por pacto especial. Y esto opina también Juliano»]

(49) ULPIANUS, *Lib. VIII, Ad Sabinum* [Traducción de GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, Barcelona, 1898. «El juicio de estelionato no es ciertamente infamatorio, mas lleva consigo pena extraordinaria».]

litionatus reus erit. Item si quis imposturam fecerit, vel collusionem in necem alterius, stellionatus poterit postulari. Et ut generaliter dixerim, deficiente titulo criminis hoc crimen locum habet, nec est opus species enumerare (50).

Esto es, tendrá lugar cuando se oculte la obligación contraída o se enajene una cosa que previamente había sido obligada en favor de otro, o en el caso que las mercancías pudieran servir de medio de garantía, se sustrajeran al posible acreedor o se estropearan para impedir el beneficio de éste.

En cuanto a cuál sea la pena, se nos indica en el siguiente epígrafe:

Poena autem stellionatus nulla legitima est, quum nec legitimun crimen sit; solent autem ex hoc extra ordinem plecti, dummodo non debeat opus metalli haec poena in plebiis agredi; in his autem, qui sunt in aliquo honore positi, ad tempus relegatio, vel ab ordine motio remittenda est (51).

Según el cual, y a pesar de no haber pena alguna del estelionato señalada por la ley, la pena es distinta según se trate de plebeyos, en cuyo caso no puede exceder del trabajo en las minas, o de los que ostentan alguna dignidad, ya que en dicho supuesto implicaría la posible destitución o remoción de su cargo.

Aunque en base a un texto de MODESTINO (52), recogido en D.47.20.4:

(50) [Traducción de GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, Barcelona, 1898: «Mas se puede acusar de estelionato a los que hicieron alguna cosa conviene a saber que si no hubiere otra acusación criminal que se les oponga; porque por lo que en los juicios privados hay la acción de dolo, hay en los delitos la persecución de estelionato. Así pues, donde falta el título de delito acusaremos de estelionato. Pero principalmente tienen lugar, si acaso alguno, habiendo disimulado la obligación, hubiere enajenado o permutado dado en pago a alguien con malicia una cosa obligada a otro; porque todos estos casos contienen estelionato. Pero también si alguno hubiera sustraído (sustituido) mercancías, o hubiere distraído las que estuvieran obligadas, o las hubiere estropeado, será igualmente reo de estelionato. Así mismo, si alguno hubiere hecho impostura o colusión en perjuicio de otro, podrá ser acusado de estelionato. Y como en general he dicho, faltando la denominación de delito tiene lugar esta acusación criminal y no hay necesidad de expresar la especie del delito».]

(51) D.47.20.3.2. [Traducción de GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, Barcelona, 1898: «Mas no hay pena alguna del estelionato señalada por la ley, por cuanto tampoco es delito definido por la ley; pero por esto se suele castigar fuera de lo ordinario, con tal de que la pena no debe de exceder del trabajo en las minas tratándose de plebeyos; mas respecto a los que se hayan constituidos en alguna dignidad se ha de aplicar la relajación temporal o la remoción del orden».]

(52) *Lib III, De poenis*. [Traducción de GARCÍA DEL CORRAL. «Si alguno juró en un instrumento que eran suyas las prendas, resulta del perjurio un delito de estelionato y es, por tanto, desterrado temporalmente».]

De periurio, si sua pignora esse quis in instrumento iuravit, crimen stellionatus fit; et ideo ad tempus exulat.

En el caso de mediar juramento recogido en un instrumento aseverando que la cosa dada en prenda es suya, si después se demuestra que no lo es la pena que se impone es la de destierro temporal.

Llegado a este punto, lo que continuaba siendo más discutible era si en el caso de la nave o de los enseres transportados estuvieran ya gravados —con lo cual ya garantizaban anteriores deudas— si podían volver a hipotecarse (53).

Las dudas acerca de si tales actos podían permitirse o no, o si la protección del crédito la amparaba la propia transmisión de la *prasis epi lysei*, tal vez hicieron de agente paralizante en la difusión de los créditos reales.

Por otra parte, y dado que no existía una clara delimitación entre la posesión-titularidad de la cosa, y derecho real de garantía por otra, se crea un estado favorable a la aparición de nuevos acreedores posteriores, bien porque mediante convención privada prestan con el conocimiento y consentimiento del deudor, o bien por medio de fórmula puramente pasiva de publicidad que suponían los *horoi*.

Lo cierto es que se presentan posibles concursos de acreedores, los cuales se resuelven mediante regla tan romanista por lo demás de *melior est condicio possidentis*, con lo cual la preferencia la va a obtener —en caso de concurrencia de acreedores— el que sea poseedor. Así es posible entender que siglos más tarde esta idea reaparezca en los propios textos justinianeos.

Concretamente en D.20.4.14 (54). Dice así el texto:

Si non dominus eandem rem diversis temporibus pignoraverit, prior potior est, quamvis, si a diversis non dominis pignus accipiamus, possessor melior sit.

En este fragmento se recoge el principio citado de forma que en caso de pignoración sucesiva de una misma cosa en favor de dos o más acreedores, la preferencia es en favor del primero; pero tratándose del supuesto de constitución de prenda por dos o más deudores, ninguno de los cuales pudiera

(53) Lo cierto es que BISCARDI considera que en las relaciones comerciales regía la prohibición de la *epidaneizein*, con lo que se impedía obtener dinero en préstamo sobre las mercancías ya hipotecadas, siendo considerado un acto de mala fe (BISCARDI, «El régimen de la pluralidad hipotecaria desde la ..», *op. cit.*, pág. 69).

(54) PAULUS, *Lib. XIV, Ad Plautium*. [Traducción de GARCÍA DEL CORRAL: «Si el que no era dueño hubiere pignorado a dos una misma cosa en diversos tiempos, es preferido el primero, aunque si de varios que no sean dueños recibiéramos una prenda, sea preferido el poseedor».]

determinar ser el propietario, la preferencia es en favor del que tiene la posesión.

De todas formas, la cuestión estriba en si esto se puede entender como un sistema muy rudimentario de garantías, ya que aparte la prohibición de la *epidaneizein* —el préstamo de dinero con la garantía de la nave o de las mercancías transportadas—, que es fácilmente vulnerado mediante el simple expediente del sometimiento de la voluntad del deudor a la del acreedor, no se expresa una equivalencia entre el importe de la garantía y el valor de los bienes que la cubren. Con lo cual podía darse en la práctica que el valor de los bienes fuera muy superior a de la deuda pretendidamente cubierta.

Por otra parte, la propia configuración de la *praxis* —con su transmisión de propiedad—, la imposibilidad de utilizar la cosa como medio de obtención de nuevas garantías —a menos de caer bajo la subyugación del acreedor—, la coacción psicológica que pesa sobre el deudor en caso de incumplimiento y la dificultad no menor de la obtención de una justa valoración de la cosa en relación con la garantía que cubre su valor suponían inconvenientes no pequeños que propiciaron que los griegos no llegaran a desarrollar y menos a plantearse en toda su extensión el problema de la pluralidad de vínculos hipotecarios sobre un mismo bien.

B) LA PRÁCTICA COMERCIAL MARÍTIMA COMO POSIBILITADORA DE LA PLURALIDAD HIPOTECARIA

No obstante lo anterior, debido a la práctica comercial marítima se acaba reconociendo en favor del acreedor el derecho a vender la cosa —una vez que tuviera la posesión de la misma—, dándosele el nombre de *embateusis* o *embateia*.

La innovación introducida está en que dicha venta conllevaba aparejada la posibilidad de detraer del producto de la misma el importe del crédito no satisfecho.

Y puesto que, según vimos, era posible por voluntad de las partes la introducción de una cláusula que permitiera sustraerse al régimen de la continuidad posesoria en la *hypothekē* y a la derogación del principio de la *anepafia*, con lo cual éste deja de ser considerado como una disposición de orden público.

Con el tiempo, según BISCARDI (55) esta práctica comercial marítima acabó por incorporarse a las convenciones de *hypotithenai* o pacto por el cual se designan sobre qué bienes puede tomar posesión el acreedor en caso de impago de su crédito.

(55) BISCARDI, «El régimen de la pluralidad hipotecaria desde la. .», *op cit*, pág. 70.

A dicho pacto se le suele añadir una cláusula en virtud de la cual dichos bienes pueden venderse para resarcir al acreedor de su crédito, en vez de la modalidad anterior según la cual y en base a la continuidad posesoria habría de permanecer con ellos en la espera de un posible rescate por el deudor.

Todo ello nos induce a pensar que durante bastante tiempo no pudo llegar a plantearse el conflicto de la pluralidad de créditos hipotecarios sobre una misma cosa; bien porque se tratara de la *enechyron*, con su entrega efectiva de la posesión al acreedor; bien de la *prasis epi lysei*, donde el propio acreedor se convierte en propietario-adquirente de la cosa ofrecida en garantía hasta el pago de la deuda, o bien el principio de la *anepafia*, que supone la prohibición de negociar nuevos créditos sobre la misma cosa.

En cualquiera de estos casos se dificulta que una misma cosa sea objeto de nuevas garantías con otros acreedores.

Fue necesario que desaparecieran todos estos obstáculos para que la posibilidad de concurrencia de varias garantías reales sobre el mismo fuera posible.

Junto a ello se hizo imprescindible la posibilidad de vender la cosa por el acreedor, bien sea en la práctica mercantil marítima, bien por voluntad de las partes, como dice BISCARDI (56), para que se posibilitase la concurrencia de varios vínculos hipotecarios sobre una misma cosa y que ésta no estuviera sujeta a la excluyente posesión de uno de éstos.

Ello implica el cumplimiento de una serie de premisas, como son:

a) Que la garantía real no implique el desplazamiento de la posesión por cuanto que, según vimos, el acreedor que detentara tal posesión obtendría preferencia en su crédito, y ello tanto en virtud de la regla *melior est condicio possidentis* como de la carencia de una adecuada publicidad (57), con lo cual dificultaba, cuando no imposibilitaba, el conocimiento de qué hipotecas y en favor de qué acreedores se habían constituido con anterioridad —salvo que fueran tan patentes que no la necesitaran por venir impuestas por un orden más elevado como fueron las hipotecas legales, según veremos.

b) El no desplazamiento de la posesión en favor del acreedor durante la vida del crédito tiene que ser conciliado con la idea de que al terminar el período de garantía el acreedor no esté facultado para posesionarse de la cosa.

La razón habría que buscarla en que, en tal caso, el acreedor-poseedor fácilmente podría pensar en reintegrarse de su deuda con la cosa sobre la cual

(56) BISCARDI, «El régimen de la pluralidad hipotecaria desde la...», *op. cit.*, pág. 70.

(57) Como advierte FERNÁNDEZ DEL POZO, los griegos carecían de un único sistema de publicidad inmobiliaria aunque valoraron y conocieron la trascendencia de ésta. La publicidad inmobiliaria se llevó a cabo a través de diversos mecanismos, según las distintas *polis*. Aunque sin duda el más perfecto fue el sistema de publicidad registral (*vid* FERNÁNDEZ DEL POZO, *op. cit.*, pág. 155).

tiene ya la posesión, con lo cual sería difícil que éste la cediera a otros acreedores que también tuvieran derechos de crédito sobre la misma.

c) Que la posibilidad y concurrencia de créditos distintos sobre una misma cosa lo sean por debajo del valor real de ésta. Es lógico pensar que si el valor de la cosa fuera inferior a la cuantía de la deuda lo que obtuviera por la venta no permitiría al acreedor recuperar su crédito y el deudor continuaría obligado por la diferencia.

Situación ésta que los antiguos griegos denominaban *elleipon* (58).

La situación que posibilitaría la simultaneidad y concurrencia de distintos créditos con diferentes acreedores es justo el caso opuesto: Que el valor de la cosa sobre la cual se constituye la garantía exceda de la cuantía de la deuda para que así el excedente quede en favor del deudor y posibilite la obtención de nuevos créditos. Tal excedente, bien conocido con el nombre de *hyperocha* o *hyperocha*, es necesario que exista para poder encontrar otro acreedor.

Existe un texto de TRIFONINO, recogido en D.20.4.20 (59), donde se utiliza el término *hyperocha* en dos ocasiones en el mismo fragmento:

Quarebatur, si post primum contractum tuum, antequam aliam pecuniam tu crederes, eidem debitori Seius credidisset quinquaginta, et hyperocham huius rei, quae tibi pignori data esset, debitor obligasset, dehinc tu eidem debitori crederes forte quadraginta, quod plus est in pretio rei, quam primo credidisti, utrum ei ob quinquaginta, an tibi in quadraginta cederet pignoris hyperocha —finge, Seium paratum esse offerre tibi summam primo ordine creditam?—. Dixi, consequens esse, ut Seius potior sit in eo, quod amplius est in pignore, et oblata ab eo summa ordine credita, usurarumque eius, postponatur primus creditor in summam quam postea eidem debitori creditit.

Según MIQUEL (60) se trata del único texto del Digesto en donde aparece la palabra *hyperocha*, aun cuando la segunda vez se trate de un glosema

(58) BISCARDI, «El régimen de la pluralidad hipotecaria desde la...», *op. cit.*, pág. 71.

(59) TRYPHONINUS, *Lib. VIII, Disputationum* [Traducción de GARCÍA DEL CORRAL: «Preguntabas si después de un primer contrato tuyo, y antes que prestases otra cantidad, Seyo hubiese prestado cincuenta al mismo deudor, y el deudor hubiese obligado el exceso del valor de la cosa, que se te hubiese dado en prenda, y luego tú prestases al mismo deudor acaso cuarenta, ¿lo que en el precio de la cosa excede de lo que prestaste primeramente correspondería como sobrante de la prenda a él por los cincuenta o a ti por los cuarenta —suponiendo que Seyo está dispuesto a ofrecerte la suma prestada en primer término?—? Dije que es consiguiente que Seyo sea preferido respecto de aquello que importa más la prenda y que ofrecida por él la cantidad prestada en primer término y el importe de los intereses de la misma se posponga el primer acreedor respecto a la suma que prestó después al mismo deudor».]

(60) Véase MIQUEL, «El rango hipotecario en el Derecho romano clásico», *AHDE*, 29 (1959), págs. 229-316.

según la opinión de MOMMSEN y BESELER (61), aunque en contra se pronuncia MANIGK (62).

MIQUEL advierte lo peligroso que resulta querer sacar consecuencias del hecho de que éste sea el único texto del Digesto en que se encuentra la palabra *hyperocha* (63).

d) La simultaneidad de créditos no puede implicar que se plantee una exclusión entre los diversos acreedores entre sí, puesto que en tal caso no se podría hablar de preferencias: La existencia de un solo acreedor excluyente apartaría a todos los demás.

e) Y por último, que el crédito no puede recaer sobre la totalidad del valor en cambio de la cosa (*hosoi pleinos axion*), siendo necesario que quede un valor residual que pudiera ser destinado a garantizar otra deuda.

Lo cierto es que hay fuentes que indican no sólo operaciones de prenda sobre el resto del valor de cosa que había sido ya anteriormente objeto de garantía con lo que evidencian su posibilidad práctica, sino también concediendo preferencia al derecho de garantía anterior (64).

Y de entre estos textos quizás el más importante sea una ley de Efeso catalogada por DITTENBERGER (65) y sobre la cual frente a la opinión de PARTSCH (66) que la databa en el siglo I, o en todo caso en el siglo II a.C., HEBERDEY (67) la fechó como anterior al año 297 a.C. en cuanto que la referencia que la misma hace a la guerra es la guerra de Lisímaco y Demetrio, finalizada en dicho año.

En dicha ley se trata de salir al paso de la deficiente situación de los deudores hipotecarios agobiados por estrecheces provocadas por la situación de la guerra que paralizaban la mayoría de las actividades de producción. Precisamente esa situación de guerra impedía reunir el dinero necesario para atender el vencimiento de las deudas.

GERNET (68) narra cómo en tiempos de Aristóteles se produjo una situación de penuria y la *polis* aprovechó una ley que exigía la inscripción de las deudas para subrogarse en lugar de los acreedores mediante la inscripción a

(61) BESELER, *Beitrage zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, Tübingen, 1910 (re-imp. Leipzig, 1931), pág. 138.

(62) MANIGK, «Hypotheca», *RE*, 17 (1914), pág. 293.

(63) MIQUEL, *op. cit.*, pág. 264.

(64) BISCARDI comenta que algunos oradores, como Aristóteles, aluden a «tomar una segunda hipoteca sobre un fundo» o «tomar a préstamo sobre un fundo ya hipotecado». BISCARDI, «El régimen de la pluralidad hipotecaria desde la...», *op. cit.*, pág. 71

(65) DITTENBERGER, *SYLL.*, pág. 591.

(66) PARTSCH, *Griechisches Burschaftrecht I*, Leipzig-Berlín, 1909, pág. 261.

(67) HEBERDEY, *Forschungen in Ehesos 2*, Wien, 1912, pág. 98.

(68) Véase GERNET, «Introduction à l'étude du droit grec ancien», *AHDO*, 2 (1938), págs. 261-292

su nombre de los créditos que tenían contra los deudores. De esta forma se erigía en destinataria del pago del capital a cambio del interés que se pagaría a los primitivos acreedores (69).

Finalmente, frente a la posibilidad que representaría la adjudicación de las cosas gravadas en favor de los acreedores, con la consiguiente alarma social, el legislador permite que los deudores de buena fe podrían liberarse dejando a los acreedores únicamente una parte del inmueble gravado previa estimación de su valor referida al Estado en el momento de la obtención del préstamo hipotecario.

III. CARACTERES ESENCIALES DEL REGIMEN DE PLURALIDAD Y CONCURRENCIA DE CREDITOS HIPOTECARIOS

Lo interesante no es tanto las medidas concretas de gracia que se formulan, sino que aparecen enunciados unos caracteres esenciales de lo que se podría llamar el régimen de pluralidad y concurrencia de créditos hipotecarios (70):

1. Así, entre varios acreedores hipotecarios la prioridad se funda en la prioridad temporal ya que tiene preferencia la primera convención.

2. En caso de hipotecas sucesivas, éstas sólo pueden recaer sobre el *hyperechonta* o *hyperoche* (lo que supone tanto sobre el excedente que quede en favor del deudor como el resto del valor de cosa).

Un ejemplo lo tenemos en D.20.4.20 (71) como vimos, donde se plantea el supuesto de una segunda —o incluso una tercera hipoteca— que grava la cosa en la medida que el valor de la misma excede del importe de la primera garantía, permitiendo que el propio deudor pueda tomar el lugar del acreedor preferente reembolsándole el importe de su crédito.

3. En tales casos se obligaba al deudor —si quería obtener nuevos créditos sobre el resto del valor real del fundo— a declarar a los futuros prestamistas las hipotecas anteriores, siendo considerados como actos fraudulentos su ocultación. Con lo cual y evidentemente el sistema de publicidad queda en manos del propio deudor.

Existe un texto que corresponde a D.20.1.15.2 (72) donde, como vimos, se impone al deudor que pretenda constituir un nuevo crédito hipotecario sobre cosa ya objeto de anterior garantía a declarar dicho gravamen para no incurrir en responsabilidad. Para ello se utiliza el expediente de

(69) GERNET, *op. cit.*, pág. 274.

(70) BISCARDI, «El régimen de la pluralidad hipotecaria desde la .», *op. cit.*, pág. 74.

(71) THIPHONINUS, *Lib. VIII, Disputatium*

(72) GAJUS, *De formula hypothecariae*

manifestar que la cosa no está obligada a ningún otro sino, por ejemplo, a Lucio Ticio.

La idea es, pues, que sólo se puede considerar obligada la cosa —si previamente lo ha sido con otra garantía real—, bien en el excedente o resto que quede de la primera obligación, o bien condicionando la efectividad de la segunda garantía a la *condictio* que la cosa hubiere quedado libre de la primera deuda.

4. Es posible que un acreedor posterior pretenda ocupar el puesto de un acreedor anterior o preferente, en cuyo caso puede reembolsarle el importe de su crédito y obligarle a aceptar el pago. Pero esta posibilidad no sólo rige para un acreedor, sino que el propio deudor también puede intervenir en favor de un acreedor hipotecario anterior y aliviar la situación de los otros acreedores, amén de la de él mismo.

5. Y por último, se admite la posibilidad en caso de impago de la deuda y una vez enajenada la cosa hipotecada que se pueda recuperar lo que falte con el patrimonio restante del deudor. Con lo cual la sujeción directa sobre la cosa que conlleva la hipoteca se transforma en una extensión de la garantía sobre el resto del patrimonio del deudor.

Según reconoce BISCARDI (73), en sus caracteres esenciales éste es el régimen de la pluralidad hipotecaria que con toda probabilidad rigió en las dos orillas del Egeo a partir al menos del siglo III a.C.

Advierte, sin embargo, que el estado actual del conocimiento sobre los papiros de Egipto no permite saber con certeza si antes o incluso después de la dominación romana se posibilitó la constitución de varios vínculos hipotecarios sobre una misma cosa, aunque sí atestiguan la posibilidad teórica de destinar una misma cosa a garantizar créditos diversos en favor de distintos prestamistas (74).

IV. CONCLUSIONES

La imposibilidad de utilizar la cosa como medio de obtención de nuevas garantías —a menos de caer bajo la subyugación del acreedor—, la coacción psicológica que pesa sobre el deudor en caso de incumplimiento y la dificultad no menor de la obtención de una justa valoración de la cosa en relación con la garantía que cubre su valor suponían inconvenientes no pequeños que propiciaron que los griegos no llegaran a desarrollar, y menos a plantearse en toda su extensión, el problema de la pluralidad de vínculos hipotecarios sobre un mismo bien.

(73) BISCARDI, «El régimen de la pluralidad hipotecaria desde la...», *op. cit.*, pág. 74.

(74) BISCARDI, «El régimen de la pluralidad hipotecaria desde la...», *op. cit.*, pág. 75.

No obstante lo anterior, debido a la práctica marítima se acaba reconociendo en favor del acreedor el derecho a vender la cosa. Dicha venta conllevaba aparejada la posibilidad de detraer del producto de la misma el importe del crédito no satisfecho.

Sin embargo, durante bastante tiempo no pudo llegar a plantearse el conflicto de la pluralidad de créditos hipotecarios sobre una misma cosa, bien porque se tratara de la *enechyron* con su entrega efectiva de la posesión al acreedor, bien de la *prasis epi lysei* donde el propio acreedor se convierte en propietario-adquirente de la cosa ofrecida en garantía hasta el pago de la deuda, o bien el principio de la *anepafia* que supone la prohibición de negociar nuevos créditos sobre una misma cosa. En cualquiera de estos casos se dificulta que una misma cosa sea objeto de nuevas garantías con otros acreedores.

Como caracteres esenciales del régimen de pluralidad y concurrencia de créditos hipotecarios se pueden señalar los siguientes:

1. Entre varios acreedores hipotecarios la prioridad se funda en la prioridad temporal, ya que tiene preferencia la primera convención.
2. En caso de hipotecas sucesivas, éstas sólo pueden recaer sobre el *hiperechonta* o *hyperoche* (lo que supone tanto sobre el excedente que quede en favor del deudor como el resto del valor de cosa).
3. En tales casos se obliga al deudor a que si quiere obtener nuevos créditos sobre el resto del valor real del fundo a declarar a los futuros prestamistas las hipotecas anteriores, siendo considerados como actos fraudulentos su ocultación. Con lo cual y evidentemente el sistema de publicidad queda en manos del propio deudor.
4. Es posible que un acreedor posterior pretenda ocupar el puesto de un acreedor anterior o preferente, en cuyo caso puede reembolsarle el importe de su crédito y obligarle a aceptar el pago. Pero esta posibilidad no sólo rige para un acreedor, sino que el propio deudor también puede intervenir en favor de un acreedor hipotecario anterior y aliviar la situación de otros acreedores, amén de la de él mismo.
5. Y por último, se admite la posibilidad en caso de impago de la deuda y una vez enajenada la cosa hipotecada que se pueda recuperar lo que falte con el patrimonio restante del deudor. Con lo cual la sujeción directa sobre la cosa que conlleva la hipoteca se transforma en una extensión de la garantía sobre el resto del patrimonio del deudor.

V. GLOSARIO DE TERMINOS JURIDICOS

APOTIMEMA. Propiedad hipotecada, en otro sentido fianza o garantía.

ANEPAPHOS. Intacto, incólume, libre de gravamen.

HYPOTHEKE. Fig. advertencia, aviso. En sentido propio, prenda, garantía, hipoteca.

HOROS (sing.), HOROI (plural). Límite, lindero, frontera, marca. En sentido propio, señal o mojón. En sentido jurídico, piedra conmemorativa, escrito colocado en una propiedad hipotecada.

LEITOURGIA. Servicio público llevado a cabo por los propios ciudadanos a sus expensas; es también cualquier servicio público o trabajo.

ENKTESIS. Posesión de tierra en cualquier país. El derecho a poseer como propietario por consecuencia de un servicio prestado. Sentido fig., finca, hacienda, propiedad.

OIKOS (sing.), OIKOI (plural). Casa, inmueble en construcción. Lugar donde uno vive; en sentido político, social y familiarmente hogar considerado como habitación o estancia. En otro sentido, bienes de la familia, herencia, hacienda familiar, bienes relictos. Casa real.

EPIKLEROS. Heredero.

EPIPROIKOS. Mujer que hereda un cargo sobre una propiedad como dote, frente a la que no tiene dote.

GRAPHE KAKOSEOS. Acción o denuncia por malos tratos por parte de los que tenían la protección natural; dentro de ello:

— **GRAPHE KAKOSEOS ORPHANON**, referida a los huérfanos.

— **GRAPHE KAKOSEOS EPIKLEROU**, referida a la heredera/mujer.

KYRIOS. El que tiene el poder o la autoridad sobre alguien o algo. Señor o dueño legítimo o legal.

EPITROPOS. Alguien a quien se está confiado. El cargo de alguien o de algo que es administrador, depositario, albacea, guardián o protector. En la época romana, el procurador, gobernador o virrey.

APOTIMETHENTA. Referente a la propiedad pignorada o hipotecada.

ENEKHYRASIA. Tomar una propiedad en garantía, coger en prenda. Es sustantivo y se refiere al hecho o a la acción de constituir la garantía.

LUIS MARIANO ROBLES VELASCO
Profesor de la Facultad de Derecho
Universidad de Granada

Consideraciones en torno al llamado «Negocio jurídico de aportación» a la Sociedad de Gananciales.

La transmisión de bienes
de los patrimonios privativos
al ganancial y su incardinación
en nuestro sistema contractual

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO.—2. LA NATURALEZA NO SOCIETARIA DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES COMO BASE PARA NEGAR LA EXISTENCIA DEL NEGOCIO JURIDICO DE APORTACION.—3. LA ATRIBUCION VOLUNTARIA DE GANANCIALIDAD DEL ARTICULO 1.355 DEL CODIGO CIVIL, Y SU FALTA DE CONEXION CON EL LLAMADO «NEGOCIO JURIDICO DE APORTACION» A LA SOCIEDAD DE GANANCIALES.—4. LA LIBERTAD DE CONTRATACION ENTRE CONYUGES DEL ARTICULO 1.323 DEL CODIGO CIVIL Y SU CONEXION CON EL LLAMADO «NEGOCIO JURIDICO DE APORTACION» A LA SOCIEDAD DE GANANCIALES.—5. LA PROBLEMÁTICA SUSCITADA POR LA REGULACION DE LA ACCESION EN LA COMUNIDAD CONYUGAL DE GANANCIALES.—6. EL CARACTER MARCADAMENTE CAUSALISTA DE NUESTROS SISTEMAS CONTRACTUAL E HIPOTECARIO COMO CLAVE PARA CONFIGURAR LOS NEGOCIOS JURIDICOS DE TRANSMISION DE BIENES DE LOS PATRIMONIOS PRIVATIVOS AL GANANCIAL.

1. PLANTEAMIENTO

La regulación legal de la sociedad de gananciales en nuestro Código Civil, tras un intento de definición del régimen económico matrimonial legal supletorio, en defecto de pacto en capitulaciones matrimoniales (art. 1.344 CC), y

la determinación del momento de su comienzo (art. 1.345 CC), se realiza sobre la base de la distinción entre los bienes privativos de cada uno de los cónyuges (art. 1.346 CC) y los bienes gananciales (art. 1.347 CC).

Esta distinción aparece articulada sobre algunos pilares fundamentales, cuales son la propia naturaleza de la sociedad de gananciales como comunidad de adquisiciones a título oneroso, y ciertos principios esenciales del derecho patrimonial, como la subrogación real o la aplicación de las reglas de la accesión, así como las derivadas de los necesarios reintegros y reembolsos para restablecer el equilibrio entre masas patrimoniales (1).

A ello debe añadirse la clara voluntad del legislador de presumir el carácter ganancial de los bienes cuando no pueda probarse su condición de privativos, así como la consagración expresa del principio de libre contratación entre los cónyuges; circunstancias ambas que han venido a fundamentar la existencia de diferentes supuestos de alteración del carácter de los bienes, cuyo soporte legal no siempre es claro, o que se basan en interpretaciones discutibles de algunos preceptos legales.

Entre estas alteraciones, destaca la reciente tendencia a convertir los bienes privativos en gananciales al amparo de la libertad de pacto o estipulación y contratación conyugal (2.) Para ello se ha generalizado un llamado «negocio jurídico de aportación» a la sociedad de gananciales, de difícil encaje legal (3) y de notable interés tanto para la dogmática jurídica, como para la práctica notarial y registral.

(1) El equilibrio entre las masas resulta del hecho de que toda salida patrimonial es compensada con la entrada en su lugar de un bien o derecho, ya sea en virtud de la aplicación del mecanismo de la subrogación real, ya del de los reintegros o reembolsos. La subrogación real es el mecanismo idóneo para mantener el equilibrio entre las masas patrimoniales cuando tienen lugar desplazamientos patrimoniales que son consecuencia de contratos onerosos traslativos de dominio o de otros derechos reales o de crédito, celebrados entre cónyuges o con terceros, mientras que los reintegros o reembolsos son el correlativo mecanismo equilibrador de desplazamientos patrimoniales acaecidos entre masas de la sociedad conyugal, cuando éstos no derivan de un contrato (vid., J. V. GAVIDIA SÁNCHEZ, *La atribución voluntaria de ganancialidad*, 1986, pág. 54).

(2) A juicio de J. M. CHICO Y ORTIZ, nos hallaríamos ante una especie de «revolución ideológica» de principios, ya que la reforma del Código Civil se orientaba más al sistema de separación de bienes del Derecho catalán, que a la sociedad de gananciales o las Comunidades Forales existentes, en ese contexto se suprime la «potestad marital» y se reduce la posibilidad del régimen «matriarcal». Sin embargo, comenzaron a surgir «conversiones» de bienes privativos en gananciales, y con ello se empezaban a romper los esquemas de la reforma; preguntándose el autor si la libertad de pacto está regresando al antiguo sistema de gananciales o si hay otra razón que encubre y se aprovecha de dicha libertad (vid., «La sociedad conyugal de gananciales y las aportaciones a la misma», en *RCDI*, núm. 614, 1993, pág. 220).

(3) Vid., J. M. CHICO Y ORTIZ, «Comentario a la RDGRN de 10 de marzo de 1989», en *RCDI*, núm. 602, 1991, pág. 227; I. CARPIO GONZÁLEZ, «Aportación a la Sociedad de Gananciales (Conversión voluntaria de bienes privativos en gananciales)», en *Bol. Col. Not. Granada*, núm. 125, mayo de 1991, pág. 1179.

La mayoría de las construcciones doctrinales favorables a la existencia de este negocio jurídico, manejan como argumento fundamental la libertad de contratación del artículo 1.323 del Código Civil, si bien no se pronuncian sobre el contrato que los cónyuges deben llevar a cabo, y si es cierto que los cónyuges pueden realizar entre sí toda clase de contratos no lo es menos que esos contratos o son los expresamente tipificados en el Código Civil, reuniendo sus características esenciales o, si se trata de un contrato atípico amparado en la libertad de contratación del artículo 1.255 del Código Civil, debe reunir los requisitos sustanciales de todo contrato conforme al artículo 1.261 del Código Civil, resultando especialmente problemática la existencia del requisito causal en este pretendido negocio de aportación.

La configuración de la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales como una comunidad —con independencia de lo insatisfactorio que pueda resultar adscribirse a la tesis dominante de la comunidad germánica—, o una sociedad sin personalidad jurídica del artículo 1.669 del Código Civil, que en el fondo será una comunidad (4), alejándonos de las tesis societarias constituye el punto de partida básico para negar la existencia autónoma de una «aportación» sin necesidad de causa específica, la cual sólo se da en el contrato de sociedad dotada de personalidad jurídica y con causa típica.

También se acude, muy generalizadamente, al artículo 1.355 del Código Civil que consagra una llamada «atribución voluntaria de ganancialidad» respecto de las adquisiciones onerosas producidas constante matrimonio, de manera que se ha tratado de atribuir a los cónyuges, en virtud de este precepto, la posibilidad de sobrepasar incluso los límites del artículo 1.323 del Código Civil, que les permite sólo contratar como los demás sujetos intervinientes en el tráfico, pero no más allá. Si bien un estudio reflexivo del precepto puede servir para alejar el supuesto contemplado en el mismo de las adquisiciones, fruto de la contratación entre los cónyuges, y del pretendido negocio de aportación social.

En la mayor parte de las ocasiones en que se ha acudido, tanto en la práctica notarial, como en la calificación registral y en las Resoluciones de la Dirección General, al negocio jurídico de aportación, nos hallamos ante supuestos de accesión en los cuales sobre la base de bien privativo se realiza edificación, plantación o mejora a cargo de los bienes gananciales, con el fin de evitar la regla general de accesión consagrada en el artículo 1.359 del Código Civil.

Pero un análisis de las argumentaciones utilizadas para eludir la aplicación del precepto puede servir para convencernos de su falta de solidez y fundamentación. Si bien es cierto que en este punto hubiera sido más desea-

(4) Vid., R. M. ROCA SASTRE, «Naturaleza jurídica de la aportación social», en *RGLJ*, núm. 179, 1946, pág. 435.

ble la anterior solución legislativa de la «accesión invertida», ello no justifica que pueda forzarse el tenor literal de un precepto que no admite muchas dudas interpretativas, mediante su dudosa conexión con el artículo 1.355 del Código Civil y con la tan utilizada libertad de contratación interconyugal.

Se han manejado así diversas argumentaciones que tratan de justificar o defender la existencia autónoma de un negocio jurídico de aportación a la sociedad de gananciales (5); destacando las siguientes construcciones doctrinales:

A. CABANILLAS SÁNCHEZ (6) considera que la supresión del principio de inmutabilidad del régimen económico matrimonial ha provocado la desaparición de uno de los argumentos principales alegados para poner trabas a la contratación entre cónyuges, sin que ello implique que éstos puedan cambiar o modificar el régimen económico matrimonial incumpliendo los requisitos de fondo y forma para otorgar capitulaciones matrimoniales. Sin embargo, entiende que al permitir el Código Civil reformado los contratos traslativos, la calificación de los bienes puede verse alterada por el desplazamiento de un patrimonio a otro, sin que sea necesario para tal efecto el pacto capitular (7).

J. M. OLIVARES JAMES (8) señala que, en principio es preferible acudir directamente a la vía negocial dispositiva adecuada cuando se trata de alterar la naturaleza de un bien ya calificado como privativo, expresando el contrato causal que provoca el desplazamiento (donación, compraventa, aportación a la comunidad). Pero, si no se hace así, la atribución abstracta de naturaleza ganancial a un bien ya fijado de antemano como privativo, tendría el carácter de un negocio de comunicación de bienes o de puesta en común por voluntad de las partes, en el que el recíproco equilibrio de las prestaciones, que es causa de dichos contratos, quedaría garantizado por el obligado reembolso al cónyuge aportante del importe actualizado del bien al tiempo de la liquidación conforme al artículo 1.358 (9).

(5) En otros casos se habla de un negocio o contrato de aportación de bienes a la sociedad de gananciales, presuponiendo su existencia y sin fundamentarlo. Vid., M. T. MARTÍN MELÉNDEZ, *La liquidación de la sociedad de gananciales Restablecimiento del equilibrio entre masas patrimoniales*, 1995, págs. 385-386.

(6) Vid., A. CABANILLAS SÁNCHEZ, «Las consecuencias de la mutabilidad del régimen económico matrimonial según el Código Civil», en *Libro homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, tomo V, 1988, págs. 83-154.

(7) Vid., A. CABANILLAS SÁNCHEZ, *Las consecuencias de la mutabilidad del régimen económico.. loc. cit.*, pág. 148.

(8) Vid., J. M. OLIVARES JAMES, «Los contratos traslativos de dominio entre cónyuges y los efectos de la confesión conforme al nuevo artículo 1.324 del Código Civil», en *AAMN*, núm. XXV, 1982, págs. 279-326.

(9) Vid., J. M. OLIVARES JAMES, *Los contratos traslativos.. loc. cit.*, pág. 312.

M. DE LA CÁMARA ALVAREZ (10), en parecido sentido, considera que si la naturaleza de un bien quedó fijada al tiempo de adquirirlo como privativo, es obvio que su calificación posterior como ganancial comporta una transferencia de la propiedad del bien del patrimonio privativo de uno de los cónyuges al patrimonio ganancial. Así las cosas parece lo más sencillo, si se quiere efectuar esta transferencia, que se apele a un negocio traslativo típico, compraventa, donación, permuta, etc. Pero, se suma a lo que entiende criterio mayoritario, al decir que sin perjuicio de que la vía directa (es decir la celebración de un negocio traslativo típico) sea la más clara y segura, también debe bastar el simple acuerdo de los esposos para que la modificación tenga lugar; ya que, admitida la contratación entre cónyuges esta segunda vía también es practicable (11).

Para I. CARPIO GONZÁLEZ (12), estamos ante un negocio jurídico atípico —tiene ciertos reparos en considerarlo un contrato—, de transferencia dominical, dispositivo pero bilateral, sujeto a libertad de forma, causal, pero variable, por el cual uno de los cónyuges sustrae un bien de su dominio voluntariamente y lo transmite al otro, que acepta el tránsito, con carácter o naturaleza ganancial (13).

C. PASCUAL DE LA PARTE (14), en base a una amplísima interpretación del artículo 1.355, entiende posible la atribución *a posteriori*, del carácter ganancial a un bien inicialmente privativo, ya que, en cualquier caso, tal efecto podría conseguirse mediante una compraventa al admitirse la libertad de contratación entre los cónyuges. Debiendo añadirse, además, que de este modo se acerca nuestra legislación a la Compilación aragonesa, que dispone en su artículo 29, que: «Serán válidos aquellos pactos y declaraciones consignados en escritura pública, aún fuera de capítulos, por los cuales, a efectos de extender o restringir la comunidad, ambos cónyuges atribuyan a bienes muebles la condición de sitios, o a éstos la de muebles»; considerando el autor este acercamiento como deseable y conveniente (15).

(10) Vid., M. DE LA CÁMARA ALVAREZ, «La autonomía de la voluntad en el actual Derecho español sobre la familia», en *Bol. Col. Not. Granada*, Separata núm. 9, mayo de 1986, págs. 5-186.

(11) Vid., M. DE LA CÁMARA ALVAREZ, «La autonomía de la voluntad .», *loc. cit.*, pág. 121.

(12) Vid., I. CARPIO GONZÁLEZ, «Aportaciones a la Sociedad de gananciales...», *loc. cit.*, págs. 1177-1201.

(13) Vid., I. CARPIO GONZÁLEZ, «Aportación a la Sociedad de gananciales...», *loc. cit.*, págs. 1195-1199.

(14) Vid., C. PASCUAL DE LA PARTE, «La atribución de ganancialidad de un bien privativo. Una correcta interpretación del artículo 1.355 del Código Civil», en *Bol. Col. Not. Granada*, núm. 108, diciembre de 1989, págs. 2287-2294; «Atribución de ganancialidad o privaticidad de los bienes de la sociedad conyugal: su causa», en *Bol. Col. Not. Granada*, núm. 134, febrero de 1992, págs. 629-641.

(15) Vid., C. PASCUAL DE LA PARTE, «La atribución de ganancialidad de un bien privativo...», *loc. cit.*, pág. 2290.

E. GARRIDO CERDA (16) basándose en la libertad de contratación entre los cónyuges admite, como inicial posibilidad, la alteración de la titularidad de los bienes gananciales, según las necesidades de los cónyuges en cada momento.

F. GARCÍA SERRANO (17), considera posible la aportación, fuera de capitulaciones y fundada en el artículo 1.355 del Código Civil, como el medio más adecuado para alterar las consecuencias de la simple aplicación del artículo 1.359 del Código Civil.

J. L. LACRUZ BERDEJO (18), señala que, en virtud del artículo 1.355 del Código Civil, es posible, por acuerdo de los esposos, conferir el carácter de bien ganancial a uno que ya era propio de uno de ellos. La diferencia entre esta aportación y una venta consistiría en que el precio no habría de ser cierto, de modo que valdría la atribución a la comunidad de un objeto cuyo valor, a efectos del correspondiente reembolso, no se hubiera determinado (19).

S. ECHEVARRÍA ECHEVARRÍA (20) se muestra muy favorable a la modificación por acuerdo del carácter o calificación de los bienes, si bien no habla *stricto sensu* de negocio de aportación. Dicha modificación, fundada en la libertad de contratación, se produciría ya mediante un contrato típico (compraventa, donación), ya mediante «el simple acuerdo de calificación» que al variar el carácter del bien produciría una transmisión dominical. Esta posibilidad de variar la calificación produciría los mismos efectos que un contrato cualquiera (21).

J. A. MARTÍNEZ SANCHÍS (22) habla de un negocio de fijación o negocio de destinación, basado en la atribución voluntaria de ganancialidad del artículo 1.355 del Código Civil, que implicará una dotación a la sociedad de gananciales.

Argumentaciones análogas han sido manejadas por las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado:

(16) Vid., E. GARRIDO CERDA, «Derechos de un cónyuge sobre los bienes del otro», en *RDN*, núm. CXV, 1982, págs. 87-122.

(17) Vid., F. GARCÍA SERRANO, «Notas sobre la posible aplicación actual del principio de accesión invertida en la sociedad de gananciales», en *Bol. Col. Not. Granada*, núm. 74, febrero de 1987, págs. 261-267.

(18) Vid., J. L. LACRUZ BERDEJO; F. DE ASÍS SANCHO REBULLIDA, A. LUNA SERRANO; F. RIVERO HERNÁNDEZ, y J. RAMS ALBESA, *Elementos de Derecho civil*, t. IV, Derecho de familia, vol. 1.º, 3.ª ed., 1990, págs. 403 y sigs.

(19) Vid., J. L. LACRUZ BERDEJO, *Elementos...*, cit., t. IV, vol. 1.º, pág. 403.

(20) Vid., S. ECHEVARRÍA ECHEVARRÍA, «La contratación entre cónyuges en el sistema ganancial», en el *Libro homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, vol. 1.º, 1988, págs. 213-294.

(21) Vid., S. ECHEVARRÍA ECHEVARRÍA, «La contratación entre cónyuges...», loc. cit., pág. 245.

(22) Vid., J. A. MARTÍNEZ SANCHÍS, «Casos dudosos de bienes privativos y gananciales», en *AAMN*, núm. XXVI, pág. 401.

La *RDGRN de 10 de marzo de 1989* (23), declara inscribible la conversión de un bien privativo en ganancial en base de una edificación y adjudicación posterior en terreno privativo al amparo de la libertad de contratación del artículo 1.323 del Código Civil y a pesar de lo que dispone el artículo 1.359 del Código Civil, señalando el fundamento jurídico tercero que: «Respecto a [...] la posibilidad de asignar por mutuo acuerdo de los cónyuges carácter ganancial a la vivienda que por vía de disolución de comunidad se adjudica a uno de ellos en pago de su cuota indivisa privativa, ha de señalarse: a) Que el artículo 1.359 del Código Civil no puede ser aplicado más allá de su ámbito propio y su interpretación no puede desconectarse de las restantes normas introducidas por la reforma de 13 de mayo de 1981; dicho precepto se limita a rectificar el criterio del antiguo artículo 1.404.2.º del Código Civil, declarando que la edificación durante el matrimonio, por sí sola, no altera la naturaleza privativa de la finca correspondiente, pero no prejuzga, ni es su cometido hacerlo, sobre la facultad de los cónyuges para provocar el desplazamiento de la finca edificada desde el patrimonio privativo de uno de ellos en favor del consorcial. b) Que aun cuando la hipótesis considerada no encaja en el ámbito definido por la norma del artículo 1.355 del Código Civil [...], no por ello ha de negarse la validez y eficacia del acuerdo contenido en la estipulación III de la escritura calificada, toda vez que los amplios términos del artículo 1.323 del Código Civil posibilitan cualesquiera desplazamientos patrimoniales entre los cónyuges y por ende, entre sus patrimonios privativos y el consorcial, siempre que aquéllos se produzcan por cualquiera de los medios legítimos previstos al efecto —entre los cuales, no puede desconocerse el negocio de aportación de derechos concretos a una comunidad de bienes no personalizada jurídicamente o de comunicación de bienes como categoría autónoma y diferenciada, con sus propios elementos y características—, y cuyo régimen jurídico vendrá determinado por las previsiones estipuladas por los contratantes dentro de los límites legales [...]. Por tanto, la errónea alegación del artículo 1.359 del Código Civil no permite sin más rechazar la inscripción solicitada. Cuestión distinta es la de decidir si en el acuerdo debatido concurren todos los elementos determinantes de la validez y efectividad de la aportación pretendida [...]».

La *RDGRN de 14 de abril de 1989* (24), vuelve a establecer la misma solución y con idéntica argumentación; en este caso los tres propietarios de un solar indiviso declaran haber construido sobre el mismo, a expensas de sus sociedades conyugales, una edificación determinada, a continuación dividen horizontalmente el inmueble y disuelven el condominio existente adjudicando las viviendas resultantes. Los copropietarios habían adquirido sus respectivas cuotas indivisas por título de donación, pero convienen con sus cónyuges que las viviendas que se les adjudiquen tengan carácter ganancial.

(23) Cf. *RAJ*, 1989, núm. 2.468.

(24) Cf. *RAJ*, 1989, núm. 3.403

El fundamento jurídico tercero de la Resolución es reproducción exacta del anteriormente transcrito, de la *RDGRN de 10 de marzo de 1989*.

En Resoluciones posteriores la Dirección General va tratando de frenar el gran número de casos en que se pretende engordar la sociedad de gananciales y, aun admitiendo el principio de libertad de pacto del artículo 1.323 del Código Civil dice que ese desplazamiento patrimonial puede realizarse venta, permuta, donación u otro título suficientemente causalizado.

Así, la *RDGRN de 25 de septiembre de 1990* (25) contempla el caso de una compra de un local comercial por dos esposos casados bajo el régimen legal de gananciales, atribuyendo al bien comprado con precio totalmente aplazado, carácter ganancial en cuanto a un 40 por 100 y privativo del marido en el 60 por 100 restante, solicitando del Registrador la inscripción en tales términos, que éste suspende en cuanto al 60 por 100 por no acreditarse el carácter privativo de la contraprestación respectiva mediante la prueba documental pública.

Aunque el tema central de la Resolución era el de la posible atribución de privaticidad de un bien *ex* artículo 1.355 del Código Civil, en el fundamento jurídico tercero se recoge que: «no puede desconocerse la proclamación, tras la reforma del Código Civil de 13 de mayo de 1981, de la libertad de contratación entre los cónyuges (principio recogido en el art. 1.323 del Código Civil, respecto del cual el art. 1.355 del Código Civil no es sino una aplicación particular para una hipótesis concreta, de la que no puede inferirse, por tanto, la exclusión legal de los demás supuestos de contratación entre esposos) que posibilita a éstos, para, actuando de mutuo acuerdo, provocar el desplazamiento de un concreto bien ganancial al patrimonio de uno de ellos, por venta, permuta, donación u otro título suficientemente causalizado y cuyo régimen jurídico vendrá determinado en función de esa específica causalización [...]».

En la *RDGRN de 21 de enero de 1991* (26), en un supuesto de donación de fincas en nuda propiedad a la hija de un matrimonio en que se reservan los esposos para sí el usufructo conjunto y sucesivo, incidentalmente la Dirección General de los Registros, en su apartado cuatro y apartándose del tema central del usufructo conjunto o sucesivo y la alteración o no de los capítulos matrimoniales y las masas de bienes dice que: «ya es doctrina reiterada de esta Dirección —cf. sobre todo en la *R. de 25 de septiembre de 1990*—, que los cónyuges pueden atribuir carácter privativo a un bien ganancial, pacten o no compensación a cargo de los bienes privativos y siempre que el desplazamiento pactado aparezca causalizado».

La *RDGRN de 7 de octubre de 1992* (27) se refiere a una aportación a la sociedad de gananciales de unas participaciones indivisas que tanto el marido

(25) Cf. *RAJ*, 1990, núm. 7.153

(26) Cf. *RAJ*, 1991, núm. 592.

(27) Cf. *RAJ*, 1992, núm. 8.302.

como la mujer han adquirido a título gratuito y con carácter privativo. Aquí habla la Resolución de un negocio de atribución patrimonial o de comunicación de bienes, con base en el artículo 1.355 del Código Civil y siguiendo el cauce marcado en otras Resoluciones llega al problema final planteando la cuestión de si la causa del negocio aparece plenamente expresada para la calificación registral.

Si bien los peligros de esta construcción en relación con posibles fraudes a terceros o al Fisco y las dudas de legalidad del mismo son tan evidentes que han llevado a plantear preguntas cómo si deberá el Registrador admitir a inscripción tal documento —el que contenga el llamado negocio jurídico de aportación—, aun faltando un escalón negocial, un contrato típico o atípico con su correspondiente expresión causal, aun vulnerando principios tan esenciales en nuestro Derecho hipotecario, como la necesaria expresión de la causa del título, o a las exigencias del principio de tracto sucesivo; o si deberá el Fisco permitir la no sujeción a gravamen de una transmisión encubierta, pero real; o si deberán los herederos forzosos y acreedores verse en la necesidad de probar que se ha producido una transmisión para impugnarla, cuando la realidad de tal transmisión resulta de la sola contemplación de los antecedentes del negocio (28).

Y aunque es cierto que la terminología «negocio de aportación» comenzó a utilizarse por la legislación fiscal, al señalar el artículo 48.I.B.3 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados de 30 de diciembre de 1980, que quedaban exentas las aportaciones de los cónyuges a la sociedad conyugal; y que esta terminología ha sido mantenida por el artículo 45.I.B.3 del nuevo Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, y por el artículo 88.I.B.3. del Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, a cuyo tenor: Estarán exentas del impuesto: «3. Las aportaciones de bienes y derechos

(28) Vid., M. C. RIBERA PONT, «La atribución de ganancialidad del artículo 1.355 del Código Civil», en *RCDI*, 1983, pág. 1431; S. ECHEVARRÍA ECHEVARRÍA, pese a su decidida defensa de lo que él llama «libertad de calificación con efectos transmisivos», señala que: «cosa importante es valorar la incidencia y posible perturbación que la mencionada libertad de calificación pueda producir en el tráfico jurídico, así como todos los problemas que puedan derivarse de los posibles fraudes, pero sin que todo ello pueda cuestionar la validez y legitimidad de estos negocios jurídicos interconyugales, y mucho menos justificar su prohibición» (vid., «La contratación entre cónyuges...», *loc. cit.*, pág. 248); si bien, la validez y legitimidad de estos negocios no se cuestionan por las posibilidades de fraude a que pueden dar lugar o por las consecuencias perturbadoras para el tráfico jurídico, sino, fundamentalmente, por no cumplir los requisitos elementales de existencia que nuestro sistema contractual exige.

verificados por los cónyuges a la sociedad conyugal [...]». Sin embargo no pueden dejar de hacerse las siguientes observaciones críticas:

1.º Que la referencia del antiguo TRITPAJD a las «aportaciones» es anterior a la reforma del Código Civil de 13 de mayo de 1981 y esas aportaciones sólo podían ser las de la dote, los parafernales, las donaciones, los bienes propios, etc., que constituyan las capitulaciones anteriores al matrimonio (29), y constituye un anacronismo seguir manteniendo esa terminología en las nuevas redacciones del Real Decreto Legislativo que aprueba la Ley y el Real Decreto que aprueba el Reglamento sobre el impuesto (30).

2.º Que, en cualquier caso, la utilización del término «aportación», referido a la sociedad de gananciales, que no tiene naturaleza societaria y no goza de personalidad jurídica es una evidente incorrección, que se le puede «perdonar» al legislador fiscal pero en ningún caso puede justificar que se utilice por parte de la doctrina civilista esa desafortunada referencia para argumentar en favor de la existencia autónoma del pretendido negocio.

Resulta en fin, muy interesante observar el giro tan radical que se ha producido en las argumentaciones de las Resoluciones de la Dirección General que, como hemos visto, se manifestaron en un primer momento muy favorables a acoger la nueva figura y que tendremos ocasión de examinar en otra parte de nuestro trabajo.

2. LA NATURALEZA NO SOCIETARIA DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES COMO BASE PARA NEGAR LA EXISTENCIA DEL NEGOCIO JURIDICO DE APORTACION

La determinación de la naturaleza jurídica del régimen económico matrimonial que el Código Civil denomina «sociedad de gananciales», plantea no pocos problemas, lo cual es lógico, tratándose de una institución compleja que, por presentar perspectivas muy distintas, se resiste a quedar encerrada en una fórmula sencilla, capaz de recoger sus diversos aspectos de una manera omnicomprendensiva y total (31). Si muchas han sido las formulaciones concre-

(29) Vid., J. M. CHICO Y ORTIZ, «La sociedad conyugal de gananciales y las aportaciones a la misma...», *loc. cit.*, pág. 229.

(30) Siendo por otra parte evidente, como ya dijera J. M. CHICO Y ORTIZ, que si el legislador fiscal se hubiera dado cuenta de «ese filón» que iban a suponer las «aportaciones» se hubiera lanzado a gravarlas (vid., «La sociedad conyugal de gananciales y las aportaciones a la misma...», *loc. cit.*, pág. 229).

(31) Vid., J. L. DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, «La nueva sociedad de gananciales», en *RDN*, núms. CXVII-CXVIII, 1982, pág. 191; *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO GARCÍA, t. XVIII, vol. 2.º, 1984, pág. 2

tas debe destacarse, por lo que a nuestro objeto de estudio se refiere, la contraposición entre las tesis societarias y comunitarias.

En el contrato de sociedad, dos o más personas se agrupan, obligándose a aportar bienes o servicios al ejercicio conjunto de una actividad económica lucrativa, para repartir las ganancias (32); es pues esencial la constitución de un fondo común con las aportaciones de los socios, suponiendo este requisito que cada uno de los socios aporte o se obligue a aportar algo a la sociedad y que lo aportado se haga común a todos los socios (33). Dicha organización da lugar a una nueva personalidad jurídica, diferente de las individuales de los socios que la integran. Por contra, en la comunidad de bienes, dos o más personas se obligan a poner bajo su común titularidad, y para el ejercicio de la misma, bienes que les pertenecen individualmente, respetándose la individualidad de los miembros; en este caso no surge ninguna nueva persona jurídica (34).

La diferenciación entre ambas figuras jurídicas es fundamental, ya que el negocio jurídico de aportación sólo tiene sentido en la sociedad, en base a su personalidad jurídica y su autonomía patrimonial.

La naturaleza jurídica de la aportación social ha sido detalladamente estudiada por ROCA SASTRE (35), que, desde el primer momento conecta el tema con «la esencia básica de la doctrina de la persona jurídica» (36), y para quien: «La aportación social no constituye un mero acto de transmisión onerosa de bienes del socio a la Sociedad, sino un acto de comunicación de bienes que tiene más de acto modificativo de derechos, que de acto traslativo, constituyendo un acto o negocio jurídico de comunicación de bienes [...] por virtud del cual se hacen comunes cosas que antes eran de propiedad exclusiva de los aportantes» (37).

Su tesis se centra en evitar a toda costa que a la aportación se la configure como una negocio oneroso, ya que con ello se pueden dar solución a problemas de capacidad como el del menor de edad emancipado, la materia de retractos, la figura del laudemio, el juego de la acción pauliana y la discutida figura del tercero protegido por el Derecho hipotecario (38).

(32) Vid., *La constitución convencional de comunidades: el contrato de comunicación de bienes*, 1994, pág. 107.

(33) Vid., *Comunidad de bienes y sociedad civil (aspectos civil y fiscal)*, 1993, pág. 160.

(34) Vid., M. I. TRUJILLO CALZADO, *La constitución convencional de comunidades: el contrato de comunicación de bienes*, 1994, pág. 107.

(35) Vid., R. M. ROCA SASTRE, «Naturaleza jurídica de la aportación...», *loc. cit.*, págs. 413-457.

(36) Vid., R. M. ROCA SASTRE, «Naturaleza jurídica de la aportación...», *loc. cit.*, pág. 413.

(37) Vid., R. M. ROCA SASTRE, «Naturaleza jurídica de la aportación...», *loc. cit.*, págs. 418-419.

(38) Vid., R. M. ROCA SASTRE, «Naturaleza jurídica de la aportación...», *loc. cit.*, págs. 426-457.

Sin embargo, la mayoría de la doctrina sostiene que la aportación social en fase de constitución o posterior, implica una transferencia del socio a la Sociedad en base de la personalidad jurídica de la misma y su autonomía patrimonial (39). El socio traspasaría con la aportación una cosa suya a la Sociedad, de modo que el bien mueble o inmueble aportado es objeto de una adquisición por la Sociedad, considerada como persona jurídica distinta de los socios. La aportación se remuneraría con acciones de la Sociedad a la cual se transfiere la cosa aportada (40).

Así calificado el negocio de aportación, es evidente que sólo podría aplicarse a la sociedad de gananciales si se configurase como una sociedad civil u otra similar, o un patrimonio adscrito a un fin y dotado de personalidad jurídica, ya que en todos estos casos hay una contraprestación, es decir, hay lo que conforme al artículo 1.277 del Código Civil se denomina «causa» (41); lo que —como tendremos ocasión de examinar— no sucede en absoluto.

La consideración de la sociedad de gananciales como una comunidad ha sido mayoritaria en nuestra doctrina civilista; el problema ha venido a la hora de determinar qué clase de comunidad constituye. Destacan las tesis que la consideran una comunidad limitada a las adquisiciones o ganancias que se integraría en un patrimonio al que se atribuyen preferentemente unas cargas y unas deudas comunes, destinadas a satisfacer las necesidades del consorcio social, las propias de cada cónyuge en el desempeño regular de su actividad profesional o económica las derivadas de la administración ordinaria de los bienes privativos, quedando fuera de la misma, por ello, los bienes privativos de cada uno, pero no los beneficios que produzcan estos bienes que se integran igualmente en la comunidad por extenderse a ellos la calificación de gananciales (42); se trataría de una comunidad que recae sobre un patrimonio separado, puesto que no se confunde con el patrimonio privativo de cualquiera de los cónyuges (43).

(39) Vid., J. M. CHICO Y ORTIZ, «Comentario a la RDGRN de 10 de marzo de 1989...», *loc. cit.*, pág. 229.

(40) Vid., R. M. ROCA SASTRE, «Naturaleza jurídica de la aportación.», *loc. cit.*, págs. 417-418.

(41) Vid., J. M. CHICO Y ORTIZ, «Comentario a la RDGRN de 10 de marzo de 1989...», *loc. cit.*, pág. 229.

(42) Vid., J. L. DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, «La nueva sociedad...», *loc. cit.*, págs. 192-193; *Comentarios.*, *cit.*, págs. 2-3; señalando este autor que este régimen se caracteriza porque atribuye a determinados bienes y derechos (las ganancias y beneficios de los cónyuges), la condición de comunes o gananciales, con los que se constituye «un patrimonio en comunidad» perteneciente a ambos cónyuges, que se halla afecto a unas cargas o deudas comunes, surgidas tanto de las necesidades de la sociedad conyugal, como de los respectivos patrimonios privativos, destinándose los remanentes que existieren a la disolución de la comunidad a ser repartidos por mitad entre ambos cónyuges (vid., «La nueva sociedad...», *loc. cit.*, pág. 252).

(43) Vid., J. L. DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, «La nueva sociedad...», *loc. cit.*, pág. 258; *Comentarios ... cit.*, pág. 57.

En cuanto comunidad, prevalece, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y en las Resoluciones de la Dirección General —especialmente a partir de la *RDGRN*, de 30 de junio de 1927— (44), la tesis de que no nos hallamos ante una comunidad ordinaria o de tipo romano, sino que responde a la idea un tanto vaga o imprecisa de lo que la doctrina ha calificado de «comunidad en mano común», o comunidad de tipo germánico (*Gesamteigentum, Gemeinschaft zur gesamten Hand*) (45), en la que el derecho que ostentan los cónyuges afecta indeterminadamente al objeto, sin atribución de cuotas ni facultad de pedir la división material mientras dura la sociedad, a diferencia de lo que sucede con el condominio romano, con cuotas definidas y en donde cabe el ejercicio de la acción de división de la cosa común; de modo que en la sociedad de gananciales no se es dueño de la mitad de los bienes comunes, sino que ambos esposos conjuntamente tienen la titularidad del patrimonio ganancial (46).

Si bien se ha criticado la gran imprecisión de tal afirmación y la elasticidad de la figura, donde caben grupos de caracteres muy diversos y aun opuestos, que sólo tienen de común la indisponibilidad individual de partes de bienes (47).

(44) En el año 1924 (*RDGRN* de 12 de mayo de 1924), la Dirección General apunta por primera vez el concepto de mancomunidad como fórmula explicativa de la comunidad ganancial, considerando que los bienes gananciales pertenecen a los cónyuges en mancomún. Pero es la *RDGRN* de 30 de junio de 1927, la que de una manera clara utiliza el esquema de la comunidad germánica. Considerando que «entre las distintas construcciones jurídicas que en la técnica moderna tratan de explicar la situación jurídica de la llamada sociedad de gananciales, parece ajustarse a lo dictado de nuestro Derecho positivo, la que admite una especie de mancomunidad de bienes entre marido y mujer sin atribución de cuotas, ni facultad de pedir la división mientras dure la vida común». Y la *DGRN* vuelve a referirse a la comunidad germánica en muchas otras ocasiones, destacando las *RRDGRN*, de 12 de diciembre de 1935, 8 de noviembre de 1944, 20 de octubre de 1958 y 2 de febrero de 1983. Destacando también las *SSTS* de 26 de septiembre de 1986, 29 de septiembre de 1986, y 29 de diciembre de 1987.

(45) Vid., B. PÉREZ GONZÁLEZ y J. CASTÁN TOBEÑAS, *Notas a KIPP y WOLF. Tratado de Derecho civil de L. Enneccerus*, t. IV, vol. 1.º, Derecho de familia, trad. española, 1941, pág. 440; R. M. ROCA SASTRE, «La comunidad de gananciales: destino de estos bienes en caso de renuncia», en *RCDI*, 1930, págs. 161 y sigs.; J. L. LACRUZ BERDEJO, «En torno a la naturaleza jurídica de la comunidad de gananciales del Código Civil», en *RGLJ*, núm. 187-1, 1950, págs. 7 y sigs.; J. L. DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, «La renuncia a la sociedad legal de gananciales», en *ADC*, núm. XIII, 1960, págs. 112 y sigs.; HERNÁNDEZ-ROS, «Naturaleza jurídica de la comunidad conyugal», en *RDP*, núm. XXVII, 1943, págs. 507-516; M. DE LA CÁMARA ALVAREZ, «La sociedad de gananciales y el Registro de la Propiedad», en *ADC*, núm. XXXIX-II, 1986, pág. 341; J. PUIG BRUTAU, *Compendio de Derecho Civil*, t. IV, Derecho de familia. Derecho de sucesiones, 1991, pág. 88.

(46) Según ha señalado expresamente la *RDGRN* de 2 de febrero de 1983.

(47) Vid., J. L. LACRUZ BERDEJO, quien, pese a señalar que la comunidad matrimonial cabe, en líneas generales, dentro de la figura de la comunidad en mano común, entiende que no le parece indiscutible la utilidad de clasificarla de esa manera, y no, mejor, dentro del género «comunidad», como «comunidad sobre un patrimonio». y, particularizando

No faltando quienes opinan que decir que en la sociedad de gananciales nos hallamos ante una comunidad germánica o en mano común, no es decir nada o que la tesis de la comunidad germánica, aplicada a la sociedad de gananciales, sirve para muy poco, como no sea para darle una connotación más institucional y menos contractual. Reseñándose además que de las múltiples cuestiones planteadas por el funcionamiento de la sociedad de gananciales, el concepto de comunidad germánica sólo puede resolver, a lo más, el problema del comportamiento patrimonial de la sociedad de gananciales y que como esquema mental resulta insuficiente para comprender aquellos supuestos en los que la sociedad carece de patrimonio inicial o en los que por razones de fortuna el patrimonio es inexistente, sin que, por otro lado, explique el impulso o proyección hacia el futuro que informa toda la vida y el dinamismo de la sociedad de gananciales (48). Todo lo cual nos llevaría al más complejo problema de la inidoneidad, o al menos a la inutilidad, de la trasposición de la figura de la comunidad germánica al Derecho español.

La propia *STS de 17 de abril de 1967*, que puede considerarse crucial en la evolución de la tesis de la comunidad germánica, afirma que la sociedad de gananciales carece del dinamismo que caracteriza a las sociedades; que se acerca en su estructura a la comunidad germánica, *con la que ofrece analogía, pero sin identificarse con ella, y la califica como patrimonio especial vinculado a los fines del matrimonio, y que está regida por los principios rectores de la institución familiar y presidida por un fin trascendente*.

No faltando originales construcciones que se adscriben a la teoría de la comunidad romana (49) o que tratan de ver en la sociedad de gananciales una simbiosis entre la comunidad romana, por cuotas, y la germánica, en mano común; de modo que la comunidad ganancial sería una comunidad romana sobre un patrimonio dinámico de destino y que son los singulares bienes gananciales los que pertenecerían a ambos cónyuges en mano común,

más, sobre un patrimonio dinámico, vivo; no en liquidación (vid., «En torno a la naturaleza jurídica de la comunidad...», *loc. cit.*, págs. 31 y sigs.). En el mismo sentido, vid., J. L. LACRUZ BERDEJO, *Elementos...*, *cit.*, t. IV, vol. 1.º, pág. 393; M. DE LA CÁMARA ALVAREZ, «La sociedad de gananciales...», *loc. cit.*, pág. 341.

(48) Vid., V. MAGARIÑOS BLANCO («Sociedad de gananciales y sociedad civil», en *ASN, Homenaje a Francisco Javier Manrique Romero*, 1989, págs. 305 y sigs.); «El órgano de administración de la sociedad de gananciales y la adquisición de bienes», en *ASN*, núm. IV, 1991, págs. 395 y sigs., A. YAGO ORTEGA, para quien: «decirle [...] que la sociedad de gananciales es una comunidad en mano común es sumergirlo en la más espesa de las tinieblas. Y si no, ¿cuántos problemas se han resuelto partiendo de que la sociedad de gananciales es una comunidad en mano común? («Acerca de la titularidad sobre los gananciales», en *RDN*, núm. CIII, 1979, pág. 383); en parecido sentido, vid., J. A. MARTÍNEZ SANCHÍS, «Casos dudosos de bienes privativos y gananciales», en *AAMN*, núm. XXVI, pág. 363.

(49) Vid., V. GUILARTE GUTIÉRREZ, «La naturaleza jurídica de la actual sociedad de gananciales», en *ADC*, 1992, págs. 875 y sigs.

sin perjuicio de que puedan estar bajo la titularidad formal de uno solo de ellos (50). Si bien no consideramos muy afortunado el intento de configurar la comunidad ganancial como una comunidad simultáneamente romana y germánica, pues ambos tipos de comunidad son incompatibles entre sí y por lo tanto excluyentes (51).

De mayor entidad parecen las argumentaciones de quienes consideran que, si bien tradicionalmente se ha sostenido que la sociedad de gananciales es una comunidad y, concretamente, de carácter germánico, tal concepción no deja de ofrecer serios reparos al observar la normativa del Código Civil, fundamentalmente en tema de gestión, disposición y titularidad de los bienes gananciales. No resultando convincente el intento conceptualista de pretender encajonar a la sociedad de gananciales en uno de los moldes típicos de comunidad, de modo que a lo más cabría decir que se trata de una comunidad de tipo especial (52), o relativa (53).

En todo caso sería una comunidad caracterizada fundamentalmente por (54):

1.º Surgir en un régimen económico matrimonial, por lo que la condición de comunero es accesoria o inseparable de la condición de esposo o cónyuge, por eso es inalienable (55).

2.º Recaer sobre un patrimonio separado, no sobre bienes singulares o la suma de todos ellos (56); si bien este patrimonio no es autónomo, porque no es

(50) Vid., T. GIMÉNEZ DUART, «La adquisición y disposición de gananciales por un sólo cónyuge (ensayo contra el art. 1322)», en *AAMN*, núm. XXVIII, págs. 256 y sigs.

(51) En el mismo sentido se manifiesta S. ECHEVARRÍA ECHEVARRÍA (vid., «La contratación entre cónyuges...», *loc. cit.* pág. 226).

(52) Vid., J. CASTILLO TAMARIT, para quien la sociedad de gananciales se compone de una masa de bienes y derechos, cuya titularidad se determina por las reglas generales del derecho, adscritos fundamentalmente al levantamiento de las cargas del matrimonio, por ello no debe verse una comunidad jurídica, sino una comunidad de tipo económico (vid., «Aspectos parciales de la reforma del Código Civil en tema de sociedades gananciales», en *RDN*, núms. CXXI-CXXII, 1983, págs. 10-11).

(53) En opinión de J. V. GAVIDIA SÁNCHEZ, nos hallamos ante un régimen de comunidad relativa en que se prevé la existencia de dos patrimonios y tres masas patrimoniales y cada uno de los cónyuges puede ser titular de bienes adscritos a diferentes masas (vid., *La atribución voluntaria...*, cit., pág. 17).

(54) Vid., J. L. DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, «La nueva sociedad...», *loc. cit.*, págs. 259-260; *Comentarios...*, cit., págs. 58-59, J. L. LACRUZ BERDEJO, *Elementos...*, cit., t. IV, vol. 1.º, págs. 393-394.

(55) Señalando J. L. LACRUZ BERDEJO, que al primar el aspecto personal, el consorcio es accesorio a un matrimonio. existe por él y para él. Por eso, tanto la condición o cuota de comunero (inseparable de la de cónyuge) como el patrimonio conyugal en sí (inseparable, en cuanto tal, de los cónyuges), son inalienables (vid., *Elementos...*, cit., t. IV, vol. 1.º, pág. 393).

(56) Señalando J. L. DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS que, como patrimonio separado, se halla afecto a una responsabilidad que es distinta de la responsabilidad general de los

el titular exclusivo de los bienes y derechos que le componen, al no tener personalidad jurídica independiente; por ello, las titularidades se reparten entre los comuneros y la comunidad, de manera que, aunque el derecho *pro parte*, recaiga potencialmente sobre el todo, al no tener entidad propia por faltarle esta autonomía, y no poder ser objeto de derechos unitariamente, se materializa no sobre el patrimonio en su conjunto, sino sobre los bienes singulares que lo componen, que son los que tienen en el tráfico la condición de gananciales.

3.º No constituir una persona jurídica, sino una comunidad que, ella misma, no es sujeto de derecho. A la comunidad, y por tanto a los comuneros, pertenecen conjuntamente los bienes, y el derecho de tales comuneros (los cónyuges) igual que en la copropiedad de una cosa, se resuelve en participaciones. Estas participaciones no recaen ni pueden recaer sobre el patrimonio como un todo, porque el patrimonio no es un objeto unitario de derecho y así, afectan directamente a cada uno de los objetos que lo integran; pero el derecho de los comuneros afecta al objeto indeterminadamente: *sin cuotas* (57).

Pese al triunfo de las tesis comunitarias (58), no han faltado críticas (59) y debe resaltarse la proximidad en ciertos aspectos, entre la sociedad

patrimonios personales, a los que sustituye ordinariamente en el levantamiento de las cargas matrimoniales y de las propias cargas personales en interés de la sociedad conyugal (vid., «La nueva sociedad...», *loc cit*, pág. 260).

(57) Señalando J. L. LACRUZ BERDEJO que la cuota existe sólo sobre el conjunto y por eso podemos calificar a esta comunidad de universal (vid., *Elementos*., cit., t. IV, vol. 1.º, pág. 394)

(58) M. ALBALADEJO GARCÍA señala que, «Desde luego [...] hay una comunidad y no una sociedad [...] No obstante, la ley, por conservar una terminología tradicional habla reiteradamente de "sociedad de gananciales". Lo que, sin embargo, no hace sociedad a la comunidad ganancial, sino una comunidad a la que, quizás [...] se le puede aplicar las [reglas] de otra figura: la sociedad» (vid., *Curso de Derecho civil*, t. IV, «Derecho de familia», 7.ª ed., 1996, pág. 170); L. DÍEZ PICAZO y A. GULLÓN entienden que tras la reforma de 1 81, no resulta fácil adoptar una decisión simplista entre sociedad y comunidad. Aparentemente se acentúa el carácter comunitario, y así el artículo 1.344 del Código Civil pone un cierto énfasis en la expresión: «se hacen comunes», términos que se repiten en bastantes artículos, y se ha eliminado la regla de remisión a las normas del contrato de sociedad. Y concluyen afirmando que, aunque la sociedad de gananciales no deja de tener enormes contactos con la idea societaria, encajando sin muchas dificultades en el concepto de sociedad universal de ganancias del artículo 1.675 del Código Civil, atendiendo a la regulación legal, no hay duda de que el mecanismo ideado ha sido el de la comunidad, que posee un carácter instrumental, pues de este modo se hace conjunta la ganancia antes de su determinación exacta y reparto en la disolución de la sociedad (vid., *Sistema de Derecho civil*, t. IV, «Derecho de familia. Derecho de sucesiones», 6.ª ed., 1992, pág. 174).

(59) Así, para R. BLANQUER UBEROS, aun aceptando y acatando la norma general de existencia de una comunidad, ni la idea de comunidad es suficiente por sí sola para explicar el régimen de gananciales, ni la comunidad nacida en la sociedad de gananciales, y sus problemas pueden resolverse mediante la aplicación analógica de conceptos de comunidad tipificados en el derecho para otras situaciones ni mediante la de sus normas

de gananciales y la sociedad civil (60), especialmente con la sociedad universal de ganancias que se reparten al disolverse el consorcio, definida por el artículo 1.675 del Código Civil y cuyos socios no han de dedicarse todos, necesariamente, a procurarse lucros mediante una actividad empresarial o profesional, pudiendo uno de ellos levantar las cargas extralaborales de los

particulares. Considerando además, que la nota definitiva del régimen de sociedad de gananciales se manifiesta, en el momento de su disolución, en la atribución efectiva y definitiva de la parte de cada cónyuge en las ganancias; siendo esta nota coherente con la idea de sociedad, de la que no se ha prescindido para la de gananciales (vid., «La idea de comunidad en la sociedad de gananciales. Alcance, modalidades y excepciones», en *AAMN*, núm. XXV, 1982, págs. 57-58 y 140-141). En opinión de V. MAGARIÑOS BLANCO existe una discordancia entre la afirmación tajante por los autores de que la sociedad de gananciales es una comunidad germánica, y la comprobación inmediata de la insuficiencia de esta fórmula, que se manifiesta ya al tener que utilizar aquéllos la terminología propia de la sociedad, y también al tener que acudir continuamente para resolver problemas concretos a las normas del contrato de sociedad (vid., «Sociedad de gananciales...», *loc. cit.*, pág. 305).

(60) Para J. L. DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, la sociedad de gananciales presenta, en cuanto comunidad, una permeabilidad que no se encuentra en otras comunidades, tanto por la dinámica en la que se inserta, con lo que recuerda más a una sociedad que a otra cosa, coincidiendo así con la tradicional denominación legal, como respecto de la constante interferencia en el interés común que previene de los intereses particulares que también protege, para armonizar la idea de comunidad con la peculiar posición de los cónyuges (vid., «La nueva sociedad...», *loc. cit.*, pág. 196; *Comentarios...*, *cit.*, pág. 6). En opinión de J. L. LACRUZ BERDEJO; F. DE ASÍS SANCHO REBULLIDA, A. LUNA SERRANO; F. RIVERO HERNÁNDEZ, y J. RAMS ALBESA, la idea del legislador es la de un patrimonio común compuesto por los ingresos que a cada cónyuge proporciona su trabajo o habilidad y por los frutos y rentas de los bienes de ambos. Este caudal originario se transforma, ya en otros bienes, al invertirse (art. 1.347.3.º CC), ya en créditos contra los cónyuges al aprovecharse éstos de él con fines particulares. Finalmente, a la masa consorcial van a parar bienes de los cónyuges, en virtud de la *vis atractiva* de la que la ha dotado el artículo 1.361 del Código Civil, y a resultados del correspondiente reembolso. En suma, la comunidad de gananciales del Código Civil habría sido concebida por el legislador más sobre el modelo de una sociedad civil emprendida con ánimo de lucro y destinada a repartir exclusivamente los que se produzcan *ex negotiatione* (art. 1.675), que como una comunidad de todos los aumentos en la fortuna de cada cónyuge. En relación con las analogías entre la sociedad de gananciales y las sociedades comunes, señala el autor que el vínculo conyugal entraña una forma de colaboración entre esposos para mantener el hogar que presenta un evidente matiz asociativo; matiz que se acentúa vigorosamente cuando media el régimen legal: entonces hay además una ganancia repartible procedente de las actividades lucrativas de los cónyuges, o de uno de ellos ayudado en casa por el otro. El fin de lucro no es aquí directo, a diferencia de las sociedades civiles y mercantiles, que se crean para ganar dinero, el consorcio conyugal se dispone por la ley, una vez existente el matrimonio, a fin de atender a sus cargas; pero sí hay un beneficio social (vid., *Elementos*, cit., t. IV, vol. 1.º, págs. 391 y 395). Para R. BLANQUER UBEROS las relaciones entre cónyuges sujetos al régimen de la sociedad de gananciales son asimilables a las relaciones de los socios entre sí (sección primera —de las obligaciones de los socios entre sí— del capítulo II —de las obligaciones de los socios—, del Título VIII —de la sociedad— del Libro IV —de las obligaciones y contratos del Código Civil—) (vid., «Reflexiones acerca de la influencia del régimen de gananciales en la capacidad y responsabilidad de cada cónyuge», en *RDN*, núms. CXIII-CXIV, 1981, págs. 20-30).

otros como contribución al negocio común sin desvirtuar el concepto legal (61).

Tal proximidad puede considerarse tributaria de la concepción histórica de este régimen económico, que se manifestó en la consideración de la comunidad de adquisiciones, como una sociedad, en la que las ganancias se reparten por igual, entre marido y mujer, a su disolución, pero que, entre tanto, el marido no sólo es el socio gestor, sino el que ostenta la titularidad externa de los bienes que integran la comunidad (62). Ello se tradujo, incluso en la terminología, en la que acaba por predominar el término sociedad sobre el de comunidad (63).

Históricamente predominó la idea de la sociedad: no se hacen comunes ningún tipo de bienes y hay únicamente una regla de distribución de la ganancia a la extinción del régimen (64). Esta idea se encontraba presente en el Código Civil con anterioridad a la reforma de 13 de mayo de 1981; así, el antiguo artículo 1.395 del Código Civil disponía que: «La sociedad de gananciales se regirá por las reglas del contrato de sociedad en todo aquello que no se oponga a lo expresamente determinado por este capítulo» (65).

La reforma suprime este precepto, señalando el actual artículo 1.410 que: «En todo lo no previsto en este capítulo [...] se observará lo establecido para la partición y liquidación de la herencia». Si bien no han faltado opiniones que critican la supresión de la referencia a las reglas de la sociedad, como supletorias de las reguladoras de la sociedad de gananciales (66), y que señalan que,

Con mayor énfasis, defendiendo la existencia de la *affectio societatis* y del ánimo de lucro en la sociedad de gananciales, vid., V. MAGARIÑOS BLANCO, «Sociedad de gananciales...», *loc. cit.*, págs. 319 y sigs.

(61) Vid., J. L. LACRUZ BERDEJO, *Elementos...*, cit., t. IV, vol. 1.º, pág. 395.

(62) Vid., sobre la evolución histórica de la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales, principalmente, J. L. LACRUZ BERDEJO, «En torno a la naturaleza jurídica de la comunidad...», *loc. cit.*, págs. 8-18.

(63) Vid., J. L. DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, «La nueva sociedad...», *loc. cit.*, pág. 208; *Comentarios...*, cit., págs. 7 y sigs.

(64) Sin embargo, señalan L. DÍEZ PICAZO y A. GULLÓN que lo cierto es que históricamente se fue introduciendo la concepción de la comunidad al estimarse que las cosas que el marido y mujer tienen son de ambos por medio (No.R.10.4.4.) (vid., *Sistema...*, cit., t. IV, pág. 173).

(65) Señala V. MAGARIÑOS BLANCO, que la reflexión que provoca la primera regulación de la sociedad de gananciales en el Código Civil, tanto por el encuadre sistemático, la terminología utilizada y la misma definición del artículo 1.392 que ponía el centro de atención en el reparto de ganancias, matiz claramente societario, unido a la remisión explícita que el artículo 1.395 hacía a las normas del contrato de sociedad, conduce a la sospecha inicial de que el Código se enfrentó a la sociedad de gananciales desde el punto de vista de la sociedad civil (vid., «Sociedad de gananciales...», *loc. cit.*, pág. 306).

(66) J. L. LACRUZ BERDEJO no alcanza a comprender los motivos, por los que, en su opinión con poco acierto, se suprimió el precepto y, dada la afinidad entre la sociedad de gananciales y la sociedad universal de ganancias, entiende que la supresión del viejo

pese a todo, la sociedad de gananciales se regirá, a falta de reglas propias, y de otras subsidiarias preferentes, como serían las de la comunidad ordinaria, por las del contrato de sociedad, en cuanto sea posible por no atentar contra las características esenciales de este régimen económico matrimonial (67).

Pero hay diferencias fundamentales entre la sociedad de gananciales y las sociedades comunes: en aquélla el fin de lucro se halla sustituido por otros de índole superior, y no hay propiamente, *affectio societatis* (68). Además, en muchos casos, incluso falta la voluntad de los cónyuges dirigida a crear la sociedad de gananciales, pues muchos contrayentes ignoran que si nada disponen acerca del régimen de bienes de su matrimonio, lo contraen bajo el de gananciales, lo cual nunca sucede cuando se celebra un contrato de sociedad (69).

Y, como una inmediata consecuencia de esta primordial distinción, la voluntad que formó las sociedades ordinarias sigue imperando en ellas, y es la que determina el objeto de la sociedad, su duración, sus reglas, todo cuanto a la misma atañe, y aún esos mismos pactos pueden por mutuo acuerdo modificar lo convenido, terminar la sociedad o prorrogarla, cambiar, en fin, las condiciones de su existencia o funcionamiento. En la sociedad de gananciales no ocurre así: su fin, su objeto, su duración, sus reglas están determinadas de antemano por el legislador. A pesar de que en las sucesivas reformas legales se ha ido restando rigidez a la regulación legal y dotando de mayor relevancia a la libertad de los cónyuges, la ley fija límites a la autonomía de la voluntad: la sociedad ha de empezar y terminar cuando la ley lo marca, y ha de funcionar como ella lo determina, y ha de cumplir las cargas que se le imponen y liquidarse como lo previene el legislador. Y, como consecuencia de ello, las ganancias han de partirse con igualdad entre los cónyuges, sea el que fuese el capital que por cada uno se aporte, mientras que en las sociedades ordinarias, la regla es la proporción con ese capital, o lo libremente convenido por los socios (70). Existe también una clara contraposición al examinar las relaciones entre los «socios» y los terceros en ambas instituciones (71).

artículo 1.395 del Código Civil no impide recurrir, a falta de regla específica en el sistema de los artículos 1.334 y sigs., a la normativa y principios de las sociedades civiles, a lo cual apunta el nombre de nuestro instituto, que no ha dejado de llamarse sociedad (vid., *Elementos...*, cit., t. IV, vol. 1.º, pág. 395).

(67) Vid., M. ALBALADEJO GARCÍA, *Curso de Derecho civil...*, cit., t. IV, pág. 170.

(68) Vid., J. L. LACRUZ BERDEJO, *Elementos...*, cit., t. IV, vol. 1.º, pág. 395.

(69) Vid., J. PUIG BRUTAU, *Compendio...*, cit., t. IV, pág. 88. En el mismo sentido, señalaba J. M. MANRESA Y NAVARRO que la sociedad de gananciales se distingue de todas las demás sociedades, en primer término en que nace por el hecho sólo del matrimonio, aun con independencia de la voluntad de los interesados (vid., *Comentarios al Código Civil español*, t. IX, 1904, pág. 535).

(70) Vid., J. M. MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios...*, cit., t. IX, págs. 535-536.

(71) En este punto, entiende R. BLANQUER UBEROS que en la sociedad civil el socio puede contratar con los terceros en propio nombre o en su carácter de tal, por cuenta de la sociedad; en el primero de cuyos casos la sociedad no queda obligada con el tercero

Si bien uno de los obstáculos principales que impide considerar a la sociedad de gananciales como una verdadera sociedad es la falta de personalidad jurídica.

De modo que puede concluirse que, en la actualidad, considerar la sociedad de gananciales como una verdadera sociedad, tesis que si bien procede de la doctrina antigua, se mantiene en la doctrina inmediatamente anterior e inmediatamente posterior al Código Civil (72), o como una sociedad especial o limitada (73), aunque en ella se manifiesten algunos de sus rasgos, no tiene sentido y menos aún el llegar a entender que constituye, o que debe constituir una persona jurídica (74).

y sí en el segundo, si el socio tiene poder o mandato y ha obrado dentro de los límites de éste (art. 1.697 CC). Mientras que en el régimen de la sociedad de gananciales la actuación de un cónyuge, aunque se limite a manifestar su estado civil y nada diga del régimen de su matrimonio, trasciende a la comunidad, o puede trascender, tanto favoreciendo a su activo como gravando su pasivo. Si bien señala que esta diferencia depende de la apariencia y personalidad de la sociedad civil, ya que, si la sociedad civil concurre al tráfico como tal, y procede atribuir la personalidad jurídica, y el socio actúa como tal en nombre de la sociedad, las relaciones jurídicas establecidas serán de la sociedad, en el sentido de atribuirse a esta la titularidad correspondiente; si la sociedad no concurre al tráfico como tal, esto es si el socio contrata en propio nombre, se producirá el efecto de quedar articulada la relación contractual entre el tercero contratante y el socio, sin perjuicio de que éste, además, tenga la vinculación correspondiente al contrato de sociedad con su asociado. En el caso de la sociedad de gananciales, al no jugar la idea de personalidad jurídica y al tratarse de una relación utilizable por los terceros, las consecuencias de la misma se predicen de toda relación determinada (o calificada como ganancial) como efecto legal de la condición misma de casado de un contratante (vid., «Reflexiones acerca de la influencia.», *loc. cit.*, págs. 33-34)

(72) Vid., J. CASTÁN TOBEÑAS, en su «Dogmática de la sociedad de gananciales. Efectos de la renuncia a los gananciales efectuada por uno de los cónyuges o sus herederos», en *RGLJ*, núm. 155, 1929, págs. 229 y sigs., donde señala que la construcción de la sociedad de gananciales como sociedad civil es la teoría más difundida en la doctrina francesa e italiana, no menos que en la patria y la que parece adoptar nuestro Código Civil al admitir, en su artículo 1.395, como supletorias de las normas propias de la sociedad de gananciales las reglas del contrato de sociedad; si bien afirma también que, a pesar de la equiparación que parece establecer nuestro Código, las diferencias que separan la sociedad de gananciales de las sociedades ordinarias son considerables, y carece la de gananciales del carácter de persona moral que la ley atribuye a la sociedad producto del contrato (vid., *loc. cit.*, págs. 231-232); J. L. LACRUZ BERDEJO, «En torno a la naturaleza jurídica de la comunidad...», *loc. cit.*, págs. 7 y sigs.

(73) Vid., F. SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*, t. V, vol. 1.º, 1912, págs. 815 y sigs.; C. VALVERDE Y VALVERDE, *Tratado de Derecho Civil Español*, t. IV, Derecho de familia, 4.ª ed., 1938, págs. 359 y sigs.

(74) La cuestión surge por la consideración de ser el patrimonio común un patrimonio autónomo, o en relación con la idea de personalidad nacida del matrimonio. El Código Civil de Puerto Rico conserva una regulación de la sociedad de gananciales semejante a la contenida en nuestro Código Civil, tras su promulgación, y allí se sigue sosteniendo en consecuencia la personificación jurídica de la sociedad conyugal de gananciales.

(En Francia fue planteada por autores como BONECASE, BAUDRY LACANTINERIE o DESCHENAUX, y, más modernamente, por J. CARBONNIER, L. RAUCENT o G. CORNU, acabando

En relación con este último aspecto de trascendental importancia en el tema que nos ocupa, se han intentado esgrimir argumentos favorables a la personificación; así se ha dicho: que la personalidad jurídica no es un atributo exclusivo de los entes asociativos y fundacionales, sino que puede atribuirse también por exigencias técnicas a comunidades de bienes cuyo fin no trasciende de la conservación de los mismos; que la nota de personalidad no es esencial a la sociedad, ya que el legislador reconoce la existencia de sociedades sin personalidad jurídica: así las sociedades internas, y las irregulares; o que la sociedad de gananciales constituye un centro de responsabilidad, de referencia de obligaciones y derechos y tiene una autonomía patrimonial perfectamente delimitada y mayor que otro tipo de sociedades (75).

Si bien no puede dejar de negarse un cierto fundamento en estos argumentos, lo cierto es que no resultan convincentes y de la regulación de la

casi siempre por ser rechazada. En nuestro país aparece también un argumento con el mismo origen, sostenido por autores como SÁNCHEZ ROMÁN, MANRESA, MUCIUS SCAEVOLA, DE DIEGO, DE BUEN o VALVERDE, pero tampoco llega a prosperar, siendo rechazada por la mayoría de las sentencias del Tribunal Supremo a partir de los años veinte: así, la *STS de 12 de mayo de 1924*, excluye que la sociedad de gananciales sea una persona jurídica (vid., J. L. LACRUZ BERDEJO, «En torno a la naturaleza jurídica de la comunidad...», *loc. cit.*, págs. 18 y sigs., J. L. DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, «La nueva sociedad...», *loc. cit.*, pág. 258, nota 141. Si bien es cierto que tanto el Tribunal Supremo como la Dirección General han utilizado en algunas ocasiones, con mayor o menor claridad, la técnica de la personificación. Así, las *SSTS de 22 de mayo de 1915*, *11 de marzo de 1946* y *18 de diciembre de 1950*, y la *RDGRN de 24 de abril de 1902*, al objeto de desviar un embargo sobre un bien inscrito a nombre del marido por deudas derivadas de la testamentaria de su mujer, en la *RDGRN de 30 de marzo de 1904*, se estableció que un bien inmueble estaba inscrito a nombre de la sociedad de gananciales, pese a que figuraba a nombre de la mujer. En otras ocasiones, de modo un tanto confuso y partiendo de la configuración de la sociedad de gananciales como comunidad en mano común, se interpone entre los socios (cónyuges) y la sociedad la autonomía de ésta, de tal manera que si una deuda es ganancial por haber sido contraída por el cónyuge legítimo, el otro cónyuge no puede desviar el embargo mediante una tercería (*STS de 26 de septiembre de 1986*), si bien esta sentencia ha sido fuertemente criticada (vid., A. CARRASCO PERERA, *CCJC*, 1986, págs. 4005-4016), y el Tribunal Supremo, en sentencias posteriores y con mejor técnica, se limita a negar la tercería por considerar que el cónyuge no tiene la condición de tercero, ya que es cotitular de los bienes embargados por pertenecer los mismos al patrimonio ganancial (*STS de 4 de febrero de 1983*). No faltando opiniones que señalan que los problemas planteados en relación con la tercería para paralizar el embargo por deudas contraídas por un solo cónyuge se resolverían más fácilmente si se partiera de una concepción de la sociedad de gananciales como sociedad organizada, pues la aplicación de su carácter orgánico permitiría sin forzamientos considerar la posibilidad de la tercería, si la deuda no es ganancial, y negarla, si es ganancial, por haber sido contraída por el órgano legítimo, tesis orgánica que late en el fondo de la argumentación del Tribunal Supremo (vid., V. MAGARIÑOS BLANCO, «Sociedad de gananciales...», *loc. cit.*, págs. 310 y sigs.; «El órgano de administración...», *loc. cit.*, pág. 407).

(75) Vid., V. MAGARIÑOS BLANCO, «Sociedad de gananciales..», *loc. cit.*, págs. 316 y sigs.

sociedad de gananciales en nuestro Código Civil no puede inferirse la atribución de una personalidad jurídica independiente de las personas de los cónyuges (76).

Como ya señalara LACRUZ, criticando la argumentación de CARBONNIER que aludía en favor de una personalidad jurídica —si bien atenuada— de la sociedad conyugal la existencia de un interés común, la conciencia del mismo y la organización de la colectividad interesada, que esta teoría partía de un concepto falso de la personalidad jurídica, ya que, «lo que determina la personalidad, dando forma a la materia social preexistente, es el reconocimiento del Derecho objetivo. Esta reconocimiento puede ser otorgado individualmente o por medio de una fórmula de carácter general; y en vano se tratará de hallar una fórmula semejante referida a la sociedad de gananciales, porque aunque el Código Civil presupone [...] la personalidad de las sociedades, es evidente que en él se refiere a las verdaderas y propias sociedades, y que esta presuposición no puede extenderse a la comunidad conyugal, que se halla regulada por normas muy distintas, de modo que, aunque se le apliquen subsidiariamente las normas de la sociedad, no puede ser clasificada como tal sociedad» (77).

Se ha dicho también que la sociedad de gananciales es una sociedad irregular despersonalizada, contemplada en el artículo 1.669 del Código Civil a cuyo tenor: «No tendrán personalidad jurídica las sociedades cuyos pactos se mantengan secretos entre los socios y en que cada uno de éstos contrate en su propio nombre con los terceros. Esta clase de sociedades se regirá por las disposiciones relativas a la comunidad de bienes».

Si bien tampoco existe unanimidad doctrinal en torno a la configuración jurídica de esta sociedad carente de personalidad jurídica y regida por las reglas de la comunidad: desde quienes niegan toda idea de comunidad (78),

(76) El propio V. MAGARIÑOS BLANCO, pese a todo, reconoce que el legislador no ha escalado el último peldaño para considerarla como una persona jurídica (vid., «Sociedad de gananciales...», *loc. cit.*, pág. 319).

(77) Vid., J. L. LACRUZ BERDEJO, «En torno a la naturaleza jurídica de la comunidad...», *loc. cit.*, págs. 23-24.

(78) A juicio de S. ECHEVARRÍA ECHEVARRÍA, la primera consecuencia de esta consideración de la sociedad de gananciales es que no existen más que dos patrimonios, el del marido y el de la mujer, sin que quepa la existencia de un tercer patrimonio ganancial durante la vigencia o vida (fase dinámica) de la sociedad de gananciales, ya que la dinámica patrimonial de la sociedad sin personalidad, según el artículo 1.669 del Código Civil, se desenvuelve en los patrimonios de los socios, y sólo en la disolución y liquidación nace una comunidad de tipo romano, resultando durante la vida de la sociedad, que en el patrimonio de cada socio se ha formado un patrimonio empresarial con los bienes calificados de sociales y que sumando los existentes en los patrimonios de todos los socios, constituyen el patrimonio social que queda sometido a las reglas de funcionamiento interno (pactos sociales y normas de la copropiedad) y sobre el que recaen los derechos expectantes (entre ellos el de liquidación) de todos los socios (vid., «La contratación entre

hasta quienes afirman que, en el fondo, nos hallamos ante una comunidad (79). En cualquier caso tampoco en esta clase de «sociedades» tendrían virtualidad las aportaciones de los cónyuges, al carecer de personalidad jurídica (80).

Existen también autores que sin adscribirse plenamente a las tesis societarias, hablan de que la sociedad de gananciales constituye una «especie de sociedad civil», al menos en el aspecto organizativo, en la que se produciría una comunicación de bienes, y que carecería de personalidad jurídica (81). Si

cónyuges. », *loc. cit.*, pág. 223); el mismo autor señala que en estas sociedades, aunque se rigen por las reglas de la comunidad, no existe en ningún momento comunidad durante la vida de la sociedad, y la razón por la cual la «cuota ganancial» no es transmisible ni total ni parcialmente, sobre ningún bien ganancial, es que no existe, porque la comunidad ganancial nace en la fase de liquidación de la sociedad, donde ya se aprecian con claridad las cuotas y parece posible la transmisión total o parcial de la cuota ganancial sobre el haber partible de cualquiera de los cónyuges. El juego patrimonial sería idéntico al de la sociedad civil sin personalidad: en el patrimonio universal de los socios se diferencian perfectamente y se separan los patrimonios o masas de bienes integrados por los bienes sociales o adscritos al fin social y los que no lo son. A nadie se le ocurre pensar que con los bienes sociales existentes en los patrimonios de los socios se constituye ninguna comunidad, ni romana, ni germánica y mucho menos relativa (vid., «La dinámica patrimonial en la sociedad de gananciales», en *RDN*, núm. 128, 1985, págs. 42 y sigs.; «La contratación entre cónyuges. », *loc. cit.*, págs. 230-231 y 252). En el mismo sentido, vid., V. MAGARIÑOS BLANCO, para quien en la sociedad de gananciales se dan los principios típicos del contrato de sociedad: la comunicación de bienes (art. 1.344 CC), la comunidad de gestión (art. 1.375), la comunidad de riesgo (arts. 1.328 y 1.691.1), y ánimo de lucro suficiente. Y se puede calificar como una sociedad civil universal de ganancias, cuyo fin es el reparto de éstas cuando se disuelva, y que estaría caracterizada por. 1.º Carecer de personalidad jurídica plena, si bien alcanza un alto grado de unificación y autonomía. 2.º Funcionar con el mecanismo típico de las sociedades (la representación), utilizando el legislador dos resortes sustitutorios y de equilibrio que son la subrogación real y la presunción de ganancialidad. 3.º El patrimonio común constituye un mero soporte económico de la sociedad, y por tanto, la comunicación es compatible con la existencia de una titularidad individualizada determinante de una legitimación que permite, por un lado, un amplio margen de actuación independiente de los cónyuges, y por otro, un flexible funcionamiento orgánico de la sociedad que es la que informa la regulación de aquellas titularidades («Sociedad de gananciales...», *loc. cit.*, págs. 317-318 y 331).

(79) Vid., R. M. ROCA SASTRE, «Naturaleza jurídica de la aportación. », *loc. cit.*, pág. 435

(80) Vid., S. ECHEVARRIA ECHEVARRIA, «La contratación entre cónyuges...», *loc. cit.*, pág. 228.

(81) Vid., V. MAGARIÑOS BLANCO, para quien, careciendo la sociedad de gananciales de personalidad jurídica plena, la titularidad de los bienes hay que referirla a los cónyuges: si bien dicha titularidad tendría carácter instrumental, al servicio de la sociedad de gananciales, como consecuencia de proyectar ésta su influencia o fuerza atractiva y unificadora, y transparente, y no fiduciaria, puesto que no se oculta que detrás de ella se cobija una comunidad de fondo o centro referencial al que verdaderamente se imputan los bienes, derechos y obligaciones, a través de un funcionamiento orgánico, al igual que en cualquier otra sociedad (vid., «El órgano de administración...», *loc. cit.*, págs. 395-396). Si bien no explica suficientemente el autor en qué consista esa personalidad jurídica de carácter no pleno que parece atribuirle; así, en un momento posterior señala que. «aun sin

bien la negación de esta última vuelve a impedir que puedan aportarse bienes, como si de un contrato de sociedad civil se tratara.

Podría pactarse en capitulaciones aportaciones concretas o la posibilidad de aportar bienes en el futuro a la sociedad conyugal; tales pactos son, en principio lícitos si no contravienen las prescripciones legales; pero en presencia de los mismos hay que preguntarse hasta qué punto la sociedad de gananciales no resulta desnaturalizada (82) y es evidente que en este caso no podríamos hablar de un régimen económico matrimonial de sociedad de gananciales; los cónyuges podrán aportar bienes si constituyen una sociedad dotada de personalidad jurídica, siempre y cuando concurren los requisitos para la celebración de dicho contrato.

3. LA ATRIBUCION VOLUNTARIA DE GANANCIALIDAD DEL ARTICULO 1.355.1.º DEL CODIGO CIVIL Y SU FALTA DE CONEXION CON EL LLAMADO «NEGOCIO JURIDICO DE APORTACION» A LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

Entre los comentarios suscitados por las reformas introducidas en el Código Civil por las Leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981, en materia de filiación, patria potestad, régimen económico matrimonial y matrimonio, se ha puesto de relieve los graves peligros de cambios legislativos parciales y tan numerosos y los grandes problemas de interpretación que plantean.

Estos peligros y estos problemas de interpretación se presentan con virulencia en aquellos artículos, que, como el 1.355, carecen de precedentes (83)

personalidad jurídica plena, la sociedad de gananciales está dotada de autonomía y organicidad suficientes, al igual que otras sociedades, para que puedan referirse a ella los derechos y obligaciones, aunque carezca al final de idoneidad para ser titular formal de los mismos (vid., «El órgano de administración...», *loc. cit.*, págs. 405-406); pero, en definitiva, tal explicación, viene a significar la negación de la personalidad jurídica.

(82) Vid., M. DE LA CÁMARA ALVAREZ, «La autonomía de la voluntad...», *loc. cit.*, pág. 117.

(83) Si bien, señala J. RAMS ALBESA que es posible encontrar en nuestro Derecho histórico precedentes del precepto, en el sentido de preceptos que suponían distorsiones en la aplicación del mecanismo de la subrogación real, en las adquisiciones de bienes a título oneroso. Se trataba, concretamente, de supuestos en los que en esas distorsiones jugaban o podían jugar un papel importante las declaraciones de voluntad de uno o de ambos cónyuges (vid., «La subrogación real en la sociedad de gananciales», en *RDN*, núms. CXXV-CXXVI, 1984, págs. 299 y sigs.). Señalando J. L. DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, que el precepto carece de precedentes en el Derecho anterior, por lo que se refiere a su párrafo primero, siendo el segundo consagración de una interpretación que había venido a predominar bajo el imperio del régimen anterior (vid., *Comentarios.*, *cit.*, t. XVIII, vol. 2.º, pág. 187).

en la anterior regulación que a la materia del régimen económico matrimonial dedicaba nuestro Código Civil (84) (85).

Y se acrecientan de modo particular estos problemas ante aquellas normas por las que el legislador se adentra en temas como la posibilidad de mutaciones en el régimen económico matrimonial legal supletorio o pactado, causadas constante matrimonio, o los cambios en la naturaleza común o privativa correspondiente a determinados bienes, así como en cuestiones relativas a la posibilidad de relaciones económicas entre patrimonios privativos o entre éstos y el patrimonio ganancial (86).

En concreto, las novedades en estos temas se manifiestan en la posible modificación por vía de capítulos de un régimen económico matrimonial pre-existente; en la posibilidad de contratación entre cónyuges, consagrada por el artículo 1.323 del Código Civil, que deroga el sistema de los antiguos artículos 1.458 y 1.334; y en la posible mutación de la naturaleza privativa o ganancial de los bienes, en principio imperativamente determinada por el origen de su adquisición, establecida en los artículos 1.324 y 1.355 del Código Civil (87).

Y no ha sido infrecuente confundir estos dos tipos de normas que se ocupan de cuestiones distintas: posibilidad de contratación entre cónyuges (art. 1.323) y posibilidad de atribución de naturaleza privativa o ganancial distinta de la que a los bienes corresponde por el título adquisitivo (arts. 1.324 y 1.355). Si bien ambos tipos de preceptos responden en su origen a la plasmación legislativa de un mismo principio constitucional —libertad e igualdad entre los cónyuges—, que a su vez obedece a una misma y nueva concepción sociológica de la familia, el hecho de que los cónyuges puedan entre sí contratar no puede significar el que por sus solas manifestaciones puedan variar la naturaleza común o exclusiva de un determinado bien, en cuanto en esta segunda cuestión entran en juego problemas de protección de terceros, de seguridad del tráfico jurídico, del carácter imperativo de las normas que determinan el carácter privativo o ganancial de los bienes y, también, problemas de índole fiscal (88).

Conforme al artículo 1.355 del Código Civil: «Podrán los cónyuges, de común acuerdo, atribuir la condición de gananciales a los bienes que adque-

(84) Vid., A. RODRÍGUEZ ADRADOS, «Los preceptos fracasados en la reforma del Código Civil», en *RDN*, núms. CXIII-CXIV, págs. 275 y sigs.; J. L. LACRUZ BERDEJO, *Elementos...*, cit., t. IV, vol. 1.º, pág. 403.

(85) En cuanto a los Derechos civiles autonómicos, es en el Fuero Nuevo de Navarra, modificado por Ley Foral 5/1987, de 1 de abril, donde encontramos una atribución voluntaria de conquista en la Ley 82, párrafo 2.º, número 3.

(86) Vid., M. C. RIBERA PONT, «La atribución de ganancialidad...», *loc. cit.*, pág. 1414.

(87) Vid., M. C. RIBERA PONT, «La atribución de ganancialidad...», *loc. cit.*, págs. 1414-1415.

(88) Vid., M. C. RIBERA PONT, «La atribución de ganancialidad...», *loc. cit.*, pág. 1416.

ran a título oneroso durante el matrimonio, cualquiera que sea la procedencia del precio o contraprestación y la forma y plazo en que se satisfaga. Si la adquisición se hiciese en forma conjunta y sin atribución de cuotas se presumirá su voluntad favorable al carácter ganancial de tales bienes».

Habla el Código, en su primer párrafo (89), de que los cónyuges «podrán»; resulta pues evidente que su finalidad es permitir a los consortes en régimen de gananciales el ejercicio de una facultad concretada en un derecho de opción. No es una norma imperativa, sino potestativa o dispositiva; y como tal supone su incidencia sobre otras normas que en principio determinen una calificación legal diferente para ciertos bienes, pero también con carácter dispositivo. Lo que, de entrada, se halla en contradicción con el tenor imperativo de los artículos 1.346 del Código Civil y concordantes (90).

Continúa hablando el Código de que los cónyuges podrán «atribuir la condición de gananciales»; en este punto existen diversas interpretaciones, desde las más restrictivas, que entienden que tal definición parece responder a la función de la aseveración realizada por ambos cónyuges al amparo de este artículo, en cuanto medio de ratificar o reforzar el carácter ganancial de una adquisición, cuando éste, aun resultando ya de la aplicación de otros preceptos, y en concreto del artículo 1.346, se presente como inseguro.

Por el contrario, en una interpretación más amplia se contempla que el precepto puede servir de vía para permitir a los cónyuges modificar el carácter de una bien concreto, su pertenencia a uno u otro patrimonio; pero no por el camino de encubrir transmisiones entre patrimonios, sino por la incidencia de su autonomía de voluntad, y por tanto tan sólo cuando la calificación legal aplicable se impusiera únicamente con carácter dispositivo, como resultado de normas legales de tal carácter (91).

(89) El párrafo segundo plantea el caso de que no se manifieste un acuerdo expreso de los cónyuges para que el bien adquirido sea ganancial, pero en cambio, esa voluntad se presume cuando la adquisición hubiera sido hecha en forma conjunta y sin atribución de cuotas. Viene a reforzar la presunción del artículo 1.361 del Código Civil y a consagrar la interpretación que se había hecho dominante con anterioridad a la reforma y con base en el antiguo artículo 1.401.1 del Código Civil, si no se demuestra la procedencia privativa del dinero. Por tanto, a falta de esta demostración, los bienes adquiridos serán gananciales. Por otra parte, en la conexión armonística de la reforma, guarda el artículo 1.355.2 un cierto paralelismo con el artículo 1.353 del Código Civil, que rige las adquisiciones a título gratuito (vid., J. L. DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, *Comentarios* .., cit., t. XVIII, vol. 2º, págs. 188 y sigs.).

(90) Vid., M. C. RIBERA PONT, «La atribución voluntaria...», *loc. cit.*, pág. 1427.

(91) Vid., M. C. RIBERA PONT, que se inclina por esta segunda interpretación, ya que el precepto utiliza la expresión «cualquiera que sea la procedencia del precio o contraprestación», lo cual evidencia que el artículo 1.355 del Código Civil sirve no sólo para rectificar la presunción de ganancialidad del artículo 1.361 del Código Civil, sino además para modificar la calificación privativa o ganancial, derivada de la procedencia de los fondos invertidos en la adquisición. Y, además, su tenor amplio sería un argumento en favor de la interpretación no restrictiva («La atribución de ganancialidad...», *loc. cit.*, págs. 1427-1429).

La atribución de ganancialidad debe ser hecha, «de común acuerdo» (92); se trata de que exista un acuerdo de voluntades dirigido a establecer el *status* jurídico-patrimonial de un bien que va a ingresar en la sociedad conyugal, atribuyéndole carácter ganancial (93).

Los cónyuges atribuyen a los bienes la condición de «gananciales», por consiguiente no estaríamos en el mismo supuesto si los cónyuges acuerdan que ese mismo bien ingrese en la sociedad conyugal como común no ganancial, es decir, compartiendo su titularidad mediante cuotas indivisas (94).

El reflejo registral de este acuerdo (95) estaría contemplado en el artículo 93.1 RH, al señalar que se inscribirán a nombre de marido y mujer, con carácter ganancial, los bienes adquiridos a título oneroso, y a costa del caudal común (96) por ambos cónyuges para la comunidad o *atribuyéndoles de común acuerdo tal condición* (97), o *adquiriéndolos en forma conjunta y sin atribución de cuotas* (98).

El artículo 1.355 del Código Civil determina los bienes que pueden ser objeto de la facultad que en el mismo se contiene con un criterio sucesivamente limitativo (99):

(92) Para J. CASTILLO TAMARIT, la necesidad de común acuerdo entre los cónyuges es una exigencia lógica, pues el artículo 1.355 del Código Civil fija definitivamente la ganancialidad del bien, o altera la naturaleza del mismo (vid., «Aspectos parciales de la reforma...», *loc. cit.*, pág. 21).

(93) Vid., J. V. GAVIDIA SÁNCHEZ, para quien nos hallamos ante una declaración de voluntad y no de conocimiento, pues los cónyuges pueden atribuir el carácter ganancial con independencia del carácter que tuviese la contraprestación con carga a la que el bien es adquirido. No nos hallamos ante dos confesiones de ganancialidad emitidas de común acuerdo, no se trata de probar, sino que atribuir voluntariamente carácter ganancial; mientras el artículo 1.324 emplea términos como «confesión» y «probar», el artículo 1.355 habla de «común acuerdo» y de «atribuir» (*La atribución voluntaria... cit.*, págs. 73-75).

(94) Entiende J. V. GAVIDIA SÁNCHEZ, que un acuerdo de este tipo sería un contrato traslativo entre cónyuges, si reuniese los requisitos de forma y capacidad exigidos en cada caso, pero, en cualquier caso nos hallaríamos fuera del ámbito de aplicación del artículo 1.355 del Código Civil (vid., *La atribución voluntaria... cit.*, pág. 95).

(95) La inscripción en el registro del acuerdo de atribución de ganancialidad no está exenta de dificultades y ha sido acertadamente estudiada por M. DE LA CÁMARA ALVAREZ, «La sociedad de gananciales. », *loc. cit.*, págs. 368-372.

(96) Señala M. DE LA CÁMARA ALVAREZ que si en el acuerdo expreso en la escritura consta que el bien se adquiere con dinero propio de uno o de los dos cónyuges (o en parte con dinero propio y en parte con dinero común) pero que, a pesar de ello, los esposos convienen en asignar al bien adquirido naturaleza ganancial, no es necesario acreditar que el dinero es privativo, y, en todo caso, al haber acuerdo expreso entre los esposos en este sentido, parece que tal acuerdo equivaldría a la confesión o reconocimiento a que se refiere el artículo 95.4 RH (vid., «La sociedad de gananciales...», *loc. cit.*, pág. 370).

(97) Supuesto del artículo 1.355.1.º del Código Civil.

(98) Supuesto del artículo 1.355.2.º del Código Civil.

(99) Vid., M. C. RIBERA PONT, «La atribución de ganancialidad...», *loc. cit.*, págs. 1428 y sigs.

1.º «Bienes». Tal referencia presupone una doble exclusión: en primer lugar los frutos en sentido amplio. Quedarían en consecuencia fuera de su campo de aplicación los supuestos de los artículos 1.348 —capitales gananciales de créditos privativos— y 1.352 —nuevas acciones suscritas como consecuencia de la titularidad de otras privativas— (100); y en segundo, y más importante en el tema que nos ocupa, quedarían fuera las inversiones y mejoras en bienes privativos que sean accesorias de un bien de tal naturaleza (arts. 1.359 y 1.360).

2.º «Que adquieran». De este modo también quedan excluidas las edificaciones y plantaciones del artículo 1.359 del Código Civil, pues su incorporación al patrimonio ganancial o privativo no se produce por título adquisitivo, sino de inversión o mejora.

3.º «A título oneroso». Supone la inaplicación de la previsión normativa del artículo 1.355 del Código Civil a todos los supuestos de adquisición lucrativa, aun cuando la voluntad concurrente de los esposos se manifieste en contrario sentido (101). En el supuesto del artículo 1.353 del Código Civil, para los casos de donaciones y sucesiones conjuntas, tampoco puede aplicarse el artículo 1.355 del Código Civil, ya que se «entienden gananciales» *ex* artículo 1.353 del Código Civil (102).

(100) En contra, entiende J. CADARSO PALAU, que la norma es de perfecta aplicación a la adquisición onerosa de acciones y participaciones sociales —sea en vía constitutiva, sea con posterioridad—, cuyo carácter ganancial podrá ser determinado por acuerdo de los cónyuges, aunque la adquisición haya sido hecha con fondos privativos y que también es aplicación al supuesto de adquisición de nuevos títulos en virtud del derecho de suscripción preferente que otorga la titularidad de otros privativos, ya que se puede entender que en este caso la regla, de ningún modo imperativa, del artículo 1.352 del Código Civil, cede ante el acuerdo voluntario que consagra el artículo 1.355 del Código Civil (vid., *Sociedad de gananciales y participaciones sociales*, 1993, págs. 68-69).

(101) Vid., J. CASTILLO TAMARIT, «Aspectos parciales de la reforma...», *loc. cit.*, pág. 21; J. V. GAVIDIA SÁNCHEZ diferencia entre el caso de que el adquirente a título gratuito sea uno solo de los cónyuges, en cuyo caso el bien adquirido sería privativo *ex* artículo 1.346.2 del Código Civil. La razón de ser está en el respeto debido a la voluntad del donante o testador, por una parte, y, por otra, en la tradicional regla según la cual las adquisiciones individuales a título gratuito no entran a formar parte de la masa común, y el caso en que sean ambos cónyuges los adquirentes a título gratuito, en cuyo caso el bien será ganancial porque ambos son los beneficiarios de la liberalidad del donante o testador —se entiende que lo adquirido es ganancial salvo que el donante o testador hubiere dispuesto lo contrario o hubiese hecho designación de partes, como se desprende del artículo 1.353 del Código Civil—, o privativo si son herederos *ab intestato*, por aplicación en este caso del artículo 1.346.2.º del Código Civil (vid., *La atribución voluntaria...*, *cit.*, págs. 113-114).

(102) Vid., J. M. CHICO Y ORTIZ, «La sociedad conyugal de gananciales y las aportaciones a la misma...», *loc. cit.*, pág. 226. Por ello estimamos desacertada la interpretación de M. T. MARTÍN MELENDEZ, conforme a la cual, si se admite que adquiriéndose el bien a costa de uno solo de los cónyuges, éste sea ganancial por común acuerdo, más aún habrá de admitirlo cuando la adquisición no ha supuesto ninguna pérdida al patrimo-

4.º «Constante matrimonio». Quedarían fuera del ámbito de aplicación del precepto los bienes que pertenecieran privativamente a uno de los cónyuges con anterioridad al matrimonio, o después de su disolución, aun cuando se hubieran adquirido por precio aplazado no satisfecho total o parcialmente (103).

5.º «Cualquiera que sea la procedencia del precio o contraprestación y la forma y plazo en que se satisfaga». El precio o contraprestación puede tener tres orígenes: probadamente privativo, presuntamente ganancial y probadamente ganancial. Cuando se trata de adquisiciones en las que opere el mecanismo de la subrogación real por adquisición (automática, por empleo o por reemplazo) y la contraprestación sea probadamente ganancial, el bien con ella adquirido lo será también, por lo que el acuerdo de atribución de ganancialidad carecerá de sentido. Excepto en este caso de subrogación por adquisición, puede ser atribuido a un bien carácter ganancial, cualquiera que sea el origen del precio o de la contraprestación y también cuando proceda de varias masas patrimoniales (104).

El fundamento del precepto se incardina en los principios rectores de la regulación de la sociedad de gananciales; en las reglas legales sobre la composición de los patrimonios privativos y ganancial. De estas reglas se pueden destacar: la aceptación del principio de subrogación real, concebido como el expediente legalmente previsto para mantener la consistencia y el equilibrio entre la masa común y las privativas, al suponer que, con ocasión de una alteración patrimonial, el bien adquirido onerosamente tenga el mismo carác-

nio del donatario, pues si se puede lo más, se puede lo menos, si bien, será necesario que el donante no lo excluya expresamente (vid., *op. cit.*, pág. 383). En primer lugar, la literalidad del precepto no deja lugar a dudas interpretativas: sólo se aplica a las adquisiciones onerosas; además, por tratarse de una excepción al principio de subrogación real debe ser objeto de interpretación en sus justos términos y nunca extensiva. Por otra parte, en el caso de bienes donados o dejados en testamento conjuntamente y sin designación de partes, se entienden gananciales si la liberalidad es aceptada por ambos cónyuges y el donante o testador no dispone lo contrario, pero no por aplicación del artículo 1.355 sino del artículo 1.353 del Código Civil, y, en el caso de bienes adquiridos a título lucrativo por uno solo de los cónyuges, constante la sociedad, el artículo 1.346.2.º establece sin lugar a dudas que son privativos de cada uno de los cónyuges. Además debemos tener en consideración que toda la regulación de la sociedad de gananciales se haya presidida por un *favor iuris* hacia la masa ganancial, del cual es manifestación el artículo 1.355 del Código Civil; pero ese trato de favor debe incardinarse en la propia naturaleza de la sociedad de gananciales como comunidad de adquisiciones a título oneroso.

(103) Vid., J. V. GAVIDIA SÁNCHEZ, *La atribución voluntaria*, *cit.*, págs. 114 y sigs. Selañando M. C. RIBERA PONT, que quedarían fuera del ámbito de aplicación del precepto los casos del artículo 1.357.1. Excluidas la vivienda y ajuar familiares que se reconducen a través de la norma del artículo 1.354 del Código Civil (vid., «La atribución de ganancialidad...», *loc. cit.*, pág. 1428).

(104) Vid., J. V. GAVIDIA SÁNCHEZ, *La atribución voluntaria*, *cit.*, pág. 116; J. CASTILLO TAMARIT, «Aspectos parciales de la reforma...», *loc. cit.*, págs. 21 y sigs.

ter que tenía el que fue utilizado como contraprestación (105); y el *favor iuris* hacia la masa ganancial; destacando en este punto la presunción de ganancialidad, en virtud de la cual, el carácter ganancial de los bienes, su adscripción a la masa ganancial, está dispensado de prueba. Se presume que los bienes de la sociedad conyugal son gananciales mientras no se demuestre lo contrario (106) (107).

Pues bien, la Ley 11/1981, de 13 de mayo, ha venido a introducir en este panorama una interesante novedad: la llamada atribución voluntaria de ganancialidad, que supone un nuevo reforzamiento del trato de favor dispensado a la masa ganancial a costa de permitir la derogación, bajo ciertos presupuestos y requisitos, del mecanismo de la subrogación real (108).

Se han manejado diversas posturas sobre al ámbito de aplicación de la norma. Ante todo, se dice, el artículo 1.355 del Código Civil sirve para

(105) Cuyo fundamento en esta concreta *sedes materiae* se encuentra, según J. RAMS ALBESA, en la concepción, más bien que principio, de la fungibilidad de las cosas y de los derechos que integran una determinada masa patrimonial, considerándose a estos solos efectos como una universalidad de derecho, de forma tal que las cosas y los derechos que integran una masa determinada, cualquiera que sea su naturaleza constitutiva, sin duda varia y diversa, son susceptibles de ser reemplazados unos por otros (vid., «La subrogación real.», *loc. cit.*, págs. 299-300: De esta forma, señala J. V. GAVIDIA SÁNCHEZ, se trata de evitar que las masas patrimoniales vean sustituidos bienes por derechos de reembolso entre ellas (vid., *La atribución voluntaria ... cit.*, pág. 18).

(106) Con ello, no sólo se pretende proporcionar un criterio con el que resolver las dudas sobre el carácter de los bienes de la sociedad conyugal, sino también reforzar las garantías a favor de los acreedores y legitimarios de los cónyuges (vid., J. V. GAVIDIA SÁNCHEZ, *La atribución voluntaria ... cit.*, págs. 47 y sigs.).

(107) Otra manifestación de este favor por la ganancialidad, y como novedad respecto a la situación anterior a la reforma de 1981, es el precepto contenido en el artículo 1.353, ya que actualmente los bienes donados o dejados en testamento a los cónyuges son comunes si el disponente no expresa lo contrario, mientras que en su redacción originaria, el artículo 1.398 del Código Civil los consideraba privativos (vid., J. V. GAVIDIA SÁNCHEZ, *La atribución voluntaria ... cit.*, págs. 48-49).

(108) Para J. CASTILLO TAMARIT, el precepto supone: 1.º El debilitamiento del principio de subrogación real. 2.º La consagración del principio de autonomía de la voluntad. 3.º El reforzamiento de la calificación de ganancialidad del bien. De tal modo que no debe verse antinomia o reiteración entre el artículo 1.347.3.º del Código Civil y el párrafo primero del artículo 1.355 del Código Civil, puesto que aquél señala objetivamente cuándo el bien es ganancial, mientras que éste señala cuándo subjetivamente merece tal calificación. Desde este punto de vista, el artículo 1.355 del Código Civil fija de forma definitiva la calificación de ganancial del bien, que de otra forma sería presuntamente ganancial ex artículo 1.361 del Código Civil (vid., «Aspectos parciales de la reforma del Código Civil ...», *loc. cit.*, págs. 20-21). Señalando, J. V. GAVIDIA SÁNCHEZ, que son dos las motivaciones que subyacen en la formulación del precepto: una, la ampliación del papel reconocido a la voluntad y libertad de los cónyuges para configurar su sociedad conyugal, y, otra, el favor hacia la masa ganancial. Así, esa libertad, en este punto, no es reconocida para ser ejercitada en cualquier sentido, sino para favorecer el patrimonio ganancial (vid., *La atribución voluntaria ... cit.*, págs. 18, 56 y 83). En parecido sentido, vid., J. CADARSO PALAU, *op. cit.*, págs. 68 y sigs.

reforzar la presunción de ganancialidad en casos en que ésta pueda resultar dudosa (109). Sin embargo, y al margen de esta posibilidad, su aplicación fundamental hay que relacionarla con el juego de la subrogación real.

Hay quienes opinan que dicho artículo sólo puede desplazar el juego de la subrogación real en un número limitado de supuestos: concretamente resultarían afectados por el artículo 1.355 del Código Civil: el artículo 1.354, referente a los bienes adquiridos mediante precio, en parte ganancial y en parte privativo (110). Así como la vivienda y ajuar familiares del último párrafo del artículo 1.357 del Código Civil, adquiridos mediante precio aplazado, en parte privativo y en parte ganancial, realizados algunos desembolsos antes de comenzar la sociedad; el artículo 1.356, en relación con los bienes adquiridos mediante precio aplazado, en parte ganancial y en parte privativo, constante la sociedad (111).

(109) Vid., R. BLANQUER UBEROS, «La idea de comunidad en la sociedad de gananciales...», *loc. cit.*, pág. 87.

(110) Para J. RAMS ALBESA, el juego interrelacionado de los artículos 1.354 y 1.355 de Código Civil sirve para poder afirmar de forma directa que la subrogación real en la sociedad de gananciales opera la atribución del bien de reemplazo a la masa de procedencia del bien o del caudal que se permutó o invirtió para su adquisición; es decir, de la masa o masas que sufren el sacrificio económico necesario para la adquisición, sin que para alcanzar este efecto sea necesaria la manifestación cualificada de una voluntad expresamente atributiva, como es el caso de la disciplina francesa del reemplazo (vid., «La subrogación real...», *loc. cit.*, págs. 321 y sigs.).

(111) Señala M. C. RIBERA PONT, que es más dudosa la aplicación del artículo 1.355 al supuesto del artículo 1.357.1, referido a los bienes comprados a plazos por uno de los cónyuges antes de comenzar la sociedad; siendo el principal obstáculo para admitir en este supuesto la aplicación del artículo 1.355 el relativo al modo de dar constancia registral a la atribución de posterior carácter ganancial, cuando el bien figure ya inscrito como privativo, por tener el primer desembolso tal carácter. Y señala que la solución puede ser la aplicación analógica de la nota marginal prevista en el artículo 91.3 RH (vid., «La atribución de ganancialidad...», *loc. cit.*, pág. 1429). No podemos compartir esta opinión —que se contradice con lo que la propia autora manifiesta en el mismo estudio en la página anterior— ya que el precepto se refiere a los bienes adquiridos constante matrimonio, y el artículo 1.357.1 se refiere a bienes adquiridos antes del matrimonio aunque el precio no haya sido satisfecho; por otra parte, la nota marginal del artículo 91.3 RH, hace referencia a un supuesto muy concreto: el caso de la vivienda y ajuar familiar adquiridos antes del matrimonio por precio aplazado no satisfecho en todo o en parte, y respecto de este supuesto existe una excepción expresa en el artículo 1.357.2 de modo que en este caso, a diferencia de las demás adquisiciones previstas en el número primero del mismo precepto, el bien *no tendrá carácter privativo*, sino que, aplicando el artículo 1.354 del Código Civil, al cual se remite el 1.357.2, *tendrá carácter en parte ganancial y en parte privativo, en proporción al valor de las aportaciones respectivas*. El artículo 91.3 RH sólo establece el mecanismo registral adecuado —la nota marginal— para hacer constar la posterior determinación de la cuota indivisa de la vivienda familiar habitual que deba tener carácter ganancial, en aplicación de estos preceptos civiles, y en ningún caso puede aplicarse analógicamente para otros supuestos que no guardan identidad sustancial con el contemplado en la norma, ni utilizarse como argumentación para eludir el tenor literal del artículo 1.355 del Código Civil.

Por el contrario otros —la mayoría—, estiman que el precepto es de posible aplicación a todos los casos en que la calificación del bien, atendido el principio de subrogación real, sería favorable a su privaticidad en todo o en parte (112).

Pese a suponer una excepción a las reglas establecidas en el Código Civil para la atribución de la condición de los bienes, al regular la sociedad de gananciales (113) la amplitud de los términos en que se produce el artículo 1.355, que consiente su aplicación a todos los casos en que se adquieran bienes a título oneroso y el precio o la contraprestación proceda del patrimonio particular de uno de los cónyuges, nos incita a inclinarnos por la opinión mayoritaria (114).

Lo que no puede aceptarse en ningún caso, es que pese a la claridad del precepto en sus expresiones literales, se haya tratado de ampliar su ámbito aplicativo y se haya tergiversado su mismo fundamento (115), conectándolo con la libertad de contratación interconyugal y con el negocio jurídico de aportación a la sociedad de gananciales.

La negación de la primera de estas premisas es indispensable para fundamentar la negación de la segunda, ya que, como veremos, para aportar bienes

(112) Vid., J. RAMS ALBESA, «La subrogación real...», *loc. cit.*, págs. 322-323; M. DE LA CÁMARA ALVAREZ, «La autonomía de la voluntad...», *loc. cit.*, pág. 118; «La sociedad de gananciales...», *loc. cit.*, pág. 369, M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Comentario del Código Civil*, t. II, Ministerio de Justicia, 1993, pág. 667, J. PUIG BRUTAU, *Compendio*, *cit.*, t. IV, pág. 93; T. GIMÉNEZ DUART, «Los bienes privativos y gananciales tras la reforma de 13 de mayo de 1981», en *RCDI*, núm. 548, 1982, pág. 135; J. M. OLIVARES JAMES, «Los contratos traslativos de dominio entre cónyuges...», *loc. cit.*, págs. 310 y sigs.

(113) Como señala C. PASCUAL DE LA PARTE, la sociedad de gananciales se basa en el principio de subrogación real, como ya reconociera la *STS de 8 de enero de 1968*, habida cuenta de que es un patrimonio separado, integrado por la masa de bienes y derechos adquiridos a título oneroso durante el matrimonio y que queda afecto a un régimen especial de responsabilidades y, por tanto, sometido a rígidos principios, a fin de no desnaturalizarlo y evitar fraudes (vid., «Atribución de ganancialidad...», *loc. cit.*, pág. 636).

(114) Vid., en relación con las argumentaciones utilizadas para defender la tesis no restrictiva, que considera que el artículo 1.355 del Código Civil excepciona el principio de subrogación real en aquellos casos en que, por aplicación de dicho principio, el bien adquirido sería privativo en todo o en parte, siempre que medie el acuerdo expreso o tácito de los cónyuges en el sentido de atribuir al bien adquirido naturaleza ganancial, M. DE LA CÁMARA ALVAREZ, «La autonomía de la voluntad...», *loc. cit.*, págs. 118 y sigs.

(115) Se ha llegado incluso a afirmar que sería posible que el cónyuge donatario aceptarse no para sí, sino para la sociedad de gananciales, con base en los artículos 1.353 y 1.355 del Código Civil (vid., M. DE LA CÁMARA ALVAREZ, «La autonomía de la voluntad...», *loc. cit.*, pág. 172). Siendo evidente que ambos preceptos invocados se refieren a una temática distinta y su aplicación analógica resulta sumamente dudosa, entre otras razones porque el artículo 1.355 del Código Civil se refiere a las adquisiciones a título oneroso (vid., J. CASTILLO TAMARIT, «Aspectos parciales de la reforma del Código Civil...», *loc. cit.*, pág. 28).

a la sociedad de gananciales es preciso celebrar un contrato entre cónyuges, mientras que la hipótesis del artículo 1.355 del Código Civil se haya totalmente desconectada del supuesto de contratación entre esposos del artículo 1.323 del Código Civil.

La opinión contraria, sin embargo, es la mayoritariamente sostenida. Se ha dicho así que la última *ratio* del artículo 1.355 del Código Civil ha de encontrarse en la posibilidad de que se transfieran bienes, a título oneroso o lucrativo, del patrimonio privativo de uno de los cónyuges al patrimonio común, posibilidad que encuentra su fundamento legal en el artículo 1.323 del Código Civil. El legislador permite a los cónyuges obtener un resultado parecido al que se obtendría por medio de la celebración de un negocio transmisivo típico por medio de un procedimiento más simplificado, el simple acuerdo entre los cónyuges, complementado con el derecho al reembolso que el artículo 1.358 del Código Civil concede al esposo a cuyas expensas se realizó la adquisición, derecho renunciable y que constituiría la causa del «contrato» y que, si fuera efectivamente renunciado, convertiría el acuerdo en una liberalidad (116) (117).

Tales afirmaciones carecen, sin embargo, de fundamento y resulta evidente, con base en una adecuada comprensión y valoración del precepto, que el acuerdo de atribución del artículo 1.355 del Código Civil no puede ser considerado como un contrato entre cónyuges: en primer lugar, no parece que este supuesto pueda considerarse incluido en el previsto en el artículo 1.254

(116) Vid., M. DE LA CÁMARA ALVAREZ, quien añade además, que si no se le busca al artículo 1.355 del Código Civil esta explicación, el precepto sería una norma arbitraria y carente de fundamento («La autonomía de la voluntad..», *loc cit.*, pág. 129); «La sociedad de gananciales...», *loc cit.*, pág. 430. En el mismo sentido, vid., S. ECHEVARRÍA ECHEVARRÍA, «La contratación entre cónyuges..», *loc cit.*, pág. 248; J. CASTILLO TAMARIT, «Aspectos parciales de la reforma...», *loc cit.*, pág. 21; J. A. MARTÍNEZ SANCHÍS, *Casos dudosos..*, *loc cit.*, pág. 400; M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Comentario del Código Civil...*, *cit.*, t. II, p. 667; J. PUIG BRUTAU, *Compendio ..*, *cit.*, t. IV, pág. 94; J. M. PÉREZ FERNÁNDEZ, «Sociedad de gananciales: suelo privativo y edificio ganancial», en *Bol. Col. Not. Granada*, núm. 28, abril de 1983, pág. 556; E. ALCAÍN MARTÍNEZ, *La declaración de propiedad de bienes matrimoniales*, 1996, págs. 10-11.

(117) J. M. CHICO Y ORTIZ, aunque hace una correcta valoración del artículo 1.355 del Código Civil, considerándole una vía improcedente para fundamentar el «negocio jurídico de aportación», lo considera, sin embargo, como una consecuencia de la libertad de contratación para un caso determinado (vid., «La sociedad conyugal de gananciales y las aportaciones a la misma...», *loc cit.*, pág. 226), señalando también que el artículo 1.355 del Código Civil está para algo más que para seguir la norma general del artículo 1.323 del Código Civil: la ciñe a un caso concreto (vid., *Comentario a la RDGRN de 10 de marzo de 1989*, *loc cit.*, pág. 232). Si bien, parece que lo que el hipotecarista pretende es sólo conectar la facultad del artículo 1.355 con la autonomía de voluntad de los cónyuges; Para T. F. TORRES GARCÍA, la declaración de voluntad del artículo 1.355 del Código Civil es concreción del artículo 1.323 del Código Civil, pero no llega a la categoría de contrato [vid., *Diez años de aplicación de la reforma de los regímenes económico-matrimoniales* (Ley 11/1981, de 13 de mayo), 1991, pág. 21].

del Código Civil. Del acuerdo de atribución no surge, propiamente, obligación alguna para uno u otro cónyuge, y tampoco da lugar a desplazamientos patrimoniales (118). Además, el artículo 1.323 del Código Civil admite la contratación entre cónyuges, con carácter general y aplicable, por tanto a todo régimen económico matrimonial; no tendría sentido, pues, formular en sede de gananciales un precepto inútil. Lo que sucede es que no es inútil porque en él se regula una cuestión completamente distinta (119).

De lo que se trata en el artículo 1.323 del Código Civil es de contratos entre cónyuges, traslativos del dominio, o no, pero en los que los cónyuges ocupan posiciones enfrentadas; por el contrario, el artículo 1.355 no se refiere a contratos traslativos de dominio entre cónyuges; en esta actuación de los cónyuges no hay más contrato que aquel en cuya virtud se adquiere un bien de un tercero, siendo una de las partes de dicho contrato uno o ambos cónyuges. Estos, pues, no contratan entre sí, sino con un tercero, y el acuerdo entre aquéllos no es más que un requisito para que el bien ingrese en la sociedad conyugal con carácter ganancial (120).

La misma ubicación de los artículos 1.323 y 1.355 del Código Civil es reveladora de la diversidad de cuestiones reguladas en uno y otro precepto. La admisión de la contratación entre cónyuges se encuentra en las disposiciones generales aplicables a todo régimen económico del matrimonio, incluido el de gananciales. Sería absurdo entender que el artículo 1.355 del Código Civil repite lo establecido en aquel otro precepto, pero limitándose a señalar la posibilidad de hacer ganancial lo privativo.

En realidad lo que sucede es que la contratación entre cónyuges es posible en cualquier régimen económico matrimonial, mientras que de la atribución de carácter ganancial o privativo sólo es posible hablar en un régimen de comunidad como el de gananciales, donde sí es posible distinguir entre titularidad formal sobre un bien y carácter privativo o ganancial de ese bien, ya que cada cónyuge puede ser titular tanto de bienes privativos como de gananciales (121).

Así pues, la atribución voluntaria de ganancialidad no tiene lugar a través de un contrato entre cónyuges, ni su admisión es consecuencia de la de la contratación entre éstos; el precepto relativo a la atribución voluntaria de ganancialidad podría subsistir aunque no hubiesen sido admitidos los contratos entre cónyuges. A la inversa, también podría haberse admitido la contra-

(118) Preguntándose J. V. GAVIDIA SÁNCHEZ, qué clase de contrato es ese que no es fuente de obligaciones ni de desplazamientos patrimoniales (vid., *La atribución voluntaria*, cit., pág. 76).

(119) Vid., J. V. GAVIDIA SÁNCHEZ, *La atribución voluntaria*..., cit., pág. 77.

(120) Vid., J. V. GAVIDIA SÁNCHEZ, *La atribución voluntaria*..., cit., pág. 84; J. CASTILLO TAMARIT, «Aspectos parciales de la reforma...», loc. cit., pág. 23.

(121) Vid., J. V. GAVIDIA SÁNCHEZ, *La atribución voluntaria*..., cit., pág. 85.

tación entre cónyuges y no haber sido reconocida a los cónyuges la facultad de atribución de la ganancialidad (122).

La diferencia entre el acuerdo de atribución del artículo 1.355 del Código Civil y los contratos celebrados entre los cónyuges, se manifiesta también, de una manera muy importante, en los efectos frente a terceros; entendiéndose por tales a los legitimarios y acreedores del cónyuge de cuyo patrimonio privativo salieron los fondos utilizados como contraprestación en la adquisición del bien que fue objeto del acuerdo.

En este sentido es necesario tener en cuenta, que, en virtud de la fijeza y la definitividad de la ganancialidad atribuida *ex* artículo 1.355 del Código Civil (123), el acuerdo de atribución es, realmente, inatacable por los terceros que pudieran considerar defraudados sus derechos; el medio para impedir resultar defraudado no es tanto dirigirse contra el acuerdo, cuanto el destinado a hacer efectivo el reembolso, si está todavía pendiente, utilizando la acción subrogatoria para ejercitar en nombre del cónyuge que sea su deudor

(122) Vid., J. V. GAVIDIA SÁNCHEZ, quien señala además que, con todo, ambas normas son manifestación de una de las líneas directrices de la reforma operada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, consistente en la ampliación del ámbito en el que la libertad y la autonomía de los cónyuges pueden configurar su sociedad conyugal (vid., *La atribución voluntaria...*, cit., págs. 112-113). Se plantea también el autor, si sería aplicable el artículo 1.355 del Código Civil al caso en el que uno de los cónyuges adquiere a título oneroso un bien privativo de su consorte, acordando ambos atribuirle carácter ganancial. Sin embargo, contra la posibilidad de que bienes ya pertenecientes a la sociedad conyugal puedan ser objeto del acuerdo de atribución de ganancialidad podría argumentarse que el precepto contenido en el artículo 1.355 del Código Civil está pensando en adquisiciones de bienes a terceros y que es el artículo 1.323 del Código Civil el aplicable a los desplazamientos de bienes entre las diversas masas patrimoniales que integran la sociedad conyugal. Así, en el párrafo segundo del artículo 1.355 del Código Civil se dice que «si la adquisición se hiciera en forma conjunta y sin atribución de cuotas», lo cual parece excluir la posibilidad de aplicar el precepto a adquisiciones verificadas mediante contrato entre cónyuges. Que ello es así lo confirma el requisito de la onerosidad de la adquisición, que parece refendo a la sociedad conyugal, en el sentido de que ha de producirse una salida patrimonial de ella. Por esto están excluidos de la posibilidad de acuerdo los bienes adquiridos a título gratuito, con lo que las adquisiciones entre cónyuges tienen en común el hecho de que no se produzca una salida patrimonial de la sociedad conyugal. Pese a inclinarse por la solución negativa, el autor reconoce que la posibilidad de que sean objeto de atribución voluntaria de ganancialidad bienes adquiridos por uno de los cónyuges de su consorte debe quedar abierta, pues, al menos formalmente, encaja en el supuesto de hecho del artículo 1.355.1 del Código Civil (*La atribución voluntaria...*, cit., págs. 85-86); J. L. DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS considera que tanto en el artículo 1.355 como en los dos que le siguen, se manifiesta con diversa intensidad el reconocimiento por parte del Código de la autonomía de la voluntad de los cónyuges para determinar la condición de los bienes del matrimonio (vid., *Comentarios...*, cit., t. XVIII, vol. 2.º, pág. 185). Para J. M. CHICO Y ORTIZ, el artículo 1.355 del Código Civil está para algo más que para seguir la norma general del artículo 1.323 del Código Civil: la ciñe a un caso concreto.

(123) Vid., J. V. GAVIDIA SÁNCHEZ, *La atribución voluntaria...*, cit., pág. 157.

el crédito que éste posea contra la comunidad conyugal (124) o a impugnar la renuncia que eventualmente se hubiese hecho del derecho de reembolso (125).

Por el contrario, de estimarse que el artículo 1.355 del Código Civil tiene su fundamento en la norma del artículo 1.323 del Código Civil, en cuanto tal atribución supondría la existencia de una atribución definitiva, que quedaría reservada a los acreedores en defensa de sus derechos sería el ejercicio de la acción rescisoria (126).

En el precepto se trata de permitir que los cónyuges determinen la masa patrimonial en la que va a quedar adscrito el bien que va a ingresar en la sociedad conyugal. Se excluye el carácter o eficacia traslativa del acuerdo; es decir, no se trata de provocar con él una traslación de un bien adscrito previamente a una de las masas de bienes privativos o a la de gananciales, sino de hacer que el bien entre en la sociedad conyugal con el carácter ganancial (127).

Se trata de posibilitar hacer claramente ganancial lo que, de otro modo, sería privativo, o ganancial pero sólo presuntivamente (128). No será pues aplicable cuando el bien adquirido, a título oneroso, debe ingresar sin necesidad del acuerdo en la sociedad conyugal, quedando adscrito a la masa ganancial sin ningún género de duda. Es decir, cuando por aplicación de las normas contenidas en los artículos 1.347 y siguientes, no queda la menor duda acerca del carácter ganancial con el que un bien adquirido a título oneroso vaya a ingresar en la sociedad conyugal, no tiene sentido alguno acordar su ganancialidad, porque ello está fuera de toda duda (129).

Sin embargo, el acuerdo cumplirá algún cometido cuando de no tener lugar, el bien objeto del mismo ingresaría en la sociedad conyugal como privativo, lo cual exige la prueba de la privatividad, o como presuntamente ganancial, si no se demuestra que es privativo pero tampoco que es ganancial. En estos casos el acuerdo del artículo 1.355 tiene alguna utilidad: en el primer caso, conseguir que ingrese como ganancial lo que debería entrar como pri-

(124) Vid., M. C. RIBERA PONT, «La atribución de ganancialidad...», *loc. cit.*, pág. 1433.

(125) Vid., J. V. GAVIDIA SÁNCHEZ, *La atribución voluntaria...*, *cit.*, pág. 157.

(126) Vid., M. C. RIBERA PONT, «La atribución de ganancialidad...», *loc. cit.*, pág. 1433.

(127) Vid., J. V. GAVIDIA SÁNCHEZ, *La atribución voluntaria...*, *cit.*, pág. 78.

(128) Vid., J. V. GAVIDIA SÁNCHEZ, *La atribución voluntaria...*, *cit.*, pág. 87.

(129) Señala en este sentido J. M. CHICO Y ORTIZ, que el artículo 1.355 l del Código Civil se refiere, no a las adquisiciones onerosas posteriores al matrimonio que se hagan «a costa del caudal común», las cuales, conforme al artículo 1.347.3.º, son gananciales, ya que el precepto no puede caer en una repetición, sino a aquellas adquisiciones onerosas durante el matrimonio que puedan dar lugar a un bien privativo (vid., «La sociedad conyugal de gananciales y las aportaciones a la misma.», *loc. cit.*, pág. 226).

vativo; en el segundo, se trata de que el bien que ingresaría como presuntamente ganancial lo haga como indubitadamente ganancial (130).

La ulterior prueba del carácter privativo de la contraprestación no afectará nada nada a la ganancialidad del bien que fue objeto del acuerdo de atribución. Por el contrario, la consecuencia es el nacimiento de un derecho de reembolso a favor de la masa de bienes privativos que aportó los fondos. El caso de la atribución voluntaria de ganancialidad sería uno de los supuestos de hecho de aplicación del artículo 1.358 del Código Civil que regula el derecho de reembolso, ya que se trata de bienes que resultan gananciales con independencia de la procedencia del caudal con el que la adquisición se realice. Por tanto, cuando hayan sido empleados bienes o caudales privativos, en la adquisición de un bien al que se atribuye carácter ganancial, surgirá ese derecho de reembolso a cargo de la masa ganancial (131).

Sin embargo, eso no significa restaurar una situación de equilibrio entre las masas, ya que, en la masa ganancial ingresa un bien sin que de ella haya salido otro como contraprestación, sino que surge la obligación de reembolsar (132); pero es que, además, ese reembolso puede no tener lugar hasta el momento de la liquidación, con la posibilidad consiguiente de que en la masa ganancial no queden bienes suficientes en aquel momento, ya que

(130) Vid., J. V. GAVIDIA SÁNCHEZ, *La atribución voluntaria ...*, cit., pág. 103. En parecidos términos, señala M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, que el acuerdo de atribución de ganancialidad es útil no sólo cuando claramente el precio o contraprestación es privativo, sino también cuando la ganancialidad del precio o contraprestación sólo consta por presunción. Entonces en la hipótesis —que la simple presunción del artículo 1.361 del Código Civil no descarta— de que el precio o contraprestación fuera en parte o totalmente privativo el acuerdo habría tenido el efecto de atribuir la ganancialidad al bien adquirido. El resultado, con este pacto, es que el bien adquirido no es sólo presuntamente ganancial sino que es desde la adquisición, indudablemente ganancial (vid., *Comentario del Código Civil ...*, cit., t. II, pág. 667).

(131) Vid., J. V. GAVIDIA SÁNCHEZ, *La atribución voluntaria ...*, cit., págs. 141 y sigs. El derecho de reembolso surgiría, no como manifestación del principio de subrogación real, sino como manifestación de la teoría de las recompensas como mecanismo que tiene por finalidad recuperar el equilibrio interpatrimonial perdido cuando éste no puede resurgir de otro modo. Mientras la subrogación real puede jugar a la vez como fuente de ganancialidad, y como mecanismo que permite mantener el equilibrio entre patrimonios, el acuerdo del artículo 1.355 del Código Civil sólo cumple la primera de las funciones, y necesita del otro mecanismo equilibrador, el de las recompensas, para evitar el enriquecimiento de un patrimonio conyugal a costa del otro. El derecho de reembolso no es, pues, causa, sino consecuencia de la opción de los cónyuges por el ejercicio de la facultad generadora de ganancialidad que le concede el artículo 1.355 del Código Civil (vid., M. T. MARTÍN MELENDEZ, *op. cit.*, pág. 387).

(132) Debe tenerse en cuenta, además, que al acuerdo de atribución no sigue necesariamente el nacimiento del derecho de reembolso, sino cuando previamente se hubiera demostrado que en la adquisición fueron empleados fondos privativos. En los demás casos sólo surgirá el derecho de reembolso cuando tenga lugar la prueba de la privatividad (vid., J. V. GAVIDIA SÁNCHEZ, *La atribución voluntaria ...*, cit., pág. 143).

antes de ese reembolso han de ser satisfechos los terceros acreedores de la sociedad conyugal. Por el contrario, el patrimonio privativo sufre la salida de valores patrimoniales efectivos y en compensación, sólo recibe un derecho a obtener ese futuro reembolso.

Ello muestra claramente cómo la masa ganancial es la realmente favorecida por la atribución voluntaria de ganancialidad, y cómo el equilibrio que se trata de garantizar mediante el sistema de los reembolsos es solamente contable y sólo inciertamente real o efectivo. Por el contrario, la subrogación real supone un instrumento de equilibrio mucho más efectivo (133).

Resultando además que ese trato en favor de la masa ganancial es discriminatorio, porque los cónyuges no pueden ejercitar la facultad inversa; es decir, no pueden atribuir carácter privativo a bienes que, según las reglas del Código, serían gananciales (134).

Sin embargo, en este punto, la mayoría de la doctrina, entiende que es posible que los cónyuges atribuyan carácter privativo a bienes en los que concurren las circunstancias requeridas en el artículo 1.355 del Código Civil, argumentando en términos de libertad de contratación en base al artículo 1.323 del Código Civil (135). Pero tal argumentación es falsa porque, si con base al artículo 1.323 fuera posible atribuir carácter privativo a un bien que ingresaría en la sociedad de gananciales como ganancial, cuanto más en base al mismo no sería posible hacer lo que el artículo 1.355 del Código Civil permite expresamente; por consiguiente, el precepto contenido en el artículo 1.355 del Código Civil sería redundante y superfluo, dado que no añadiría nada que no estuviese previamente reconocido (136).

(133) Vid., J. V. GAVIDIA SÁNCHEZ, *La atribución voluntaria...*, cit., pág. 149.

(134) Vid., J. V. GAVIDIA SÁNCHEZ, *La atribución voluntaria...*, cit., pág. 87.

(135) Vid., A. CASASOLA TOBÍA, «Matrimonio: transmisión de bienes entre cónyuges» (continuación), en *Bol. Col. Not. Granada*, núm. 23, noviembre de 1982, pág. 1643; señalando J. L. LACRUZ BERDEJO, que la regla del artículo 1.355 del Código Civil admite aplicación inversa, porque todo ello entra en el ámbito de la autonomía de la voluntad. Si bien habría que dilucidar en cada caso si la atribución supone una entrega a cuenta de la cuota del consorcio, o bien es entrega como préstamo con la consiguiente obligación de reembolso, o una donación del consorcio al individuo (vid., *Elementos...*, cit., t. IV, vol. 1.º, pág. 408); E. ALCÁIN MARTÍNEZ, cita la *RDGRN de 25 de septiembre de 1990*, y se muestra favorable a que en virtud del artículo 1.355 del Código Civil, los cónyuges confieran condición privativa por mutuo acuerdo a un bien común, amparándose en el principio de libre contratación entre los cónyuges (vid., *op. cit.*, pág. 11). Para M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS no importa que el artículo 1.355 del Código Civil tenga una redacción unilateral (en favor de los bienes gananciales). Esto ocurriría también con otros preceptos (por ejemplo, el art. 1.352 CC) y sus principios tienen aplicación recíproca. Añadiendo que será incluso frecuente la constitución de derechos en favor de un cónyuge (de usufructo, uso o habitación, de seguro) de modo tal que, a pesar de la procedencia ganancial del precio o contraprestación, el derecho adquirido tendrá por el acuerdo de los cónyuges carácter privativo (vid., *Comentario del Código Civil...*, cit., t. II, pág. 668).

(136) Vid., J. V. GAVIDIA SÁNCHEZ, *La atribución voluntaria...*, cit., pág. 128.

Por consiguiente no parece coherente afirmar que la atribución voluntaria de privaticidad encuentra su fundamento en el artículo 1.323 del Código Civil; para decidir esta cuestión hay que acudir a la norma contenida en el artículo 1.355 del Código Civil y ver si es o no susceptible de ser interpretada *a contrario sensu* (137); pero la literalidad del artículo 1.355 no deja lugar a dudas interpretativas y nos hallamos ante un supuesto en cierta medida excepcional, no susceptible de ser interpretado extensiva ni analógicamente, que contraviene un principio esencial en el mecanismo de la atribución de bienes en la sociedad de gananciales, el de la subrogación real, y que se inserta en la línea del trato de favor que se otorga a la masa ganancial en la regulación legal de la sociedad contenida en el Código Civil.

De ahí que, ni el precepto contenido en el artículo 1.355 del Código Civil ni algún otro proporcionan base suficiente para entender que pueda ingresar en la sociedad conyugal como privativo lo que debería ser ganancial: la atribución voluntaria de privaticidad no está admitida, sólo la de ganancialidad.

Para que fuera posible, sería necesario que una norma expresamente lo estableciera, como ocurre en el Fuero Nuevo de Navarra (Ley 83, núm. 5). Es la ley la que determina las fuentes de ganancialidad y de privaticidad, y la reforma de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, únicamente ha configurado la voluntad de los cónyuges como fuente de ganancialidad (138).

Aunque esta es la correcta interpretación del precepto en sus justos términos, también se ha suscitado la polémica en otro punto importante en el tema que nos ocupa, y en estrecha conexión con la identificación entre la facultad concedida en el artículo 1.355 y la libertad de contratación del artículo 1.323 del Código Civil, cual es el del momento en que la atribución de ganancialidad debe producirse. Así, aunque de los términos literales del artículo 1.355 del Código Civil resulta que el mismo está pensando en que la atribución de ganancialidad se produce en el mismo acto adquisitivo, se ha dicho que el precepto no prohíbe que en un momento posterior a la adquisición se produz-

(137) Para J. L. DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, aunque el artículo 1.355 del Código Civil sólo se refiere a la atribución del carácter ganancial, lo mismo puede decirse en el caso de que los cónyuges se hallen de acuerdo para atribuir a un bien, en las mismas condiciones, carácter privativo, ya que el precepto obedece al reconocimiento de la autonomía privada de los cónyuges, y no existe limitación alguna que impida pueda hacerse en este sentido (vid., *Comentarios...*, cit., t. XVIII, vol. 2.º, págs. 187-188). Admite también el pacto inverso, V. MAGARIÑOS BLANCO, vid., «El órgano de administración...», loc. cit., págs. 419 y 421.

(138) Vid., J. RAMS ALBESA, «La subrogación real...», loc. cit., pág. 349; J. CADARSO PALAU, op. cit., pág. 69. Para J. V. GAVIDIA SÁNCHEZ, la privaticidad, según nuestro Código Civil, no puede ser objeto de un acuerdo de atribución respecto de un bien que vaya a ingresar en la sociedad conyugal. En cambio, sí puede ser objeto de prueba, y en este sentido, está prevista la confesión de privaticidad en el artículo 1.324 del Código Civil (vid., *La atribución voluntaria...*, cit., págs. 133-134).

ca la atribución de ganancialidad. Ya que el artículo 1.323 del Código Civil permite las donaciones entre cónyuges y ello sirve para concluir que nada obsta a una atribución *a posteriori* de ganancialidad (139).

También se ha pretendido argumentar en favor de la atribución de ganancialidad de un bien ya integrante de la sociedad de gananciales, el artículo 93 RH, entendiendo que en él aparece que tanto se inscriben a nombre del marido y la mujer con carácter ganancial, los bienes adquiridos a título oneroso y a costa del caudal común por ambos esposos como [los adquiridos] atribuyéndoles de común acuerdo tal condición. Esto es, los requisitos de adquisición onerosa a costa del caudal común conjunto serían cumulativos y excluyentes de las demás referencias del precepto y por tanto, respecto de ellas no habría que exigirlos. De modo que, aun reconociendo sus limitaciones en la jerarquía normativa, el Reglamento hipotecario parece sustantivizar y generalizar el acuerdo atributivo de ganancialidad (140).

Pero el tenor literal del artículo 93.1 RH no autoriza esa interpretación, con arreglo a él la adquisición debe hacerse a título oneroso, a costa del caudal común y por ambos cónyuges, pudiendo ser la atribución de ganancialidad expresa: si ambos cónyuges atribuyen de común acuerdo la condición de gananciales a los bienes, o presunta: si los adquieren en forma conjunta y sin atribución de cuotas. Pero los requisitos de onerosidad y adquisición conjunta y simultánea a la atribución se exigen en los dos casos de adquisición.

Por otra parte, hemos visto como, la admisibilidad de la contratación entre cónyuges no es argumento que sirva para llegar a esta segunda posibilidad, ya que el principio consagrado en el artículo 1.355 del Código Civil no debe dis-

(139) Vid., J. A. MARTÍNEZ SANCHÍS, «Casos dudosos..», *loc. cit.*, pág. 400; J. L. LACRUZ BERDEJO, *Elementos..*, *cit.*, t. IV, pág. 403; L. Díez PICAZO y A. GULLÓN, *Sistema...*, *cit.*, t. IV, pág. 182; J. CADARSO PALAU, quien sin embargo señala que «es más dudoso si ello *envuelve un contrato traslativo que habrá que calificar en función de su causa concreta* (*op. cit.*, pág. 70); M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Comentario del Código Civil.*, *cit.*, t. II, pág. 668, C. PASCUAL DE LA PARTE entiende más adecuada una interpretación amplia del precepto, que comprenda la atribución *a posteriori* del carácter ganancial, siempre que no perjudique los derechos adquiridos por terceros entre la fecha de la adquisición y la posterior de atribución, teniendo en cuenta que: 1.º Si por falta de atribución coetánea a la adquisición, un bien ha pasado a ser privativo de uno de los cónyuges y quiere rectificar, si no se les permite hacerlo mediante una atribución posterior, pueden llegar al mismo resultando vendiendo el cónyuge que lo hubiera adquirido como privativo al otro cónyuge, con lo cual habrán dado al bien el carácter de ganancial. 2.º Desaparecidas las prohibiciones de donaciones y compraventas entre los cónyuges, no se puede pensar en actuaciones encaminadas a producir el fraude de aquellas prohibiciones. 3.º No se puede pensar en actividades encaminadas a la desnaturalización del régimen de la sociedad de gananciales, puesto que esa misión ya la ha asumido el propio legislador. 4.º En cualquier momento los cónyuges pueden cambiar su régimen económico matrimonial (vid., «La atribución de ganancialidad..», *loc. cit.*, pág. 2290).

(140) Vid., I. CARPIO GONZÁLEZ, «Aportaciones a la Sociedad de gananciales», *loc. cit.*, págs. 1191-1192.

currir por los derroteros de la contratación entre cónyuges. No cabe duda alguna que los cónyuges pueden celebrar entre sí toda clase de contrato, pero para ello están las formas jurídicas establecidas por el legislador (141). Por ello, si lo que quieren es vender, que acudan a una compraventa, y si lo que quieren es donar, que acudan a una donación y no a un subterfugio o a la vía del artículo 1.355 que está pensada para otro supuesto totalmente distinto (142).

La interpretación del artículo 1.355 en el sentido que hemos rechazado, respecto de bienes que ya han ingresado en la sociedad conyugal con carácter privativo, ha sido constantemente invocada para fundamentar el llamado «negocio jurídico de aportación» a la sociedad de gananciales, entendiendo que sin perjuicio de que los cónyuges puedan celebrar un negocio traslativo típico debe bastar también el simple acuerdo de los esposos para modificar la condición de un bien (143); llegándose a decir que la verdadera utilidad del artículo 1.355 del Código Civil reside en la posibilidad de convertir en gananciales adquisiciones realizadas por permuta o por empleo de bienes propios sin necesidad de proceder a la conclusión de un verdadero contrato de donación (144): o que,

(141) Vid., J. M. CHICO Y ORTIZ, «Comentario a la RDGRN de 10 de marzo de 1989...», *loc. cit.*, pág. 232.

(142) Vid., J. CASTILLO TAMARIT, quien, no obstante, señala que: si el precio de la adquisición del bien es ganancial, y como la atribución de ganancialidad tiene el alcance de calificar definitivamente el bien, nada obsta a que el artículo 1.355 del Código Civil juegue en un momento posterior a la adquisición, pues aquí no existe contratación entre cónyuges; por el contrario, si el precio es privativo —ya sea por la vía de la prueba auténtica o por la vía de la confesión—, la naturaleza del bien, como privativa, queda fijada; en cuyo caso, sólo a través de los negocios jurídicos típicos se puede llegar a un resultado análogo al del artículo 1.355 del Código Civil, pero sólo por tal vía y no por la del artículo 1.355 («Aspectos parciales de la reforma...», *loc. cit.*, págs. 22-23). J. M. OLIVARES JAMES señala que no ve grave obstáculo para la atribución de ganancialidad con posterioridad a la adquisición, si lo que se pretende con ella es fijar definitivamente la calificación del bien, si ésta sólo es presunta. Más difícil es aceptarla si la naturaleza privativa del bien quedó ya fijada, por ejemplo, por el reconocimiento o confesión de carácter privativo, del precio o contraprestación. Como tampoco sería, en su opinión, posible, ni antes ni después, atribuir la condición de gananciales a los bienes adquiridos a título gratuito durante el matrimonio (art. 1.355 *a contrario*) (vid., «Los contratos traslativos de dominio entre cónyuges...», *loc. cit.*, pág. 311).

(143) Vid., J. CASTILLO TAMARIT, «Aspectos parciales de la reforma...», *loc. cit.*, pág. 23; GIMÉNEZ DUART, «La adquisición y disposición de gananciales...», *loc. cit.*, pág. 122, V. TORRALBA SORIANO, *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, t. II, 1984 (arts. 1.334-1374), pág. 1634; J. L. LACRUZ BERDEJO, *Elementos...*, *cit.*, t. IV, vol. 1.º, págs. 403 y sigs.; OLIVARES JAMES, «Los contratos traslativos de dominio entre cónyuges...», *loc. cit.*, págs. 302-326; M. DE LA CÁMARA ALVAREZ, «La autonomía de la voluntad...», *loc. cit.*, pág. 121; C. PASCUAL DE LA PARTE, «La atribución de ganancialidad de un bien privativo...», *loc. cit.*, págs. 2287-2294, «Atribución de ganancialidad o privaticidad...», *loc. cit.*, págs. 629-641; F. GARCÍA SERRANO, «Notas sobre la posible aplicación actual del principio de accesión invertida...», *loc. cit.*, págs. 261-267.

(144) Vid., J. L. LACRUZ BERDEJO, *Elementos...*, *cit.*, t. IV, vol. 1.º, pág. 358. De la misma manera, para J. RAMS ALBESA, la verdadera utilidad del artículo 1.355 del Código

pese a que literalmente se refiere el precepto a una condición ganancial atribuida a la cosa en el acto mismo de adquirirla, también es posible, por acuerdo de los esposos, conferir el carácter ganancial a uno que ya era propio de uno de los cónyuges, a reserva o no de reembolsar su importe al cónyuge aportante, presumiéndose lo primero (145).

En la misma línea, aunque sin hablar de aportación sino de negocio jurídico de calificación o fijación, y en base a una interpretación extensiva, absolutamente carente de fundamento, del artículo 1.355 del Código Civil se ha llegado a decir que el cambio de calificación, que puede utilizarse en ambos sentidos; es decir, de ganancial a privativo y viceversa, cuando lo crean oportuno los cónyuges, aunque recaiga sobre los mismos bienes y ya sea en el momento de su adquisición, en momento posterior, e incluso sobre bienes adquiridos con anterioridad al nacimiento de la sociedad de gananciales, es posible a través de los artículos 1.324 (atribución de privaticidad) 1.355 del Código Civil (atribución de ganancialidad). Produciendo esa posibilidad de variar la calificación los mismos efectos que un contrato cualquiera que por razón del contenido pueda ser aplicable. El negocio jurídico de fijación produce todos los efectos inherentes al nuevo carácter privativo o ganancial del bien, pero no producirá efectos traslativos de dominio más que cuando al variar el bien de ganancial a privativo estuviera en el patrimonio del otro cónyuge (146).

El acuerdo del artículo 1.355.1 del Código Civil se aproximaría así a una «transmisión simplificada presuntamente onerosa —salvo pacto en contrario— en la que se sustituye el precio o contraprestación por el derecho al reembolso que acredita el cónyuge a costa de cuyo patrimonio se pagó el precio, conforme a lo que dispone el artículo 1.358 del Código Civil» (147); «y que, si fuera efectivamente renunciado, convertiría el acuerdo en una liberalidad» (148).

Civil reside en la posibilidad de convertir en gananciales adquisiciones realizadas por permuta o por empleo sin necesidad de proceder a la conclusión de un verdadero contrato de donación, o mejor eludir sus formalidades (vid., «La subrogación real...», *loc. cit.*, pág. 322).

(145) Vid., J. L. LACRUZ BERDEJO, *Elementos*, cit., t. IV, vol. 1º, pág. 403.

(146) Vid., S. ECHEVARRÍA ECHEVARRÍA, «La contratación entre cónyuges...», *loc. cit.*, págs. 247-251; en parecidos términos, señala J. A. MARTÍNEZ SANCHÍS que la regla primera del artículo 1.355 del Código Civil, que no es más que una manifestación particular de una posibilidad directamente derivada del artículo 1.323 del Código Civil, integrará un negocio de fijación que ya no tratará meramente de establecer la verdad, sino de crear una nueva realidad, por lo que, en síntesis, la figura se aproxima a los denominados negocios de destinación, en cuanto implicará, materialmente, una dotación a la sociedad de gananciales, y, de derecho, la afectación y sujeción a dicho régimen de los bienes señalados (vid., «Casos dudosos...», *loc. cit.*, pág. 401).

(147) Vid., M. DE LA CÁMARA ALVAREZ, quien señala, además, que aunque el Reglamento no contempla expresamente esa posibilidad, el acuerdo posterior a la adquisición podría y debería inscribirse («La sociedad de gananciales...», *loc. cit.*, pág. 370).

(148) Vid., M. DE LA CÁMARA ALVAREZ, «La sociedad de gananciales...», *loc. cit.*, pág. 430.

Tal posibilidad es inadmisible; en el caso de que un bien privativo quiera hacerse ganancial no puede sustituirse la celebración de un verdadero contrato, con todos sus requisitos, por una atribución voluntaria de ganancialidad *ex* artículo 1.355 del Código Civil, y la obligación —renunciable— de reembolsar al cónyuge titular del bien. En la hipótesis del artículo 1.355 del Código Civil, los cónyuges atribuyen carácter ganancial a un bien que ingresa en la sociedad de gananciales, como consecuencia de un contrato transmisivo celebrado con terceras personas y no con el otro cónyuge.

Y en relación con el reembolso, no puede considerarse un mecanismo idóneo para restablecer plenamente el equilibrio patrimonial, como hemos tenido ocasión de analizar; por un lado puede renunciarse y además éste puede no tener lugar hasta el momento de la liquidación, con la posibilidad consiguiente de que en la masa ganancial no queden bienes suficientes en aquel momento, ya que antes de ese reembolso han de ser satisfechos los terceros acreedores de la sociedad conyugal. Si al término de las operaciones liquidatorias no quedasen bienes bastantes para hacer efectivo el reembolso, aquel que tuviere derecho a cobrarlo podrá dirigirse contra su cónyuge o excónyuge o sus herederos y reclamarles la mitad de la cantidad todavía no satisfecha. Sin embargo, en el artículo 1.403 del Código Civil se establece que «pagadas las deudas y cargas de la sociedad se abonarán las indemnizaciones y reintegros debidos a cada cónyuge *hasta donde alcance el caudal inventariado* [...]»; parece pues, que en lo que exceda del caudal inventariado quedarán insatisfechos los reembolsos (149).

La solución parece más fácil si el reembolso no se produjere, bien por acuerdo entre los cónyuges en el momento de la adquisición, bien por renuncia posterior del cónyuge acreedor del mismo, ya que se habría producido un enriquecimiento para la comunidad unido al empobrecimiento del patrimonio privativo a costa del cual se abonó la contraprestación; en definitiva se habrá provocado un desplazamiento con ánimo de liberalidad que deberá ser tratado como una donación entre cónyuges (150). Con todo, resulta improcedente acudir a esta complicada vía que, además, parte de una interpretación incorrecta de un precepto legal.

(149) Vid., J. V. GAVIDIA SÁNCHEZ, quien señala que ello plantea, no obstante, graves cuestiones: primera, habría que precisar qué se entiende por «indemnizaciones y reintegros»; segunda, si todas las partidas comprendidas en el número 3.º del artículo 1.398 del Código Civil han de recibir el mismo trato por lo que se refiere a su realización y éste es, con arreglo al artículo 1.403 del Código Civil el de que de ellas sólo han de responder los bienes y derechos que integran el activo común, quedando en el resto insatisfechos y extinguidos tales derechos de crédito (*La atribución voluntaria...*, *cit.*, págs. 150-154).

(150) Vid., J. M. OLIVARES JAMES, «Los contratos traslativos de dominio entre cónyuges..», *loc. cit.*, pág. 311

4. LA LIBERTAD DE CONTRATACION ENTRE CONYUGES DEL ARTICULO 1.323 DEL CODIGO CIVIL Y SU CONEXION CON EL LLAMADO «NEGOCIO JURIDICO DE APORTACION» A LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

Si en algún precepto debe buscarse la fundamentación de las «aportaciones» a la sociedad de gananciales, no es, desde luego, en el que regula la atribución voluntaria de ganancialidad de las adquisiciones onerosas constante matrimonio, sino en el que establece la libertad de contratación entre los cónyuges.

Dentro del marco de la importante reforma del Código Civil operada por la Ley de 13 de mayo de 1981, una de las normas que más controversia ha suscitado en la doctrina ha sido la contenida en el artículo 1.323 del Código Civil, que establece un criterio totalmente permisivo de la contratación entre cónyuges y de la transmisión de bienes y derecho por cualquier título (151). Este precepto ha supuesto un «giro copernicano» (152) tras unos antecedentes históricos ampliamente prohibitivos en la materia (153).

En nuestro Código Civil de 1889 aparecieron determinadas normas prohibitivas, en consonancia con nuestros antecedentes históricos, pero no se estableció una prohibición general de la contratación entre cónyuges. Se dispone que será nula toda donación entre los cónyuges durante el matrimonio, sin incluir los regalos módicos que los cónyuges se hagan en ocasiones de regocijo para la familia (art. 1.334) (154); el marido y la mujer

(151) Vid., A. CABANILLAS SÁNCHEZ, «La contratación entre cónyuges», en *ADC*, núm. XXXVIII-III, 1985, pág. 505.

(152) Vid., L. DIEZ PICAZO, *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, t. II, 1984, pág. 1512.

(153) Sobre los antecedentes históricos y legislativos de las prohibiciones de contratar entre cónyuges, vid., A. CABANILLAS SÁNCHEZ, «La contratación...», *loc. cit.*, págs. 507 y sigs.; J. L. DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M. Albaladejo García, t. XVIII, vol. 1.º (arts. 1.315 a 1.343 CC), 1982, págs. 153 y sigs.; J. M. MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios al Código Civil español*, *cit.*, t. IX, págs. 264 y sigs.; *Comentarios al Código Civil español...*, *cit.* t. X, 1905, págs. 88 y sigs.; Q. MUCIUS SCAEVOLA, *Código Civil*, 2.ª ed., revisada por J. M. REYES MONTERREAL, t. XXI, 1967, págs. 365 y sigs.; *Código Civil*, t. XXIII, 1905, págs. 382 y sigs.; J. M. OLIVARES JAMES, «Los contratos traslativos de dominio entre cónyuges...», *loc. cit.*, págs. 284 y sigs.

(154) Señala J. M. MANRESA Y NAVARRO que los principales motivos de la prohibición deben verse en la especial situación creada entre los cónyuges por el matrimonio, en su relación íntima y constante, que deja al más débil entregado a la voluntad del más fuerte, a ceder una parte mayor o menor de sus bienes. La ley teme la falta de libertad en cualquiera de los cónyuges, quiere impedir que el uno se enriquezca a expensas de la fortuna del otro, que la facilidad de donar conduzca a una insolvencia real o falsa en perjuicio de terceros, defraudando los intereses de acreedores legítimos, y cree deber intervenir prohibiendo entre los cónyuges durante el matrimonio toda donación, y aun por

no podrán venderse bienes recíprocamente sino cuando se hubiese pactado la separación judicial de los mismos bienes autorizada con arreglo al capítulo VI, título III de este libro (art. 1.458) (155); sólo cabe la permuta entre cónyuges si se cumplen las condiciones concernientes a la venta (art. 1.541), y, por último, no pueden contraer sociedad universal entre sí las personas a quienes está prohibido otorgarse recíprocamente alguna donación o venta (art. 1.667) (156).

En favor de un criterio general prohibitivo de la contratación entre cónyuges se alegaron muchos argumentos: que los obstáculos puestos por el Código Civil a la contratación entre cónyuges eran aplicación de una prohibición genérica implícitamente contenida en nuestro ordenamiento jurídico, de pactar el marido y la mujer entre sí; que los cónyuges constituían una sola persona; que el marido y la mujer no pueden dar un verdadero consentimiento a tales contratos; que existía el riesgo de que uno de los cónyuges abusara de su influencia o autoridad sobre el otro; que era lógico que el marido interviniera en un contrato como otorgante y como protector de su mujer; que era necesario garantizar los intereses de los terceros que contratan en la creencia de un determinado estado de fortuna de un cónyuge, pues podrían ser defraudados al permitirse las enajenaciones al otro; que era preciso impedir que se vulnerara fraudulentamente la prohibición de las donaciones entre cónyuges y que se alterara de forma encubierta el régimen económico matrimonial (157).

La mayor parte de los autores, sin embargo, rechazaron esas argumentaciones, ya que en modo alguno bastaba para autorizar una generalización o extensión analógica de los preceptos prohibitivos concretos del Código Civil. Lo único que el Código pretendió, no fue mantener la vieja teoría de

temor de que se disfrace la donación, prohíbe también la compraventa entre los mismos (vid., *Comentarios...*, cit., t. IX, págs. 264-265). En opinión del autor, la sanción del precepto era la nulidad radical, sin que fuera posible pactar en capitulaciones matrimoniales que los cónyuges pudieran hacerse durante el matrimonio las donaciones que estimaran convenientes, dado el espíritu marcadamente prohibitivo de la ley y la razón en que se inspira (vid., *Comentarios*, cit., t. IX, págs. 267-268). Señalando Q. MUCIUS SCAEVOLA que el legislador proclama la nulidad sin más atenuación que la del párrafo segundo del mismo artículo. En términos tan absolutos, que se trata de una nulidad tan absoluta y de pleno derecho sin posibilidad de convalidación (vid., *Código Civil...*, cit., t. XXI, pág. 369). El autor niega también la posibilidad de que en capitulaciones estipulares se deje sin efecto la prohibición contenida en este artículo, al tratarse de un precepto de orden público, inderogable por la voluntad de las partes, cualquiera que sea el régimen que adopte el matrimonio (vid., *Código Civil...*, cit., t. XXI, pág. 375).

(155) Vid., sobre el comentario de este precepto, J. M. MANRESA y NAVARRO, *Comentarios...*, cit., t. X, págs. 87 y sigs., Q. MUCIUS SCAEVOLA, *Código Civil...*, cit., t. XXIII, págs. 381 y sigs.

(156) Vid., J. L. DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, cit., t. XVIII, vol. 1.º, págs. 157-158.

(157) Vid., F. SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios...*, cit., t. IV, pág. 801.

la *unitas carnis* (158), sino salvaguardar la independencia de los cónyuges, la prohibición de donaciones y la de alterar el régimen económico del matrimonio, con reglas prohibitivas concretas, insusceptibles de aplicación analógica (159).

La Ley de 2 de mayo de 1975 sobre situación jurídica de la mujer casada y los derechos y deberes de los cónyuges, determinó la imposibilidad de alegar los principales argumentos en que se trató de fundar la prohibición general de la contratación onerosa entre cónyuges, o la de determinados contratos como la sociedad o el contrato de trabajo, ya que fue suprimido el principio de inmutabilidad del régimen económico matrimonial (art. 1.320 del Código Civil); se estableció la regla de que el matrimonio no restringe la capacidad de obrar de ninguno de los cónyuges y fueron suprimidas las licencias maritales para actos de la mujer casada (arts. 62 y sigs. CC) (160).

A pesar de introducirse tan importantes innovaciones en el Código Civil, no fueron reformados los preceptos que establecían concretas prohibiciones legales a la contratación entre cónyuges (arts. 1.548, 1.541 y 1.677). Pero, después de la Ley de 2 de mayo de 1975, los problemas relativos a la contratación entre cónyuges no habían de plantearse tanto en el terreno de la existencia o no de un criterio general de validez, que había que admitir, como en determinar si un contrato celebrado por el marido y la mujer relativo a bienes, derechos o intereses que están en comunidad, que entrañe una modificación del régimen económico matrimonial, debía por lo menos dar cumplimiento a las reglas de fondo y forma necesarias para las capitulaciones matrimoniales (161).

Al poco tiempo de promulgarse la Ley de 2 de mayo de 1975 comenzaron en la Sección primera de la Comisión General de Codificación los trabajos encaminados a la reforma del Código Civil sobre régimen económico matrimonial. Fruto de estos trabajos fue el Proyecto de Ley de 14 de septiembre

(158) En opinión de J. M. MANRESA Y NAVARRO, el tradicional criterio de la unidad de persona no puede alegarse con seriedad por nadie, cuando es una verdad por todos reconocida la que afirma la coexistencia de la personalidad jurídica de cada uno de los cónyuges dentro de la personalidad jurídica familiar (vid., *Comentarios*, cit., t. X, pág. 91). En parecido sentido se manifiesta Q. MUCIUS SCAEVOLA, vid., *Código Civil*, cit., t. XXI, pág. 372.

(159) Vid., J. L. LACRUZ BERDEJO, *Derecho de familia El matrimonio y su economía*, 1963, pág. 220; J. VALLET DE GOYTISOLO, *Panorama del Derecho civil*, 1973, págs. 250-252; D. ESPÍN CÁNOVAS, *Manual de Derecho civil español*, t. III, 1974, pág. 522.

(160) Vid., J. M. OLIVARES JAMES, «Los contratos traslativos de dominio entre cónyuges...», *loc. cit.*, págs. 289-290; A. CABANILLAS SÁNCHEZ, «La contratación...», *loc. cit.*, pág. 526.

(161) Vid., A. CABANILLAS SÁNCHEZ, «La contratación...», *loc. cit.*, pág. 527.

(162) Vid., sobre el criterio permisivo en relación a la contratación entre cónyuges en los Derechos forales, A. CABANILLAS SÁNCHEZ, «La contratación...», *loc. cit.*, págs. 527-533.

de 1979 sobre modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico matrimonial, acogiendo un amplio criterio permisivo de contratación entre cónyuges, similar al imperante en alguno de nuestros Derechos civiles especiales o forales (162) y en el Derecho comparado (163).

De esta manera se ponía término a todas las dudas que tradicionalmente se han suscitado en esta materia (164). La Ley de 13 de mayo de 1981 tiene en cuenta lo dispuesto en este Proyecto al establecer una norma totalmente permisiva de la contratación entre cónyuges, no habiéndose limitado nuestro legislador a suprimir concretas prohibiciones, lo cual, según algunos autores, debería haberse hecho (165).

En efecto, señala literalmente el artículo 1.323 del Código Civil que: «El marido y la mujer podrán transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos».

Hubiera bastado con suprimir las concretas reglas prohibitivas y acogerse a las reglas generales de la contratación, sin necesidad de un precepto específicamente permisivo de la contratación entre cónyuges (166), pero la larga tradición en contra ha fundamentado, para algunos autores, la oportunidad de esta norma (167).

En concordancia con este precepto legal, en las disposiciones generales del régimen económico matrimonial, se suprime la prohibición de las donaciones entre cónyuges, que aparecía en el artículo 1.334, y también desaparece la limitación que establecía el artículo 1.458, señalando ahora el precepto que: «El marido y la mujer podrán venderse bienes recíprocamente». Lógicamente, uno y otro podrán celebrar contratos de permuta, porque, aparte de lo dispuesto en el artículo 1.323 del Código Civil, el artículo 1.541 preceptúa que en todo lo que no se halle especialmente determinado en el Código, la

(163) Vid., sobre el criterio seguido en relación con la contratación entre cónyuges en los Derechos francés, italiano, portugués, alemán, suizo o inglés. A. CABANILLAS SÁNCHEZ, «La contratación...», *loc. cit.*, págs. 533-539.

(164) Se afirma en la Exposición de Motivos de este Proyecto, como aspecto social y económico de relieve en la regulación que se adopta, la nueva libertad de los cónyuges para celebrar entre sí cualesquiera contratos, incluidas las donaciones, que autorizadas antes por diversos Derechos forales, nunca habían presentado inconvenientes de alguna entidad (vid., A. CABANILLAS SÁNCHEZ, «La contratación...», *loc. cit.*, pág. 539).

(165) En opinión de J. L. DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, hubiera bastado con suprimir la prohibición de donar y con modificar el artículo 1.458 del Código Civil (vid., *Comentarios*..., *cit.*, t. XVIII, vol. 1.º, pág. 162).

(166) Vid., J. L. DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, *Comentarios*..., *cit.*, t. XVIII, vol. 1.º, pág. 152.

(167) Vid., J. L. LACRUZ BERDEJO, *La reforma del Derecho de familia en el Código Civil español*, t. I, *Régimen económico del matrimonio, filiación y patria potestad*, 1979, pág. 18; M. ALBALADEJO GARCÍA, *Curso*..., *cit.*, t. IV, pág. 162; M. J. HERRERO GARCÍA, *Comentario del Código Civil Ministerio de Justicia*, t. II, 1993, pág. 596.

permuta se regirá por las disposiciones concernientes a la venta. También parece que no ha de existir dificultad para que los cónyuges puedan constituir cualquier tipo de sociedad, incluida la universal, pues ha desaparecido la prohibición de las donaciones entre cónyuges (168).

Resulta obvio que, en virtud del precepto, podrán celebrarse contratos mediante los cuales se produzcan transmisiones de bienes tanto del patrimonio privativo de uno de los cónyuges al del otro, como del patrimonio ganancial al privativo de cada uno de ellos y viceversa (169).

No han faltado, sin embargo, opiniones contrarias que, en base a la participación que los dos cónyuges tienen en el bien ganancial, entienden que no es posible o la transmisión de un bien de uno a otro cónyuge, o la transmisión de un bien mediante contrato desde el patrimonio ganancial al privativo de uno de los cónyuges y viceversa, si no es a través de complicados procedimientos como la previa disolución de la sociedad de gananciales, o la liquidación parcial del bien concreto, para proceder con posterioridad a la celebración del contrato (170).

Sin embargo, la consideración del ganancial como un patrimonio separado, distinto del privativo de cada cónyuge, le permite ser centro de referencia

(168) Vid., A. CABANILLAS SÁNCHEZ, «La contratación...», *loc. cit.*, pág. 540.

(169) Vid., A. CABANILLAS SÁNCHEZ, «Las consecuencias de la mutabilidad...», *loc. cit.*, pág. 153.

(170) Vid., en relación con el compraventa, las construcciones de L. MARTÍNEZ CALCERRADA, que sostiene que no es posible la venta de un bien de un cónyuge a otro, si no es a través del penoso rodeo de la previa disolución de la sociedad de gananciales, conviniendo un régimen económico distinto (art. 1.392.4.º CC); y de esta forma, disuelta y adjudicada la cosa ganancial al luego vendedor, proceder posteriormente a dicha venta (vid., *El nuevo Derecho de familia...*, cit., págs. 213-214). Para P. AVILA ALVAREZ no es posible que a título de compraventa un bien pase directamente del patrimonio ganancial al privativo de un cónyuge. No podría articularse una compraventa directa porque tendrían que vender ambos cónyuges a uno sólo (confesión o justificación de privacidad del precio), y este último cónyuge tendría que ser al mismo tiempo vendedor y comprador. Sería preciso un rodeo: el de la previa conversión de la comunidad ganancial en una comunidad romana, ya que nada se opone a que, puesto que los cónyuges pueden liquidar en cualquier tiempo la sociedad, se permita la liquidación parcial de ésta concretada a la finca de que se trate, adjudicar ésta por mitad a ambos cónyuges y que uno venda al otro su mitad indivisa (vid., «El régimen económico matrimonial en la reforma del Código Civil», en *RCDI*, núm. 547, 1981, pág. 1387). Para S. ECHEVARRÍA ECHEVARRÍA, que califica a la construcción de AVILA ALVAREZ, como de «verdadera fantasía jurídica sin comentarios», resulta jurídicamente imposible configurar un contrato con transmisión de dominio entre cónyuges de bienes gananciales, pues uno de los esposos, concretamente el adquirente, se transmite a sí mismo una parte (la que sea, aunque no esté deslindada) que ya es suya; lo cual sería un supuesto de autotransmisión que no tendría nada que ver con el autocontrato. Señalando después, que, en estos contratos «más que de autocontrato debería hablarse de *monocontrato*, pues existe un contrato totalmente unificado, un solo sujeto de derecho contratante, un único objeto vendido, un dinero de la compra que ya pertenece al vendedor y un único patrimonio en el que ya están integrados tanto la cosa como el precio» (vid., «La contratación entre cónyuges...», *loc. cit.*, págs. 217-218 y 271).

de negocios jurídicos y contratos, lo mismo que lo es de deudas y responsabilidades (171).

Por otra parte, lo que está en cuestión en tema de autocontratación no es la posibilidad filosófica del contrato consigo mismo, sino el perjuicio que puede sufrir un interés por el hecho de que la persona a la que se ha confiado su defensa sea a su vez detentadora de otro interés opuesto con el que puede entrar en conflicto. No cabe duda de que el autocontrato es válido cuando existe el poder o la autorización del *dominus negotii* para autocontratar y cuando no existe posibilidad o riesgo de abuso o de conflicto de intereses (172), y en este supuesto de contratación no puede decirse que se esté ante un supuesto de autocontratación no permitido por faltar el elemento clave de la contraposición o conflicto de intereses (173); siendo evidente que los cónyuges controlan los resultados del contrato aunque uno de ellos haga de dos partes, pues en definitiva sin el consentimiento de ambos no cabe la contratación (174).

Se desprende del tenor del artículo 1.323 del Código Civil que el matrimonio no limita la capacidad de los cónyuges para contratar entre sí (175), pudiendo los cónyuges cualquier tipo de contrato, con independencia de que su causa sea onerosa, gratuita o remuneratoria, ya que no se establece ningún tipo de distinción en este artículo (176), pero lo que no puede pretenderse es que el reconocimiento de la libertad de contratación entre cónyuges signifique que éstos están facultados para eludir los requisitos generales de la contratación de nuestro ordenamiento jurídico, puedan concluir válidamente contratos sin causa, o puedan invocar esa libertad —sin celebración de un verdadero contrato— para eludir la regulación legal de la sociedad de gananciales en materia de atribución de bienes, accesión o en cualquier otra.

El artículo 1.323 del Código Civil no ha establecido específicamente ningún tipo de límites a la libertad de contratación entre cónyuges, lo que ha merecido duras críticas por parte de un sector de la doctrina, ya que existe el grave peligro del fraude a terceros (acreedores y legitimarios) y de la falta de libertad de uno de los cónyuges al celebrar el contrato. Además se facilita peligrosamente la modificación indirecta del régimen económico matrimonial sin celebrar un contrato de capitulaciones matrimoniales (177).

(171) Vid., A. CABANILLAS SÁNCHEZ, «La contratación...», *loc. cit.*, pág. 554.

(172) Vid., F. DE CASTRO Y BRAVO, *Temas de Derecho civil*, 1976, págs. 114 y sigs.; L. DIEZ PICAZO, *La representación en el Derecho privado*, 1979, págs. 204-210.

(173) Vid., RDGRN de 2 de febrero de 1983.

(174) Vid., V. J. CASTILLO TAMARIT, «Aspectos parciales de la reforma...», *loc. cit.*, pág. 30; A. CABANILLAS SÁNCHEZ, «La contratación...», *loc. cit.*, pág. 555.

(175) Vid., R. BLANQUER UBEROS, «Reflexiones acerca de la influencia del régimen de gananciales en la capacidad.», *loc. cit.*, pág. 17.

(176) Vid., M. J. HERRERO GARCÍA, *Comentario del Código Civil. . . cit.*, t. II, pág. 597; A. CABANILLAS SÁNCHEZ, «La contratación. . .», *loc. cit.*, pág. 544.

Se ha criticado también el precepto:

1.º Por su colocación sistemática, ya que no es una norma de régimen económico, ni siquiera entendida como una norma básica o de régimen primario, sino que, teniendo su antecedente en el principio de libertad, más bien resulta una norma de Derecho patrimonial de la familia, por cuanto inspira el límite de la mutabilidad del régimen económico, aunque no puede considerarse como tal porque no se atiene a las reglas que inspiran esta materia (178).

2.º Por su radicalismo; ya que, si antes de la reforma, un importante sector de la doctrina criticaba los términos de la absoluta prohibición de donaciones entre cónyuges, actualmente sería de criticar que también se permitan absolutamente, y sin que este cambio tan radical tenga razón alguna (179); siendo esta fórmula especialmente perturbadora, no tanto respecto de los intereses de los acreedores, fácilmente protegidos frente a la realización de actos a título gratuito, por mediar la presunción de fraude, en el ejercicio de la acción revocatoria, sino los de los terceros, en general, y los de los legitimarios, en particular; de modo que hubiera sido mucho más razonable considerar que las donaciones *inter vivos*, que producen la transmisión de la propiedad de los bienes donados fueran siempre revocables, con lo que se hubieran conciliado los intereses de los hijos del donante con la libertad de éste, ejercitada en un momento de apasionamiento o de poca reflexión (180).

3.º Por los términos en que se desenvuelve. Refiriéndose el artículo 1.323 a toda clase de contratos, podía haber tenido en cuenta que éstos pueden alterar el régimen económico. Si los cónyuges llevan a cabo una sociedad universal, o confiere uno al otro un mandato de amplio contenido respecto de la administración y gestión de los bienes comunes, o de sus propios bienes, con autorizaciones expresas para llevar a cabo actos de enajenación o disposición nos encontramos que según este precepto el acto será válido y se habría

(177) Vid., C. VÁZQUEZ DE IRUZUBIETA, quien se muestra partidario de la prohibición absoluta de las liberalidades y contratos entre cónyuges, constante matrimonio. Considera este autor recuperable la teoría de la unidad (*unitas carnis*), aunque matizada. No es razonable que los socios contraten entre sí, se intercambien bienes y situaciones jurídicas causando un verdadero caos patrimonial. La Ley ha dejado en casi una absoluta indefensión a los terceros frente a las posibles argucias que los cónyuges están dispuestos a llevar adelante para burlar sus derechos en el tráfico normal de las transacciones civiles o mercantiles (*El régimen económico del matrimonio. Ley 11/1981, de 13 de mayo, 1982*, pág. 70 y sigs.).

(178) Vid., J. L. DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, *Comentarios*, cit., t. XVIII, vol. 1.º, pág. 162.

(179) Vid., J. L. DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, *Comentarios*, cit., t. XVIII, vol. 1.º, pág. 163.

(180) Vid., J. L. DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, *Comentarios*, cit., t. XVIII, vol. 1.º, pág. 164.

llevado a cabo una modificación del régimen económico, sin observar lo dispuesto en materia de establecimiento y modificación del mismo en los artículos 1.315 y 1.325 del Código Civil, y posiblemente conculcando el artículo 1.328 del Código Civil. Lo que también puede aplicarse a las donaciones entre cónyuges (181).

De modo que debió sin duda el legislador haber previsto que para que un contrato produzca plenos efectos debe revestir la forma y solemnidad de las capitulaciones; pero, al no haberlo hecho, con el Código Civil en la mano, y con independencia de preferencias personales, el contrato produce plena eficacia, si bien le será de aplicación lo dispuesto en el artículo 1.317 del Código Civil, con arreglo al cual, la modificación del régimen económico matrimonial realizada durante el matrimonio no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros (182).

Para otro importante sector doctrinal, sin embargo, el hecho de que el artículo 1.323 se exprese en términos tan permisivos no determina que nuestro ordenamiento jurídico admita que pueda modificarse el régimen económico matrimonial sin respetarse las reglas de fondo y forma establecidas en el Código Civil (arts. 1.325 y sigs.) o que puedan ser lesionados los intereses de terceros o del propio cónyuge que presta el consentimiento contractual por coacción o dolo (183).

Pese a la amplitud del artículo 1.323, los límites a la libertad de contratar de los cónyuges podrían derivarse de la propia valoración que merezca la voluntad de los cónyuges, de la discordancia de la causa del negocio con la intención de los contratantes, de los principios institucionales que definan el régimen económico matrimonial en que estén y de la interferencia irregular en la esfera patrimonial de terceros (184).

Resultaría así, inadmisibles, que el régimen económico matrimonial, legal o convencional, pueda ser alterado en las reglas por las que han de regirse los bienes del matrimonio a través de la vía indirecta de los contratos entre

(181) Vid., J. L. DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, cit., t. XVIII, vol. 1.º, págs. 164-165.

(182) Vid., J. L. DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, para quien el tenor literal del artículo 1.333 del Código Civil, aunque no tenga esa intención, suministra un apoyo textual a esta interpretación, por cuanto dispone que en toda inscripción de matrimonio en el Registro Civil, se mencionarán *no sólo las capitulaciones matrimoniales* que se hubieren otorgado, *sino también los pactos*, resoluciones judiciales y demás hechos *que modifiquen el régimen económico del matrimonio* (*Comentarios...*, cit., t. XVIII, vol. 1.º, pág. 165).

(183) Vid., A. CABANILLAS SÁNCHEZ, «Las consecuencias de la mutabilidad...», *loc. cit.*, págs. 148 y sigs.; «La contratación...», *loc. cit.*, pág. 548.

(184) Vid., J. M. OLIVARES JAMES, «Los contratos traslativos...», *loc. cit.*, págs. 291 y sigs.

cónyuges. La razón última de esta afirmación se encuentra en que estamos ante la materia propia de las capitulaciones matrimoniales (185), ya que las determinaciones sobre el régimen económico matrimonial pertenecen a la esencia de los capítulos (186).

Así, aunque el artículo 1.323 del Código Civil no establece expresamente que a través de un contrato entre cónyuges sea inviable la modificación del régimen económico matrimonial en las reglas por las que han de regirse los bienes del matrimonio, ello no implica que lo autorice; el precepto, simplemente, guarda silencio sobre la cuestión. Y la posibilidad de que a partir de la Ley de 2 de mayo de 1975 pueda ser sustituido o modificado el régimen económico matrimonial después de la celebración del matrimonio no justifica en modo alguno que los cónyuges puedan hacerlo a través de un cauce distinto del establecido en nuestro Código Civil (187).

De modo que para que el régimen económico matrimonial pueda ser modificado o sustituido por los cónyuges es necesario que se cumplan las reglas de fondo y forma necesarias para el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales (arts. 1.325 y sigs. CC) (188); cuando el contrato celebrado por los cónyuges revista los requisitos de fondo y forma exigidos por el Código para otorgar capitulaciones matrimoniales estaremos ante unas auténticas capitulaciones matrimoniales, pues la naturaleza jurídica del negocio celebrado no depende tanto del nombre que le han dado las partes como de su causa, y es evidente que la finalidad de las capitulaciones matrimoniales, en relación con su contenido típico, no es otra que la estipulación, modificación o sustitución de un determinado régimen económico matrimonial (189).

Si bien no puede presumirse, *a priori*, la intención fraudulenta de las partes en ningún tipo de negocio jurídico, es indudable que el contrato celebrado por marido y mujer puede ser un medio para defraudar a terceros, particularmente a los acreedores y legitimarios; siendo evidente que la protección de estos terceros constituye un límite a la libertad de contratación, en general y por tanto también entre los esposos (190).

(185) Vid., A. CABANILLAS SÁNCHEZ, «Las consecuencias de la mutabilidad...», *loc. cit.*, pág. 152; «La contratación...», *loc. cit.*, pág. 549.

(186) Vid., J. L. LACRUZ BERDEJO, *Elementos...*, cit., t. IV, vol. 1.º, pág. 316.

(187) Vid., A. CABANILLAS SÁNCHEZ, en contra en este punto de la opinión manifestada por J. L. DE LOS MOZOS, «Las consecuencias de la mutabilidad...», *loc. cit.*, pág. 152; «La contratación...», *loc. cit.*, pág. 549.

(188) Señalando M. ALBALADEJO GARCÍA que, en principio, la única especialidad de un contrato entre cónyuges será la de que si supone una modificación del régimen de bienes del matrimonio, deberá otorgarse en escritura pública conforme al artículo 1.327 del Código Civil (vid., *Curso...*, cit., t. IV, pág. 126).

(189) Vid., A. CABANILLAS SÁNCHEZ, «La contratación...», *loc. cit.*, pág. 550.

(190) Vid., M. J. HERRERO GARCÍA, *Comentario del Código Civil...*, cit., t. II, pág. 597.

En el tema que ocupa el centro de atención de nuestro estudio: la «conversión» de bienes privativos en gananciales, mediante el «negocio de aportación», es evidente que no será indiferente a acreedores y legitimarios del cónyuge a quien pertenecían privativamente los bienes que estos pasen a formar parte de la comunidad conyugal con la condición de gananciales; en el primer caso los acreedores pueden hacer efectivo el embargo sobre la totalidad del bien para resarcir su crédito y corresponderá por entero el bien a los legitimarios; mientras que en el segundo sólo podrán los acreedores embargar y ejecutar los bienes gananciales si el otro cónyuge no exige que «en la traba se sustituyan los bienes comunes por la parte que ostenta el cónyuge deudor en la sociedad conyugal, en cuyo caso el embargo llevará consigo la disolución de aquélla» (191); teniendo en cuenta que, provocaba esta disolución, al cónyuge deudor le serán «atribuidos por mitad» (192) las ganancias o beneficios. A esto debe añadirse además toda la complejidad del proceso liquidatorio y la preferencia que en el mismo tienen las deudas de la sociedad, las indemnizaciones y reintegros debidos a cada cónyuge, así como los créditos que uno de los cónyuges tenga contra el otro.

En el caso de los legitimarios, deben soportar asimismo el proceso liquidatorio y los créditos preferentes (193).

Por ello sólo deben admitirse, para tales transferencias de bienes, del patrimonio privativo al conyugal, los contratos válidamente celebrados entre cónyuges, y debe otorgarse a acreedores y legitimarios los medios legales oportunos para su defensa en caso contrario (194); siendo particularmente necesarias medidas de protección en el caso de los contratos a título gratuito (195).

Hay que pensar en una posible simulación, tanto absoluta como relativa, estando legitimados en tal caso, los acreedores y legitimarios para ejercitar la correspondiente acción de simulación, mediante la cual podrán demostrar la falsedad de la causa (art. 1.276 CC). Siendo un supuesto típico el de la compraventa entre cónyuges, o entre un cónyuge y la comunidad conyugal, que encubre una donación cuando el cónyuge es deudor frente a terceros. En tal caso, si se produce la insolvencia del cónyuge deudor, el acreedor perjudicado podrá ejercitar la correspondiente acción dirigida a la destrucción de la apariencia de compraventa y la demostración de la existencia de una donación del bien que aparentemente se ha vendido (196).

(191) Vid., artículo 1.373 del Código Civil.

(192) Vid., artículo 1.344 del Código Civil.

(193) Vid., artículos 1.399 a 1.405 del Código Civil.

(194) Vid., J. F. TAYMANS, *Les contrats entre époux*, 1995, pág. 17.

(195) Vid., J. M. OLIVARES JAMES, «Los contratos traslativos...», *loc cit.*, págs. 298 y sigs.

(196) Vid., A. CABANILLAS SÁNCHEZ, «La contratación...», *loc cit.*, págs. 550-551

Demostrada la existencia de la donación, válida según el artículo 1.323 del Código Civil, se presume siempre realizada en fraude de acreedores si al hacerla no se ha reservado el donante bienes bastantes para pagar las deudas anteriores a ella (arts. 1.297 y 643.2 CC), por lo que una acción rescisoria podrá determinar la devolución al patrimonio del cónyuge donante de los bienes donados con sus frutos, salvo que se hallaren legalmente en poder de terceras personas que no hubieran procedido de mala fe, en cuyo caso podrá reclamarse la indemnización del perjuicio al causante de la lesión (art. 1.295 CC) (197).

Si la donación o el contrato celebrado por los cónyuges perjudica a los legitimarios, éstos podrán ejercitar las acciones que, con carácter general, les concede nuestro ordenamiento jurídico. El legitimario no sólo estará facultado para pedir la reducción de las donaciones inoficiosas y, en general, para quedar ileso de las consecuencias de los contratos gratuitos del causante, mediante la reducción de las donaciones inoficiosas conforme a los artículos 636, 654-656 y 820-821 del Código Civil, sino también, para impugnar cualquier contrato oneroso de aquél en fraude de su legítima (198).

Las medidas descritas de protección del donante y de los legitimarios se acompañan, en el caso de las donaciones, de específicas normas sobre forma, capacidad o posibilidad de revocación que contribuyen a evitar el peligro de las donaciones poco meditadas entre los cónyuges.

Así, debe tenerse en cuenta el requisito de forma *ad solemnitatem*, de las donaciones de bienes inmuebles que, conforme al artículo 633 del Código Civil, requieren para su validez la constancia en escritura pública, expresándose en ella individualmente los bienes donados y el valor de las cargas que deba satisfacer el donatario; tratándose de bienes muebles, la donación habrá de hacerse por escrito —público o privado—, o verbalmente, siempre que en este último caso se entregue simultáneamente la cosa donada (art. 632). Tales requisitos no desaparecen en el caso de contratación entre cónyuges; cuando la donación entre cónyuges sea nula por defecto de forma, o la causa del contrato celebrado por los cónyuges sea ilícita, los acreedores podrán ejercitar la correspondiente acción de nulidad, debiéndose tener en cuenta el carácter subsidiario de la acción rescisoria (art. 1.294 CC) (199).

Todas estas normas se completan con las relativas a la revocación de donaciones, que no sólo es posible en los tres casos legalmente previstos, es decir, por supervivencia o superveniencia de hijos, por incumplimiento de las condiciones impuestas por el donante y por ingratitud del donatario (arts. 644

(197) Vid., A. CABANILLAS SÁNCHEZ, «La contratación..», *loc. cit.*, pág. 551.

(198) Vid., J. VALLET DE GOYTISOLO, *Panorama del Derecho de sucesiones*, t. I, Fundamentos, 1982, págs. 661 y sigs.

(199) Vid., A. CABANILLAS SÁNCHEZ, «La contratación...», *loc. cit.*, pág. 551.

a 653 CC), sino también cuando se pacte expresamente en el contrato (200). También puede establecerse válidamente la reversión en favor del donante para cualquier caso y circunstancia (art. 641 CC), y reservarse éste la facultad de disponer de algunos bienes donados o de alguna cantidad a cargo de ellos (art. 639 CC).

No puede olvidarse tampoco que, aparte de la necesaria capacidad para contratar y disponer (arts. 624 CC) si el donante tiene viciado el consentimiento podrá, como es lógico solicitar la anulación del contrato (arts. 621 y 622 CC) (201).

Debe también tenerse en cuenta que el contrato que celebran los cónyuges puede deberse a la coacción o al engaño que uno de ellos ejerce sobre el otro. Siendo plenamente aplicable la normativa sobre vicios del consentimiento en los términos de los artículos 1.301 y siguientes del Código Civil.

No podemos dejar de observar que si es cierto que en nuestro Derecho hay que afirmar la buena fe de las personas mientras que no se pruebe lo

(200) J. L. DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS se plantea si se han de aplicar en caso de revocación por causa de ingratitud, solamente las normas del artículo 648 del Código Civil, o, por el contrario podrá aplicarse también, por analogía, lo dispuesto para las donaciones por razón de matrimonio en el artículo 1.343.3.º del Código Civil, según el cual, y a efectos de la revocación de tales donaciones, se dispone que: «En las otorgadas por los contrayentes, se reputará incumplimiento de cargas, además de las específicas —referencia al art. 647 CC— la anulación de matrimonio si el donatario hubiera obrado de mala fe. Se estimará ingratitud, aparte de los supuestos legales, el que el donatario incurra en causa de desheredación del artículo 855 o le sea imputable, según la sentencia, la causa de separación o de divorcio». En opinión del autor, la cuestión debe resolverse en este segundo sentido, no sólo porque en la revocación de ambas clases de donación, existe un mismo fundamento de tipo material (*eadem ratio*), sino también porque tanto en el caso de nulidad, como en el de separación y el divorcio, se da la misma «presuposición», en el primer caso, y el mismo tipo de «ingratitud» en el segundo y en el tercero, ya que las causas más genéricas del artículo 648 del Código Civil se especifican, por igual, para los dos tipos de donaciones en el párrafo tercero del artículo 1.343 del Código Civil. Y, en tercer lugar, por razones de equidad (art. 3 2 CC) evidentes, que militan en el presente caso, pues, dada la relación entre donación y disposición *mortis causa*, no sería equitativo el que no funcionara por analogía la regla de la desheredación (arts. 852 y 855 CC). Con lo que, concluye el autor afirmando, aunque no podamos acercarnos a la natural revocabilidad de las donaciones entre cónyuges, la distancia se acorta notablemente, entre el modelo institucional y la precipitada y deficiente regulación legal (vid., *Comentarios...*, cit., t. XVII, vol. 1.º, pág. 166).

(201) Partiendo de este panorama legal, señala A. CABANILLAS SÁNCHEZ que no puede considerarse criticable la solución acogida por nuestro legislador de 1981, partiendo de la igualdad jurídica de los cónyuges, y de un criterio generalmente admitido en el Derecho comparado y en nuestros Derechos civiles especiales o forales. Una revocabilidad absoluta de la donación entre cónyuges dejaría al cónyuge donatario en una situación de gran incertidumbre, pues estaría constantemente expuesto a que se produjera la revocación cuando le apeteciese al donante, aunque hubiesen transcurrido muchos años desde que tuvo lugar la donación y sin tener que dar el donante motivo alguno que justifique su decisión (vid., «La contratación..», *loc. cit.*, pág. 561).

contrario (art. 434 del CC en materia de posesión) (202), existe una tendencia generalizada a mirar con recelo los contratos celebrados entre cónyuges, ante la sospecha de fraude a terceros, vicio del consentimiento o modificación encubierta del régimen económico matrimonial, ya que la situación que se da en la generalidad de los casos, en el seno del matrimonio, hace difícilmente presumible la existencia de una voluntad digna de ser valorada jurídicamente; siendo lógico que si un cónyuge necesita un cómplice para defraudar a terceros, ¿donde encontrarlo mejor y de mayor confianza que en el propio marido o mujer? (203).

Es también evidente que ni subjetiva ni objetivamente, las relaciones entre las personas casadas pueden ser absolutamente equiparables a las existentes entre extraños y que en la formación de los elementos del negocio jurídico interconyugal, en especial en el campo de la voluntad y de las garantías y de otras motivaciones concurrentes (204), la disposición psicológica y personal será totalmente favorable y exenta de dureza contractual; ello no justifica reglas prohibitivas en la contratación conyugal, pero sí resulta recomendable una especial claridad en el estudio de los vicios de la voluntad, las disposiciones captatorias, y, fundamentalmente, por cuanto puede afectar a terceros, las múltiples variantes de una posible simulación y la existencia y consistencia de la causa (205).

(202) Vid., A. CABANILLAS SÁNCHEZ, «La contratación...», *loc. cit.*, pág. 552.

(203) Vid., J. M. OLIVARES JAMES, «Los contratos traslativos...», *loc. cit.*, pág. 293; C. VÁZQUEZ DE IRUZUBIETA, *op. cit.*, págs. 68 y sigs; L. MARTÍNEZ CALCERRADA, *El nuevo Derecho de familia*, t. 1, 1983, págs. 210 y sigs.

(204) Señala J. M. OLIVARES JAMES, que, presumiblemente, sólo habrá voluntad digna de ser valorada jurídicamente, cuando los sujetos del contrato se encuentren en situación de auténtica independencia y sean centros de intereses distintos; y que, nada más lejos de esa situación se da, por lo menos en la generalidad de los casos, en el seno del matrimonio (vid., *Los contratos traslativos de dominio entre cónyuges...*, *loc. cit.*, pág. 293).

(205) Vid., S. ECHEVARRÍA ECHEVARRÍA, para quien las principales objeciones que puede hacerse a la contratación entre cónyuges, entre ellas, el mantenimiento de la igualdad entre las partes, el perjuicio a tercero, en especial de acreedores y legitimarios, la simulación o el fraude son conceptos generales aplicables a cualquier tipo de contratos o de contratantes, sin que la circunstancia de ser cónyuges los otorgantes, le añada una especial peligrosidad, y aunque así fuera, ello no justifica la prohibición o limitación de dichos contratos, sino que aconseja un aumento de dureza de la prueba que pueda plantearse («La contratación entre cónyuges...», *loc. cit.*, págs. 214 y 219). En parecida línea argumental, se pregunta J. M. OLIVARES JAMES si la legalización de los contratos entre los cónyuges significa que han desaparecido todos los obstáculos que impedían o hacía sospechosas las relaciones patrimoniales entre los mismos; entendiendo que la relación de pareja y mutua interdependencia que caracteriza al matrimonio y la situación sociológica, aun vigente, de un importante número de mujeres casadas todavía mayoritaria y preferentemente dedicadas al cuidado de la vida interna del hogar, hacen posible que los cónyuges puedan comportarse, de ordinario, en la vida negocial, como dos extraños que defienden intereses distintos o incluso opuestos. En opinión del autor no se trata con esas afirmaciones de defender la vigencia de las viejas prohibiciones, pero sí de poner de manifiesto

De todo lo expuesto resulta que, efectivamente es posible un contrato entre cónyuges con efectos traslativos que posibilite la salida de un bien del patrimonio privativo para integrarse en el ganancial, ya sea por medio de un contrato típico o innominado, pero sin que baste un mero «acuerdo de calificación» (206), o el tantas veces nombrado «negocio jurídico de aportación» fundado en una atribución voluntaria de ganancialidad conjunta y un dudoso derecho de reembolso (renunciable). Estamos hablando de transferencia de un patrimonio a otro, y nuestro Código señala que la propiedad y los demás derechos reales se adquieren y transmiten «por la ley, por *donación*, por sucesión testada e intestada y como consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición».

Resulta así que no se pueden realizar «aportaciones» a la sociedad de gananciales, en los términos que hemos examinado y que la transmisión de un bien desde el patrimonio privativo al ganancial sólo puede realizarse en virtud de un contrato válidamente celebrado entre los cónyuges. El llamado «negocio jurídico de aportación» o se configura como un contrato típico o como un contrato innominado, siendo evidente que el gran problema en este último supuesto es el de la causa.

5. LA PROBLEMÁTICA SUSCITADA POR LA REGULACIÓN DE LA ACCESIÓN EN LA COMUNIDAD CONYUGAL DE GANANCIALES

En materia de accesión en el régimen de la sociedad de gananciales, la reforma introducida en el Código Civil por la Ley de 13 de mayo de 1981, con la nueva redacción de los artículos 1.359 y 1.360 del Código Civil, se presenta particularmente conflictiva y problemática; hasta tal punto que, en buena medida podemos afirmar que la mayoría de los casos en que la Dirección General, las escrituras notariales, las calificaciones registrales y la doctrina civilista acude al «negocio jurídico de aportación» tienen su base en el supuesto de edificaciones, plantaciones o mejoras realizados con fondos gananciales sobre bienes privativos.

que el trasfondo sociológico al que respondían las normas limitativas, sí atenuado, no ha desaparecido del todo y que si bien esto no es suficiente, por lo menos para la mentalidad actual, para justificar una prohibición que vede a los cónyuges la posibilidad de ciertos tipos de contratos, sí lo es para que y sobre todo en relación con aquéllos que impliquen desplazamientos de propiedad de un patrimonio a otro, persista el clima de temor y recelo cuando en ellos concurren determinadas circunstancias (vid., «Los contratos traslativos de dominio entre cónyuges...», *loc cit*, pág. 291).

(206) A favor del simple acuerdo de calificación se manifiesta S. ECHEVARRÍA ECHEVARRÍA. Vid., «La contratación entre cónyuges...», *loc cit*, pág. 245.

La nueva redacción de los artículos 1.359 y 1.360 ha dado lugar a numerosas críticas, que han forzado no pocas interpretaciones doctrinales. En este caso no por tratarse de preceptos nuevos y sin precedentes en nuestro Código Civil, como ha sucedido en otras materias reguladas por la Ley de reforma, sino por apartarse del criterio establecido por la anterior regulación de la materia en el Código Civil.

Nuestro Código viene ahora a recoger, en sede de la comunidad conyugal de gananciales, el principio general *superficies solo cedit*, que rige con carácter general en materia de accesión en el artículo 358 del Código Civil; que responde a la consideración de que lo principal es el suelo, no la edificación, plantación o siembra, a efectos de determinar la propiedad del conjunto resultante (207), tan sólo modalizado por la especialidad de cálculo para el montante del reembolso (208). Si bien el fenómeno jurídico de la accesión en el régimen de la sociedad de gananciales presenta ciertas particularidades, dada su compleja estructura patrimonial, que hacen insuficiente una remisión genérica a la disciplina de los artículos 358 y siguientes del Código Civil (209).

Señala el artículo 1.359 del Código Civil que: «Las edificaciones, plantaciones y cualesquiera otras mejoras que se realicen en los bienes gananciales y en los privativos tendrán el carácter correspondiente a los bienes que afecten, sin perjuicio del reembolso del valor satisfecho. No obstante, si la mejora hecha en bienes privativos fuese debida a la inversión de fondos comunes o a la actividad de cualquiera de los cónyuges, la sociedad será acreedora del aumento de valor que los bienes tengan como consecuencia de la mejora, al tiempo de la disolución de la sociedad o de la enajenación del bien mejorado».

Y, conforme al artículo 1.360 del Código Civil: «Las mismas reglas del artículo anterior se aplicarán a los incrementos patrimoniales incorporados a una explotación, establecimiento mercantil u otro género de empresa».

Los preceptos obedecen a la necesidad de evitar que el principio de accesión tenga excepciones, desapareciendo la figura de la accesión invertida y acercándose en este punto el Código Civil a la Compilación aragonesa en el artículo 38.7, sobre todo en su primer párrafo. También cabe apuntar que el que lo edificado siga la cualidad de privativo o ganancial responde a la idea de evitar a toda costa los posibles fraudes, no ya frente a terceros, sino a los

(207) Vid., M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Comentario del Código Civil...*, cit., t. II, pág. 677; I. CARPIO GONZÁLEZ, «Aportación a la sociedad.», *loc. cit.*, pág. 1205.

(208) Vid., J. RAMS ALBESA, «Las accesiones en la sociedad de gananciales», en *ADC*, núm. XXXVIII-II, 1985, pág. 401.

(209) Vid., J. RAMS ALBESA, «Las accesiones en la sociedad de gananciales...», *loc. cit.*, pág. 401.

herederos, al convertir o transformar bienes sin una razón jurídica que lo justifique (210).

La Ley de 13 de mayo de 1981 habría querido también en este punto conseguir su objetivo de lograr patrimonios puros, que no se mezclen entre sí, evitando en lo posible desplazamientos entre patrimonios conyugales (211), sin perjuicio de mantener entre ellos un equilibrio que no debe ser roto en provecho de uno solo de ellos, mediante los oportunos reembolsos y subrogaciones (212).

El artículo 1.359.1 del Código Civil somete a las reglas del Derecho común sobre la accesión las edificaciones, plantaciones o cualesquiera otras mejoras que se realicen en los bienes gananciales y en los bienes privativos, haciendo con ello aplicación concreta de los principios generales de determinación de la condición de los bienes del matrimonio que establecen los artículos 1.346 y 1.347 del Código Civil (213); prevalece el principio de integridad y no alteración del dominio sobre el bien beneficiado por la accesión; en definitiva prevalece en este caso el principio real de accesión sobre el principio de atracción a la comunidad ínsito en la regulación de la sociedad de gananciales (214).

La solución opuesta, consagrando lo que se ha venido en llamar «accesión invertida», era adoptada por el Código Civil antes de la reforma.

Con arreglo al anterior artículo 1.404 del Código Civil: «Las expensas útiles, hechas en los bienes peculiares de cualquiera de los cónyuges mediante anticipaciones de la sociedad o por la industria del marido o de la mujer, son gananciales. Lo serán también los edificios construidos durante el matrimonio en suelo propio de uno de los cónyuges, abonándose el valor del suelo al cónyuge a quien pertenezca».

(210) Vid., J. M. CHICO Y ORTIZ, para quien, bastante complicado es el régimen de ganancialidad en el que coexisten en una masa patrimonial dos clases de bienes, para que por un fenómeno que no supone «traslación o transmisión», se produzca una conversión difícilmente encuadrable dentro de los actos dispositivos; señalando también que con la solución del precepto se ha tratado de evitar una especie de expropiación forzosa de bienes privativos sin razones de utilidad pública («Comentario a la RDGRN de 10 de marzo de 1989. », *loc. cit.*, pág. 232).

(211) Vid., J. RAMS ALBESA, «Las accesiones en la sociedad de gananciales...», *loc. cit.*, pág. 402.

(212) Vid., C. PASCUAL DE LA PARTE, quien añade además, se intenta acompasar toda nuestra legislación civil, sin introducir figuras extrañas o distorsionadas en cuanto a su naturaleza propia («La atribución de ganancialidad...», *loc. cit.*, págs. 2287-2288).

(213) Vid., J. L. DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, para quien, con ello se advierte una continuidad lógica en el tratamiento de la subrogación real y de la llamada «accesión económica», que se quebraría, en otro caso, si no se tratara de la misma manera a la accesión industrial que es la más propia y verdadera forma de accesión (*Comentarios* . , *cit.*, t. XVIII, vol. 2.º, págs. 206-207).

(214) Vid., R. BLANQUER UBEROS, «La idea de comunidad en la sociedad de gananciales...», *loc. cit.*, pág. 82.

El segundo párrafo de este precepto constituye una excepción del primero y de los principios generales relativos a la accesión. Con arreglo a ellos los edificios se consideraban accesorios del suelo y construidos a expensas de la sociedad de gananciales, cederían, con arreglo al párrafo primero del precepto, en favor del cónyuge propietario del solar, sin perjuicio de la indemnización correspondiente (215).

El artículo cambiaba la doctrina: los edificios construidos durante el matrimonio en suelo propio de uno de los cónyuges son gananciales, abonándose el valor del suelo al cónyuge a quien pertenezca. Se trataba, desde luego, de edificios o construcciones hechos a costa del caudal común (216).

Sobre la razón de ser del precepto, señalaba GARCÍA GOYENA (217): «Fundábase la excepción en consideraciones de interés público para promover la edificación, sobre todo en las capitales y grandes poblaciones. Un marido, por ejemplo, se abstendría de edificar con dinero propio o común en un solar dotal (sito tal vez en uno de los mejores parajes públicos), por saber que el edificio irá a poder de su mujer o de herederos extraños, y que no se reputará mejora sino lo rigurosamente gastado en edificar. El artículo presenta un cebo o estímulo para que edifique, pues tiene los mismos derechos y esperanzas que la mujer para ser propietario del edificio, y la seguridad de que, en el caso contrario, se reputará ganancial todo lo que valga el edificio por cualquier género de gastos, aunque sean voluntarios o de puro placer y ornato».

Añadiendo MANRESA (218), que, «aunque el edificio no pueda subsistir sin el suelo, tiene siempre mucho más valor e importancia que éste, por lo que, si la doctrina no se conforma con los principios, satisface más a la razón. Si el solar vale 5 y el edificio 500, y estos 500 pertenecen a la sociedad de gananciales, más racional es que el edificio con el suelo se adjudique a la misma sociedad abonando 5 al propietario, que no que se adjudique al propietario abonando 500 a la sociedad» (219).

(215) Vid., J. M. MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios...*, cit., t. IX, pág. 601.

(216) Vid., J. M. MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios...*, cit., t. IX, pág. 601.

(217) Vid., F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*, 1974, pág. 322.

(218) Vid., J. M. MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios...*, cit., t. IX, pág. 602.

(219) J. RAMS ALBESA trata de desvirtuar esta argumentación señalando que no parece que pueda dársele un valor justificativo de la accesión invertida del artículo 1.404.2 del Código Civil al argumento de protección y fomento de la construcción, pues la atribución de un marcado carácter social a las tareas de edificación y urbanización son muy posteriores a la fecha de redacción del precepto, ya que, en toda Europa este fenómeno de valoración jurídica y social se produciría tras las destrucciones masivas de ciudades de la guerra europea del 14; otras cuestión sería la de que la finalidad y alcance en origen del artículo hubiese sido mucho más restringida en la mente de los legisladores —la vivienda familiar— que la excesivamente generalizada —la actividad de construcción— que quedó plasmada en la letra y por ello hubieran tomado en consideración el puro dato fáctico de que el valor de la construcción es, de ordinario, mucho mayor que

Esta normativa gozaba de la autoridad indiscutible de su larga vigencia, siendo generalmente admitido que cuando una casa se construía en terreno de uno de los cónyuges, casa y terreno se hacían gananciales (220). La nueva Ley alteraba completamente la normativa aplicable en aras de la uniformidad del principio general de la accesión (221).

El desacierto del cambio legislativo se manifestó desde el primer momento en los grandes esfuerzos teóricos y prácticos para evitar su aplicación, al considerarse irrazonable que el cónyuge no titular del terreno viera reducidas sus expectativas a un dudoso —en cuanto a su efectividad real— derecho de reembolso, normalmente —aunque no necesariamente— al extinguirse la comunidad conyugal (222). La solución más lógica y conforme con la legis-

el del solar sobre el que se edificó. Además, con esa inversión de la accesión, se intentaba corregir el perjudicial e injusto tratamiento que a los reembolsos se venía dando en la antigua regulación de la sociedad legal de gananciales (vid., «Las accesiones en la sociedad de gananciales...», *loc. cit.*, pág. 402). Pero lo cierto es que si el argumento no tenía todavía mucha relevancia en el momento de la Codificación, sí la tuvo en pocas décadas, y es perfectamente válido en la actualidad para defender la innecesariedad del cambio de orientación legislativa con la reforma de 1981.

(220) Si bien, otra buena parte de la doctrina manifestaba fuertes críticas hacia esta regulación de la accesión en materia de gananciales, considerando el artículo 1.404.2 del Código Civil contrario a los principios generales del Código, carente de justificación o motivación, que se prestaba a fraudes y maquinaciones insidiosas, podía resultar lesivo para los intereses de la mujer y rompía la estabilidad y equilibrio de los distintos grupos patrimoniales existentes en el régimen ganancial (vid., principalmente, Q. MUCIUS SCAEVOLA, *Código Civil*, cit., t. XXII, 1906, págs. 424 y sigs.; F. SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios*, cit., t. V, vol. 1.º, pág. 840, J. L. LACRUZ BERDEJO, *Derecho de familia. El matrimonio y su economía*, cit., págs. 494 y sigs.; F. CLEMENTE DE DIEGO, *Instituciones de Derecho civil*, t. II, revisada y puesta al día por A. DE COSSÍO y A. GULLÓN, 1959, pág. 556; M. GARCÍA GRANERO, «Edificación en suelo propio de uno de los cónyuges con dinero ganancial», en *RDP*, 1950, págs. 211 y sigs.; B. CAMY SÁNCHEZ CAÑETE, «El artículo 1.404 del Código Civil y la declaración de obra nueva», en *RCDI*, núm. 31, 1954, págs. 798 y sigs. Más recientemente, señala J. RAMS ALBESA que la supresión de la accesión invertida ha impedido que en el futuro se den algunos supuestos abusivos o injustos a que podía dar lugar una interpretación literal del derogado artículo 1.404.2 del Código Civil: pues al no matizar debidamente el término «edificación» podría entenderse incluida cualquier tipo de construcción, sobre todo si se tiene en cuenta que el precepto hacía referencia al supergenérico vocablo «terreno» en vez de referirse al mucho más específico y apropiado de solar, lo que podía conducir a la disparatada posibilidad de que un cónyuge intentara el cambio de titularidad de un predio rústico por el mero hecho de haber construido en él con fondos gananciales graneros, establos, etc., o incluso una vivienda, cuando esta construcción no presupone la modificación de la utilidad principal del conjunto del inmueble, determinando además la fecha de construcción el momento que se debía tomar en consideración para la valoración del terreno, pues era aquella construcción y aquel momento el que daba lugar y en el que se producía, respectivamente, la inversión de la titularidad sobre el inmueble de privativo a ganancial (vid., «Las accesiones en la sociedad de gananciales...», *loc. cit.*, pág. 402).

(221) Vid., J. M. PÉREZ FERNÁNDEZ, «Sociedad de gananciales...», *loc. cit.*, pág. 353.

(222) Vid., C. PASCUAL DE LA PARTE, «La atribución de ganancialidad...», *loc. cit.*, pág. 2287.

lación vigente, vendría dada por la transmisión onerosa o lucrativa en virtud del correspondiente contrato, del suelo privativo a la sociedad de gananciales, previa a la edificación.

Pero no han faltado voces que se apresuraron a calificar tal solución de «cara e innecesaria» (223), proponiendo nuevas fórmulas más «flexibles» (224), «sencillas, fiscalmente económicas y, por supuesto lícitas» (225).

Así, en la misma escritura de declaración de obra nueva o en documento anterior independiente se declararía que: «*Los cónyuges aportan la finca X a la sociedad de gananciales*», o «*atribuyen a la finca X el carácter de bien ganancial*». Tal fórmula plasmaría fielmente la voluntad de los otorgantes, sería, clara, precisa, verdadera, y gozaría de exención fiscal en virtud de lo dispuesto en el artículo 48.I.B.3. de la Ley del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, y el artículo 59, en idéntico epígrafe del Reglamento (226).

Otra de las fórmulas propuestas para reflejar en el documento público, en aquellos supuestos más usuales en la práctica sería: «*Pactan expresamente los cónyuges don... y doña..., al amparo de los artículos 1.323 y 1.355 del Código Civil y demás disposiciones concordantes del citado cuerpo legal y de la legislación hipotecaria, que, al efecto de extender la sociedad de gananciales entre ellos existente, y como aportación a la misma se atribuye el carácter ganancial al solar descrito en el expositivo... de la presente escritura sobre el que se ha construido la obra nueva descrita en el expositivo... de la misma, solicitando del Registrador de la Propiedad lo haga constar así en los libros a su cargo*» (227).

Y, ante el obstáculo que podría suponer el hecho de que los cónyuges no pueden atribuir carácter ganancial a bienes privativos, fuera de los casos que la Ley establece, cabría refutar esta afirmación, diciendo que, una vez que el legislador ha consagrado de manera terminante el principio de libertad de negociación entre cónyuges, en el artículo 1.323 del Código Civil, y con apoyo, entre otros preceptos en el artículo 1.355 del Código Civil, no puede objetarse ningún obstáculo ni de fondo ni de forma, ni sustantivo ni técnico, para restringir la libertad que la Ley establece (228).

(223) Vid., F. GARCÍA SERRANO, «Notas sobre la posible aplicación actual del principio de accesión invertida...», *loc cit*, pág. 262; J. M. PÉREZ FERNÁNDEZ, «Sociedad de gananciales...», *loc cit*, pág. 353.

(224) Vid., F. GARCÍA SERRANO, «Notas sobre la posible aplicación actual del principio de accesión invertida...», *loc cit*, pág. 264.

(225) Vid., J. M. PÉREZ FERNÁNDEZ, «Sociedad de gananciales...», *loc cit*, pág. 353.

(226) Vid., J. M. PÉREZ FERNÁNDEZ, «Sociedad de gananciales...», *loc cit*, pág. 556.

(227) Vid., C. PASCUAL DE LA PARTE, «La atribución de ganancialidad...», *loc cit*, pág. 2294.

(228) Vid., J. M. PÉREZ FERNÁNDEZ, «Sociedad de gananciales...», *loc cit*, pág. 556.

Son muchos, pues, los autores que acuden al mecanismo de la aportación social para evitar las injusticias que, por el valor muy superior del edificio al suelo puede ocasionar si se aplican las reglas del Código Civil en la materia (229).

Para ello plantean la aplicación directa del artículo 1.355 del Código Civil, entendiendo como normas de Derecho dispositivo las que regulan la accesión, a falta de acuerdo entre los interesados (230), evitándose que bienes de base determinen de manera inderogable el carácter de los añadidos de mayor valor (231). Resultaría así que las edificaciones o construcciones en suelo privativo aun pagadas con dinero ganancial tendrán como regla carácter privativo, pero cabe el pacto que excepcione esta regla y dé al resultado carácter ganancial (232).

Y, preguntándose si no se habrá equivocado el Código al optar por la solución establecida en el artículo 1.359 y más hoy en día en donde las construcciones sobrepasan con mucho el valor de los terrenos sobre los que se levantan, responde negativamente, diciendo que lo que ha hecho la reforma de 1981 es suprimir la regla de la «accesión invertida» por innecesaria; porque no tiene razón de ser en una nueva normativa mucho más amplia y liberal y menos encorsetada que la anterior, en donde, sin duda, esta regla tiene perfecta acogi-

(229) Vid., F. GARCÍA SERRANO, «Notas sobre la posible aplicación actual del principio de accesión invertida...», *loc. cit.*, pág. 264; I. CARPIO GONZÁLEZ, «Aportación a la sociedad..», *loc. cit.*, pág. 1205. Para J. M. OLIVARES JAMES, por el camino de la aportación del bien privativo a la sociedad de gananciales, es posible alterar los efectos que se derivarían de la aplicación del nuevo artículo 1.359 del Código Civil, provocándose por voluntad de los cónyuges, lo que es más lógico que por imposición de la Ley, los mismos efectos que antes se producían en base a la accesión invertida del antiguo artículo 1.404 del Código Civil (vid., «Los contratos traslativos..», *loc. cit.*, pág. 312). En parecidos términos, señala V. MAGARIÑOS BLANCO que existe la posibilidad de corregir las consecuencias del artículo 1.359 del Código Civil, ya que es posible que se produzca un desplazamiento patrimonial de un bien desde el patrimonio privativo al consorcial a través de cualquier medio legítimo, dentro del cual no cabe desconocer el negocio de comunicación de bienes o aportación a una comunidad no personalizada jurídicamente como categoría autónoma y diferenciada con sus propios elementos característicos, citando al efecto la *RDGRN de 14 de abril de 1989* (vid., «El órgano de administración...», *loc. cit.*, pág. 408).

(230) Vid., M. C. RIBERA PONT, para quien este acuerdo estaría posibilitado por el artículo 1.355 del Código Civil, que entiende también aplicable al supuesto de accesión por aplicación analógica del artículo 1.357.2 del Código Civil, caso de que la vivienda edificada se destine a vivienda familiar («La atribución de ganancialidad..», *loc. cit.*, pág. 1430).

(231) I. CARPIO GONZÁLEZ entiende que si por acuerdo de los cónyuges se puede determinar qué es más justo: si la accesión o lo contrario, la accesión invertida, también debería apreciarse para cualquier supuesto en que se altere la naturaleza de un bien (vid., «Aportación a la sociedad...», *loc. cit.*, pág. 1205).

(232) Vid., M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Comentario del Código Civil* .., *cit.*, t. II, pág. 667.

da y se subsume en otras reglas más amplias, como las de los artículos 1.323 y 1.355 del Código Civil, en donde se quiere, en definitiva que los cónyuges tengan una libertad real para regular sus relaciones patrimoniales (233).

En general, todos los autores que conectan la atribución voluntaria de ganancialidad con la libertad de contratación entre cónyuges y que admiten la atribución posterior a la adquisición, consideran que los cónyuges pueden, en base al artículo 1.355 del Código Civil obtener la calificación ganancial del edificio construido sobre suelo privativo, obteniendo de este modo un resultado opuesto al consagrado en el artículo 1.359 del Código Civil (234).

Pero no puede dejar de parecernos inadmisibles entender aplicable el artículo 1.355 del Código Civil para atribuir carácter ganancial a lo edificado; como hemos tenido ocasión de analizar, sólo se refiere el precepto a las adquisiciones onerosas constante matrimonio, mientras que aquí nos hallamos ante supuestos en que el ingreso en el patrimonio se verifica por título de inversión, de mejora, pero no por título adquisitivo (235) (236).

Tampoco puede utilizarse el artículo 1.355 del Código Civil para atribuir carácter ganancial al suelo privativo, pues no se tratará de una adquisición onerosa constante matrimonio, sino de un bien que ya pertenecía privativamente a uno de los cónyuges antes del comienzo de la sociedad conyugal, o que adquiere después por título lucrativo (237). Además, el precepto no está pensando en atribuir carácter ganancial a bienes adquiridos de uno de los cónyuges, sino de terceras personas, alejándose claramente de cualquier supuesto de contratación entre cónyuges.

Pese a que en base a la interpretación que estimamos correcta del artículo 1.355 del Código Civil, nunca podría utilizarse el precepto para atribuir la

(233) Vid., F. GARCÍA SERRANO, «Notas sobre la posible aplicación actual del principio de accesión invertida...», *loc. cit.*, págs. 264 y sigs., C. PASCUAL DE LA PARTE, «La atribución de ganancialidad...», *loc. cit.*, pág. 2288.

(234) Vid., F. GARCÍA SERRANO, «Notas sobre la posible aplicación actual del principio de accesión invertida...», *loc. cit.*, pág. 264. De este modo, señala J. M. OLIVARES JAMES, «la atribución de ganancialidad puede ser incluso el instrumento idóneo que permite a los cónyuges invertir con cargo a la sociedad de gananciales en bienes privativos, inversión que encontraría graves dificultades —tratándose de solares privativos— si conforme a la nueva regulación dicha edificación pasase a ser privativa» (vid., «Los contratos traslativos de dominio entre cónyuges...», *loc. cit.*, pág. 312).

(235) Vid., M. C. RIBERA PONT, «La atribución de ganancialidad...», *loc. cit.*, págs. 1428-1430. Si bien, pese a este razonamiento se inclina por entender aplicable el artículo 1.355 al supuesto de accesión sobre bienes privativos en la sociedad de gananciales.

(236) A pesar de los esfuerzos de F. GARCÍA SERRANO para entender que el plus valor que supone lo edificado implica nueva adquisición (vid., «Notas sobre la posible aplicación actual del principio de accesión invertida...», *loc. cit.*, pág. 264).

(237) Vid., J. M. CHICO Y ORTIZ, «Comentario a la RDGRN de 10 de marzo de 1989...», *loc. cit.*, pág. 231.

condición de ganancial al edificio construido, dista también de parecernos cierta la calificación de dispositivas de las normas que regulan la accesión. No nos hallamos ante materia regulada en el Libro cuarto, donde sí impera el principio de autonomía de la voluntad, sino en materia del Libro segundo. Si reparamos en las normas reguladoras de la accesión en el Código se comprobará como no hay un precepto dispositivo, todos son imperativos aunque se dan determinadas opciones. La propia redacción del artículo 1.359: «tendrán el carácter correspondiente a los bienes a que afecten», indica que los cónyuges no «podrán» sin más, atribuirles un carácter distinto (238).

Coincidimos con nuestros ilustres juristas patrios, próximos a la Codificación, en considerar que sería más loable, más racional y más coherente desde el punto de vista económico aplicar el principio de accesión invertida a las edificaciones constante matrimonio sobre suelo privativo (239), pero

(238) Vid., J. M. CHICO Y ORTIZ, «Comentario a la RDGRN de 10 de marzo de 1989...», *loc. cit.* pág. 231. En contra, aunque sin una argumentación suficientemente convincente, se manifiesta F. GARCÍA SERRANO, para quien, siendo dispositivos los artículos de base que regulan la accesión en el Código Civil, artículos 358 y sigs., también serán dispositivos los que regulan la accesión en la sociedad de gananciales. El vocablo «tendrán» empleado puede estimarse como futuro —pues se trata de alterar la situación anterior— y no imperativo, lo que además sería congruente con la finalidad de la norma (vid., «Notas sobre la posible aplicación actual del principio de accesión invertida...», *loc. cit.* pág. 262).

(239) En este mismo sentido se manifiesta C. PASCUAL DE LA PARTE, vid., «La atribución de ganancialidad...», *loc. cit.*, pág. 2287. Para F. GARCÍA SERRANO, la solución dista mucho de ser satisfactoria, sobre todo si los fondos que se invierte son comunes, y se agrava cuando la totalidad o parte de esos fondos son obtenidos precisamente por el trabajo o industria del cónyuge no propietario. En ese caso no es fácil que el cónyuge se avenga fácilmente a sustituir su titularidad actual sobre fondos concretos (gananciales, pero sobre los que tiene una gran autonomía de administración) por esa expectativa a participar en el aumento del valor de los bienes, diferida a la disolución de la sociedad conyugal, y que será de dudosa materialización cuando la enajenación del bien sea forzosa (vid., «Notas sobre la posible aplicación actual del principio de accesión invertida...», *loc. cit.*, págs. 261-262). Una opinión contraria es sostenida por J. RAMS ALBESA, para quien el cambio de la accesión invertida a la accesión directa presupone una indudable ventaja por la claridad que aporta en orden a la liquidación subsiguiente a la disolución de la sociedad, al no dar lugar a desplazamientos de titularidad por vías indirectas entre las diferentes masas patrimoniales, evitar tratamientos diferenciados en los distintos supuestos posibles de accesión, y, finalmente, dejar de lado los problemas de titularidad que se plantearon en torno a si ésta se mudaba —de privativa a ganancial— por el nuevo hecho de la edificación o si el precepto derogado se limitaba a los problemas liquidatorios a que daba lugar el hecho de la edificación a la disolución de la sociedad. Sin embargo, concluye el autor afirmando que: «no obstante lo anterior, a mi personal juicio, en la nueva regulación debió haberse mantenido el tratamiento de la accesión invertida si bien reservado tan sólo para el supuesto de la construcción de la vivienda familiar con dinero ganancial sobre el solar privativo de uno de los cónyuges, en plena coherencia con lo dispuesto en el artículo 1.357.2 del Código Civil para la compra a plazos de la vivienda familiar con dinero ganancial, consiguiendo con ello un tratamiento mucho más armónico de la regulación de la vivienda familiar en el régimen de la sociedad

tales «fórmulas», son de todo punto de vista inadmisibles. Lo cierto es que el legislador introdujo en el artículo 1.359 del Código Civil la solución contraria a la que venimos proclamando como acertada, en un precepto de una claridad indiscutible, si no en cuanto al modo de determinar el resarcimiento al que tendrá derecho la sociedad de gananciales (párrafo segundo) (240), sí en lo referente a la declaración contenida en el primer párrafo: las edificaciones tendrán el carácter correspondiente al bien al que afecten.

Para evitar esta solución sólo caben dos fórmulas: la previa transmisión del terreno a la sociedad de gananciales en virtud del correspondiente contrato, ya sea típico —donación, compraventa, permuta, etc.— o innominado, con su correspondiente causa —onerosa, gratuita o remuneratoria—, devengándose los correspondientes tributos por las transmisiones efectuadas, y pudiendo en todo momento los terceros, o las partes contratantes, utilizar, según los casos, los mecanismos contractuales adecuados para la salvaguarda de sus derechos: acción de simulación, nulidad, revocatoria, rescisoria, de reducción, etc., como hemos tenido ocasión de examinar.

En este caso el terreno tendría carácter ganancial antes de la edificación y, una vez realizada ésta, el conjunto tendría también carácter ganancial pudiendo inscribirse como tal en el Registro de la Propiedad.

La segunda solución, más compleja, consistiría en la realización del negocio jurídico transmisivo con posterioridad a la construcción, resultando que el conjunto en este caso tendría carácter privativo y la edificación habría dado lugar a un derecho de reembolso a favor de la sociedad de gananciales, consecuencia de la inversión de fondos comunes.

En este supuesto podría resultar dudoso si al calcular el valor de la contraprestación a favor del cónyuge titular del terreno, o el valor de lo donado si se trata de un contrato lucrativo, debería descontarse *a priori* el importe del resarcimiento debido a la sociedad de gananciales, actuando de este modo el mecanismo de la compensación; teniendo en cuenta que el momento para fijar la cantidad debida a la comunidad conyugal sería el de la transmisión del bien a la misma. O, por el contrario, se tendría en cuenta el valor total del edificio construido sin perjuicio de las cantidades debidas a la sociedad de gananciales que se tendrán en cuenta en su momento, como cualquier otro derecho de

de gananciales que con la inclusión de una mera excepción a la regla general de la accesión (vid., «La accesión en la sociedad de gananciales. », *loc. cit.*, págs. 401-403).

(240) Vid., en esta materia, J. RAMS ALBESA, «Las accesiones en la sociedad de gananciales...», *loc. cit.*, pág. 407 y sigs.; M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Comentario del Código Civil.*, *cit.*, t. II, págs. 677-678; J. L. DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, *Comentarios*, *cit.*, t. XVIII, vol. 2.º, págs. 209-217; J. L. LACRUZ BERDEJO, *Elementos.*, *cit.*, t. IV, vol. 1.º, págs. 411-416; L. Díez PICAZO y A. GULLÓN, *Sistema.*, *cit.*, t. IV, pág. 184; M. ALBALADEJO GARCÍA, *Curso de Derecho civil.*, *cit.*, t. IV, pág. 169; J. PUIG BRUTAU, *Compendio...*, *cit.*, t. IV, pág. 94; T. GIMÉNEZ DUART, «Los bienes privativos y gananciales...», *loc. cit.*, págs. 142-143.

reembolso. Adoptar una u otra de estas posiciones tendrá grandes repercusiones desde el punto de vista fiscal y también en relación con las cantidades a satisfacer por los aranceles notarial y registral.

En principio, podría pensarse que debe quedar a la voluntad de los contratantes utilizar una u otra vía, porque nos movemos aquí en relaciones contractuales donde impera el principio de autonomía de la voluntad, pero no es tan claro si tenemos en cuenta la naturaleza de las normas que regulan la liquidación de la sociedad de gananciales en nuestro Código Civil.

Se ha planteado también la posibilidad de estipular en capítulos matrimoniales, en contra del artículo 1.359 del Código Civil; para defender tal tesis se ha considerado que este pacto no vulneraría el artículo 1.328 del Código Civil por estas razones (241):

1.º No puede estimarse contrario a la ley, ya que el artículo 1.359 tiene carácter dispositivo y los esposos pueden modificarlo al amparo de lo prevenido en el artículo 1.325 del Código Civil.

2.º Tampoco puede estimarse contrario a las buenas costumbres, como lo prueba su vigencia casi centenaria al amparo de la legislación anterior.

3.º No sólo no limita la igualdad de derechos entre los esposos sino que en el caso planteado la potencia, ya que permite sustituir la genérica expectativa a participar del aumento del valor de los bienes que establece el artículo 1.359.2, por un derecho actual y concreto similar al de su consorte, reforzándose además el principio de *vis atractiva* que tiene la masa ganancial.

Pero no estimamos fundada la opinión del autor sobre el carácter dispositivo de las normas que regulan la accesión; de modo que tal pacto sería *contra legem*, y por tanto nulo por imperio del artículo 6.3 del Código Civil (242). La reforma de 1981 fue clara en su propósito de derogar el artículo 1.404 del Código Civil, consagrando el principio opuesto y no parece que puedan en este caso los cónyuges resucitar un régimen legal derogado cuando se trata de normas imperativas, excluidas del ámbito de autonomía de la voluntad cuales son las relativas a la regulación del dominio y demás derechos reales y sus modos de adquisición (243) (244).

(241) Vid., F. GARCÍA SERRANO, «Notas sobre la posible aplicación actual del principio de accesión invertida...», *loc. cit.*, pág. 263.

(242) Vid., J. M. CHICO Y ORTIZ, «Comentario a la RDGRN de 10 de marzo de 1989...», *loc. cit.*, pág. 227.

(243) Vid., J. M. CHICO Y ORTIZ, «Comentario a la RDGRN de 10 de marzo de 1989...», *loc. cit.*, pág. 231.

(244) Sin entrar en la polémica sobre la consideración o no de la accesión como modo de adquirir.

Sí puede plantearse la posibilidad de renunciar a la accesión (245), ya que las normas que la regulan no pueden considerarse de orden público (art. 6.2 del Código Civil); pero tal renuncia, conforme al mismo precepto, no será válida si perjudica los derechos de terceros, y es evidente que de existir acreedores personales o herederos del cónyuge titular del terreno, podrán verse perjudicados por esta renuncia.

6. EL CARACTER MARCADAMENTE CAUSALISTA DE NUESTROS SISTEMAS CONTRACTUAL E HIPOTECARIO COMO CLAVE PARA CONFIGURAR LOS NEGOCIOS JURIDICOS DE TRANSMISION DE BIENES DE LOS PATRIMONIOS PRIVATIVOS AL GANANCIAL

Sin lugar a dudas todos los autores que han venido defendiendo la existencia del llamado «negocio jurídico de aportación», cuya finalidad sería conseguir que bienes privativos pasen a formar parte del patrimonio ganancial, fundado en la libertad de contratación entre cónyuges y, subsiguientemente en la atribución conjunta de ganancialidad *ex* artículo 1.355 del Código Civil, concluyen afirmando que el principal problema para la existencia de este negocio jurídico es el de la causa (246).

En efecto, negando toda conexión entre la atribución voluntaria de ganancialidad del artículo 1.355 del Código Civil con la libertad de contratación entre los cónyuges; considerando también la incorrección de denominar «aportación» al negocio jurídico cuyo objetivo es que bienes privativos de los cónyuges pasen a formar parte de la masa patrimonial ganancial, ya que «aportación» propiamente dicha sólo cabe en el contrato de sociedad dotada de personalidad jurídica (247), y entendiendo que dicha transmisión patrimonial sólo puede producirse en virtud de un contrato, coincidimos en que el dicho contrato deberá tener una causa.

En nuestro Derecho, y en base a la teoría del título y el modo de adquirir, el desplazamiento de propiedad no se produce en virtud de un negocio puro

(245) Vid., en relación al Derecho belga, donde se recoge una solución similar a la nuestra en esta materia, A. DELIEGE, quien señala que no es infrecuente encontrar en los documentos notariales la estipulación de renuncia a la accesión. Para el autor, los derechos de los herederos y acreedores estarían suficientemente protegidos, acudiendo a los recursos ordinarios que brinda el ordenamiento jurídico: acción pauliana, de reducción, etc. (*Les contrats entre époux*, 1995, pág. 67).

(246) Vid., J. M. OLIVARES JAMES, «Los contratos traslativos de dominio entre cónyuges..», *loc. cit.*, pág. 293 y sigs.; M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Comentario del Código Civil..*, *cit.*, t. II, pág. 669.

(247) Vid., J. M. MIQUEL GONZÁLEZ, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. Albaladejo García, t. V, vol. 2º, 1985, pág. 33 y sigs.

dirigido a la transferencia del bien, sino a través de un negocio causal, seguido de la entrega, «por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición», conforme al artículo 609 del Código Civil. Ello significa que el contrato causal traslativo, ya sea donación, compraventa, dación en pago, etc., sólo producirá los efectos que le son típicos, si la finalidad práctica que las partes pretenden alcanzar y el negocio escogido como instrumento, son congruentes desde el punto de vista causal.

Siendo evidente, y pese a lo que parecen dar a entender los defensores del llamado «negocio jurídico de aportación», que en nuestro ordenamiento jurídico no existe ningún negocio cuya función sea transmitir la propiedad. La propiedad sobre un bien se vende, se dona, se permuta, se da en pago, pero no se transfiere abstractamente desligado de su causa (248).

La concurrencia del elemento causal no planteará grandes dificultades cuando los cónyuges celebren un contrato tipificado en la legislación civil, pero sí puede plantearse muy conflictiva cuando se trate de un contrato innominado (249).

En efecto, en relación con el elemento causal, los negocios típicos han sido vistos con especial favor: su coincidencia con la figura legal supone que el resultado social propuesto goza del beneplácito jurídico, es decir, su causa es considerada suficiente. La ley le ofrece además el apoyo de su ejemplo y de su ayuda, mediante las reglas de Derecho dispositivo. En cambio, el negocio atípico necesitará para su validez ser referido a determinada causa, ya sea la reciprocidad de prestaciones o promesas, o la remuneración de un servicio o beneficio, o la mera liberalidad (250) (251).

Reconocida en todo caso la importancia del elemento causal, los autores que defienden la existencia autónoma del «negocio jurídico de aportación», tras ampararse en la ambigüedad y dificultad de la teoría de la causa, terminan haciendo una amplísima interpretación de las posibles «causas» admisibles en nuestro ordenamiento contractual, consideran innecesaria la mención expresa de la causa en el negocio traslativo, o llegan incluso a admitir la «atribución abstracta de ganancialidad».

(248) Vid., J. M. OLIVARES JAMES, «Los contratos traslativos de dominio entre cónyuges...», *loc. cit.*, pág. 294

(249) Vid., F. DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, 1985, pág. 205 y sigs.; M. I. TRUJILLO CALZADO, *La constitución convencional de comunidades...*, *cit.*, págs. 102-103.

(250) Vid., F. DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, *cit.*, pág. 202; E. BETTI, *Teoría general del negocio jurídico*, trad. de A. MARTÍN PÉREZ, s.d., pág. 152 y sigs.; F. GALGANO, *El negocio jurídico*, trad. de P. BLASCO GASCO y L. PRATS ALBENTOSA, 1992, pág. 107 y sigs.

(251) Sobre la relación entre causa y tipo y los sistemas de tipicidad legal o tipicidad causal, vid., J. L. DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, *El negocio jurídico*, 1987, pág. 447 y sigs.

Así, se ha dicho que, configurados como esencial en el sistema español la conjunción del título y el modo para la transmisión dominical, es la cuestión de la causa uno de los escollos fundamentales a salvar en la configuración de la «aportación» a la sociedad de gananciales; pues, cuando se plantea prácticamente que uno de los esposos aporta a la comunidad o sociedad de gananciales, un bien privativo suyo y el otro acepta, no se ve, a simple vista, cuál sea la causa. Así, no podría decirse que A transmite a B, que acepta, la finca X, o que acepta para la sociedad de gananciales; eso sería una transmisión sin causa, proscrita en nuestro Derecho patrio (252).

La causa sería decisiva para la existencia del negocio jurídico, porque es el único terreno en que el legislador y el práctico del Derecho, especialmente los Jueces, pueden controlar el contenido de aquél, de acuerdo con unas mínimas exigencias éticas o morales propias de cada sociedad y cada momento; especialmente es importante en los sistemas antiformalistas o espiritualistas en la forma. Sin embargo, ello no quiere decir que el artículo 1.274 del Código Civil agote la clasificación, y junto a las causas onerosa, remuneratoria y liberal, habría que hablar de otras muchas, no excluyéndose la existencia de una verdadera *causa matrimonii*, que justificaría el trasvase patrimonial en el seno de las masas de bienes integradas en la sociedad de gananciales (253). Esta causa sería la ampliación de los bienes comunes para realizar los fines específicos del matrimonio, y la familia sería la fuente y el fin del negocio jurídico; se trataría de una «causa variable», que se constituiría en principio, como onerosa, dando lugar al reintegro o reembolso correspondiente, y, en caso de renuncia al reembolso, la causa se convierte en gratuita y es defendible un negocio jurídico modificativo del anterior (254).

O que, la atribución determinante del tránsito entre lo privativo y lo ganancial habrá de contar con una causa lícita, que podrá ser una *causa donandi*, pero también una *causa solvendi* en pago de un reintegro, o bien una *causa credendi*, acudiéndose también en este caso al artículo 1.358 del Código Civil (255).

En otros casos, aun reconociendo que el tema de la causa es la clave del asunto, se dice que no es precisa la mención expresa de la causa (256), y que,

(252) Vid., I. CARPIO GONZÁLEZ, «Aportaciones a la Sociedad de gananciales. », *loc. cit.*, pág. 1207.

(253) Vid., I. CARPIO GONZÁLEZ, «Aportaciones a la Sociedad de gananciales...», *loc. cit.*, págs. 1208-1209.

(254) Vid., I. CARPIO GONZÁLEZ, «Aportaciones a la Sociedad de gananciales.. », *loc. cit.*, pág. 1230.

(255) J. A. MARTÍNEZ SANCHÍS, «Casos dudosos...», *loc. cit.*, pág. 401.

(256) Vid., C. PASCUAL DE LA PARTE, «Atribución de ganancialidad o privaticidad. », *loc. cit.*, pág. 631.

mientras en ciertas figuras negociales típicas existe una causa típica (compraventa, arrendamiento, etc.), en otros negocios jurídicos no típicos o atípicos, existen unas «causas genéricas», que serían las del artículo 1.274 del Código Civil, según sean aquéllos onerosos, gratuitos o remuneratorios (257).

La confusión surgiría cuando por ser un negocio no típico y requerir una «causa genérica», que justifique su validez, contenido y efectos, se pretende que dicha causa sea además expresa, como ha dicho la Dirección General de los Registros y el Notariado, defendiéndose la solución contraria, y concluyendo que la conversión de bienes gananciales en privativos (y a la inversa) se puede operar, bien mediante un negocio traslativo típico, con causa típica, (por ejemplo, la compraventa entre los esposos), bien mediante un negocio traslativo atípico, con causa genérica, es decir, presupuesta por nuestro ordenamiento jurídico y embebida en el contrato conyugal, de suerte que se trataría de un negocio jurídico de aportación de bienes concretos a una comunidad de bienes no personalizada jurídicamente con la finalidad de ampliar su ámbito objetivo, de responsabilidad, etc., y que tiene como causa el derecho de reembolso por parte del otro cónyuge no aportante (258).

Resultaría así que el derecho de reembolso es la verdadera causa de la atribución de ganancialidad, y el que posibilita, en última instancia, que se produzca el desplazamiento patrimonial, inscribible en el Registro de la Propiedad, y ello aunque nada en el negocio jurídico acerca de la causa de la atribución (259); y que «exigir que la causa conste o sea expresa en el negocio jurídico, puede ser una medida útil, conveniente, práctica o razonable, pero de ninguna manera necesaria o inexcusable, pues el derecho de reembolso se encarga de solucionar el problema» (260).

No faltando opiniones más radicales, que señalan que, aun siendo preferible acudir directamente a la vía negocial dispositiva adecuada cuando se trata de alterar la naturaleza de un bien ya calificado como privativo, expresando el contrato causal que provoca el desplazamiento; si no se hace así, la atribución abstracta de naturaleza ganancial, a un bien ya fijado de antemano como privativo, tendría el carácter de un negocio de comunicación de bienes o de puesta en común por voluntad de las partes, en que el recíproco equilibrio de las prestaciones, que es causa de dichos contratos, quedaría garan-

(257) Vid., C. PASCUAL DE LA PARTE, «Atribución de ganancialidad o privaticidad...», *loc. cit.*, pág. 632.

(258) Vid., C. PASCUAL DE LA PARTE, «Atribución de ganancialidad o privaticidad.. », *loc. cit.*, págs. 633-634.

(259) Vid., C. PASCUAL DE LA PARTE, «Atribución de ganancialidad o privaticidad...», *loc. cit.*, págs. 634-635.

(260) Vid., C. PASCUAL DE LA PARTE, «Atribución de ganancialidad o privaticidad...», *loc. cit.*, pág. 638

tizado por el obligado reembolso al cónyuge aportante del importe actualizado del bien al tiempo de la liquidación conforme al artículo 1.358 del Código Civil (261).

Siendo evidente que no se puede hacer una utilización tan pragmática y tan poco fundamentada de la teoría de la causa, que, además de su trascendencia en cuanto ha servido para determinar que promesas eran merecedoras de protección jurídica, cuenta con una importantísima elaboración teórica en nuestros más grandes juristas de todos los tiempos y además tiene una plasmación legislativa concreta en nuestros artículos 1.274 y siguientes, que no autoriza tales ligerezas interpretativas.

La trascendencia del elemento causal ha sido puesta de manifiesto por F. DE CASTRO (262) señalando que «en el fondo y también en la superficie, la doctrina de la causa ha servido y sigue sirviendo para destacar lo que merece la consideración de contrato (art. 1.261 CC) o de negocio jurídico, de lo que no lo merece, para después distinguir el valor y alcance que a cada clase de ellos se le atribuye» (263).

La función fundamental de la causa: la de ser requisito de existencia del negocio jurídico, se completa con la de servir para clasificar los negocios jurídicos. La que, a su vez, tiene un doble alcance. Unida todavía íntimamente a la cuestión de los requisitos de existencia de los negocios, se manifiesta en su insuficiencia, en que cierta clase de negocios (los no onerosos) necesitan un requisito auxiliar, como, por ejemplo, según los casos, de una forma especial, de la entrega de la cosa, de la previa existencia de una obligación legal, moral o social, o bien de una responsabilidad hacia quien confiara en lo prometido o hecho. Más llamativamente se exterioriza la distinción entre las causas, en la diferente fuerza o eficacia de las relaciones negociales a que cada clase de ellas da lugar. Al lado de la firmeza y solidez de unas (por ejemplo, causa onerosa y con buena fe), se encuentran relaciones frágiles, entre los mismos titulares de la relación (por ejemplo, revocabilidad, facultad de reclamar lo dado) o de mayor o

(261) Vid., J. M. OLIVARES JAMES, «Los contratos traslativos de dominio entre cónyuges...», *loc cit.*, pág. 312.

(262) Vid., F. DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico...*, *cit.*, pág. 165.

(263) Para R. M. ROCA SASTRE, en consecuencia, «lo sin causa significa falta de antecedente justificativo del desplazamiento patrimonial, esto es, falta de precedente obligacional»; nos hallaríamos ante la «causa legitimadora»; esto es, la que se pone de manifiesto al confrontar un resultado alcanzado mediante la negociación jurídica con el vínculo obligacional creado para ello» (vid., *Estudios de Derecho privado*, con la colaboración de J. PUIG BRUTAU, t. I, Obligaciones y contratos, 1948, pág. 486), R. M. ROCA SASTRE, Prólogo a la obra de T. DE ZUMALACÁRREGUI MARTINI-CÓRDOVA, *Causa y abstracción causal en el Derecho civil español*, 1977, pág. 5; en parecidos términos, vid., G. STOLFI, *Teoría del negozio giuridico*, 1947, págs. 30-31; F. GALGANO, *El negocio jurídico*, *cit.*, pág. 106 y sigs.

menor intensidad (responder o no responder por evicción o por negligencia), y, en general, esa diversidad de las causas origina el valor relativo de las titularidades, cuando ellas chocan con otras (por ejemplo, con las de los legitimarios, con las de otros acreedores); todo lo que resulta en la clasificación de los créditos, con sus privilegios uno, y otros con la condición de rescindibles, reducibles o no oponibles (264).

La elaboración de la teoría de la causa es fruto de una larga experiencia jurídica que no deberíamos olvidar para acercarnos a una verdadera comprensión de su problemática, transcendencia y gran dificultad. Encontramos así que el término causa se encuentra repetidamente en los textos romanos, y ya revestido de esa autoridad pasa al lenguaje jurídico moderno. No se recibe directamente, sino después de una larga elaboración, en la que tuvo intervención decisiva la doctrina jurídica medieval (265); ofreciendo esta elaboración la particularidad de estar fuertemente influenciada por las lucubraciones de la filosofía escolástica (266).

La formulación de la doctrina de la causa por BARTOLO y BALDO, es uno de esos casos en que los juristas medievales alcanzaron en este punto las mismas conclusiones que los últimos escolásticos, porque como estos últimos, tuvieron presente la doctrina y terminología aristotélicas (267). Conforme a esta doctrina, el consentimiento de las partes sólo es obligatorio, en principio, si se ha otorgado para una de estas dos «razones» o «causas»: liberalidad o intercambio de prestaciones. La doctrina medieval fue así más lejos que los textos del Derecho romano, que distinguieron entre contratos con causa onerosa y lucrativa, porque ellos, como TOMÁS DE AQUINO creyeron en una distinción fundamental entre contratos como actos de liberalidad o como actos de justicia conmutativa, siguiendo la terminología aristotélica; y BARTOLO y BALDO, formularon la doctrina de la causa con esta distinción en la mente, aunque no intentaran explicar el Derecho romano sistemáticamente sobre los principios aristotélicos; ellos sólo encontraron a ARISTÓTELES de gran utilidad para la interpretación de los textos romanos (268).

En un texto de ULPIANO (269) se encuentran dos afirmaciones fundamentales para la dogmática jurídica: los pactos desnudos no originan obligaciones (*nuda pactio obligationem non parit*); los convenios sin causa no crean obli-

(264) Vid., F. DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico* ..., cit., págs. 167-168.

(265) Vid., J. GORDLEY, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, 1992, pág. 49 y sigs.; J. L. DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, *El negocio jurídico* ..., cit., pág. 163 y sigs.

(266) Vid., F. DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico* ... cit., pág. 169.

(267) Vid., J. GORDLEY, *The Philosophical origins* ..., cit., pág. 49; J. L. DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, *El negocio jurídico*..., cit., pág. 166.

(268) Vid., J. GORDLEY, *The Philosophical origins* ..., cit., pág. 49.

(269) Cf. D.2.14.7.4.

gaciones (*cum nulla subest causa propter conventionem, hic constant non posse constitui obligationem*) (270).

Sobre esta base, ya la glosa distingue entre los pactos y convenios estéreiles y los pactos y convenios jurídicamente fecundos (271). La expresión romana de pacto desnudo se entiende en el sentido de la exigencia de la *vestis pactorum* para su eficacia jurídica. Como tal vestido se considera la causa; la que se utiliza para cubrir los diversos casos ofrecidos, en sus diversos sentidos de causa formal, eficiente y final.

Los contratos con nombre legal (nominados) se estiman vestidos, porque en ellos se contiene ya su peculiar causa (*causa agens in ipso pacto vestito*). Como tales contratos se enumeran, la compraventa, el arrendamiento, la sociedad y el mandato, a los que en general se añaden, el depósito, el comodato y la prenda (272).

En contraposición, los contratos innominados necesitan una causa que los vista; así la cosa ya dada o lo ya hecho será causa eficiente para lo que se de o para lo que se haga (no las mutuas promesas ni las promesas de donar). Ese número contado de causas, se procuró ampliar sosteniendo que hay causa: cuando se cumplen los requisitos formales (así en la *stipulatio*), si se ha entregado algo, por la existencia de otro contrato del que el pacto depende y por especial disposición de la Ley (273).

Otros dos textos del Digesto se refieren a la causa de la *stipulatio* (cf. D.12.7.1 y D.44.4.2.3), conforme a ellos el contrato formal *stipulatio* debe tener una causa, de manera que no sería obligatorio a menos que hubiera alguna causa por la cual la promesa fue hecha. AZO y ACURSIO entienden la causa a la que se refiere el texto como *re* o *spe*, pero ni ellos ni en general los glosadores llegaron a una doctrina uniforme sobre la causa, y mucho menos una doctrina parecida a la distinción aristotélica entre justicia conmutativa y liberalidad (274).

BARTOLO y BALDO, no sólo hicieron esto, sino que apoyaron su construcción en un vocabulario específicamente aristotélico; mientras los textos romanos hablan simplemente de la causa que en latín sólo significa una razón, ellos hablan de la *causa finalis*, o incluso, siendo más incisivos, de la *causa finalis proxima* de las partes contratantes (275). Siendo totalmente cons-

(270) Señalando J. GORDLEY, que BUCKLAND se refiere a este texto como el «famoso pasaje en el que se basó toda la teoría de la causa» (vid., *The Philosophical origins*, cit., pág. 49).

(271) Cf. ACCURSIO, gl. *igitur* (m), D 2.14.7.4.

(272) Vid., J. GORDLEY, *The Philosophical origins*, cit., págs. 49-50.

(273) Señalando F. DE CASTRO Y BRAVO que, aun así siguió siendo limitado en exceso el elenco de las causas e insatisfactorio para las necesidades de la práctica (así, por ejemplo, sobre la permuta y la donación) (vid., *El negocio jurídico*, cit., pág. 170).

(274) Vid., J. GORDLEY, *The Philosophical origins*, cit., pág. 50.

(275) Vid., J. L. DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, *El negocio jurídico*, cit., pág. 167.

cientes del significado teórico de este término en la filosofía aristotélica y tomista (276).

En efecto, para TOMÁS DE AQUINO podría definirse la esencia de una acción humana en términos de su fin o causa final. Y BARTOLO distinguió las formas accidental y sustancial tanto para describir instituciones legales, como un contrato, como para referirse a cosas incorpóreas. Explicando que las cosas hechas por los hombres toman su forma sustancial de su tendencia hacia cierto fin para el cual fueron hechas por su creador; conocer el fin del creador es conocer la forma sustancial o natural de la cosa creada (277).

Del mismo modo, de acuerdo con BALDO, en un contrato de venta la *causa finalis* respecto al comprador es el objeto y respecto al vendedor es el precio; resultando entonces que los términos esenciales o sustanciales en un contrato de venta son el objeto y el precio (278).

Mayor evidencia de que BARTOLO y BALDO querían mantener el significado técnico de la *causa finalis* se manifiesta en que corrigieron la terminología de los glosadores. Estos habían usado el término *causa finalis* en sus discusiones acerca de la *condictio causa data non secuta*. En Derecho romano se utilizaba esta *condictio* cuando una parte había dado algo a otra esperando un suceso que no tuvo lugar; por ejemplo, si en el caso de que en un contrato innominado una parte hubiera cumplido su prestación, podría utilizar la *condictio* si la otra parte se niega a cumplir la suya; si había pagado dinero al prometido de su hija con la esperanza de su futuro matrimonio, podría utilizar la *condictio* en el caso de que el matrimonio no llegara a efectuarse (279).

El problema para los juristas medievales era distinguir estas situaciones de otras en las que la *condictio* no era posible, por ejemplo, situaciones en las cuales una persona daba un regalo esperando que quien lo recibía lo empleara para una cosa determinada. Los glosadores decían que la *condictio* tenía que utilizarse cuando la esperanza de un hecho fuera la *causa finalis* de la persona, pero no cuando esta expectativa era la «causa impulsiva o eficiente» (280).

(276) Vid. J. GORDLEY, *The Philosophical origins*, cit., pág. 51.

(277) Vid., J. GORDLEY, *The Philosophical origins*, cit., pág. 51.

(278) Del mismo modo, BALDO describirá las causas eficiente, formal, material y fin de un contrato dando ejemplos de cada una. Su ejemplo de la causa final es un regalo dado para conseguir un propósito concreto sin el cual no lo habría dado (cf. BALDO, *Commentaria C.4.6.8*, núms. 10-11); él explica la causa final con una serie de frases aristotélicas o tomistas: «la causa final es el objeto del intelecto, de igual forma que una imagen es el objeto de la visión, o un puerto es el objeto de la navegación, y hagamos lo que hagamos lo hacemos para conseguir un objetivo» (cf. *Commentaria C.6.44.1*, núm. 17); la causa final es el primer principio en la intención, aun lo último en ejecución (cf. *Commentaria C.5.12.6*, núm. 24), es la causa de las otras causas (vid., J. GORDLEY, *The Philosophical origins*, cit., pág. 52).

(279) Vid., J. GORDLEY, *The Philosophical origins...*, cit., pág. 52.

(280) Vid., J. GORDLEY, *The Philosophical origins*, cit., pág. 53.

BARTOLO y BALDO, con un mayor conocimiento de la filosofía aristotélico-tomista, desestimaron por completo describir la expectativas legalmente insignificantes del donante como causa impulsiva o eficiente. Causa impulsiva no sería un término en absoluto aristotélico y causa eficiente no es un motivo o propósito ni es lo contrario de causa final, ni podría existir algo sin causa eficiente, de igual modo que no podría existir sin causa final. Distinguieron entre *causa finalis proxima* y *causa finalis remota* y afirmaron que la causa impulsiva no es propiamente causa (281).

Para BARTOLO y BALDO, la liberalidad significaba más que el hecho de dar sin recibir, y el intercambio significaba más que el hecho de dar y también recibir (282).

Por ello, cuando las partes hacen un intercambio ninguna de las dos debe enriquecerse injustificadamente, para ello acude al concepto aristotélico de justicia conmutativa, que no significa solamente que las partes hacen un intercambio sino que intercambian de tal modo que ninguna parte se enriquezca a expensas del otro. Un famoso texto romano dio la solución a quien vendiera una tierra por menos de la mitad de su precio justo, y los glosadores extendieron el remedio a compradores y a contratos análogos; pero éstos no habían dado una explicación sobre esta doctrina del precio justo, mientras que BALDO explicó que un precio injusto violaba la equidad natural (283) teniendo en cuenta otro famoso texto del Digesto conforme al cual: Por la ley de la naturaleza es equitativo el hecho de que nadie debería enriquecerse a costa de otro (284) (285).

Y la liberalidad no significa solamente desprenderse de la opulencia, regalar, sino dar a la persona adecuada las cantidades adecuadas y en el momento adecuado. El hecho de que BALDO pensara en la liberalidad como la forma correcta de administrar la riqueza es confirmado por una declaración que hace en relación con la necesidad de que en el documento notarial —que había llegado a ser aceptado como sustitutivo de la *stipulatio*— tenía que ser declarada expresamente la causa sobre la cual se efectúa la promesa. De otro modo podía presumirse que el contrato era el resultado de la estupidez más que de la liberalidad (286).

De modo que, para BALDO la causa de la liberalidad significaba dar adecuadamente y no sencillamente, dar para no recibir; y la causa de un contrato oneroso no significaba sólo recibir algo a cambio, sino recibir algo de valor

(281) Vid., J. GORDLEY, *The Philosophical origins...*, cit., pág. 53.

(282) Vid., J. GORDLEY, *The Philosophical origins* , cit , pág. 55

(283) Cf. BALDO, *Commentaria C.4.44 2*, núm. 18.

(284) Cf. D.50.17.206· *iure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiores*.

(285) Vid., J. GORDLEY, *The Philosophical origins...*, cit., pág. 56.

(286) Vid., J. GORDLEY, *The Philosophical origins* .. cit , págs. 55-56.

equivalente. Consecuentemente, el requerimiento de una causa trascendió a las reglas de la ley positiva romana; expresaba una verdad general, una razón natural, sobre cuando una promesa debía ser obligatoria. Señalando GORDLEY (287) que es muy difícil que esta doctrina hubiera sido formulada de esta manera y hubiera tomado este significado si BARTOLO y BALDO no hubieran recurrido a sus conocimientos sobre ARISTÓTELES y TOMÁS DE AQUINO.

La doctrina canonista, al atender a lo que en conciencia obliga, perturba el esquema romanista. En una doble y opuesta dirección: atribuyendo plena eficacia jurídica a las simples promesas y atendiendo ilimitadamente al significado moral de la causa. Se parte de la premisa de que toda promesa vale u obliga *secundum canone*; la afirmación de que cualquier promesa quedaba vestida al ser corroborada con juramento pierde importancia, al considerarse obligatoria cualquier promesa. A la máxima de los civilistas de que los pactos nudos no obligan se opondrá entonces la afirmación de los canonistas de que *pactus nudus obligat*. De otro lado, se potenciará al máximo el valor de la causa: así, se condena la usura, se consideran rescindibles los contratos en que se sufre lesión o en el que el precio no es justo, y se condenan los contratos con causa ilícita o inmoral.

En esta dirección, se llega a decir que, según el Derecho Canónico, el contrato innominado carecerá de causa sin «una prestación equitativa», y a que se piense que no basta una causa civil para la obligatoriedad de la promesa, sino que además se requiere una «causa natural» (288).

La concepción de lo obligatorio en conciencia de la promesa, sin necesidad de otro requisito, pasará fácilmente de los libros de teología moral a los de Derecho natural y de gentes; y, con ello, las afirmaciones de que entre contrato y pacto no hay diferencia, y de que los pactos nudos producen acción. Mas la repudiación de la doctrina civilista de la causa no significa que se atribuya indiscriminadamente eficacia a toda promesa, y que se desconozca el significado de la causa para distinguir los contratos. GROCIO separa los contratos benéficos y los permutatorios y respecto de éstos dice que, por su naturaleza, en ellos impera la igualdad. PUFENDORF después de decir también que las promesas originan obligación, considera justificado que se exija la causa, entendiéndose ésta como los romanos en que el asunto implica alguna utilidad; y al distinguir entre contratos gratuitos y onerosos dice de éstos que en ellos debe haber «una justa igualdad», es decir, que cada uno reciba tanto como da, considerando ésta tan necesaria que afirma «que no hay presunción de un don gratuito, que pueda disculpar el que se tome más que lo que se debería recibir» (289).

(287) Vid., J. GORDLEY, *The Philosophical origins...*, cit., pág. 57

(288) Vid., F. DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico* . . cit., pág. 170.

La obra de DOMAT ha sido la base de la doctrina moderna sobre la causa (290). Establece como principio: «ningún convenio obliga sin causa»; en los no gratuitos, la obligación del uno es el fundamento de la del otro; en las donaciones y demás contratos en los que uno solo hace o da, la de éste tiene su fundamento en cualquier motivo razonable y justo, como un servicio prestado, cualquier otro mérito del donatario o el sólo placer de hacer el bien. Y este motivo sirve de causa de quien recibe y no da nada. POTHIER sigue la misma tendencia y desarrolla la formulación de DOMAT, señalando que la causa ha de ser lícita y distinguiendo los contratos interesados y los de beneficencia. Esta corriente doctrinal recibirá su consagración legal en el Código Civil francés en cuya Exposición de motivos se señala: «No hay obligación sin causa: ella está en el interés recíproco de las partes o en la beneficencia de una de ellas» (291).

En esta evolución en la concepción de la causa se observa que, mientras para los últimos escolásticos las partes podrían prometer o un acto de liberalidad o un acto de justicia conmutativa, y la doctrina de la causa había identificado la liberalidad y la justicia conmutativa como dos propósitos legítimos o buenas razones para las partes del contrato; para los juristas del siglo XIX la doctrina de la causa y la distinción entre liberalidad e intercambio se presenta problemática. Estos juristas habían abandonado los viejos conceptos aristotélico-tomistas, no discutían «virtudes» y estaban interesados solamente en la voluntad de las partes para configurar su doctrina del contrato, no en si los propósitos que deseaban alcanzar eran buenos (292).

El *Code Napoléonico*, siguiendo fielmente los trabajos de DOMAT y POTHIER, requirió una causa para la existencia del contrato, conservando en este punto las doctrinas iusnaturalistas (293). Aunque los juristas franceses emplearon fórmulas tradicionales para afirmar la doctrina de la causa: en los contratos gratuitos la causa de una obligación era un acto de liberalidad o remunerar un servicio; mientras en un contrato oneroso era la ventaja que cada parte trataba de obtener: la causa de la obligación de cada parte era la obligación de la otra parte; estas fórmulas ahora tendrán que ser explicadas sin referirse a «virtudes» de liberalidad y justicia conmutativa (294).

(289) Vid., F. DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico* ., cit., pág. 171, J. L. DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, *El negocio jurídico*..., cit , págs. 241-242.

(290) Vid., J. L. DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, *El negocio jurídico* , cit , pág 171 y sigs.

(291) Vid., F. DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico* ., cit., pág. 171.

(292) Vid., J. GORDLEY, *The Philosophical origins* ., cit , pág. 164.

(293) Vid., J. L. DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, *El negocio jurídico* , cit.. pág. 175 y sigs.

(294) Vid., J. GORDLEY, *The Philosophical origins*..., cit , pág 164.

Para los juristas del XIX, liberalidad no significó una virtud de dar y onerosidad dejó de significar un acto de justicia conmutativa; la doctrina de la causa deja en este momento de tener base en la que apoyarse; parecía significar solamente que una parte debe tener algún motivo para celebrar un contrato, y que el motivo debe ser bien obtener algo, bien no obtener nada a cambio.

Los juristas franceses eran conscientes de la dificultad de elaborar una doctrina de la causa, aunque también lo eran de que era difícil imaginar un contrato sin causa. AUBRY y RAU dijeron que la causa tenía que ser un «motivo legalmente suficiente»; sin embargo, como observó LAURENT, esa explicación no era de utilidad, a menos que alguien pudiera explicar en qué consistía ese «motivo legalmente suficiente». Para TOULLIER un contrato sin causa es, necesariamente, un contrato celebrado por error; pero si ello fuera así no tendría ningún sentido una doctrina del error diferenciada de una doctrina de la causa. DEMOLOMBE sugirió que un contrato carecía de una causa si se refería a un objeto inexistente: por ejemplo, si las partes vendían una cosecha que nunca se había producido; del mismo modo, LAROMBIERE dijo que una compra de la propiedad que perteneciera al comprador debería ser un contrato sin una causa, si bien, finalmente, admitió que en realidad aquí estaríamos ante otro ejemplo de error (295).

Ninguno pudo encontrar una razón convincente para justificar que hubiera una doctrina de la causa y, consiguientemente, tuvieron problemas para diferenciar contratos gratuitos y de intercambio; distinción de gran utilidad no sólo porque esas transacciones tuvieran diferentes causas, sino más bien porque estaban regidas por diferentes reglas (296).

La explicación de esta confusión es clara para GORDLEY (297): los últimos escolásticos habían distinguido contratos gratuitos y onerosos con la ayuda de dos conceptos que los juristas del siglo XIX habían abandonado, causa final e igualdad en el intercambio. El concepto de causa final les permitía definir estas transacciones en términos de su propósito o finalidad: en una transacción gratuita desarrollar un acto de liberalidad, en un intercambio, recibir un equivalente a lo que uno dio; el concepto de igualdad en el intercambio les permitía distinguir los efectos de estas transacciones sobre el patrimonio de las partes: en un regalo una parte enriqueció a la otra, en un intercambio ninguna se veía enriquecida. La causa final era el fin que definía un tipo de transacción; en este sentido podía decirse que era «el fin de la transacción», incluso en el caso de que la concurrencia de ciertas circunstancias particulares pudieran conducir a que no se realizara tal fin, las partes deberían haber

(295) Vid., J. GORDLEY, *The Philosophical origins ...*, cit., pág. 165.

(296) Vid., J. GORDLEY, *The Philosophical origins ...*, cit., pág. 165.

(297) Vid., J. GORDLEY, *The Philosophical origins ...*, cit., pág. 165

entrado en la transacción en ese objetivo en mente, ya que, de otro modo, habrían entrado en otro tipo de transacción (298).

En este sentido la causa final era «el fin de las partes en el contrato», aunque tuvieran también otros objetivos, y éstos variasen de una persona a la otra; totalmente olvidada esta concepción de la «causa final», los juristas franceses encontraron difícil explicar cómo una transacción podía ser definida por un fin que bajo algunas circunstancias podría no alcanzarse nunca (299).

LAROMBIERE dijo que un contrato gratuito debe ser definido de acuerdo a su «naturaleza y condiciones íntimas», independientemente de las circunstancias extrínsecas que pudieran alterar su eficacia y destruir las ventajas que se supone va a dar. Así, un contrato podría ser gratuito aunque no diera beneficio al supuesto beneficiario y podría ser oneroso aunque pudiera provocar para una parte una ventaja a expensas de la otra parte. Si bien, aunque LAROMBIERE concluye afirmando que «la descripción de un acto es por consiguiente independiente de eventos extrínsecos», no explicó cómo podría explicarse esa afirmación, salvo por su misteriosa referencia a la «naturaleza y condiciones íntimas» (300).

Otros juristas franceses observaron que la causa de un tipo determinado de transacción debía ser la misma para todas las partes, aunque distintos individuos entren en la misma con motivos diversos. Según observaron AUBRY y RAU, el comprador de un caballo podría planear dar el animal a un tercero; sin embargo, la transacción sería onerosa y su causa es adquirir el caballo, no hacer un regalo. Como dijo DEMOLOMBE, los motivos podrían variar, pero la causa de un tipo de contratos debe ser la misma, sin importar quién participa en ellos. Con todo, nadie encontró una buena forma de distinguir entre causa y los otros fines o motivos de las partes contratantes. TOULLIER y DEMANTE dijeron que la causa era un motivo «determinante» más que «impulsivo». LAURENT señaló, sin embargo, que ellos dejaron el significado de «determinante» e «impulsivo» completamente oscuro. DEMANTE, DEMOLOMBE, AUBRY y RAU establecieron una distinción casi ininteligible: la causa era la razón o motivo por el cual la parte se obligaba a sí misma, para distinguir de las razones o motivos por las cuales contrataba. En definitiva, como dijera LAROMBIERE, todo el mundo estuvo de acuerdo en que la causa era algo más que un mero motivo, ya que los motivos varían de una persona a otra, mientras que la causa tenía que ser la misma para un tipo dado de transacción; pero nadie, ni siquiera él, puede explicar la diferencia (301).

(298) Vid., J. GORDLEY, *The Philosophical origins ...*, cit., pág. 166.

(299) Vid., J. GORDLEY, *The Philosophical origins...*, cit., pág. 166

(300) Vid., J. GORDLEY, *The Philosophical origins ...*, cit., pág. 167.

(301) Vid., J. GORDLEY, *The Philosophical origins...*, cit., pág. 167.

Otro concepto que los juristas del siglo XIX habían abandonado era el de igualdad en el valor de las prestaciones, ellos pensaron que llevaba consigo una actitud paternalista hacia las partes y nociones místicas del valor; sin embargo, la falta de este concepto era también una dificultad para la diferenciación entre regalo e intercambio (302).

Esta evolución en la concepción del elemento causal hasta su plasmación en los Códigos decimonónicos es uno de los ejemplos que nos muestra como las teorías voluntaristas mostraban su debilidad no pudiendo dar una explicación satisfactoria en aquellos puntos concretos en que se apartaron de los conceptos aristotélico-tomistas (303).

Resultando así que uno de estos puntos, la causa, ha dado lugar a las construcciones doctrinales y a las plasmaciones positivas más complejas oscuras y confusas de toda la teoría general del contrato (304). Así, las teorías subjetivistas identificaron causa con motivo (305); y no mucho después de la plasmación del requisito causal en los Códigos comenzaron las corrientes críticas que consideran superfluo este requisito, pues la causa se confundiría con el objeto en los contratos onerosos y con el consentimiento en los gratuitos (306); añadiéndose también que buena parte de los Códigos decimonónicos, siguiendo al francés, inspirado en este punto por DOMAT, hablan de causa de las obligaciones y no del contrato (307).

Circunstancias estas que no han dejado de ser desaprovechadas por juristas teóricos y prácticos que han creído que el clima de ambigüedad y confu-

(302) Vid., J. GORDLEY, *The Philosophical origins...*, cit., pág. 167.

(303) Vid., J. GORDLEY, quien se muestra partidario de construir una teoría general del contrato basada en las construcciones de los escolásticos tardíos sobre los conceptos aristotélico-tomistas (*The Philosophical origins...*, cit., pág. 231 y sigs.).

(304) Señala J. L. DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, que la doctrina de la causa es tan abigarrada y multiforme que todavía siguen en pie las palabras de JASON DEL MAINO, cuando recién nacida la categoría general del contrato, decía refiriéndose a aquélla: «*ego semper dixit et dico, quod non potest dari vera doctrina super hoc*» (vid., *El negocio jurídico...*, cit., pág. 540). Para T. DE ZUMALACÁRREGUI MARTINI-CÓRDOVA, «la regulación legal de la causa, en términos generales, peca más de omisión y oscuridad que de sinrazón. Esa oscuridad y esa omisión, unidas a una evidente falta de unidad y uniformidad a la hora de "bautizar" gramaticalmente a algunas instituciones, plantean al jurista más de un grave interrogante en torno a la anatomía, fisiológica y patológica de la causa» (vid., *Causa y abstracción causal en el Derecho civil español*, 1977, pág. 31).

(305) Vid., sin embargo, las fundadas críticas a la concepción subjetivista de la causa realizadas por E. BETTI, *Teoría general del negocio jurídico...*, cit., pág. 167 y sigs.; J. L. DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, *El negocio jurídico*, cit., págs. 188-189; G. STOLFI, *Teoría del negozio giuridico...*, cit., págs. 33-34.

(306) Si bien no han faltado autores que rechazan estas varias formas de reconocer la causa en elementos especiales del negocio, como producto de perspectivas unilaterales y por ello erróneas (vid., E. BETTI, *Teoría general del negocio jurídico...*, cit., págs. 138-141).

(307) Vid. J. L. DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, *El negocio jurídico...*, cit., págs. 276 y sigs.; F. DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico...*, cit., pág. 177 y sigs.

sión que reina en torno al elemento causal puede servir para justificar la admisión de cualquier causa que sirva para dar existencia a un supuesto negocio jurídico o contrato.

Pero nuestro Código Civil recoge la «causa de la obligación que se establezca», como uno de los requisitos de existencia del contrato, junto con el consentimiento y el objeto (art. 1.261 CC); señalando el artículo 1.262.1 del Código Civil que: «El consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato»; y, en virtud del artículo 1.275 del Código Civil: «Los contratos sin causa o con causa ilícita no producen efecto alguno» y ofreciendo el artículo 1.274 del Código Civil una clasificación de los contratos según su causa: «En los contratos onerosos se entiende por causa para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte, en los remuneratorios, el servicio o beneficio que se remunera, y en los de pura beneficencia, la mera liberalidad del bienhechor».

Se ha dicho que la enumeración del artículo 1.274 del Código Civil no es exhaustiva y no excluye la existencia de otras (308); pero la práctica totalidad de las diferentes causas de que han venido hablando los civilistas: *credendi causa*, *solvendi causa*, *donandi causa*, *novandi causa*, *dotis constituendi*, *conditiones implendae*, *intercedendi causa* (309), obedecen o a un acto de liberalidad, o a un intercambio de prestaciones y estas dos grandes clasificaciones de causas tiene una importancia trascendental para determinar el régimen jurídico de un contrato: exigencia de forma, capacidad, acciones de rescisión, reducción, revocación, etc. (310).

(308) Vid., F. DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico...*, cit., pág. 199.

(309) Vid., F. DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico...*, cit., pág. 200.

(310) Señalando F. DE CASTRO Y BRAVO que en caso de choque e incompatibilidad, los derechos, y correlativamente las obligaciones, se clasifican jerárquicamente según su causa, conforme al principio. *Privilegio non ex tempore aestimatur, sed ex causa*, como así se requiere en los supuestos de tercería de mejor derecho (arts. 1.921-1.929 CC), de concurso de acreedores (art. 1.913 CC), y de quiebra del comerciante (arts. 913-915 CC). También se atiende a dicha ordenación en la partición de la herencia, para el pago de gastos (arts. 902, 903 CC), y de los créditos de los acreedores (arts. 1.028, 1.029 CC), al distinguir los tipos de legatarios (art. 887 CC); y, en fin, se considera la naturaleza de la causa en los supuestos de fraude de acreedores (arts. 643, 1.297 CC) y de doble venta (art. 1.473 CC). Se tienen en cuenta la diversidad de las causas de los negocios por los que se adquieren derechos, al determinar los bienes propios de los cónyuges (arts. 1.396-1.400 CC), y de los bienes gananciales (art. 1.401 CC); como también al delimitar el poder de disposición de los diversos tipos de titulares (por ejemplo, menores, emancipados, casados, padres, tutores, representante del ausente, albacea, administrador). Todo lo que, analógicamente, se aplica a otros casos de liquidación de patrimonios y determinación de poderes de los titulares, según sus circunstancias. Y esa importancia de la causa hace que se tenga en cuenta su naturaleza, incluso cuando es meramente putativa: así, por ejemplo, en los supuestos de posesión de buena fe y de usucapión (vid., *El negocio jurídico...*, cit., págs. 258-259).

Hasta tal punto, que aunque el Código habla también en el artículo 1.274 de una causa remuneratoria, cuando regula las donaciones remuneratorias en el artículo 622 del Código Civil señala que se regirán por las disposiciones relativas a las donaciones «en la parte que excedan del valor del gravamen impuesto», mientras que en la otra parte se regirá por las reglas de un contrato oneroso; es decir, el Código reconoce la existencia de tres tipos de causas —que pueden diversificarse y especificarse en otras muchas denominaciones— pero, en definitiva, sólo reconoce trascendencia de régimen jurídico a la diferenciación causa onerosa-causa lucrativa y por ello debemos reconducir todas las restantes denominaciones causales a una de estas dos, a los efectos de determinar consecuencias en la regulación y eficacia de los negocios jurídicos integrantes de una u otra categoría.

La impronta distinta que llevan los derechos desde su origen, según sean respectivamente nacidos de negocios con causa onerosa o de causa gratuita es la tenida en cuenta en casi todas las instituciones del Derecho privado. Como manifestaciones más importantes pueden señalarse las siguientes (311):

1.º La fragilidad de la relación negocial, de los derechos y correlativamente de las obligaciones nacidas de los negocios de causa gratuita («*minor causa*»). La que, a su vez, se revela:

- a) En su relativa debilidad respecto a los derechos por título oneroso, en cuyo favor están los gratuitos expuestos a la rescisión (arts. 643, 1.002, 1.111, 1.297 del Código Civil, art. 37, pár. 2.º, núm. 4.º LH), (arts. 880-882 CC), no siendo eficaz, en perjuicio de los acreedores, la renuncia gratuita (arts. 1.001, 1.394, 1.418, 1.937 CC).
- b) En quedar subordinada a los derechos de los legitimarios para cuya salvaguardia se les colaciona y, en su caso, se les reducirán en los que las donaciones fuesen inoficiosas o excesivas (arts. 636, 654-656, 817-820, 847, 1.035 y sigs., 1.187 CC); condición que se tiene en cuenta también en la regulación de las reservas (arts. 811, 812, 963 CC).
- c) Incluso en favor del mismo que ha dispuesto a título gratuito, quien en determinados casos podrá pedir la ineficacia (art. 634 CC), revocación (arts. 644-653, 1.732.1.º CC), y resolución (arts. 1.749, 1.750, 1.775, 1.776 CC) de la donación y de ciertos otros contratos gratuitos.

2.º Los representantes y administradores legales, conforme a la naturaleza de la causa, no tienen poderes para disponer a título gratuito de los bienes administrados, o necesitan de requisitos especiales para efectuar esta

(311) Vid., F. DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*., cit., págs. 263-264.

clase de actos (arts. 166, 186, 271.9.º CC); son nulos los actos a título gratuito sobre bienes gananciales por uno sólo de los cónyuges, salvo las liberalidades de uso (art. 1.378 CC); incluso se impone al heredero del declarado fallecido la prohibición de disponer de esa manera hasta cinco años después de la declaración (arts. 196.2.º CC).

3.º Los derechos adquiridos a título gratuito, aparte las donaciones especialmente favorecidas, gozan de ciertas preferencias de variada naturaleza, así en el caso del hijo sometido a la patria potestad se excluyen de la administración paterna los bienes adquiridos a título gratuito cuando el disponente lo hubiere ordenado de manera expresa (art. 164.1.º CC), los bienes adquiridos a título gratuito, por regla general, no se hacen gananciales (art. 1.346.2.º CC). La compensación no podrá oponerse al acreedor cuando la deuda provenga del depósito, como dato o por alimentos debidos a título gratuito (art. 1.200 CC). La renta vitalicia a título gratuito puede constituirse disponiendo que no esté sujeta a embargo por obligaciones del pensionista (art. 1.807 CC).

4.º Existe un menor grado de responsabilidad y vinculación del disponente u obligado a título gratuito: en el caso de que el legatario haya adquirido la cosa legada después del testamento, nada podrá pedir por ello si la adquirió por título lucrativo, y, en cambio, podrá pedir al heredero que le indemnice de lo que haya dado por adquirirla si la adquisición la hizo a título oneroso (art. 878 CC); el donante no queda obligado al saneamiento de la cosa donada (art. 638 CC); se estima con menor rigor la culpa del mandato no retribuido (art. 1.726 CC); las dudas sobre la interpretación de un contrato, si fuere gratuito, se resolverán en favor de la menor transmisión de derechos, y si fuere oneroso, en favor de la mayor reciprocidad de los intereses (art. 1.289 CC) (312).

De modo que si bien no dejan de tener interés las variaciones nominales de la causa, que obedecen a diversas matizaciones del negocio jurídico a que se refieren, lo que en verdad tendrá consecuencias de régimen jurídico y determinará si una promesa es merecedora de tutela jurídica y en qué medida lo es —utilizando la certera terminología escolástica y aristotélico-tomista—, si estamos ante un acto de «liberalidad» o de «justicia conmutativa».

El carácter eminentemente causalista de nuestro Derecho contractual es reconocido por la práctica totalidad de la doctrina civilista que ha discutido sobre la posibilidad de los contratos abstractos en nuestro ordenamiento o en los ordenamientos de nuestro entorno jurídico (313), aunque con apoyo en el

(312) Vid., M. I. TRUJILLO CALZADO, *La constitución convencional de comunidades*, cit., pág. 94.

(313) Vid., J. L. DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, que culmina su extenso estudio sobre la causa del negocio jurídico, señalando, como recapitulación, que «dado un sistema causalista como el nuestro —y la afirmación es extensible a los restantes Derechos lati-

artículo 1.277 del Código Civil conforme al cual: «Aunque la causa no se exprese en el contrato, se presume que existe y que es lícita mientras el deudor no pruebe lo contrario», se ha pretendido dar entrada a los contratos sin causa; si bien es absolutamente dominante la opinión de que el precepto sólo se refiere a una «abstracción procesal» (314) de la causa, cuya existencia y licitud se presumen, pero, probada su inexistencia o falsedad, es evidente que el contrato no puede subsistir (315).

El negocio que carece del requisito esencial de una causa jurídicamente suficiente no es negocio jurídico y, por ello, se considera la falta de causa como uno de los supuestos de inexistencia negocial (316); pero la causa no es sólo requisito de existencia del negocio, sino que el influjo de la causa continua sobre la relación negocial, de modo que en ningún momento posterior a la conclusión del negocio jurídico puede romperse la conexión con la causa y que en caso de frustración del propósito concreto del negocio, queda

nos, o a su mayor parte— el negocio abstracto solamente puede constituirse por libre disposición del ordenamiento, entendido éste en sentido estricto, como Derecho formulado. De esta suerte, el negocio abstracto se configura (como sucede cuando la abstracción se alcanza en los títulos valores, o en los negocios cambiarios), a modo de una ficción legal de verdadero y propio negocio, que lo es tal, no porque cumpla los requisitos que son de aplicación a todos los negocios (como sucede con el requisito de la causa), sino porque nace apoyado, exclusivamente, en la tipicidad legal que le reconoce y establece, de modo expreso. Fuera de esta posibilidad, no cabe la abstracción. Incluso muchas veces que la doctrina y jurisprudencia hablan de ella, toman el concepto en un sentido un tanto ideal y genérico, de forma que aunque hablen de negocio abstracto, los negocios a que se refieren no son propiamente negocios abstractos: así sucede en el caso de los llamados negocios accesorios (como la fianza y la hipoteca, entre los de garantía), que presentan una cierta abstracción respecto de la causa principal. Pero en los casos más seguros, siempre la causa se sustituye por la forma, y la tipicidad causal por la legal. Fuera de esto queda [...] la abstracción procesal, al amparo del artículo 1.277 del Código Civil, que no es propiamente abstracción» (*El negocio jurídico*, cit., pág. 306 y sigs., y 552-553); F. DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, cit., pág. 232 y sigs., 291 y sigs.; E. BETTI, *Teoría general del negocio jurídico*., cit., pág. 157 y sigs.; F. GALGANO, *El negocio jurídico*., cit., pág. 119; T. DE ZUMALACÁRREGUI MARTINI-CÓRDOVA, *Causa y abstracción causal*., cit., págs. 191-265.

(314) Señala F. DE CASTRO Y BRAVO que con ello se abandona la antigua exigencia procesal de la expresión de la causa, y, además, conforme a lo que se considera más probable, se favorece al acreedor presumiendo que la causa existe. Lo que significa que, llegado el caso de contienda judicial, dicho acreedor queda dispensado de probar la existencia de la causa (art. 1.250 CC), aunque dicha presunción de existencia pueda destruirse por la prueba en contrario (art. 1.251 CC) (vid., *El negocio jurídico*..., cit., págs. 234-235). Para E. BETTI, la abstracción del artículo 1.277 del Código Civil es meramente procesal, es decir, consiste en la inversión de la carga de la prueba que incumbe al demandado, acerca de la insubsistencia o inidoneidad de la relación causal aducida por el actor (vid., *Teoría general del negocio jurídico*..., cit., pág. 163). En el mismo sentido, vid., F. GALGANO, *El negocio jurídico*, cit., pág. 119; J. L. DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, *El negocio jurídico*, cit., págs. 379-380.

(315) Vid., F. DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*..., cit., pág. 291.

(316) Vid., F. DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*., cit., pág. 239.

abierta la posibilidad de acudir al Juez, para que dé por resuelto el negocio, o para que lo adapte equitativamente a las nuevas circunstancias. Todo lo que se ha tratado y discutido en torno a la cláusula *rebus sic stantibus*, y al llamado «fundamento o base del negocio», tiene su base en el elemento causal (317).

Este marcado causalismo debe afirmarse, en la misma medida, de nuestro Derecho hipotecario (318), siendo mayoritariamente aceptado por los hipotecaristas que el título inscribible debe expresar la causa del acto o negocio jurídico celebrado (319).

Si bien se ha planteado la posibilidad de que un asiento registral pueda no mencionar la relación causal básica en orden a los actos relativos al dominio y derechos reales sobre bienes inmuebles, lo cual supone abordar el estudio del llamado *principio del consentimiento material*, de raíz germánica (320).

Sin poder profundizar en tan interesante cuestión, resaltamos la opinión de nuestros más ilustres hipotecaristas al afirmar que en Derecho alemán, los actos relativos a transmisión o gravamen del dominio y derechos reales sobre bienes inmuebles se ven regidos por el principio del consentimiento, en una doble faceta: de una parte, el consentimiento del que transmite o grava y del que recibe el dominio o derecho real (*Einigung*); de otra, la formal declaración del transmitente, haciendo abandono de su derecho (*Auflassung*) y consintiendo que el Registro publique la nueva titularidad (321).

Ello puede deducirse sin problemas de los parágrafos 873 y 925 del BGB; conforme al primero: «Para la transmisión de la propiedad de una finca, su gravamen con un derecho o el gravamen o transmisión de este derecho, es necesaria la circunstancia de estar de acuerdo el titular y la otra parte acerca de la modificación jurídica e igualmente la inscripción de la misma en el Registro». Señalando el segundo que: «El acuerdo entre transmitente y adquirente, necesario para la transmisión de una finca, a tenor del parágrafo 873

(317) Vid., F. DE CASTRO Y BRAVO, «El negocio jurídico...», *cit.*, pág. 313 y sigs.

(318) Vid., J. M. CHICO Y ORTIZ, «La sociedad conyugal de gananciales », *loc. cit.*, pág. 228

(319) Aunque no han faltado opiniones contrarias que señalan que ni en la Ley hipotecaria (art. 2) ni en su Reglamento (arts. 9 y 51), a propósito de la materia inscribible, hablan para nada de la causa, sino del título, reconociendo la doctrina del artículo 1.277 del Código Civil; si bien no pueden dejar de reconocer que en muchos preceptos del articulado de la legislación hipotecaria se hace referencia a la causa, como en los artículos 40.d y 1.3 LH, a propósito de la inscripción inexacta y la consiguiente rectificación del Registro, si se demuestra que la causa no existe, es ilícita o falsa (vid., C. PASCUAL DE LA PARTE, «Atribución de ganancialidad o privaticidad..», *loc. cit.*, pág. 634)

(320) Vid., T. DE ZUMALACÁRREGUI MARTINI-CÓRDOVA, *Causa y abstracción causal...*, *cit.*, pág. 277.

(321) Vid., T. DE ZUMALACÁRREGUI MARTINI-CÓRDOVA, *Causa y abstracción causal...*, *cit.*, pág. 278.

tiene que ser declarado simultáneamente, estando presentes en la Oficina adecuada [...]».

Pero coincidimos con ROCA SASTRE (322), en afirmar que el principio del consentimiento (*Konsensprinzip*) tiene un claro entronque en el Código alemán, como referido al negocio jurídico de mutación o desplazamiento jurídico-real abstraído de su causa, típico de este ordenamiento civil, pero más cuadraría hablar de él referido al Derecho francés, en el que la propiedad se transfiere *solo consensu*.

El principio del consentimiento aplicado en materia de Derechos reales significa que el criterio legislativo centra exclusivamente en el solo acuerdo de las partes el operarse una determinada transmisión, mutación o desplazamiento jurídico-real, o sea, la fuerza o energía suficiente para que tal transmisión, mutación o desplazamiento efectivamente se produzca, siempre que dicho acuerdo sea válido y la parte disponente se halle legitimada para disponer, abstracción hecha de todo precedente causal (323) (324).

Por otra parte, siendo este principio al modo alemán, presupone una enérgica diferenciación entre negocios de disposición y negocios obligacionales. En ningún ordenamiento jurídico puede faltar el consentimiento de las partes en orden a una modificación jurídico-real, pues ello es de naturaleza institucional. Nuestro ordenamiento jurídico admite el consentimiento, pero no al modo alemán, ya que ni existe esa diferenciación entre negocio obligatorio y

(322) Vid., R. M. ROCA SASTRE y L. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho hipotecario*, t. II, 7.^a ed. 1979, pág. 96 y sigs

(323) Vid., R. M. ROCA SASTRE y L. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho hipotecario*, cit., t. II, pág. 96.

(324) Al lado de ese «principio del consentimiento material», hay otro tipo de consentimiento, el formal, que tiene su origen en el Derecho inmobiliario registral formal alemán y en él puede definirse como «el consentimiento a que se practique una inscripción en el Registro de la Propiedad, prestado por el titular registral que haya de resultar perjudicado por ella, de carácter unilateral, recepticio y abstracto, y que por sí solo es suficiente para la práctica del correspondiente asiento en los libros del Registro, a excepción de las transmisiones de la propiedad de fincas o de derechos asimilados a éstos por la ley [...]» (vid., R. M. ROCA SASTRE y L. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho hipotecario*, cit., t. II, pág. 137). Este consentimiento formal sólo se podría entender aplicable en nuestro ordenamiento hipotecario al asiento de cancelación de inscripciones o anotaciones preventivas practicadas en virtud de escritura pública (según puede deducirse del art. 821 LH conforme al cual «las inscripciones o anotaciones preventivas hechas en virtud de escritura pública no se cancelarán [...] sino por otra escritura o documento auténtico, en el cual preste su consentimiento para la cancelación la persona a cuyo favor se hubiere hecho la inscripción o anotación, o sus causahabientes o representantes legítimos» y no puede extenderse a otros casos distintos como la renuncia, la alteración del rango y la constitución unilateral de hipoteca (vid., R. M. ROCA SASTRE y L. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho hipotecario*, cit., t. II, pág. 146 y sigs); no faltando incluso opiniones de hipotecaristas que como T. DE ZUMALACÁRREGUI MARTINI-CÓRDOVA niegan rotunda, total y absolutamente ese pretendido carácter del consentimiento formal cancelatorio (vid., *Causa y abstracción causal*, cit., pág. 296 y sigs.).

dispositivo, ni, sobre todo, se admite al acto abstracto; en España, por ser necesaria la tradición y tener ésta que ser causada para toda transferencia, mutación o desplazamiento, sólo en sentido muy amplio, y habida cuenta de la espiritualización de la *traditio*, cabe hablar que rige el principio del consentimiento (325).

Por ello, y a pesar de que el artículo 1.277 del Código Civil no hace necesaria la expresión de la causa del contrato, la situación cambia cuando hablamos de título inscribible, siendo imprescindible que se exprese la causa del título que pretenda su ingreso en el Registro de la Propiedad, y esto, no sólo conforme a la mejor interpretación de su articulado, sino porque la calificación del título (capacidad, prohibiciones, por ejemplo), y su eficacia hacia terceros exige que se conozca cuál sea ésta, y dicha eficacia será distinta según la causa del negocio (326).

Resultando especialmente relevante, en el ámbito registral, la diferenciación entre título oneroso y gratuito para la aplicación del principio hipotecario de fe pública.

Por ello, ante la pregunta de si cabe inexpressión de causa en nuestro sistema registral la respuesta ha de ser inevitablemente tajante y negativa. Ni la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1944-46, ni, sobre todo, el articulado legal y reglamentario, nos autorizan a hablar de otro modo. Los artículos 1, 2, 3, 9, 23, 26, 27, 34, 37, 79 y 80 LH, y los artículos 51 a 55, 193, 206, y 208 RH, entre otros muchos, proclaman en nuestras leyes inmobiliario-registrales, el imperio de la más estricta causalidad, que siempre regirá *inter partes* y que, excepcionalmente se detendrá ante el tercero que de buena fe adquiriera a título oneroso e inscriba su derecho (327).

La consideración de que los trasvases de bienes desde los patrimonios privativos de los cónyuges al ganancial no puede efectuarse mediante un supuesto «negocio jurídico de aportación» fundado en una atribución voluntaria de ganancialidad, sino mediante un contrato y su correspondiente tradición, que sólo será válido en el caso de reunir los requisitos esenciales previstos en nuestro ordenamiento jurídico; y la de que resulta especialmente

(325) Vid., R. M. ROCA SASTRE y L. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho hipotecario...*, cit., t. II, pág. 97.

(326) Vid., F. DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, cit., pág. 236

(327) Vid., T. DE ZUMALACÁRREGUI MARTINI-CÓRDOVA, quien afirma que la fluidez y seguridad del tráfico, a que aludiera IHERING, queda en nuestro causalista sistema registral más que garantizada con la protección al adquirente de buena fe, sin tener que recurrir a esa extraña tesis de la abstracción causal (*Causa y abstracción causal*, cit., pág. 363); y concluye su obra sobre la Causa y la abstracción causal con mayúsculas y en los siguientes términos. «OLVIDEMOS, POR CONSIGUIENTE, LOS TÉRMINOS "INEX-PRESION DE CAUSA" Y, SOBRE TODO, "ABSTRACCIÓN CAUSAL" CUANDO HABLEMOS DE DERECHO REGISTRAL ESPAÑOL» (vid., *Causa y abstracción causal*, cit., pág. 365).

problemática en este caso la existencia del elemento «causa» cuando no se celebra un contrato típico han sido puestas de manifiesto por la Dirección General que, si en un primer momento aceptaron con gran amplitud y sin demasiadas profundizaciones el «negocio jurídico de aportación», como hemos tenido ocasión de examinar, tiene un afortunado cambio de planteamiento en Resoluciones posteriores.

La *RDGRN de 26 de octubre de 1992* (328), en el caso de un solar perteneciente privativamente a una persona, por herencia, y otro solar colindante que pertenecía al mismo titular y a su esposa con carácter ganancial se agrupan, edifican y se pretende que el «todo» sea ganancial.

Señalando el primero de sus Fundamentos de Derecho: «Están conformes el Notario y el Registrador en que es posible la transferencia de un bien desde el patrimonio privativo de uno de los cónyuges al patrimonio ganancial y, únicamente disienten en si basta, para que se produzca la inscripción del acto por el que un bien privativo (un solar) pasa a ser bien ganancial, con que conste que hay acuerdo de los cónyuges para la agrupación del solar privativo con otro solar ganancial y por el que, a la vez dan “carácter ganancial a la total finca agrupada y a la construcción verificada sobre la misma”».

Conforme al segundo: «Como con ese acuerdo un bien (el solar privativo) es transferido desde un patrimonio privativo a otra masa patrimonial —la de gananciales— que es distinta tanto por la titularidad como por las cargas y obligaciones a que está afecta, el acuerdo de los cónyuges sólo será traslativo si en él hay donación o bien uno de los «ciertos contratos» que seguidos de tradición, constituyen el título y modo de transmitir el dominio conforme a lo dispuesto en el artículo 609 del Código Civil. A efectos registrales la expresión de la naturaleza del título es obligatoria tanto por exigirlo el principio de determinación registral como por ser presupuesto lógico necesario para que el Registrador pueda cumplir con la función calificadora en su natural extensión, pues obviamente no son los mismos requisitos los que se exigen para la transmisión por donación, por venta, por negocio de comunicación contra el derecho de reembolso, etc.».

Siguiendo esta línea, en la *RDGRN de 11 de junio de 1993* (329) donde se trata de resolver si es válido e inscribible en el Registro de la Propiedad el pacto contenido en una escritura pública de obra nueva, sobre una finca inscrita con carácter privativo de uno de los cónyuges, por el cual, y con carácter previo a aquélla el cónyuge propietario aporta la finca a la sociedad de gananciales, se señala en su segundo Fundamento de Derecho: «Es doctrina reiterada de esta Dirección General (*RRDGRN de 10 de marzo de 1989, 14 de abril de 1989, 7 y 26 de octubre de 1992*, que son válidos y eficaces

(328) Cf. *RAJ*, 1992, núm. 8.582.

(329) Cf. *RAJ*, 1993, núm. 5.418.

cualesquiera desplazamientos patrimoniales entre los cónyuges —y por ende entre sus patrimonios privativos y el consorcial (art. 1.323 del Código Civil)—, siempre que aquéllos se produzcan por cualquiera de los medios legítimos previstos al efecto, entre los cuales no puede desconocerse el negocio de aportación de derechos concretos a una comunidad de bienes no personalizada jurídicamente o de comunicación de bienes, como categoría autónoma y diferenciada, con sus propios elementos y características [...]. Lo que ocurre en el presente caso es que no se precisan debidamente los elementos constitutivos del negocio de aportación verificado y, especialmente, su causa (arts. 1.261.3.º y 1.274 y sigs. del Código Civil). El mismo Notario en su primer escrito de recurso estima que lo realizado es un acto de liberalidad (un acto gratuito), en que la causa es el *animus donandi*, y en su escrito de apelación sostiene que no ha habido donación y que en favor del aportante ha surgido un derecho de reembolso. La exacta especificación de la causa es imprescindible para acceder a la registración de cualquier acto traslativo, tanto por exigirlo el principio de determinación registral, como por ser la causa o presupuesto lógico necesario para que el Registrador pueda cumplir con la función calificadora en su natural extensión, y después practicar debidamente los asientos que procedan [...]. Ténganse en cuenta, además, el diferente alcance de la protección que nuestro Registro de la Propiedad dispensa en función de la onerosidad o gratuidad de la causa del negocio jurídico (vid., art. 34 de la Ley Hipotecaria)».

Resultando pues que sólo en virtud de un contrato pueden producirse transmisiones patrimoniales entre las masas privativas y ganancial y la clave para la verdadera existencia y validez de este contrato se halla en la existencia de una causa lícita que justifique la obligatoriedad legal del pacto. Esa causa puede ser estar ínsita en un contrato típico o no, pero en todo caso ha de ser una de las causas del artículo 1.274 del Código Civil, lo que no puede en ningún caso admitirse es una supuesta «causa genérica» o «variable». Es decir, o estamos ante un contrato sinalagmático, o remuneratorio o en uno de pura beneficencia. El «negocio jurídico de aportación» no puede suponer una excepción y debe estar incluido en el genérico artículo 1.274 del Código Civil (330).

MARGARITA ISABEL POVEDA BERNAL
Doctora en Derecho
Becaria de Investigación de Derecho Civil
de la Universidad de Burgos

(330) Vid., J. M. CHICO Y ORTIZ, «La sociedad conyugal de gananciales », *loc cit*, págs. 227-228.

La fusión de sociedades como supuesto de hecho determinante de la elevación de la renta arrendaticia (*)

«Toda interpretación sitúa al intérprete ante una serie de opciones o de variantes. Según que se siga una u otra, la solución del problema puede ser diferente. En ello se encierra toda la tragedia, pero también la grandeza de la labor interpretativa» (DÍEZ-PICAZO, LUIS, *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, Barcelona, 1983, pág. 239).

SUMARIO: 1. INTRODUCCION.—2. ANTECEDENTES DEL ARTICULO 32.3 LAU: 2.1. PRECEDENTES LEGISLATIVOS. 2.2. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL.—3. SUPUESTO DE HECHO DEL ARTICULO 32.3 LAU. 3.1. SENTIDO DE LA EXPRESIÓN: «NO SE REPUTARÁ CESIÓN». 3.2. EJERCICIO DE UNA ACTIVIDAD EMPRESARIAL O PROFESIONAL: 3.2.1. *Concepto de actividad empresarial o profesional* 3.2.2. *Régimen jurídico*. 3.3. ALCANCE DE LA EXPRESIÓN «EL CAMBIO PRODUCIDO EN LA PERSONA DEL ARRENDATARIO»: 3.3.1. *Sociedades a que se refiere el artículo 32.3 LAU*. 3.3.2. *Significado de la expresión «cambio producido»*. 3.4. OPERACIONES SOCIETARIAS CONTEMPLADAS: «FUSIÓN, TRANSFORMACIÓN O ESCISIÓN»: 3.4.1. *Fusión*. 3.4.2. *Transformación* 3.4.3. *Escisión*. 3.4.4. *Operaciones excluidas del ámbito de aplicación del artículo 32.3 LAU* 3.4.5. *Operaciones de posible inclusión en el ámbito de aplicación del artículo 32.3 LAU*.—4. CONSECUENCIA JURIDICA DEL ARTICULO 32.3 LAU: 4.1. ELEVACIÓN DE LA RENTA. 4.2. INNECESARIEDAD DE NOTIFICAR LA ELEVACIÓN DE LA RENTA.—5. LA FUSION COMO SUPUESTO DETERMINANTE DE LA ELEVACION DE LA RENTA.—6. MEDIOS O ELEMENTOS DE INTERPRETACION A TENER EN CUENTA A LA HORA DE INTERPRETAR EL ARTICULO 32.3 LAU, POR LO QUE HACE A LA FUSION: 6.1. ELEMENTO GRAMATICAL. 6.2. ELEMENTO SISTEMÁTICO. 6.3. ELEMENTO HISTÓRICO 6.3.1. *Anteproyectos y Proyectos de Ley*. 6.3.2. *Trabajos y discusiones parlamentarias*. 6.4. ELEMENTO LÓGICO. 6.5. ELEMENTO SOCIOLÓGICO.

(*) Trabajo realizado con ayuda del *Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada* de la *Generalitat de Catalunya*

1. INTRODUCCION

El fin de toda norma es regular aquel sector de la vida social que contempla. Fin que se consigue aplicándola y para lo cual es imprescindible conocer su sentido a través de su interpretación.

La vital importancia de la interpretación en la vida jurídica se pone de manifiesto sobre todo en aquellos casos en los que al no ser el sentido de la norma para nada diáfano (por lo que cabe atribuirle varios) se hace prevalecer una de sus posibles interpretaciones, sea o no la que más se ajusta a su sentido verdadero. Lo normal es que con facilidad se logre interpretar la norma conforme a su auténtico sentido —objetivo cuya consecución debe ser la preocupación básica del intérprete—, aunque, no siempre sucede así. Exponente claro de norma cuya interpretación es controvertida y difícil lo hallamos en el actual artículo 32.3 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos («No se reputará cesión el cambio producido en la persona del arrendatario por consecuencia de la fusión, transformación o escisión de la sociedad arrendataria, pero el arrendador tendrá derecho a la elevación de la renta prevista en el apartado anterior») y en su precedente inmediato, el artículo 31.4 del Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, aprobado por el Decreto 4104/1964, de 24 de diciembre («No se reputará causado el traspaso en los casos de transformación, fusión o escisión de sociedades o entidades públicas o privadas, pero el arrendador tendrá derecho a elevar la renta como si el traspaso se hubiese producido»).

De la interpretación del vigente artículo 32.3 LAU me voy a ocupar aquí con la intención de procurar hallar la más acorde con su verdadero sentido, teniendo en cuenta los diversos criterios hermenéuticos o elementos de interpretación que el propio legislador nos brinda en el artículo 3.1 CC.

La principal dificultad con que tropieza la interpretación del artículo 32.3 LAU —en la que voy a centrar mi atención— es la de discernir si cuando habla de fusión se refiere sólo a la fusión operada mediante la extinción de las sociedades primitivas, con la consiguiente creación de una nueva constituida con el capital social de las extintas (fusión por creación); o, si también incluye la fusión resultante de la absorción de una o más sociedades por otra ya existente, adquiriendo ésta los patrimonios de las sociedades absorbidas que se extinguen (fusión por absorción) (cfr. art. 233 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre) (1). Cuestión no baladí, ya que estas dos

(1) Desde una perspectiva registral la existencia de dos clases de fusión se traduce en que la fusión por creación comporta la apertura de nueva hoja registral para la sociedad creada y consiguiente nota de cierre en las hojas de las sociedades extinguidas, mientras la fusión por absorción se inscribe en la hoja correspondiente a la sociedad absorbente, extendiéndose la oportuna nota de cierre tan sólo en la hoja de las sociedades absorbidas

posibles interpretaciones hallaron acogida en los Tribunales bajo la precedente y derogada legalidad (con fundamento, pues, en el anterior art. 31.4 Texto Refundido 1964, de redacción muy similar a la del actual art. 32.3 LAU), lo que condujo a que casos iguales o semejantes se resolvieran de forma radicalmente distinta (reconociendo o denegando el derecho de arrendador a elevar la renta), en función de cual fuera la interpretación que hiciera el Juzgado o Tribunal que conociera del asunto.

El temor de que tal situación pueda volver a plantearse, con base ahora en el vigente artículo 32.3 LAU, es lo que ha motivado la realización de este trabajo, con el que pretendo evitar que esa duplicidad de interpretaciones dispares y contrapuestas entren de nuevo en juego, provocando una gran inseguridad jurídica.

Objetivo que, me consta, no va a ser de fácil consecución. En primer lugar, porque no es muy abundante la literatura jurídica española sobre la fusión de sociedades en general (2), siendo mucho más escasa todavía la doctrina científica y la jurisprudencia que abordan el tema específico de este trabajo; y, en segundo lugar, porque la problemática concreta en cuyo estudio pretendo profundizar no se ha planteado en iguales términos y con idénticas consecuencias en Derecho Comparado, por lo cual el recurso al mismo poco o nada puede aportar.

Con todo, mi propósito es estudiar aquí la virtualidad práctica y el significado del artículo 32.3 LAU, así como discernir cuál de las dos posibles interpretaciones del anterior artículo 31.4 TRLAU 1964, que se barajaron bajo la vieja legalidad, y pueden seguir manejándose bajo la nueva respecto del actual artículo 32.3 LAU, resulta más atinada, pues aún siendo en principio defendibles ambas —como tendremos ocasión de comprobar— necesariamente una de ellas ha de prevalecer —por su mayor coherencia y solidez— en aras a preservar la uniformidad de la jurisprudencia y, en definitiva, la seguridad jurídica, siempre tan importante para el justiciable y la buena marcha de la Administración de Justicia.

2. ANTECEDENTES DEL ARTICULO 32.3 LAU

Sobre el sentido de una norma arrojan luz tanto los datos históricos relativos a la necesidad que vino a llenar, como aquellos otros atinentes a su proceso de formación. Factores en cuyo examen no voy a entrar ahora con

(cfr. art. 199 RRM) (véase, GÓMEZ PORRÚA, *La fusión de Sociedades Anónimas en el Derecho español y comunitario*, Madrid, 1991, pág. 225).

(2) Así lo ha puesto expresamente de relieve ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, *La reforma de la Ley de Sociedades Anónimas*, dirigido por Angel Rojo, Madrid, 1987, pág. 346.

detenimiento —sin perjuicio de hacerlo más adelante— (3) y cuya mención sólo se justifica aquí porque ambos se reflejan en los precedentes legales de la norma a interpretar, a los que sí conviene hacer alusión ya, porque las modificaciones experimentadas por los mismos ponen claramente de manifiesto la evolución de la materia objeto de estudio.

Así pues, a efectos de una mejor comprensión de todo lo que a lo largo de este trabajo se dirá, es útil conocer ya, ahora, tanto los precedentes legislativos del artículo 32.3 LAU, esto es, de qué tenor fueron los preceptos que le precedieron y cuál fue su evolución, como la aplicación que a los mismos dieron los Tribunales de Justicia, es decir, cuál fue la doctrina jurisprudencial sustentada.

2.1. PRECEDENTES LEGISLATIVOS

Con anterioridad al texto articulado de 13 de abril de 1956, de la Ley de Arrendamientos Urbanos (4), toda transformación de una sociedad en otra era causa de resolución, si el traspaso se efectuaba sin respetar los requisitos legales (5).

Inicialmente, la redacción del artículo 31.4 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1956 (6) (idéntica a la del art. 31.4 del primitivo Texto Refundido de 1964) (7) era notablemente distinta a la del actual artículo 32.3 LAU y a la de su inmediato precedente, el artículo 31.4 TRLAU 1964 (reformado por la Ley 19/1989, de 25 de julio) —al que luego me referiré—, en cuanto disponía: «Análogamente, no se reputará causado el traspaso cuando las sociedades cambien por ministerio de la Ley» (8). En principio, pues, había

(3) *Vide, infra*, el apartado 6.3.

(4) *BOE*, núm. 112, de 21 de abril de 1956.

La Ley de Bases era de fecha 22 de diciembre de 1955 (*BOE*, núm. 357, de 23 de diciembre de 1955).

(5) Véase, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 1956 (*RJ* 4129).

(6) En el que se acogieron de alguna manera las previsiones contenidas en la Ley reguladora del régimen jurídico de las Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951, y en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 17 de julio de 1953 (*vide*, DOMÍNGUEZ LUELMO, en GUILARTE GUTIÉRREZ y otros, *La nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*, Valladolid, 1994, pág. 414).

(7) *BOE*, núm. 312, de 29 de diciembre de 1964.

(8) Sobre esta disposición señalaron GARCÍA GALÁN y RODRÍGUEZ SOLANO. «En el texto articulado de 13 de abril de 1956 se han introducido los párrafos tercero y cuarto de este artículo que no estaban incluidos en la Ley de Bases de 22 de diciembre anterior. No obstante, su contenido no altera el de ésta, en general, por limitarse a exceptuar expresamente del concepto de traspaso dos supuestos en los que su reputación de tal sería, por razones obvias, notoriamente injusta y contraria a la *mens legis*, y de presentarse tales

que distinguir según el cambio se produjese por imperativo legal o por voluntad de los socios, y en este último caso, según implicase la introducción ilegítima o no de un tercero en el uso del local. Sólo cuando la modificación voluntaria implicaba esa introducción de un tercero realizada de modo distinto del autorizado por la Ley procedía aplicar la causa de resolución del contrato del artículo 114.5 TRLAU 1964 (9) (por traspaso ilegal) (10).

En ningún caso, pues, se debía entender producido el traspaso en aquellos casos en que las sociedades cambiaban de forma por ministerio de la ley, es decir, en virtud del cumplimiento de un precepto legal imperativo (11), porque entonces existía una causa plena de justificación ajena a la voluntad de las partes, reconocida en la Ley, que impedía apreciar el traspaso inconsciente.

Esa inicial redacción del artículo 31.4 TRLAU 1964 fue modificada como consecuencia de lo previsto en el artículo 19 de la Ley 19/1989, de 25 de julio, de adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea (12), en el que se estableció: «No se reputará causado el traspaso en los casos de transformación, fusión o escisión de sociedades mercantiles, pero el arrendador tendrá derecho a elevar la renta como si el traspaso se hubiera producido».

Posteriormente, la Disposición Adicional Decimotercera del Real Decreto-ley 7/1989, de 29 de diciembre, sobre medidas urgentes en materia presupuestaria, financiera y tributaria (13), dio al artículo 31.4 TRLAU 1964 la siguiente redacción: «No se reputará causado el traspaso en los casos de transformación, fusión o escisión de sociedades o entidades públicas o privadas, pero el arrendador tendrá derecho a elevar la renta como si el traspaso se hubiese producido», en la que sólo se cambió, respecto de la anterior, la alusión a «sociedades mercantiles» por la de «sociedades o entidades públicas o privadas» (14). Fórmula legal que fue confirmada por la Disposición Adi-

casos en la realidad, los habría exceptuado la jurisprudencia» (*El arrendamiento urbano en la doctrina jurisprudencial*. Madrid, 1956, pág. 125).

(9) Según el artículo 114.5 TRLAU 1964: «El contrato de arrendamiento urbano, lo sea de vivienda o de local de negocio, podrá resolverse a instancia del arrendador por alguna de las causas siguientes: .5.ª La cesión de vivienda o el traspaso de local de negocio realizado de modo distinto del autorizado en el capítulo IV de esta Ley».

(10) Resultan ilustrativas sobre esto, por ejemplo, las Sentencias del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 1960 (RJ 1728) y de 13 de febrero de 1963 (RJ 802).

(11) El precepto era de plena aplicación en aquellos casos en que la transformación forzosamente debía producirse como resultado de las transitorias 2 y 3 de la Ley de anónimas de 17 de julio de 1951 (*vide*, FUENTES LOJO, *Nueva suma de arrendamientos urbanos*, t. I, Barcelona, 1994, pág. 463).

(12) BOE, núm. 178, de 27 de julio de 1989.

(13) BOE, núm. 313, de 30 de diciembre de 1989.

(14) Era sin lugar a dudas esta segunda expresión mucho más omnicompreensiva que la anterior. Así, en la primera quedaban excluidas, por ejemplo, las sociedades civiles.

cional Décima de la Ley 5/1990, de 29 de junio, sobre medidas en materia presupuestaria, financiera y tributaria (15).

Finalmente, el actual artículo 32.3 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos (16), viene a recoger con alguna variante lo previsto en su precedente inmediato sobre el (entonces denominado) traspaso de local de negocio (17). Precepto este que no figuraba inicialmente en ningún Proyecto de Ley y que fue incorporando luego, durante la tramitación parlamentaria (18), con la intención de no poner obstáculos al fenómeno de los cambios de forma de las sociedades, tanto en los casos en que se produzcan por ministerio de la Ley, como en aquellos otros que tengan lugar por la conveniencia de adaptarse a nuevas circunstancias económicas y/o a una normativa fiscal más beneficiosa (19).

Ahora bien, el estudio de la evolución legislativa del artículo 32.3 LAU no puede considerarse completo sin relacionar los cambios experimentados por los preceptos citados como precedentes legislativos de dicha norma, con otros aspectos de la legislación especial arrendaticia estrechamente vinculados con el tema que nos ocupa de la cesión del contrato de arrendamiento en los casos de fusión.

La Ley 19/1989, de 25 de julio, introdujo, a través de la modificación de la Ley de Arrendamientos Urbanos una importante ayuda al buen fin de los procesos de fusión en lo referente a la transmisión de la propiedad comercial de las sociedades que se extinguen (20). Modificación que, a su vez, como ya he indicado, fue objeto de una posterior revisión en el Texto del Real Decreto-ley 7/1989, en cuanto amplió su campo de aplicación a cualquier tipo social o entidad, pública o privada.

Como es conocido, la fusión supone una sucesión universal en favor de la sociedad absorbente (o de la nueva sociedad resultante) en los derechos y obligaciones de las sociedades que se extinguen, lo cual en un principio (antes de la Ley 19/1989, de 25 de julio) no eximía a las sociedades implicadas en el proceso de fusión del cumplimiento de los requisitos exigidos en el Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, para el traspaso de los locales de negocios (21).

mientras en la segunda parece que debían considerarse comprendidas (consúltase, FUENTES LOJO, *Nueva suma... cit.*, t. I, págs. 464 y 469).

(15) BOE, núm. 156, de 30 de junio de 1990.

(16) BOE, núm. 282, de 25 de noviembre.

(17) *Vide, supra, el epígrafe 1*

(18) *Vide, infra, el apartado 6.3.*

(19) Véase, DOMÍNGUEZ LUELMO, *op. loc. cit.*, pág. 391.

(20) Así, FERRANDO, *Sociedades mercantiles. Fusión y Escisión. Disolución y Liquidación. Obligaciones*, Praxis mercantil, bajo la dirección de Jiménez de Parga, Barcelona, 1990, pág. 7.

Véase en sentido crítico, FUENTES LOJO, *Nueva suma. cit.*, t. I, pág. 464.

(21) El Tribunal Supremo apreció en algún caso que ello era así salvo si el arrendador había prestado su consentimiento al traspaso en el contrato de arrendamiento, caso

Estos requisitos, enumerados en el artículo 32 TRLAU 1964, consistían en: 1.º Que el arrendatario llevase legalmente establecido, precisamente en el local objeto del arrendamiento, y explotándolo ininterrumpidamente, el tiempo mínimo de un año; 2.º Que el adquirente contrajese la obligación de permanecer en el local, sin traspasarlo, el plazo mínimo de otro año, destinándolo durante este tiempo, por lo menos, a negocio de la misma clase al que venía ejerciendo el arrendatario; 3.º La fijación de un precio cierto por el traspaso; 4.º Que el arrendatario notificase fehacientemente al arrendador o, en su defecto, a su apoderado, administrador y, en último término, al que materialmente cobrase la renta, su decisión de traspasar y el precio convenido; 5.º Que se otorgase el traspaso por escritura pública, en la cual debía consignarse, bajo responsabilidad del arrendatario, haber cumplido el requisito anterior y la cantidad por la que se ofreció el traspaso al arrendador; 6.º Que dentro de los ocho días siguientes al otorgamiento de la escritura, el arrendatario notificase de modo fehaciente al arrendador o, en su defecto, a las personas que menciona el apartado cuarto, la realización del traspaso, el precio percibido, el nombre y domicilio del adquirente y que éste contrajo la obligación establecida en el apartado segundo.

Como es fácil adivinar, todos estos requisitos exigidos en el artículo 32 TRLAU 1964 imponían una carga suplementaria a la fusión y, lo que era más grave, el incumplimiento de cualquiera de ellos determinaba que el arrendador pudiera resolver el contrato de arrendamiento con fundamento en la causa de resolución 5.ª del artículo 114 TRLAU 1964.

Por si fuera poco, además, al arrendador se le reconocían los derechos de tanteo y retracto sobre el local de negocio traspasado (cfr. arts. 35 y 36 TRLAU 1964), y el derecho a participar en el precio del traspaso en el caso de que no hubiera ejercitado dichos derechos de adquisición preferente (art. 39 TRLAU 1964), con la dificultad añadida de lo complicado que podía resultar fijar en un proceso de fusión el precio del traspaso (22).

Ante esta situación, que sin duda suponía una gran rémora para los procesos de fusión (transformación o escisión), la Ley 19/1989, de 25 de julio, introdujo en el texto de la Ley de Arrendamientos Urbanos la modificación, ya aludida, consistente en que en los casos de fusión (así como en los de

en el cual la sociedad arrendataria absorbida quedaba exenta del cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 32 y sigs. de la Ley de Arrendamientos Urbanos (cfr. STS de 1 de diciembre de 1983, *RJ* 6740). Sin embargo, en otras sentencias consideró que aunque el arrendador había consentido en el contrato de arrendamiento el traspaso de una manera expresa, no procedía eximir al cedente de cumplir ciertos requisitos legales como eran dar oportunidad al arrendador de participar en los derechos de traspaso y elevación de la renta, así como, en los derechos de tanteo y retracto (cfr. STS de 13 de mayo de 1992, *RJ* 3982, y de 8 de octubre de 1993, *RJ* 7319).

(22) Véase, PARA MARTÍN, *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, dirigidos por O'Callaghan, Madrid, 1995, pág. 496.

transformación o escisión) no se entendía efectuado el traspaso (a los efectos de la Ley de Arrendamientos Urbanos) con el fin de evitar que todos esos trámites inherentes al mismo, y los derechos reconocidos al arrendador con ocasión de dicha operación, entorpecieran las fusiones societarias, en su mayoría protagonizadas por entidades bancarias (23).

Esta modificación fue oportuna, máxime cuando las nuevas orientaciones «socio-económicas» y «socio-políticas» surgidas de la necesaria e inaplazable adaptación de nuestra legislación mercantil en materia de sociedades a las Directivas de la Comunidad Económica Europea, iban encaminadas primordialmente a conseguir una adecuada competitividad de nuestra economía en el marco de la Comunidad Europea, mediante la reestructuración y acomodo de las sociedades españolas a unas determinadas directrices, tanto en lo relativo al capital como a los estatutos, régimen de constitución, etc. (24), conforme resultaba de la regulación de la mencionada Ley 19/1989, de 25 de julio, todo lo cual podía resultar sumamente dificultado en los casos de fusión (transformación o escisión) por los requisitos exigidos para el traspaso y por los derechos reconocidos al arrendador en la legislación especial arrendaticia.

Ahora bien, es evidente que tal solución (simplificadora en grado sumo de los procesos de fusión) no debía perjudicar al arrendador. Por ello, la Ley de Arrendamientos Urbanos, pese a declarar en la última versión del artículo 31.4 TRLAU 1964, que «No se reputará causado el traspaso en los casos de fusión», siguió reconociendo al arrendador el derecho a elevar la renta. Derecho que éste conservó como si el traspaso se hubiese producido, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 42 TRLAU 1964 (25).

De la ubicación del artículo 31 del Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 (ya reformado por la Ley 19/1989, de 25 de julio) en la sección 2.^a del capítulo IV de la misma, denominada «Traspaso de local de negocio»; de la propia inclusión del apartado 4.^o en el artículo 31, en el que se establecieron determinados supuestos que constituirían excepciones a la causa resolutoria 5.^a del artículo 114, aun cuando se hubiere producido realmente el traspaso sin que concurrieran sus requisitos; y de la interpretación que hacía la jurisprudencia del citado apartado cuarto; podía deducirse que el incremento de la renta sólo procedía en los casos en que la modificación habida en la sociedad implicaba un traspaso real, a modo de compensación económica para el arrendador, que se veía compelido por imperativo legal a soportar el cambio sufrido en el elemento personal del contrato.

(23) *Vide, infra*, el epígrafe 5.

(24) Debido sobre todo a la supresión de las fronteras, la libertad de establecimiento y la libre circulación de bienes, personas y capitales en el ámbito comunitario (*vide*, GÓMEZ PORRÚA, *op. cit.*, pág. 14).

(25) Véase, FARRANDO, *op. loc. cit.*, pág. 7.

En la actualidad, al no exigirse —para que tenga lugar la cesión de los contratos de arrendamiento destinados al ejercicio de una actividad empresarial o profesional— los requisitos antes necesarios para la existencia legal del traspaso, y al haber desaparecido también para el caso de cesión de esos contratos de arrendamiento los derechos de tanteo y retracto o de participación en el precio del traspaso que antes se concedían al arrendador, quedando tan sólo subsistente a su favor el derecho a elevar la renta, la previsión normativa relativa a no considerar causado el «traspaso» (ahora «cesión»: «No se reputará cesión», dice literalmente el actual art. 32.3 LAU) en los casos de fusión, carece en cierto modo de sentido (26), pues únicamente comporta la exención del cumplimiento del deber de notificar de forma fehaciente al arrendador en el plazo de un mes la fusión (cfr. art. 32.4 LAU), con la consecuencia de que no entrará en juego la causa de resolución prevista en el artículo 35 LAU *in fine* (por la omisión de dicha notificación) (27).

2.2. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

Las controversias que se han suscitado ante los Tribunales sobre el tema que tratamos han girado en torno a una cuestión eminentemente jurídica, porque su resolución dependía no tanto de la actividad probatoria desarrollada durante el proceso sino de la interpretación de la normativa a aplicar (28). De ahí, que con el fin de aclarar la problemática planteada resulte fundamental examinar brevemente cuál fue la postura que adoptó la jurisprudencia al enfrentarse con la misma.

La Jurisprudencia, ya sea la del Tribunal Supremo o la (que podríamos calificar como) menor de las Audiencias Provinciales, ha partido siempre, al tratar del tema de que hablamos, de la naturaleza personal u obligacional del contrato de arrendamiento, derivada del hecho de caracterizarse el contrato de arrendamiento por transmitir el goce o uso de la cosa arrendada exclusivamente al

(26) Así se pronuncian, PARA MARTÍN, *op. loc. cit.*, pág. 49, y BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO y otros, *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Pamplona, 1995, pág. 711. Este último autor llega a decir, respecto de la desaparición del sentido que tenía el artículo 31.4 LAU 1964, que ello es así: «Hasta el punto de que cabe calificar de inútil y perturbadora esta copia que el legislador ha realizado del artículo 31.4 LAU 1964 en el artículo 32.3 LAU».

Véase también en sentido crítico, FUENTES LOJO, *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de noviembre de 1994 (BOE del 25)*, Barcelona, 1995, pág. 148, y LOSCERTALES FUERTES, *Los Arrendamientos Urbanos*, Madrid, 1995, pág. 339.

(27) *Vide, infra*, el epígrafe 3.1.

(28) Así lo han puesto de manifiesto, por ejemplo, la SAP de Barcelona, de 22 de junio de 1993 (RGD, 1993, pág. 10560); y la SAP de Oviedo, de 13 de julio de 1993 (RGD, 1994, pág. 2657).

arrendatario, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.543 del Código Civil (29). Este marcado carácter personal implicaba en el ámbito de los arrendamientos de locales de negocios regulados en el Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, aprobado por el Decreto 4104/1964, de 24 de diciembre, que si el arrendatario, sin consentimiento del arrendador y sin dar cumplimiento a lo dispuesto por la Ley para la validez del traspaso, introducía en ese goce a un tercero, ello daba lugar a la causa resolutoria número 5 prevista en el artículo 114 TRLAU 1964 (por traspaso inconstituido), como consecuencia de la modificación del elemento personal del contrato (30).

El artículo 31 TRLAU 1964 en su inicial redacción establecía cuatro supuestos en los que, aun cuando realmente se hubiere producido el traspaso o cesión del uso, sin consentimiento del arrendador o sin dar cumplimiento a lo dispuesto por la Ley, se entendía como no originado el mismo, no dando lugar a la anterior causa de resolución mencionada. Entre dichos supuestos estaba el regulado en el número 4, en el que como sabemos ya, literalmente se establecía: «Análogamente no se reputará causado el traspaso cuando las sociedades cambien por ministerio de la ley». De tal suerte que la jurisprudencia que lo interpretó llegó a la conclusión (evidente) de que dicha excepción sólo concurría cuando la modificación se producía por imperativo legal, pero nunca cuando tenía su origen en un negocio contractual libremente convenido. Ahora bien, lógicamente, no toda alteración voluntaria en la forma de la sociedad, entendían los Tribunales, daba lugar a la causa resolutoria regulada en el artículo 114, número 5, sino sólo aquellos supuestos en los que la misma implicaba la introducción ilegítima de un tercero en el uso de la cosa arrendada (31). Con la consecuencia de que en los casos de fusión por absor-

(29) Es expresiva en este sentido la Sentencia de 8 de marzo de 1969 (*RJ* 1182), en la que refiriéndose a un supuesto de fusión por absorción, el Tribunal Supremo afirmó: «es indudable que se ha incidido en la causa resolutoria prevista en el núm. 5.º del artículo 114 de la Ley al haberse operado un cambio en la persona del arrendatario sin anuencia de la propiedad ni atenerse a las formalidades legales al efecto establecidas, porque así lo tiene declarado la doctrina jurisprudencial en multitud de sentencias... en... supuestos análogos al discutido por haberse llevado a efecto el cambio mediante fusión operada a virtud de lo dispuesto en el artículo 142 de la Ley de Régimen Jurídico de Sociedades Anónimas, y así tiene que ser dada la naturaleza personal del contrato de arrendamiento, mediante el que se adquiere el derecho de uso por el arrendatario, sea persona natural o jurídica, sin que pueda pasarlo a otro porque ello constituye acto de disposición que es atributo de la propiedad, ya que el arrendatario sólo adquirió el derecho de uso sin facultad de transmisión por actos *inter vivos* o *mortis causa*»

Véase también la SAP de Madrid, de 4 de junio de 1994 (*Ar. civ.*, 1173, pág. 686).

(30) Véanse, por ejemplo, la STS de 16 de marzo de 1988 (*RJ* 1971); la SAP de Murcia, de 21 de marzo de 1990, *RGD*, 1991, pág. 9786; y la SAP de Madrid, de 4 de junio de 1994, *RGD*, 1994, pág. 11295 (publicada también en *Ar. civ.*, 1994, núm. 1173, pág. 686).

(31) Como tales la jurisprudencia consideró: la aportación del arrendamiento a una nueva sociedad (STS de 6 de febrero de 1954, *RJ* 330; y de 9 de julio de 1954, *RJ* 1013);

ción, cuando la sociedad arrendataria permanecía como absorbente, no podía concurrir la causa resolutoria invocada, pues no comportaba cambio alguno en la persona del arrendatario (32), ya que éste mantenía su personalidad jurídica inalterada (33). Por el contrario, cuando la absorbida era la arrendataria, ésta desaparecía, al igual que cuando se fusionan dos sociedades para que surja una nueva (34), comportando ambos supuestos que la nueva sociedad emergente se introducía en el goce del local arrendado, circunstancia que necesariamente había de determinar la procedencia de dicha causa resolutoria cuando no se cumplían los requisitos legales del traspaso, dado que al arrendador, como tercero ajeno a la operación societaria de fusión, no podía serle impuesta ésta cuando ello significaba un verdadero cambio en la persona del arrendatario (35).

En ocasiones se intentó defender la inocuidad de la fusión respecto de la relación arrendaticia en la que una de las sociedades extinguidas por dicha operación societaria había sido la arrendataria, arguyendo que al no estar directamente regulado el supuesto enjuiciado en la Ley arrendaticia, debía

la sustitución de persona física por una jurídica (STS de 6 de marzo de 1971, *RJ* 1226); y la fusión cuando la sociedad arrendataria ha quedado extinguida y absorbida (STS de 8 de marzo de 1969, *RJ* 1182).

(32) Así se pronunciaron, por ejemplo, las STS de 5 de diciembre de 1962 (*RJ* 4761); de 25 de junio de 1983 (*RJ* 3683); y de 13 de mayo de 1992 (*RJ* 3982); y la SAP de Murcia, de 21 de marzo de 1990 (*RGD* 1991, pág. 9786).

(33) No se apreció como causa de resolución la fusión, cuando las entidades fusionadas eran solidarias en el arrendamiento (STS de 11 de mayo de 1960, *RJ* 1726), y cuando el arrendador era sabedor de que contrataba con un grupo de empresas, ya que cualquiera que fuera el nombre de la entidad contratante, todas las empresas implicadas actuaban bajo una dirección final común y pertenecían a un único grupo que se consolidó en única sociedad tras la fusión y absorción operada (SAP de Barcelona, de 23 de julio de 1991, *RJC*, 1991, pág. 967).

Es interesante destacar lo que el Tribunal Supremo dijo en su Sentencia de 11 de mayo de 1960, en la que declaró: «resulta evidente que conforme a la naturaleza propia de las obligaciones solidarias cada una de las arrendatarias tenía derecho a exigir del arrendador la pretensión íntegra en que la obligación consistía y en su virtud la escritura pública de 7 de febrero de 1955, inscrita en el Registro Mercantil, por la que ambas sociedades se fusionaron absorbiendo la Eléctrica de los Carabanchales a la Hidráulica del Guadarrama, transmitiendo ésta a aquélla todo su patrimonio en bloque y quedando disuelta y terminada su vida jurídica en la fecha de la citada escritura, no podía constituir transmisión alguna de los derechos arrendaticios de una sociedad en favor de otra, porque tales derechos, en virtud del carácter solidario de la obligación, correspondían íntegramente a cada una de las sociedades desde el nacimiento del contrato».

(34) Véanse las Sentencias del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 1961 (*RJ* 4447); de 8 de marzo de 1969 (*RJ* 1182); de 13 de mayo de 1992 (*RJ* 3982); y de 14 de marzo de 1995 (*RJ* 2429 y *RGD* 1995, pág. 8379).

También son interesantes la SAP de Valencia, de 15 de septiembre de 1990 (*RGD*, 1991, pág. 637); y la SAP de Zaragoza, de 11 de febrero de 1991 (*RGD* 1992, pág. 3494).

(35) Es interesante, a este respecto, la STS de 25 de junio de 1983 Véanse también la SAP de Barcelona, de 6 de febrero de 1991 (*RGD*, 1991, pág. 9387); la SAP de Murcia, de 21 de marzo de 1990 (*RGD*, 1991, pág. 9787).

entenderse aplicable por vía analógica el artículo 60 de la misma, que permitía, en caso de muerte del arrendatario, que el heredero y, a falta de éste o de su deseo de sustituir al fallecido, el socio, pudieran reemplazar a aquél en la relación arrendaticia (36). Se fundamentaba tal criterio en que mediante la fusión se produce una transmisión en bloque de los patrimonios de las sociedades fusionadas a la nueva mercantil, que adquiere la cualidad de sucesora universal de aquéllas.

Razonamiento que fue rechazado bajo las siguientes consideraciones: 1.^a, porque más que una aplicación analógica lo que se pretendía era una interpretación extensiva del artículo 60 TRLAU 1964; 2.^a, porque el supuesto de la fusión no podía asemejarse a la muerte del arrendatario, en cuanto éste es un hecho inevitable pero incierto en el tiempo, mientras la extinción de una sociedad por fusión constituye un acto voluntario de la Junta General de accionistas; 3.^a, porque la jurisprudencia del Tribunal Supremo en los casos en que tiene lugar un cambio de arrendatario mediante la fusión de sociedades se ha conducido por la línea de dar lugar a la resolución contractual, por la naturaleza personal del contrato locativo; y 4.^a, finalmente, porque armonizando la Ley societaria de 1951 con la arrendaticia de 1964, al ser ésta posterior, cabía deducir que el legislador sólo quiso excluir del régimen del traspaso a las transformaciones de sociedades efectuadas por ministerio de la Ley (37).

Durante mucho tiempo fue doctrina jurisprudencial reiterada y constante la relativa a que fuera de los casos en que expresamente lo establece la Ley, ésta no consiente que el inmueble arrendado por una persona natural o jurídica sea ocupado por otra, llámese cesión, subarriendo o traspaso tal ocupación, y que toda modificación subjetiva introduciendo a terceros en la relación arrendaticia, sin el consentimiento del arrendador es causa de resolución contractual; criterio que se mantuvo, básicamente, en los siguientes supuestos: 1.º, cuando se aportaba el arrendamiento a una nueva sociedad o asocia-

(36) Preveía literalmente dicho artículo 60 TRLAU 1964. «1. Por el hecho de la muerte del arrendatario del local de negocio ocurrida, vigente el contrato, aunque sea por prórroga legal, el heredero sustituirá en todos sus derechos y obligaciones al arrendatario fallecido. 2. A falta de heredero o de su deseo de sustituir al arrendatario fallecido, el socio podrá continuar el arrendamiento, aun en el supuesto de una sociedad civil. De este último beneficio disfrutarán las entidades españolas que absorban los negocios de sociedades extranjeras domiciliadas en España. Lo dispuesto en los dos números anteriores será aplicable a dos transmisiones, de modo que fallecido el primer sustituto del arrendatario podrá tener lugar la segunda y última subrogación. 3. Cada transmisión que se efectúe conforme a este artículo dará derecho al arrendador a aumentar la renta en los términos expresados en el artículo 42».

(37) Véanse las Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 1969 (*RJ* 1182); de 13 de mayo de 1992 (*RJ* 3982); y la de 8 de febrero de 1993 (*RJ* 687); y también la SAP de Valencia, de 15 de septiembre de 1990 (*RGD*, 1991, pág. 637); y la SAP de Murcia, de 21 de marzo de 1990 (*RGD*, 1991, pág. 9786).

ción (38); 2.º, cuando se sustituía a una persona física por una persona jurídica, aunque la actividad desarrollada fuera la misma (39); y 3.º, cuando el local arrendado a una sociedad venía ocupado por otra resultante de la fusión con la inicialmente arrendataria, quedando extinguida ésta, ya sea como consecuencia de haber sido absorbida por la sociedad posteriormente ocupante del local arrendado o por haberse creado una nueva sociedad con el patrimonio de la originaria sociedad arrendataria y otra u otras (40). No se consideraba, en cambio, como causa de resolución del contrato de arrendamiento, la absorción por la arrendataria de otra sociedad que se extinguía, porque no suponía la introducción de persona jurídica ajena al contrato de arrendamiento (41).

Reiteradas veces se vieron obligadas a decir las Audiencias Provinciales, e incluso en alguna ocasión el propio Tribunal Supremo, que no procedía aplicar la Ley 19/1989, de 25 de julio (modificativa de la inicial redacción del art. 31.4 TRLAU 1964) —como invocaban los recurrentes por considerarla más favorable—, porque esta ley entró en vigor el día 1 de enero de 1990,

(38) En este sentido, en la Sentencia de 9 de julio de 1954 (*RJ* 2013) el Tribunal Supremo declaró: «la aportación del arrendamiento a una sociedad de personalidad distinta de la natural del arrendatario y que ha sustituido a éste en el goce o uso del local arrendado, constituye una cesión del derecho arrendaticio, y cuando en ella no concurren los requisitos que la identifiquen con el traspaso es causa de resolución del contrato».

(39) *Vide*, las Sentencias del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 1954 (*RJ* 330); de 6 de marzo de 1971 (*RJ* 1226); de 2 de marzo de 1991 (*RJ* 3071); de 4 de abril de 1991 (*RJ* 2635); y de 10 de diciembre de 1993 (*RJ* 9892).

(40) *Sic*, las Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 1969 (*RJ* 1182); de 19 de diciembre de 1959 (*RJ* 4891); 1 de diciembre de 1961 (*RJ* 4447); de 4 de noviembre de 1960 (*RJ* 3461); de 13 de mayo de 1992 (*RJ* 3982); de 8 de febrero de 1993 (*RJ* 687); y de 17 de marzo de 1993 (*RJ* 2020). Véase también la SAP de Oviedo, de 16 de diciembre de 1991 (*RGD* 1992, pág. 2163).

Sobre la doctrina recién citada en el texto, relativa a la fusión, manifestó ROJO: «Por lo que se refiere a este principio de la sucesión universal, es de lamentar que no se haya aprovechado la ocasión para solucionar el grave problema que la práctica conoce acerca de si la fusión constituye o no causa de resolución del contrato de arrendamiento de local de negocio, como —a nuestro parecer equivocadamente—, viene entendiendo la jurisprudencia, salvo que se realice con el consentimiento del propietario del local... Esta doctrina jurisprudencial entorpece y, con frecuencia, encarece o incluso impide los procesos de fusión» (*op. loc. cit.*, pág. 349).

Por su parte, refiriéndose a la STS de 8 de marzo de 1969, observaron GARCÍA LUENGO y SOTO VÁZQUEZ «Antes de la entrada en vigor del artículo 19 de la Ley de 25 de julio de 1989 ..., la procedencia del desahucio por traspaso incontestado sería indudable; pero la modificación operada en el párrafo 4.º del artículo 31 de la Ley arrendaticia urbana ha venido a alterar la doctrina sentada en la sentencia que comentamos, desde el momento en que no solamente cualquier tipo de transformación, sino también de fusión o escisión de sociedades o entidades, ha dejado de ser motivo de resolución contractual» [*El nuevo régimen jurídico de la sociedad anónima (Comentarios y jurisprudencia)*, Granada, 1991, pág. 905]

(41) *Vide*, SAP de Pontevedra, de 9 de septiembre de 1993 (*RGD* 1994, pág. 1528).

y los hechos alegados en la demanda, relativos a la fusión, se produjeron antes de esa fecha, no teniendo dicha ley carácter retroactivo (cfr. art. 2.3 del CC) (42).

La jurisprudencia recaída en las Audiencias Provinciales tras la redacción dada al artículo 31.4 TRLAU 1964 por la citada Ley 19/1989, de 25 de julio, de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las directivas de la Comunidad Económica Europea en materia de Sociedades, modificada (mínimamente) después por la Disposición Adicional Decimotercera del Real Decreto-ley 7/1989, de 29 de diciembre, y confirmada luego por la Ley 5/1990, de 29 de junio, no ha sido uniforme, sino contradictoria. Así, mientras en unas sentencias de determinadas Audiencias Provinciales, o de Secciones de una misma Audiencia, se reconoce el derecho del arrendador a elevar la renta incluso en los casos de fusión por absorción cuando la entidad arrendataria es la sociedad absorbente, en otras se le niega este derecho (43). Cierto es, que tanto una como otra postura resultan defendibles sobre la base de distintos argumentos que analizaré en su momento (44),

(42) Así, la SAP de Murcia, de 21 de marzo de 1990 (*RGD*, 1991, pág. 9786); la SAP de Valencia, de 15 de septiembre de 1990 (*RGD*, 1991, pág. 637); la SAP de Santa Cruz de Tenerife, de 24 de diciembre de 1990 (*RGD*, 1992, pág. 7707); la SAP de Zaragoza, de 11 de febrero de 1991 (*RGD*, 1992, pág. 3494); y la SAP de Oviedo, de 16 de diciembre de 1991 (*RGD*, 1992, pág. 2163).

Son interesantes las observaciones que se hacen en la SAP de Valencia, de 15 de septiembre de 1990 (*RGD*, 1991, pág. 637), cuando en ella literalmente se dice: «En apoyo de su pretensión revocatoria la parte apelante introduce como nueva cuestión jurídica que el artículo 31 número 4 de la Ley locativa ha de interpretarse, según el artículo 3.1 del Código Civil, en relación con la realidad social del tiempo que vivimos, y teniendo, por tanto, en cuenta la modificación que dicho precepto ha experimentado con la Ley 19/1989, de 25 de julio, de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las directivas de la Comunidad Económica Europea en materia de sociedades, cuyo artículo décimonoveno le da nueva redacción en el sentido de que no se reputará causado el traspaso en los casos de transformación, fusión o escisión de sociedades mercantiles. Siendo ello cierto, también lo es que dicha Ley entró en vigor el 1 de enero de 1990, y no teniendo expresamente carácter retroactivo, como así tampoco lo tiene por Ley (art. 2.3 del Código Civil), no puede ser aplicada al caso de autos, ni siquiera tenida presente en la interpretación de las normas aplicables, pues su hermenéutica, según el artículo 3.1 del Código Civil, ha de hacerse en relación, entre otras, con los antecedentes históricos y legislativos, que abonan la tesis que se mantiene, pero no dice que lo haya de ser con las posteriores reformas legales. En todo caso, ha de significarse que esa nueva redacción no viene más que a confirmar el criterio sustentado en la resolución de instancia, que ahora se confirma, de que la transformación voluntaria de sociedades, en concreto la fusión, no queda excluida del régimen de traspasos con arreglo a la anterior y vigente redacción del artículo 31 número 4 de la Ley de Arrendamientos de 1964».

Consúltense también las Sentencias del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 1992 (*RJ* 3982), de 8 de febrero de 1993 (*RJ* 687); de 8 de octubre de 1993 (*RJ* 7319); y de 14 de marzo de 1995 (*RJ* 2429, o *RGD* 1995, pág. 8379).

(43) *Vide infra*, el apartado 5.

(44) *Vide infra*, el epígrafe 6 y sigs.

pero, sin duda alguna, por mor de la seguridad jurídica, una de esas dos posiciones sustentadas, o interpretaciones manejadas, debe prevalecer sobre la otra. Cuestión que constituye el punto neurálgico del presente trabajo, puesto que dicha jurisprudencia contradictoria podría seguir reproduciéndose ahora bajo la vigencia del actual artículo 32.3 LAU, siendo el objetivo que se persigue aquí, como ya indiqué, decantarme con fundamento por una de ellas.

No obstante, antes de entrar a examinar los argumentos esgrimidos en pro y en contra de una y otra de las interpretaciones posibles del actual artículo 32.3 LAU en lo referente a la fusión, resulta conveniente analizar primero cuál es exactamente el supuesto de hecho contemplado en este precepto y cuál la consecuencia jurídica en el mismo regulada.

3. SUPUESTO DE HECHO DEL ARTICULO 32.3 LAU

El contenido de una norma se compone *prima facie* de dos elementos claramente diferenciados: el supuesto de hecho y la consecuencia o efecto jurídico.

El primer elemento, el denominado supuesto de hecho, constituye una previsión o una anticipación hipotética de una posible o incluso probable realidad futura.

El segundo elemento de la norma es, como he señalado, la consecuencia jurídica. Consiste en la respuesta o tratamiento jurídico que el Derecho objetivo da a una determinada realidad recogida en la norma como supuesto de hecho.

Del artículo 32.3 LAU nos interesa analizar ahora su supuesto de hecho. Esto es, qué acto, conducta o situación se contempla en dicho precepto, teniendo presente que como cualquier otra norma trata de regular de modo igual casos idénticos o, por lo menos, semejantes, y que, por ello, su supuesto de hecho está formulado con cierta abstracción y con una cierta generalidad. Hay que partir, pues, de que su supuesto de hecho no alude a un acontecimiento particularizado o a un hecho completamente determinado, sino que hace referencia a todos los acontecimientos o hechos que posean unas determinadas características análogas.

Aun constituyendo una realidad futura anticipadamente prefigurada, todo supuesto de hecho tiene su base en anteriores experiencias —como hemos tenido ocasión de comprobar al examinar los precedentes legislativos y la doctrina jurisprudencial emanada en torno a tales precedentes del art. 32.3 LAU—. Podría decirse que se prefigura idealmente una situación como supuesto de hecho de una norma, porque con anterioridad esa misma situación u otra similar se han presentado y han planteado problemas.

El supuesto de hecho de toda norma describe así, mediante una prefiguración intelectual, la realidad futura y posible, pero lo hace casi siempre utilizando una descripción de la que forman parte las experiencias existentes respecto de las realidades pretéritas. Al mismo tiempo, como quiera que la descripción tiene que ser abstracta y general, como he dicho ya, asume una cierta tipología respecto de los casos que quiere comprender. Hay, pues, siempre, una tipicidad normativa (45).

Aquí voy a tratar de analizar la tipicidad del supuesto de hecho del artículo 32.3 LAU, tomando en consideración todo lo expuesto, con el fin de llegar a averiguar cuál es la correcta interpretación que de dicho precepto debe hacerse en lo referente a la fusión.

Con tal fin paso ahora a examinar, en concreto, las siguientes cuestiones que sugiere el supuesto de hecho del artículo 32.3 LAU: 1.^a El sentido de la expresión «No se reputará cesión»; 2.^a En qué consiste el ejercicio de una actividad empresarial o profesional; 3.^a El alcance de la expresión «el cambio producido en la persona del arrendatario»; y 4.^a Las operaciones societarias contempladas en el citado artículo (la fusión, la transformación y la escisión).

3.1. SENTIDO DE LA EXPRESIÓN: «NO SE REPUTARÁ CESIÓN»

Uno de los detalles que llama enseguida la atención cuando se compara el actual artículo 32.3 LAU con su inmediato precedente, el artículo 31.4 TRLAU 1964 (según su última versión), es el cambio de terminología que se observa. Pues mientras en este último precepto se hablaba de «traspaso», en el artículo 32.3 LAU, de nuevo cuño, se utiliza la palabra «cesión».

El abandono del término tradicional traspaso, sustituyéndolo por el de cesión supone la adopción de un concepto más amplio que engloba al anterior, ya que mientras el traspaso implicaba la adquisición onerosa (mediante precio) de la posición contractual de arrendatario, la cesión admite que la adquisición de dicha posición arrendaticia pueda tener lugar a título gratuito (46).

La expresión inicial del artículo 31.4 TRLAU 1964: «no se reputará causado el traspaso», venía a significar que no debían cumplirse los requisitos previstos en los artículos 29 a 42 TRLAU 1964 (47), pudiendo tener lugar, no obstante, la elevación de la renta prevista en el artículo 42 TRLAU 1964, porque así lo estableció el legislador.

(45) Consúltase, sobre esto, Díez-PICAZO, *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, Barcelona, 1983, pág. 61 y sigs.

(46) Así, PARA MARTÍN, *op. loc. cit.*, pág. 488.

(47) Consúltase, sobre los mismos, el epígrafe 2.1.

El nuevo artículo 32.3 LAU supone una continuación de la idea subyacente en la Ley 19/1989, de 25 de julio, de no considerar producida la cesión en los casos de fusión, transformación o escisión de sociedades, autorizando al arrendador a aumentar la renta.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el número 1 del artículo 32.3 LAU permite la cesión sin necesidad de contar con el consentimiento del arrendador, y que sólo establece como requisito la notificación prevista en el número 4 del mismo (48), hay que concluir que el sentido del actual número 3 del artículo 32 LAU debe ser considerado desde una perspectiva muy diferente (49) al de su inmediato precedente (art. 31.4 TRLAU 1964), pues con el mismo ya no se intentan obviar, como antes, unos requisitos (ahora inexistentes) sumamente entorpecedores de los procesos de fusión, transformación o escisión.

Si la consecuencia jurídica en los supuestos generales de cesión contemplados en el número 1 del artículo 32 LAU y en los particulares de fusión, transformación o escisión regulados en el número 3 de ese precepto fuera exactamente la misma —que el arrendador puede elevar la renta en igual porcentaje—, resultaría correcto afirmar que la solución sería idéntica aunque no existiera el número 3 del artículo 32 LAU (50) y, por tanto, se trataría de un precepto inútil.

Sin embargo, sí existe una (pequeña e inoportuna) diferencia. En los casos de fusión, transformación o escisión, no es necesario notificar al arrendador la cesión (requisito que prevé con carácter general el núm. 4 del art. 32 LAU), precisamente porque según el número 3 del artículo 32 LAU, «no se reputará cesión el cambio producido en la persona del arrendatario por consecuencia de la fusión, transformación o escisión de la sociedad arrendataria». Diferencia que supone dar un trato privilegiado a las sociedades arrendatarias que se someten a las referidas operaciones societarias y que es enormemente perturbadora, como trataré de razonar luego» (51).

Podría hallarse otra justificación al número 3 del artículo 32 LAU en los casos en que existan pactos en el contrato de arrendamiento en los que se prevea el cumplimiento de unos requisitos adicionales por parte del arrendatario para realizar la cesión, tales como el consentimiento del arrendador, el establecimiento en favor de éste de unos derechos de tanteo y retracto de carácter convencional, la observancia de un plazo de preaviso, la participación del arrendador en el precio de la cesión, etc... En esta hipótesis, si las partes no han hecho alusión expresa a los supuestos de fusión, transformación

(48) *Vide infra*, el epígrafe 4.2.

(49) *Sic*, DOMÍNGUEZ LUELMO, *op. loc cit.*, pág. 416.

(50) Véase, DOMÍNGUEZ LUELMO, *op. loc cit.*, pág. 417.

(51) *Vide infra*, el epígrafe 4.2.

y escisión, como éstos legalmente no se reputan cesión (*ex art. 32.3 LAU*), las sociedades arrendatarias protagonistas de los mismos no podrían ser obligadas a cumplir con los requisitos adicionales previstos contractualmente.

También cabe, no obstante, la posibilidad contraria, dada la naturaleza dispositiva del artículo 32 LAU (*cfr. art. 4.3 LAU*), de insertar una cláusula en el contrato de arrendamiento en la que se prevea que los supuestos de fusión, transformación y escisión han de considerarse como cesión a todos los efectos previstos en el artículo 32 LAU (52), o en la que se establezcan unos requisitos adicionales para su verificación.

3.2. EJERCICIO DE UNA ACTIVIDAD EMPRESARIAL O PROFESIONAL

El artículo 32 LAU restringe su ámbito de aplicación a los arrendamientos para uso distinto del de vivienda, siempre que en la finca arrendada se ejerza una actividad empresarial o profesional. Ello plantea, de entrada, dos cuestiones: 1.^a qué entender por actividad empresarial o profesional a efectos de la aplicación del artículo 32 LAU; y 2.^a cuál será el régimen jurídico a aplicar a aquellos arrendamientos para uso distinto del de vivienda recayentes en inmuebles no destinados al desarrollo de una actividad empresarial o profesional.

Interesa abordar aquí estas dos cuestiones porque cuando la sociedad arrendataria no desenvuelva una actividad empresarial o profesional en la finca arrendada, tal como prevé el artículo 32 LAU, no le será aplicable el número 3 de dicho precepto en caso de que se fusione con otra sociedad, se transforme o se escinda.

3.2.1. *Concepto de actividad empresarial o profesional*

El artículo 32 LAU no aclara qué debe entenderse por actividad empresarial o profesional.

Por lo que hace a las actividades profesionales parece que éstas deben identificarse con las propias de las profesiones liberales.

Sobre lo que haya de entenderse por actividad empresarial en el supuesto de hecho del artículo 32 LAU, se plantean ciertas dudas si se relaciona esta norma con el artículo 3.2 LAU, en el que se especifica que tendrán la consideración de arrendamiento para uso distinto del de vivienda «los arrendamientos de fincas urbanas celebrados por temporada, sea ésta de verano o cualquier otra, y los celebrados para ejercerse en la finca una actividad indus-

(52) Consúltase, DOMÍNGUEZ LUELMO, *op loc cit*, pág. 417.

trial, comercial, artesanal, profesional, recreativa, asistencial, cultural o docente, cualquiera que sean las personas que los celebren», pues se suscita el interrogante de cuáles son las actividades mencionadas en el precepto transcrito que no deben englobarse en el supuesto de hecho del artículo 32 LAU.

Dado que el término «profesional» aparece expresamente mencionado en el artículo 3.2 LAU, queda por decidir qué otras actividades de las aludidas en dicho precepto hay que considerar incluidas en la «empresarial».

Parece que por actividad empresarial, en trance de aplicar el artículo 32 LAU, hay que entender toda aquella que presuponga una ordenación de capital y/o trabajo dirigida a integrarse en procesos de producción, transformación, comercialización, distribución o prestación de bienes o servicios a terceros (53). Concepto que viene a coincidir con el que se suele dar en el orden tributario (54).

En consecuencia, dejando al margen la actividad profesional, de las otras actividades mencionadas en el artículo 3.2 LAU serán incluíbles en el supuesto de hecho del artículo 32 LAU aquéllas que respondan a esa idea de actividad empresarial recién descrita. De donde se sigue que normalmente quedarán excluidas del mismo las actividades recreativas, asistenciales o culturales (55).

3.2.2. Régimen jurídico

De lo expuesto en el epígrafe anterior se desprende que a las fusiones, transformaciones o escisiones de sociedades arrendatarias que no desarrollen en la finca arrendada una actividad empresarial o profesional no será aplicable lo previsto en el número 3 del artículo 32 LAU. Mas, entonces, ¿a qué régimen jurídico se someterán esas operaciones societarias protagonizadas por tales sociedades?

Conforme a la letra y al espíritu del artículo 4.3 LAU, a las fusiones, transformaciones y escisiones de sociedades arrendatarias de inmuebles arrendados destinados para uso distinto del de vivienda que no consista en una actividad empresarial o profesional —atendiendo al concepto de las mismas esbozado— les será aplicable, en defecto de previsión contractual, el Código Civil. Por lo tanto, esas operaciones societarias, en la medida en que compor-

(53) Sobre la dificultad conceptual del término empresa y su noción como actividad, consúltase, VICENT CHULIÁ, *Compendio crítico de Derecho mercantil*, t. I, vol. 1.º, Barcelona, 1991, pág. 189 y sigs.

(54) Vide, DOMÍNGUEZ LUELMO, *op loc cit*, pág. 393.

(55) Así, FINEZ, en *Comentario a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, dirigidos por Pantaleón, Madrid, 1995, pág. 344; y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, VALPUESTA FERNÁNDEZ y OTROS, *Comentarios a la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*, Valencia, 1994, pág. 302.

ten un cambio de personalidad jurídica de la sociedad arrendataria, deberán ser consideradas como cesión.

Ahora bien, como el Código Civil nada dispone, ni siquiera con carácter general, sobre la admisibilidad de la cesión de contratos en nuestro ordenamiento jurídico, la doctrina en su mayoría y la jurisprudencia de forma prácticamente unánime (56), vienen entendiendo que esta figura es posible al amparo del artículo 1.255 CC, siendo necesario el consentimiento de la parte cedida (arrendador), pues su intervención es exigida para la defensa de sus propios intereses, al no serle indiferente la solvencia del contratante cesionario (v.gr., nuevo arrendatario) (57).

Sea como fuere, un dato relevante a tener en cuenta en los supuestos de fusiones, transformaciones y escisiones de sociedades arrendatarias de inmuebles arrendados destinados para uso distinto del de vivienda que no consista en una actividad empresarial o profesional, es que el arrendador no podrá elevar la renta si no existe una previsión contractual que le otorgue esa facultad, por no entrar dentro del ámbito de aplicación del artículo 32.3 LAU.

3.3. ALCANCE DE LA EXPRESIÓN: «EL CAMBIO PRODUCIDO EN LA PERSONA DEL ARRENDATARIO»

Bajo la anterior legalidad parece que lo pretendido por el legislador al declarar que «no se reputará causado el traspaso en los casos de transformación, fusión o escisión de sociedades o entidades públicas o privadas...» (art. 31.4 TRLAU 1964) era evitar que en esos supuestos, cuando se operaba un cambio en la personalidad jurídica de la sociedad arrendataria, la omisión por parte de ésta del cumplimiento de los requisitos legales del traspaso pudiera ser considerada como intromisión ilegítima de un tercero en la finca arrendada, esgrimible por el arrendador como causa de resolución.

Ciertamente, da la sensación de que el legislador, al elaborar esta norma, tuvo *in mente* la verificación de un cambio de sujeto o de personalidad jurídica en el caso de las sociedades y demás personas jurídicas que figuraban en la parte arrendataria de la relación jurídica arrendaticia, y no una mera varia-

(56) De entre las sentencias del Tribunal Supremo que exigen el consentimiento del arrendador en el caso de cesión, cabe destacar, por ejemplo, la de 14 de diciembre de 1950 (RJ 1701), la de 5 de julio de 1951 (RJ 1904), y la de 28 de abril de 1966 (RJ 2166). Con carácter general, aún no referida a un contrato de arrendamiento, merece ser mencionada la STS de 5 de marzo de 1994 (RJ 1653), en la que expresamente se afirma en su fundamento de derecho primero: «La necesidad de mediar consentimiento [omissis, del cedido] es requisito determinante de la eficacia de la referida cesión contractual y así lo ha declarado esta Sala en las ocasiones que ha abordado estas situaciones»

(57) Véase, por todos, sobre esta cuestión, GARCÍA AMIGO, *Lecciones de Derecho civil II*, «Teoría general de las obligaciones y contratos», Madrid, 1995, pág. 390 y sigs.

ción o alteración de su composición y/o estructura que sin afectar a su personalidad jurídica pudiera proporcionarles ciertos beneficios (v.gr. de tipo fiscal), o, simplemente, la obtención de un mayor lucro.

En la actualidad, la realidad subyacente en el número 3 del artículo 32 LAU y su finalidad ya no pueden ser las mismas, pues una gran parte de fusiones y escisiones, y prácticamente todas las transformaciones de sociedades, no pueden implicar una intromisión ilegítima de tercero desde el momento en que no comportan un cambio de personalidad jurídica de las sociedades sobre las que recaen. Es decir, la consecuencia jurídica del artículo 32.3 —la elevación de la renta— se producirá con independencia de que se haya operado o no un cambio de personalidad jurídica en la sociedad arrendataria, esto es, de que haya tenido lugar o no en realidad una cesión del contrato de arrendamiento. A lo que se debe añadir que el hecho de que se produzca (o no) un cambio de personalidad jurídica en la parte arrendataria es un dato meramente formal, que por sí solo difícilmente podría justificar un aumento de renta.

Ahora bien, ¿a qué sociedades se refiere el artículo 32.3 LAU?; y ¿qué significado tiene, en concreto, la expresión «cambio producido»?

3.3.1. *Sociedades a que se refiere el artículo 32.3 LAU*

No está de más recordar que en la redacción dada al artículo 31.4 TRLAU 1964 por la Ley 19/1989, de 25 de julio, de adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea, se hablaba de «sociedades mercantiles», mientras en la plasmada en la Disposición Adicional Decimotercera del Real Decreto-ley 7/1989, de 29 de diciembre, sobre medidas urgentes en materia presupuestaria, financiera y tributaria (confirmada luego por la Disposición Adicional Décima de la Ley 5/1990, de 29 de junio, sobre medidas en materia presupuestaria, financiera y tributaria) se hacía referencia a «sociedades o entidades públicas o privadas».

Así las cosas, de la expresión «sociedades mercantiles» quedaban claramente excluidas las sociedades civiles y el resto de personas jurídicas que no tuvieran la consideración de sociedades (v.gr. fundaciones, corporaciones de Derecho público, etc.). En cambio, en la expresión «sociedades o entidades públicas o privadas» parecía querer comprenderse a todo sujeto de derecho que mereciera el calificativo de persona jurídica, ya fuera de carácter público o privado (v.gr. asociaciones, fundaciones, cooperativas, corporaciones de Derecho público, etc.) (58).

En la actualidad el artículo 32.3 LAU habla de «sociedad arrendataria» a secas, sin referir esta expresión a un tipo social determinado, por lo que debe

(58) *Vide supra*, la nota 14.

considerarse aplicable a cualesquiera entidades que merezcan el calificativo de sociedades (59), incluidas las civiles (60), e incluso, a mi modo de ver, a aquellas personas jurídicas cuya naturaleza societaria sea discutible, pero al propio tiempo defendible y verosímil (61).

Sin embargo, entiendo que deben excluirse del ámbito de aplicación del artículo 32.3 LAU otras personas jurídicas que por su naturaleza y configuración no sean propiamente, de forma clara, una sociedad.

Con todo, aunque esta omisión puede resultar criticable, no tiene demasiada importancia, habida cuenta de que la excepción que el artículo 32.3 LAU contiene carece de gran relevancia práctica (62).

3.3.2. *Significado de la expresión «cambio producido»*

Quizá la mejor manera de afrontar de entrada el tema planteado en este epígrafe sea cuestionando el porqué se llevan a cabo las operaciones socie-

(59) No está de más poner de relieve los que quizá sean los principales textos jurídicos en los que se regulan las operaciones societarias a que hace referencia el artículo 31.4 LAU, respecto de diversos tipos de sociedades.

El Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre) regula la transformación de las sociedades anónimas en sociedades colectivas, comanditarias o de responsabilidad limitada (art. 223 y sigs.), y la de éstas en sociedades anónimas, así como los casos de fusión (art. 233 y sigs.) y escisión (art. 252 y sigs.), con detalle. También el Reglamento del Registro Mercantil se ocupa de ello en el artículo 185 y sigs.

La Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, también regula pormenorizadamente la transformación (art. 87 y sigs.) y declara aplicable a la fusión y escisión la Ley de Sociedades Anónimas (art. 94).

La Ley 12/1991, de 29 de abril, de Agrupaciones de Interés Económico, en sus artículos 19 y 20 regula, respectivamente, la transformación y la fusión.

La Ley 1/1994, de 11 de marzo, de Sociedades de Garantía Recíproca, asimismo, regula en sus artículos 55 a 58 la fusión y escisión de estas sociedades.

La Ley 3/1937, de 2 de abril, sobre Cooperativas, se ocupa en su Disposición Adicional tercera, de la transformación.

Y, finalmente, merece también destacarse la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, en cuyo artículo 23 se regulan las operaciones de transformación, fusión, escisión y agrupación de entidades de seguros (anónimas, cooperativas y mutuas) en cualquiera de las restantes entidades autorizadas por la Ley a pesar de su diferente naturaleza.

(60) Así, LOZANO/DE FUENTES, *Todo sobre la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*, Barcelona, 1994, pág. 211.

(61) Tal es el caso de las cooperativas. Consúltase sobre la naturaleza societaria de las mismas, BARBERENA BELZUNCE, *Sociedades cooperativas, anónimas laborales y agrarias de transformación*, Pamplona, 1992, pág. 59 y sigs.

(62) En sentido parecido se pronuncia BERCOVITZ y RODRÍGUEZ-CANO, *op. loc. cit.*, pág. 712.

Vide supra, lo dicho sobre esto en el apartado 3.1.

tarias a que hace referencia el artículo 32.3 LAU y, en concreto, por lo que aquí interesa, la fusión.

Evidentemente lo que persiguen las sociedades implicadas en los procesos de transformación, fusión o escisión es obtener, en definitiva, de forma mediata o inmediata, ciertas ventajas de tipo económico, que conseguirán, en su caso, mediante la alteración de su estructura con independencia de que con ello quede o no afectada la personalidad jurídica de la sociedad arrendataria, pues a través de estos negocios jurídicos se realizan habitualmente importantes operaciones de concentración y reestructuración de empresas de gran relevancia económica, dirigidas al logro de una mayor competitividad y a la obtención de un lucro superior debido al aumento de la producción y a la reducción de costes (63) (v.gr. de orden financiero y fiscal) (64). Quiero con ello decir, que esos beneficios y ventajas de tipo económico es lo que motiva o facilita tales operaciones societarias (65) y, por tanto, debe hallarse en la

(63) Véase GÓMEZ PORRÚA, *op. cit.*, pág. 11 y sigs.

(64) Valga, a título de ejemplo, lo previsto en el artículo 25.2 LAIE, en el que se dispone: «La misma exención [omissis: en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados] se aplicará a las operaciones de transformación a que se refiere el artículo 19 de la presente Ley...»; y en los artículos 97 y sigs. de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades, que viene a sustituir a los preceptos reguladores de esta materia en la Ley 29/1991, de 16 de diciembre, de Adecuación de Determinados Conceptos Impositivos a las Directivas y Reglamentos de las Comunidades Europeas (véase la Disposición Derogatoria única 1.27 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre citada). En la línea de esos preceptos ya derogados, los artículos 97 y sigs. de la mencionada nueva Ley del Impuesto sobre Sociedades, se apartan del régimen fiscal anterior, que suponía que tales operaciones, en tanto que implicaran una revalorización de activos, estaban sometidas al gravamen fiscal correspondiente, del que las partes afectadas podrían librarse, tras un complicado procedimiento administrativo, solicitando determinados beneficios fiscales. El régimen vigente facilita estas operaciones —tendientes, recuérdese, a la concentración y reestructuración de sociedades— bajo el principio de la neutralidad fiscal; esto es, se presupone que la realización de estas operaciones no origina de por sí una carga tributaria, siendo innecesaria, por tanto, la solicitud de beneficios fiscales. Consúltese sobre esta última cuestión —refiriéndose a la ya derogada Ley 29/1991, de 16 de diciembre, siendo las consideraciones expuestas sobre la misma también predicables respecto de la nueva Ley 43/1995, de 27 de diciembre— SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho mercantil*, I (introducción, empresa y sociedades), Madrid, 1994, pág. 538, y CUATRECASAS ABOGADOS, *Ley de Arrendamientos Urbanos 1994 (análisis y comentarios)*, Valencia, 1995, pág. 259.

(65) Que ello es así, por regla general, lo demuestra el hecho de que la escisión, figura de origen francés, comienza a tomar carta de naturaleza entre nosotros de la mano de la legislación fiscal. La necesidad práctica de ciertos procesos de reestructuración empresarial o simplemente de transmisión de activos empresariales y los graves obstáculos que para su realización suponían de ordinario los costes fiscales, forzaron la atención del legislador que, desde los años sesenta, ha ido facilitando mediante regímenes fiscales privilegiados estas operaciones cuando concurrían determinados requisitos. El Decreto-ley de 3 de octubre de 1966 y el Decreto de 25 de noviembre de 1971, son entre otros, hitos destacados de un proceso legislativo que culmina con la importante Ley de 26 de

actualidad en ese dato, esto es, en ese «cambio producido» en la sociedad arrendataria —y no en el meramente formal de la subsistencia o no de su personalidad jurídica— la justificación del derecho del arrendador a elevar la renta que le reconoce el vigente artículo 32.3 LAU, dándole así la oportunidad de participar en los beneficios que con la fusión, transformación o escisión la sociedad arrendataria conseguirá. Ello es así con mayor razón ahora que antes, al haber sido suprimidos otros derechos que el arrendador antes tenía. Hay que considerar, pues, que en la actualidad es indiferente, a efectos del aumento de la renta *ex* artículo 32.3 LAU, que la sociedad arrendataria a consecuencia de esas operaciones societarias cambie de personalidad jurídica (66).

Piénsese en que de no entenderlo de este modo carecería de sentido la mención en el artículo 32.3 LAU de la «transformación», puesto que ésta no comporta, en la actualidad, una alteración de la personalidad jurídica de la sociedad arrendataria, ya que la Ley prescribe, con carácter particular, refiriéndose a concretos tipos de sociedades: bien que tal operación «no cambiará la personalidad jurídica de la sociedad, que continuará subsistiendo bajo la forma nueva» (cfr. arts. 228 LSA y 91 LSRL); bien que «no afectará a la personalidad jurídica de la sociedad transformada» (cfr. art. 92 LSRL); o bien establece la posibilidad de la transformación de la sociedad «sin necesidad de disolverse y constituir una nueva persona jurídica» (cfr. art. 19 LAIE).

diciembre sobre régimen fiscal de las fusiones de empresas y su Reglamento aprobado por Decreto de 24 de julio de 1981 (*vide*, ROJO, *op. loc. cit.*, pág. 391).

Además, como observa VICENT CHULIÁ, «Generalmente, la fusión se produce en situación de solvencia de las empresas afectadas, pero también puede anticiparse a una situación de crisis, evitando un no deseado procedimiento de reorganización concursal. Por ello mismo, el legislador protege la "iniciativa empresarial" en materia de fusiones» (*Compendio crítico de Derecho mercantil*, t. I, vol. 2.º, Barcelona, 1991, pág. 833).

(66) En sentido parecido ya se pronunció, refiriéndose al artículo 31.4 TRLAU 1964, la SAP de Madrid, de 4 de junio de 1994 (*RGD* 1994, pág. 11297), con las siguientes palabras: «la finalidad del apartado 4.º del artículo 31 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, en su actual redacción, ya no puede ser la misma que en la precedente pues, de otro modo, carecería de sentido la mención en el mismo de los procesos de "transformación", puesto que nunca pueden implicar la intromisión de un tercero en el objeto arrendado. Por ello, ha de entenderse que el Legislador, por un lado, ha querido suprimir las barreras que dificultaban los procesos voluntarios de fusión y escisión de sociedades, que se velan frenados por las consecuencias negativas que de ellos pudieran derivar para las relaciones arrendaticias mantenidas por las mismas para la explotación de su negocio, imponiéndole al arrendador el cambio voluntariamente operado en el elemento personal del contrato pero, por otro lado, en la medida en que todo proceso de transformación, fusión o escisión, con cambio o no de personalidad jurídica, comporta una alteración sustancial de dicho negocio, hacerle también a él partícipe del mismo, mediante el incremento de la merced arrendaticia, con independencia de que se haya producido o no la intromisión de un tercero ajeno al primitivo contrato en el uso del referido local, puesto que, donde la Ley no distingue, no nos es posible a nosotros distinguir».

3.4. OPERACIONES SOCIETARIAS CONTEMPLADAS: «FUSIÓN, TRANSFORMACIÓN O ESCISIÓN»

Tanto la fusión, como la transformación o la escisión, a que alude expresamente el artículo 32.3 LAU, son operaciones que pueden llevar a cabo las sociedades y suponen, en general, una alteración de su estructura con repercusiones en aspectos diversos (organización, situación de los socios y acreedores, denominación social...) (67).

El artículo 32.3 LAU incluye todo supuesto de fusión, transformación o escisión de la sociedad arrendataria, esté o no amparado por una disposición legal y con independencia de la causa a la que se deba (presión fiscal, adaptación a nuevas circunstancias económicas, etc.) (68). Recuérdese que en ningún caso —conforme a la tesis aquí sostenida—, haya o no alteración de la personalidad jurídica, estas operaciones societarias se reputan cesión a efectos de lo dispuesto en la Ley de Arrendamientos Urbanos (69).

Resulta conveniente tener una noción, siquiera sea aproximada y concisa, de cada una de dichas operaciones, con el fin de mejor comprender la argumentación jurídica que en torno a las mismas se realice en este trabajo. Además, también parece oportuno analizar si ciertas operaciones, no expresamente mencionadas en el actual artículo 32.3 LAU, próximas a la fusión, transformación o escisión, han de considerarse excluidas del ámbito de aplicación de dicho precepto o si, por el contrario, es defendible su inclusión en él.

3.4.1. *Fusión*

La fusión es la transmisión del entero patrimonio de una o más sociedades a otra ya existente (fusión por absorción) o de nueva constitución (fusión por creación). Como la diferencia entre la fusión por absorción y la fusión por

(67) Como observa EMBID IRUJO: «Dentro de las modificaciones que sufren las sociedades mercantiles en el curso de su existencia, podemos aislar una categoría que, en los últimos tiempos, recibe el nombre de *modificaciones estructurales*. Aparecen integradas, desde un punto de vista legal, en las modificaciones de los estatutos, pero sin duda, van más allá. En aquéllas está en juego la misma existencia o configuración básica de la sociedad modificada. Además, algunas de estas alteraciones sólo son posibles con la intervención de otras sociedades. Como consecuencia de ello, el Derecho de sociedades contiene un *régimen especial* para algunas modificaciones estructurales especialmente destacadas en la práctica. Se trata, como es bien sabido, de la *transformación*, la *fusión* y la *escisión*» («La fusión y la escisión en la nueva Ley de Sociedades Anónimas», *Jornadas sobre el nuevo régimen jurídico de la sociedad anónima*, Centro de Estudios Judiciales, Colección CURSOS, vol. 8, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 143).

(68) Así, DOMÍNGUEZ LUELMO, *op. loc. cit.*, pág. 422.

(69) *Vide supra*, el epígrafe 3.1.

creación de nueva sociedad ya la indiqué en otro momento (70), huelga volver a insistir aquí sobre ello. Sin embargo, no está de más poner de relieve que tanto en el caso de la fusión por absorción, como en el de la fusión por creación de una nueva sociedad, dicha operación produce como principales efectos: 1.º, el total traspaso del activo y del pasivo de una o más sociedades a la sociedad destinataria, que podrá ser una ya existente (sociedad absorbente) o, por el contrario, una que se constituye expresamente a tal fin (sociedad de nueva creación); 2.º, a consecuencia del efecto anterior, el segundo consiste en que los socios de las sociedades que han transmitido todo su patrimonio recibirán acciones (o participaciones) de la sociedad destinataria de aquél y, complementariamente en determinados supuestos excepcionales, una cantidad de dinero; y 3.º, la extinción de las sociedades que han transmitido su patrimonio (71).

Como se puede observar (a diferencia de otros actos societarios típicos) la fusión implica siempre la intervención de al menos dos sociedades.

3.4.2. *Transformación*

La transformación es el cambio experimentado por una compañía consistente en dejar de revestir la forma de un determinado tipo de sociedad para pasar a tener otra forma distinta, conservando, sin embargo, la misma personalidad jurídica.

El dato de la conservación de la misma personalidad jurídica es esencial, dentro de nuestro ordenamiento jurídico, para distinguir la transformación de una sociedad de aquel otro supuesto que consiste en la disolución de una compañía y en la simultánea constitución de otra nueva sociedad con el patrimonio de la sociedad disuelta, pues en este caso no se conserva la misma personalidad jurídica (72). Así se pone particularmente de manifiesto en el artículo 228 LSA, en cuyo primer párrafo se establece: «La transformación efectuada con arreglo a lo prevenido en los artículos anteriores no cambiará la personalidad jurídica de la sociedad, que continuará subsistiendo bajo la forma nueva», mientras en el párrafo segundo se dispone: «Lo establecido en el apartado anterior no será aplicable cuando la junta general de una sociedad anónima acuerde la disolución de la sociedad y la constitución de otra de distinta forma».

(70) *Vide supra*, el epígrafe 1.

(71) Consúltase, GÓMEZ PORRÚA, *op. cit.*, pág. 36 y sigs.; FARRANDO, *op. loc. cit.*, pág. 3; ROJO, *op. loc. cit.*, pág. 349; y URLA, *Derecho mercantil*, Madrid, 1994, pág. 406.

(72) Consúltase, GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*, t. 1, séptima edición revisada con la colaboración de Alberto Bercovitz, Madrid, 1976, pág. 575; y URLA, *op. cit.*, pág. 397.

3.4.3. *Escisión*

La escisión es aquella operación mediante la cual se divide total o parcialmente el patrimonio de una sociedad para transmitir, sin que proceda liquidación alguna, la parte o partes resultantes a otras tantas sociedades preexistentes o que se creen con este objeto (73).

Se suele distinguir la llamada escisión «propia» de la «impropia». La escisión propia es aquella que tiene lugar cuando una sociedad acuerda su disolución y transmite sin liquidación todo su patrimonio a dos o más sociedades beneficiarias, convirtiéndose los socios de la primera en miembros de las segundas. Por el contrario, en el caso de la escisión impropia o parcial, la sociedad que se escinde acuerda segregar, transmitiendo en bloque, uno o varios conjuntos patrimoniales a una o varias sociedades beneficiarias, recibiéndolo los socios de la primera las participaciones o acciones que les corresponden en las segundas (74).

Un aspecto interesante a destacar de la escisión, por el paralelismo y proximidad que supone respecto de la fusión, es el de que la escisión, ya sea propia o impropia, puede serlo por absorción o por constitución de nueva o nuevas sociedades desde la perspectiva de las sociedades beneficiarias. En el caso de la escisión por absorción, la sociedad o sociedades beneficiarias existían con anterioridad. Por el contrario, en el caso de la escisión por constitución de nueva o nuevas sociedades, éstas, las beneficiarias, se crean con el exclusivo objeto de recibir o recoger las unidades segregadas. Pueden darse combinaciones intermedias, pues, nada impide que las sociedades objeto de la escisión se dividan totalmente y se extingan o que tan sólo se segregue una parte de ellas subsistiendo la restante, ni que alguna o algunas de las beneficiarias sean de nueva constitución, y otras preexistentes a la escisión, dando lugar, en este último caso, a la variante denominada «escisión-fusión» (75), a la que, por lo que aquí interesa, también será referible lo que se diga respecto de la fusión.

(73) Véase, CORTÉS, *op. loc. cit.*, pág. 389.

Sobre el concepto de escisión resulta interesante la RDGRN de 10 de junio de 1994 (RJ 4915).

(74) La escisión propia se caracteriza, en consecuencia, por la concurrencia de tres requisitos: 1) la disolución y extinción de la sociedad que se escinde; 2) la transmisión sin liquidación de todo el patrimonio social, activo y pasivo, a dos o más sociedades beneficiarias; 3) la conversión de los socios de la sociedad que se extingue en socios de las beneficiarias de acuerdo con la distribución que se haya acordado. Por su parte, la escisión impropia viene delimitada por la presencia de distintos presupuestos: 1) ausencia de disolución y de extinción de la sociedad que se escinde; 2) transmisión en bloque de parte del patrimonio social a una o varias sociedades; 3) atribución a los socios de la primera de participaciones o acciones en las segundas (consúltase, CORTÉS, *op. loc. cit.*, pág. 390).

(75) *Vide*, CORTÉS, *op. loc. cit.*, pág. 390, y EMBID IRUJO, *op. loc. cit.*, pág. 160

3.4.4. *Operaciones excluidas del ámbito de aplicación del artículo 32 3 LAU*

Cabe plantearse la cuestión de si aquellos supuestos que en el artículo 31, números 1, 2 y 3 TRLAU 1964, no se reputaban traspaso —además del ya conocido de la transformación, fusión o escisión, recogido en el núm. 4 de dicho precepto— deben seguir recibiendo el mismo tratamiento.

Esos supuestos o excepciones a la regla general del traspaso eran: 1.º, la asociación que, exclusivamente entre sí, realizasen los hijos del titular arrendatario del local de negocio que hubiere fallecido, aunque formase parte de ella el cónyuge sobreviviente; 2.º, la cesión que del local de negocio o del negocio mismo efectuasen el arrendatario a una cooperativa u otra unidad sindical, constituida con mayoría de los productores obreros que en él estuvieran empleados, aunque sí se reputaba existente el traspaso cuando la que hubiera adquirido el local lo cediera a otro; y 3.º, cuando por ministerio de la ley una empresa individual que ocupase un local de negocio arrendado debía convertirse en cualquier forma de sociedad.

Entiendo que no deben plantearse dudas, en la actualidad, acerca del sometimiento de los dos primeros supuestos al régimen general del artículo 32 LAU (76). Cuestionable es, en cambio, que el tercer supuesto no deba recibir el mismo trato jurídico que los de fusión, transformación o escisión, porque no es justo tratar como cedente, con todas las consecuencias jurídicas que ello comporta, a quien se ve forzado a ceder por imperativo legal. Parece que por razones de justicia material, y aunque ello suponga forzar un poco las cosas, la excepción que se establece en el número 3 del artículo 32 LAU debería aplicarse, siquiera sea por analogía, al supuesto en que una empresa individual arrendataria tenga que convertirse en sociedad por imperativo legal, a no ser que la Ley, que eso imponga al propio tiempo, prevea la no existencia de cesión del contrato de arrendamiento de que sea titular la empresa en cuestión (77).

(76) Así, BERCOVITZ, *op. loc. cit.*, pág. 712, y PARA MARTÍN, *op. loc. cit.*, pág. 497.

(77) En sentido parecido, esgrimiendo distinta argumentación, se ha pronunciado cierta doctrina. Así, según DOMÍNGUEZ LUELMO: «La nueva Ley de Arrendamientos Urbanos no se refiere a este supuesto, pero la solución debe ser la misma que la del artículo 31.3 del texto de 1964. De lo contrario, si se hubiera pactado en el contrato la prohibición de la cesión, una disposición legal de este tipo conllevaría la posibilidad de resolver estos contratos por el arrendador, sin que el arrendatario empresario tuviera otra opción que la de convertirse obligatoriamente en una forma societaria» (*op. loc. cit.*, pág. 420). Por su parte, PARA MARTÍN sostiene: «Si una empresa individual debe convertirse en sociedad por imperativo legal, parece que lo adecuado es no entender que existe cesión. Por ello si alguna excepción habría de mantenerse del artículo 31 es ésta, pues no es justo el incrementar un 20 por 100 la renta a quien se ve forzado a ceder por imperativo legal. La verdad es que la situación difícilmente se producirá, y, en cualquier

Dado que la disposición contenida en el número 3 del artículo 32 LAU es excepcional, debe ser objeto, en principio, de una interpretación no extensiva, por lo que no deben considerarse incluidos en su ámbito de aplicación supuestos tales como la aportación de finca arrendada por el arrendatario, persona física, a una sociedad; la constitución de una sociedad entre el arrendatario y uno o varios terceros; o la constitución de una sociedad por las personas que forman una comunidad que figura como arrendataria (78).

3.4.5. *Operaciones de posible inclusión en el ámbito de aplicación del artículo 32.3 LAU*

No es ocioso plantearse la cuestión relativa a si cabe incluir en el ámbito de aplicación del artículo 32.3 LAU ciertas figuras afines a la fusión (79), por ser asunto del que ya han tenido ocasión de conocer los Tribunales (80).

En concreto, por ejemplo, la SAP de Málaga de 4 de marzo de 1993 (81), tuvo que resolver el problema de si la compra de la práctica totalidad de las acciones de la sociedad arrendataria por otra implica la introducción de un tercero en el vínculo arrendaticio, llámese a tal introducción, cesión, traspaso o subarriendo, violándose así la prohibición legal de que el local sea ocupado parcial o totalmente por persona distinta del arrendatario sin autorización del arrendador, lo cual, en la anterior legalidad, era causa de resolución del contrato de arrendamiento. En esta sentencia se afirma al respecto —si bien refiriéndose al art. 31.4 TRLAU 1964—, en el fundamento de derecho quinto: «De los tres supuestos (transformación, escisión o fusión) es el último el que se asemeja a lo relatado en los hechos probados, más concretamente a una fusión por absorción (...) debiendo resaltarse que en este caso se opera la disolución y extinción de la

caso, puede sostenerse que, al ser una cesión forzosa, está excluida del precepto que se comenta» (*op. loc. cit.*, pág. 496).

(78) Supuestos a los que se refiere más extensamente DOMÍNGUEZ LUELMO, *op. loc. cit.*, pág. 419.

(79) Llamadas por algunos autores «fusiones impropias» (cfr. VICENT CHULIÁ, *op. cit.*, t. I, vol. 2.º, pág. 869 y sigs.).

(80) Además, como señala VICENT CHULIÁ: «En la actualidad, especialmente desde la década de los ochenta, primero en los Estados Unidos e inmediatamente después en Europa, asistimos a un intenso movimiento de *fusiones y adquisiciones* (es decir, de fusiones propias e impropias), que se intensificará entre nosotros a partir de 1993, con la consolidación del Mercado Interior. Este movimiento supone la formación de “un auténtico *mercado de control societario* que se caracteriza por tener por objeto no bienes propiamente dichos (ni siquiera acciones, en sí mismas consideradas) sino el control de las empresas que se organizan bajo forma de sociedad anónima”» (*op. cit.*, t. I, vol. 2.º, pág. 859 y sigs.).

(81) Cfr. RGD, 1993, pág. 5424.

sociedad absorbida, lo que sin embargo no ha sucedido en el supuesto que analizamos en que tan sólo concurre una compraventa de acciones con sobrevivencia de las dos sociedades... la compra de acciones y la fusión, si se hubiese producido, obedecen a una misma finalidad, cual es la de dominación de una sociedad por otra, aún cuando como hemos dicho en un caso se produzca la absorción y en otro la subsistencia de las personas jurídicas, pero con una ligazón ineludible, propia de las empresas transnacionales. El espíritu de la nueva redacción del artículo 31 de la Ley de Arrendamientos Urbanos es el de evitar que la concentración o diversificación empresarial acarree un perjuicio derivado en los derechos arrendaticios que ostente, y dicho fenómeno de expansión económico de las sociedades se da tanto en los supuestos de fusión como en los de adquisición de prácticamente el total de las acciones de una sociedad, situación a la que ya no debe dársele peor trato, ya que carecemos de motivación para ello (art. 14 de la Constitución)... Por lo expuesto se deduce que tras la modificación de la Ley de Arrendamientos Urbanos no es operante la jurisprudencia antes analizada y alegada, pues la compra de acciones..., el cambio de nombre comercial y la creación del nuevo Banco..., no constituyen traspaso, pues su finalidad y efectos son similares a los de una fusión por absorción de sociedades. Todo ello sin perjuicio del derecho que le reconoce a la arrendadora el artículo 31 de la Ley de Arrendamientos Urbanos a elevar la renta como si el traspaso se hubiera producido» (82).

Parecen atinados los razonamientos que se hacen en esta sentencia, ya que contemplado el acto por el cual una sociedad adquiere todas (o la práctica totalidad de) las acciones de otra sometiéndola así a su absoluto señorío desde un punto de vista económico —criterio que parece ser el decisivo, el *leit motiv* en suma, del trato privilegiado que se dispensa a la fusión, transformación y escisión en el artículo 32.3 LAU—, tanto vale tener todas (o casi todas) las acciones de una sociedad como adquirir el patrimonio entero (o casi todo el patrimonio) de ésta a través de una operación de fusión, aunque desde un punto de vista jurídico los dos fenómenos no coincidan y sólo tengan una indudable afinidad (83).

Análogas consideraciones cabría hacer, quizá respecto de otras figuras próximas o afines a la fusión. Tal es el caso de las uniones de sociedades que no suponen la extinción, al menos formal, de ninguna de las sociedades coalescidas, como son el cartel, los sindicatos, las comunidades de intereses, los

(82) Véanse, también, la SAP de Oviedo, de 16 de diciembre de 1991 (*RGD*, 1992, pág. 2165); y la SAP de Oviedo, de 26 de octubre de 1993 (*RGD*, 1994, pág. 2660). Sin embargo, en la SAP de Sevilla, de 22 de junio de 1992, parece que se resuelve un supuesto similar de forma distinta (*RGD*, 1994, pág. 8901 y sigs.).

(83) Véase, Uría, *op. cit.*, pág. 404

holdings (84), etc. O el caso de la cesión en bloque del patrimonio de una sociedad a otra. Operación jurídica esta con la que lo más que se conseguirá es la confusión de dos patrimonios sociales hasta entonces separados, pero no la reagrupación de los socios de dos sociedades distintas (85).

No obstante, conviene ser prudentes y no precipitarse a la hora de diagnosticar si estas figuras afines a la fusión merecen igual trato jurídico *sic et simpliciter* que esta operación societaria en el supuesto previsto en el artículo 32.3 LAU, por constituir esta disposición una excepción a una regla general que no permite sin más una interpretación extensiva, sino una búsqueda de su verdadero sentido dentro de lo que autorizan sus propios términos y finalidad. Por ello, lo más correcto y sensato será, en mi opinión, examinar en cada caso concreto si concurren circunstancias suficientes —insisto, conforme al espíritu y finalidad del art. 32.3 LAU— que justifiquen un trato semejante al de la fusión de las mencionadas figuras afines a la misma a efectos de la aplicación del artículo 32.3 LAU.

4. CONSECUENCIA JURIDICA DEL ARTICULO 32.3 LAU

Como ya anticipé (86), el segundo elemento de la norma es la consecuencia jurídica. La norma trata de ligar a un supuesto de hecho una determinada consecuencia o efecto jurídico. La consecuencia jurídica, se ha dicho, no pertenece al mundo de la «facticidad» o de la «realidad», sino al de la «normatividad», porque producido un supuesto de hecho, la consecuencia jurídica sólo tiene lugar si se prevé (y tal como se prevé) en una norma, por ser producto de una valoración jurídica y constituir una creación del espíritu humano al reaccionar sobre la realidad social (87).

La consecuencia jurídica ligada al supuesto de hecho del artículo 32.3 LAU consiste en la posibilidad que se confiere al arrendador de elevar la renta. Sin embargo, por contraposición con los efectos jurídicos vinculados a la regla general regulada en el artículo 32 LAU —a la que se conecta también como consecuencia jurídica la necesidad de notificar la cesión al arrendador—, puede decirse que en el caso excepcional regulado en el número 3 del artículo 32, otro efecto jurídico, además del principal —consistente, como he dicho ya, en el (posible) aumento de la renta—, es la innecesariedad de

(84) Es interesante a este respecto la STS de 22 de octubre de 1988 (RJ 7631), en la que se aborda el tema de la absorción de la sociedad arrendataria por otra y su posterior integración en «holding empresarial».

(85) Consúltase sobre la diferencia de la fusión con otras figuras afines, URÍA, *op. cit.*, pág. 404.

(86) *Vide supra*, el apartado 3.

(87) Véase Díez-PICAZO, *Experiencias jurídicas .. cit.*, pág. 63.

notificar de forma fehaciente al arrendador en el plazo de un mes a partir de la fusión, transformación o escisión, que ha tenido lugar alguna de estas operaciones societarias en la que se halla implicada la sociedad arrendataria.

De ahí que resulte oportuno estudiar tanto los aspectos relativos a la elevación de la renta, como las repercusiones que en el orden jurídico puede tener la no exigibilidad de la notificación al arrendador del incremento de la renta. Todo ello sin perjuicio de la posibilidad con que cuentan las partes contratantes de acordar la producción de otros efectos en los supuestos de fusión, transformación o escisión (v.gr., la necesidad del consentimiento del arrendador, el reconocimiento de derechos en favor de éste no comprendidos en el artículo 32 LAU, la consideración como cesión de esas operaciones societarias, etc.) (88).

4.1. ELEVACIÓN DE LA RENTA

El derecho del arrendador a elevar la renta del arriendo se establece para los casos de fusión, transformación o escisión en los mismos términos en que esta elevación está prevista para el supuesto general de cesión, es decir, en un 20 por 100 (cfr. núm. 2 del art. 32.3 LAU).

No obstante, puede suscitarse la duda de si en los supuestos que podríamos denominar de «escisión parcial-fusión» (89) —ya sea arrendataria la sociedad que se escinde o la beneficiaria de la escisión— la elevación de la renta exigible por el arrendador sólo puede ser del 10 por 100, por ser caso asimilable al del subarriendo parcial. Entiendo que debe descartarse esta posibilidad porque esa menor elevación de la renta tan sólo está prevista para los casos de subarriendo parcial, figura muy distinta a la calificable como «escisión parcial-fusión». A lo que se debe añadir que el número 3 del artículo 32 LAU habla de «cambio producido en la persona del arrendatario» sin precisar si éste ha de haber sido parcial, total, o de qué modo (90).

La elevación de la renta es un derecho concedido al arrendador exclusivamente supeditado a la facultad que se otorga a la sociedad arrendataria de fusionarse, transformarse o escindirse. Por ello, a partir del momento en que alguna de esas operaciones societarias tenga lugar, podrá exigirse la elevación de la renta y su mantenimiento durante el plazo fijado contractualmente para el arrendamiento y sus sucesivas prórrogas, sin que ello impida, además, su revalorización según lo previsto.

(88) Así, PARA MARTÍN, *op. loc. cit.*, pág. 500.

(89) *Vide supra*, el apartado 3.4.3.

(90) Se plantea también esta cuestión y la resuelve de forma parecida, DOMÍNGUEZ LUELMO, *op. loc. cit.*, pág. 424.

En la actualidad el artículo 32.2 LAU habla de «renta en vigor» (esto es, de la resultante tras ser revalorizada o actualizada la inicial según lo pactado por las partes) (91), no de renta que satisfaga el arrendatario al efectuarse la operación societaria en cuestión (92), lo que evita conflictos sobre cuál es su cuantía —a efectos de aplicar sobre la misma la elevación de la renta por la fusión, transformación o escisión de la sociedad arrendataria—, en caso de que todavía no se haya exigido su revalorización según lo previsto, o esté pendiente su determinación de que recaiga sentencia judicial y, por tanto, todavía el arrendador no cobre (o el arrendatario satisfaga) la «renta en vigor». De ahí que sea defendible la exigibilidad del aumento de la renta desde la verificación de alguna de las operaciones societarias de que habla el artículo 32.3 LAU, aunque el arrendador haya tenido conocimiento de la misma mucho después —máxime cuando la sociedad arrendataria no tiene obligación jurídica de notificar tal cambio— (93) e incluso aunque haya recibido el pago de rentas sin el aumento correspondiente a la fusión, transformación o escisión, antes de haberse enterado de que alguna de estas operaciones societarias tuvo lugar.

En el concepto de «renta en vigor» debe incluirse, pues, la pactada con los incrementos producidos por aplicación del sistema de actualización previsto. De modo que cuando en el recibo de la renta se giren otros gastos a cargo del arrendatario que excedan de lo que estrictamente hay que entender por renta, se han de descontar éstos para determinar el importe sobre el que se debe aplicar el tanto por ciento establecido (94).

La elevación de la renta procede en cualquier caso de fusión, transformación o escisión, haya o no cambio de personalidad jurídica en la sociedad arrendataria, pues el artículo 32.3 LAU no distingue. Mas, el problema que se plantea en estos supuestos es el de concretar el momento preciso a partir del cual el arrendador puede ejercitar su derecho a aumentar la renta.

(91) Es indudable que de haberse establecido una cláusula de estabilización u otro sistema de actualización de la renta inicial, el aumento de la misma por fusión, transformación o escisión debe aplicarse sobre la revalorizada. Lo que no siempre acontecerá, puesto que a diferencia de lo previsto en el artículo 18 LAU, en el que se establece una actualización *ex lege* para las rentas de los arrendamientos de vivienda, nada igual se prevé en la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos para los arrendamientos destinados a un uso distinto del de vivienda (cfr. PARA MARTÍN, *op. loc. cit.*, pág. 493, nota 8).

(92) Recuérdese que el artículo 42 TRLAU 1964, al que implícitamente remitía el artículo 31.4 TRLAU 1964, a efectos de elevación de la renta en los supuestos de transformación, fusión o escisión, literalmente decía: «Cada traspaso que se efectúe conforme a lo dispuesto en esta sección dará derecho al arrendador a aumentar la renta en la cuantía que convenga con el cesionario, o a falta de acuerdo en un 15 por 100 de la *renta que satisfaga el arrendatario en el momento de realizar el traspaso*» (el subrayado es mío).

(93) Véase el epígrafe siguiente en el que se aborda esta cuestión.

(94) Así, FÍNEZ, *op. loc. cit.*, pág. 348; y BERCOVITZ, *op. loc. cit.*, pág. 709.

En defecto de pacto, pienso que como según la doctrina mercantilista mayoritaria la inscripción en el Registro Mercantil de los acuerdos de fusión, transformación o escisión tiene carácter constitutivo (y en cualquier caso condicionante de su eficacia) (95), sólo a partir de ese instante nace para el arrendador el derecho a elevar la renta (96).

El aumento de la renta se producirá, en defecto de pacto, cada vez que se celebre una operación societaria de las mencionadas en el artículo 32.3 LAU, dado que nada en sentido distinto se prevé.

Por lo demás, nada impide pactar un aumento de la renta con ocasión de alguna de las ya tan aludidas operaciones societarias, diferente del establecido en el número 2 del artículo 32 LAU.

4.2. INNECESARIEDAD DE NOTIFICAR LA ELEVACIÓN DE LA RENTA

El derecho a ser notificado que se reconoce al arrendador en los casos de cesión y subarriendo (cfr. art. 32.4 LAU) está estrechamente relacionado con el derecho que tiene a elevar la renta, pues el primero facilita el ejercicio del segundo (97). Su omisión, en los supuestos generales de cesión y subarriendo, legitima al arrendador para resolver el contrato de arrendamiento *ex artículo 35 LAU* («El arrendador podrá resolver de pleno derecho el contrato... por la cesión o subarriendo del local, incumpliendo lo dispuesto en el artículo 32»).

No se prevé lo mismo para los supuestos de fusión, transformación o escisión, por lo que parece que ahora la virtualidad del número 3 del artículo 32 LAU consiste, precisamente, en autorizar al arrendador a elevar la renta, ahorrando —ilógicamente— (98) a la sociedad arrendataria el trámite de notificar la operación societaria llevada a cabo, dado que al no reputarse cesión, no será necesaria su notificación al arrendador, sólo expresamente prevista para los casos de cesión y subarriendo con carácter general.

Una posible justificación a la exención del cumplimiento del requisito de notificar en los casos del número 3 del artículo 32 LAU, podría hallarse en

(95) Consúltese sobre esto, por lo que hace a las sociedades anónimas, VICENT CHULIÀ, *op. cit.*, t. I, vol. 2.º, pág. 862, y GÓMEZ PORRÚA, *op. cit.*, pág. 228; y respecto de las sociedades de responsabilidad limitada COOPERS & LYBRAND, *La nueva Ley de Sociedades Limitadas. Guía práctica para la adaptación*, Madrid, 1995, pág. 94; e IRIARTE IBARGUEN, *La nueva sociedad de responsabilidad limitada*, Bilbao, 1995, pág. 95.

(96) Véase, FINEZ, *op. loc. cit.*, pág. 348; y DOMÍNGUEZ LUELMO, *op. loc. cit.*, pág. 424.

(97) Como observan LOZANO/DE FUENTES: «Precisamente para la efectividad del derecho al incremento de la renta es para lo que la Ley prevé el régimen de notificaciones *ex post* en los casos en que el consentimiento del arrendador a la cesión no es exigible *ex ante*» (*op. cit.*, pág. 211).

(98) Pues ello dificulta el ejercicio del derecho que tiene el arrendador a elevar la renta, que la propia Ley concede.

la publicidad que obligatoriamente debe darse a tal tipo de operaciones societarias (99), pues una vez han sido adoptados los acuerdos de transformación, fusión o escisión, deben publicarse tres veces en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y en dos periódicos de gran circulación en la provincia o provincias en las que las sociedades tengan su domicilio [cfr. por lo que hace a las sociedades anónimas, respectivamente, los arts. 224.2, 242 y 254 (este último por la remisión que hace a las normas de la fusión) LSA] (100). Piénsese en que la finalidad de tal publicidad prevista legalmente, es que el concreto acuerdo relativo a una de esas operaciones llegue a conocimiento de todos los interesados en ella, ya se trate de socios o de terceros (entre los que se encuentra el arrendador), antes de que empiece a producir efectos tras su inscripción en el Registro Mercantil (101).

Con todo, no parece que la publicidad que se impone legalmente a los acuerdos de fusión, transformación o escisión de la sociedad arrendataria sea oponible al arrendador a efectos de la elevación de la renta (102), por ser demasiado genérica y favorecer actuaciones reprobables por parte de la sociedad arrendataria (103), ya que fácilmente podrá realizar operaciones societarias de ese tenor ocultando al arrendador su realidad, sin estar sujeto el contrato de arrendamiento a resolución por incumplimiento del deber de notificar —ya que éste no se les impone, como he indicado ya—, exponiéndose solamente a que el arrendador, una vez descubierta la operación, reclame los aumentos atrasados (104). Por ello hay que entender que el derecho del arrendador a exigir el aumento de la renta no comenzará a prescribir hasta que éste realmente conozca «el cambio producido» en la sociedad arrendataria a consecuencia de una de esas modificaciones estructurales a que alude el artículo 32.3 LAU.

(99) *Sic*, CASALS GENOVER y OTROS, *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994*, Barcelona, 1995, pág. 225.

(100) Esto también es predicable de las sociedades de responsabilidad limitada por la remisión en bloque que realiza su Ley reguladora a la Ley de Sociedades Anónimas (*vide*, COOPERS & LYBRAND, *op cit.*, pág. 92; e IRIARTE IBARGUEN, *op cit.*, pág. 94).

(101) Así, por ejemplo, respecto de la fusión, establece el artículo 245.2 LSA: «Sin perjuicio de los efectos atribuidos a la necesaria publicación en el “Boletín Oficial del Registro Mercantil”, la eficacia de la fusión quedará supeditada a la inscripción de la nueva sociedad o, en su caso, a la inscripción de la absorción».

(102) Así, FINEZ, *op. loc cit.*, pág. 345.

(103) Ello estimo que es así, respecto del caso de que hablamos, a pesar de que algún autor entiende que se trata de una dura exigencia de publicidad. Así, GÓMEZ PORRÚA señala: «esta dura exigencia de publicidad que la Ley de Sociedades Anónimas establece para los acuerdos de fusión, prueba hasta qué punto el legislador, al igual que lo fue el del 51, es consciente de que nos encontramos ante una de las operaciones más trascendentes que puede depararnos la dinámica societaria. No ya sólo por la significación económica de la fusión, sino sobre todo por las graves consecuencias que de ella se derivan para los socios, los acreedores y para las propias sociedades que en ella intervienen» (*op. cit.*, pág. 211).

(104) En este sentido se pronuncia PARA MARTÍN, *op. loc cit.*, pág. 496

Sostienen, sin embargo, algunos autores, que también en los casos del número 3 del artículo 32 LAU existe la obligación de notificar las operaciones societarias que esta norma contempla, bien por entender que viene impuesta por la necesidad de hacer operativo dicho derecho a la elevación de la renta (105), o bien por considerar que debe realizarse la notificación en un plazo prudencial de tiempo conforme al uso y a la buena fe (106).

A pesar de ser meritorios los esfuerzos realizados a nivel doctrinal para intentar justificar la obligatoriedad o necesidad de notificar al arrendador la fusión, la transformación o la escisión, porque sin la exigibilidad de este requisito la propia Ley dificulta el ejercicio del derecho a elevar la renta que concede al arrendador, creo que la literalidad del precepto no deja lugar a dudas sobre la no imposición de la obligación de notificar en los casos de constante referencia (107). Además, si se entendiera que el artículo 32 LAU obliga a notificar también en el supuesto de su número 3, podría incluso decirse que dicho párrafo estaría de sobra (108), porque los efectos jurídicos en el caso de la cesión en general y en el supuesto de la fusión, transformación o escisión de la sociedad arrendataria serían los mismos (derecho del arrendador a elevar la renta y obligación de la sociedad arrendataria de notificar el cambio producido).

Aunque no se llegan a adivinar ni a comprender las razones del trato privilegiado que se dispensa a las sociedades arrendatarias en los casos del artículo 32.3 LAU, por lo que hace a la no imposición de la obligación de notificar, como parece que no hay más remedio que acatar la Ley en este punto, el único recurso con que cuentan los arrendadores para evitar esa especial protección otorgada legalmente a las sociedades arrendatarias en los supuestos de que hablamos, es prever expresamente al otorgar el contrato de arrendamiento la obligación de notificar, en su caso, las operaciones de fusión, transformación o escisión a que eventualmente se someta la sociedad arrendataria (109).

Sea como fuere, cabe esperar que en la mayoría de ocasiones la sociedad arrendataria obre de buena fe, y antes o después, expresa o tácitamente, notifique la fusión, transformación o escisión al arrendador, con el fin de darle a conocer el cambio operado para que pueda éste hacer valer su derecho a incrementar la renta, pues es lo mínimo que cabe esperar de un arrendatario al que se le ha permitido experimentar un cambio de envergadura prescindiendo del consentimiento del arrendador. Ahora bien, en este caso, por su-

(105) *Sic*, SÁNCHEZ GONZÁLEZ, *op. loc. cit.*, pág. 306.

(106) En este sentido, CUATRECASAS, *op. cit.*, pág. 259.

(107) Cfr. LOZANO/DE FUENTES, *op. cit.*, pág. 211.

(108) Así, PARA MARTÍN, *op. loc. cit.*, pág. 497.

(109) Véase, PARA MARTÍN, *op. loc. cit.*, pág. 496; y LOZANO/DE FUENTES, *op. cit.*, pág. 211.

puesto, no es exigible ni necesario que la notificación se realice de forma fehaciente, ni en el plazo de un mes desde que se concertó la concreta operación societaria, a no ser que así se haya estipulado (110).

Quizá, en los casos en que exista un cambio real de personalidad jurídica en la sociedad arrendataria, una razón que mueva a la inicial arrendataria a notificar la operación societaria llevada a cabo sea el hecho de que como realmente se ha producido una cesión, mientras ésta no se notifique, la cedente continuará respondiendo frente al arrendador del pago de la renta y del íntegro cumplimiento del contrato.

De otro lado, no se pueden ignorar los serios inconvenientes con que se puede encontrar el arrendador para hacer efectivo su derecho a la elevación de la renta, por lo que hace a la legitimación pasiva (111), cuando ya se ha operado el cambio en la sociedad arrendataria a consecuencia de la fusión, transformación o escisión. En cualquier caso, dada la situación de desventaja en que coloca el artículo 32.3 LAU en los supuestos a que se refiere al arrendador, su deficiente conocimiento de las operaciones societarias acaecidas o su total desconocimiento (inicial) de las mismas, no deben perjudicarle en ningún caso, por lo que deben intentar salvarse las irregularidades procesales en que por esta causa pueda incurrir, de la mejor manera posible.

5. LA FUSION COMO SUPUESTO DETERMINANTE DE LA ELEVACION DE LA RENTA

Hasta aquí me he referido tanto a la fusión como a la transformación y a la escisión al analizar las cuestiones suscitadas en torno al artículo 32.3 LAU, prestando algo más de atención a la fusión, por ser la diversidad de interpretaciones de que ha sido objeto el artículo 31.4 TRLAU 1964, respecto de esta operación societaria, la causa de cierta jurisprudencia contradictoria, cuyo estudio es el objeto principal de este trabajo.

La explicación de esa jurisprudencia contradictoria originada por las distintas interpretaciones que se hicieron del anterior artículo 31.4 TRLAU 1964, hay que buscarla en la existencia de dos clases de fusión y en la *ratio* inicial del trato excepcional dispensado a dicha operación societaria en el citado precepto.

Resulta imprescindible para una mejor comprensión de la problemática planteada conocer, siquiera sea de forma genérica sin entrar en excesivos detalles, los datos fácticos de los que partieron las sentencias en las que el artículo 31.4 TRLAU 1964 fue objeto de diferentes y contrapuestas interpretaciones.

(110) Consúltase BERCOVITZ, *op loc. cit.*, pág. 711.

(111) Véase FINEZ, *op loc cit*, pág. 345.

Los antecedentes de hecho de esas sentencias en las que el asunto que nos ocupa se resolvió de forma radicalmente distinta, son análogos o similares, al caracterizarse todos ellos por una serie de connotaciones comunes.

La parte actora interponía demanda reclamando que se declarase su derecho a elevar la renta que pagaba la sociedad bancaria arrendataria de un local de negocio de su propiedad, como consecuencia de la fusión por absorción que había tenido lugar entre un determinado Banco (arrendatario y sociedad absorbente) y otro (entidad absorbida) (112).

La parte demandante basaba su pretensión en que el artículo 31.4 Texto Refundido LAU 1964 (homónimo del actual art. 32.3 LAU) le reconocía tal derecho. A dicha pretensión se oponía la parte demandada alegando que no procedía dicho aumento porque cuando el artículo 31.4 (recuérdese, hoy 32.3) hablaba de fusión, se refería sólo a la fusión *strictu sensu* (o fusión con creación de nueva sociedad) y no a la fusión por absorción (113).

Este conflicto de intereses fue resuelto, como anticipé, de forma contradictoria por las Audiencias Provinciales. Así, según ciertas secciones de diferentes Audiencias Provinciales, no procedía elevar la renta si se trataba de una fusión por absorción, en la que la sociedad arrendataria era la sociedad absorbente, porque entonces ésta no cambiaba de personalidad jurídica y no existía un traspaso real, pues se consideraba que era el traspaso acaecido en realidad (aunque legalmente no se reputara como tal) y la exoneración de todo lo que comportaba, lo que justificaba la elevación de la renta (114). Traspaso real y efectivo que no se producía si la sociedad arrendataria era la absorbente, pues en ese caso su personalidad jurídica no padecía alteración alguna (115).

(112) La fusión ha ido tomando cierto auge en los últimos años a causa, fundamentalmente, de las fusiones bancarias (cfr. GÓMEZ PORRÚA, *op. cit.*, pág. 14).

Caso paradigmático fue el de la fusión por absorción del Banco Central, S. A., y el Banco Hispanoamericano, S. A. En este supuesto, de sobra conocido por la opinión pública a través de los medios de comunicación, el Banco Central, S. A., que tenía suscritos numerosos contratos de arrendamiento de local de negocio, y el Banco Hispanoamericano, S. A., se fusionaron el 27 de diciembre de 1991, mediante la absorción del segundo por el primero, con transmisión en bloque de todo el patrimonio activo y pasivo del Banco Hispanoamericano, S. A., a favor del Banco Central, S. A., que lo adquirió por sucesión universal, subrogándose en todos sus derechos, acciones y obligaciones, pasando a llamarse para lo sucesivo «Banco Central Hispanoamericano, S. A.», subsistiendo la personalidad jurídica del Banco Central, S. A. —a pesar del cambio de denominación experimentado—, no así la del Banco Hispanoamericano, S. A., que fue el que quedó absorbido por el primero.

(113) Véase, sobre las diferencias entre estas dos clases de fusión, los epígrafes 1 y 3.4.1.

(114) Hace especial hincapié en este extremo la SAP de Valencia, de 28 de junio de 1993 (RGD, 1993, pág. 6427).

(115) Así sucedió en el caso de la fusión del Banco Central, S. A., que absorbió al Banco Hispanoamericano, S. A., como ya indiqué, *supra*, en la nota 112. Véanse, en el

En cambio, otras secciones de distintas Audiencias Provinciales y, en algún caso, de una misma Audiencia Provincial, interpretaron que sí procedía la elevación de la renta, entre otras cosas, porque el ya derogado artículo 31.4 LAU (como también hoy el art. 32.3 LAU) no hacía referencia a un tipo específico de fusión a efectos del aumento de renta que autorizaba (116).

Vista la aplicación judicial contradictoria del anterior artículo 31.4 de la ya derogada LAU, es probable que esa situación perdure bajo la vigencia del actual artículo 32.3 de la nueva LAU, dado que la redacción de uno y otro precepto ha variado mínimamente. Por ello me parece de sumo interés, en aras a procurar una mayor seguridad jurídica, profundizar en el estudio de la interpretación que me parece más correcta desde un punto de vista técnico-jurídico y salir en su defensa con este trabajo de investigación.

Con tal fin paso a examinar y a aplicar los distintos criterios hermenéuticos que se suelen manejar en nuestro ordenamiento jurídico, para desentrañar el correcto y verdadero sentido de las normas, al artículo 32.3 LAU y, en concreto, al supuesto determinante de la elevación de la renta arrendaticia que me ocupa: la fusión.

sentido recién apuntado en el texto, por ejemplo, la SAP de Palma de Mallorca (Sección 3.ª) de 25 de octubre de 1992 (*RGD*, 1994, pág. 2812); y la SAP de Barcelona (Sección 4.ª) de 22 de junio de 1993 (*RGD*, 1993, pág. 10560). Son asimismo ilustrativas la Sentencia del Juzgado de 1.ª Instancia número 46 de Barcelona, de 31 de julio de 1993 (juicio de cognición núm. 295/93); la Sentencia del Juzgado de 1.ª Instancia número 2 de Palma de Mallorca, de 16 de marzo de 1993 (juicio de cognición núm. 587/92), y la Sentencia del Juzgado de 1.ª Instancia número 11 de Sevilla, de 25 de septiembre de 1992 (juicio de cognición núm. 676/92).

También es interesante la SAP de Valencia, de 28 de junio de 1993 (*RGD*, 1993, pág. 6427), en la que se decide un caso similar en el que tuvo lugar una fusión por absorción de dos Cajas de Ahorro, siendo arrendataria la sociedad absorbente. En esta última resolución en concreto se afirmó: «es preciso analizar si en la relación arrendaticia primitiva a la que se refiere esta litis, se ha intercalado un tercero subrogado, sustituyendo al arrendatario inicial, pues no es que no se cuestione este extremo como se alega, sino que, por el contrario, es preciso tenerlo en especial consideración ya que es de inexcusable presencia para que tenga viabilidad la ficción que recoge el número 4 del mencionado artículo 31 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, pues en su virtud un traspaso consumado deja de considerarse tal, salvo a efectos de elevación de renta. Abunda en este criterio el hecho de que todos los supuestos que previene el repetido artículo 31 de la Ley de Arrendamientos Urbanos se refieren a verdaderos traspasos que, por imperio del precepto, no se estiman tales y, naturalmente, el supuesto del número 4 no puede ser una excepción ni media razón alguna que lo avale así... Se concluye pues que al no haberse producido un traspaso de la entidad arrendataria, no cabe la pretendida elevación de la renta».

(116) Consúltese en este sentido la SAP de Oviedo (Sección 1.ª) de 13 de julio de 1993 (*RGD*, 1994, pág. 2656), la SAP de Madrid (Sección 20.ª), de 4 de junio de 1994 (*RGD*, 1994, pág. 11295; *Ar. civ.*, 1994, núm. 1173, pág. 686); y la SAP de Barcelona (Sección 13.ª) de 22 de diciembre de 1994 (Rollo de apelación núm. 107/94, de la que yo misma fui ponente).

6. MEDIOS O ELEMENTOS DE INTERPRETACION A TENER EN CUENTA A LA HORA DE INTERPRETAR EL ARTICULO 32.3 LAU POR LO QUE HACE A LA FUSION

Los medios o elementos de que el intérprete se puede valer para hallar el verdadero sentido de la norma que analiza son cualesquiera que resulten útiles para el fin de la interpretación.

Se suelen distinguir y manejar los siguientes: el gramatical, el sistemático, el histórico, el lógico y el sociológico. De estos elementos de interpretación (cfr. art. 3.1 CC) voy a partir, con el fin de intentar desvelar el verdadero sentido actual del artículo 32.3 LAU, puesto que nada impide el que se puedan manejar todos ellos conjuntamente, al no constituir cada uno en sí mismo considerado un distinto tipo de interpretación que deba utilizarse con exclusión de otro u otros, sobre todo en aquellos casos en los que, como en el estudiado, el sentido o espíritu de la norma no es para nada diáfano (117).

6.1. ELEMENTO GRAMATICAL

Puesto que la Ley se expresa mediante palabras, el primer paso a dar en el proceso interpretativo es indagar el significado de éstas en su conjunto, esto es, su sentido literal. Mas, si alguna admite varios, se le dará el más acorde con el contexto (puntualización sobre la que volveré luego) (118).

En esta línea el artículo 3.1 CC en su inciso inicial dispone que: «Las normas se interpretarán según *el sentido propio de sus palabras*». Normalmente el elemento literal es el primero que se tiene en cuenta, no porque lo mencione en primer lugar el artículo 3.1 CC, ni porque sea el más valioso o sea preferente sobre los demás (pues pueden los otros prevalecer sobre él), sino porque antes de entrar en otras averiguaciones lo más sencillo y apropiado es ver si de lo que la Ley dice se extrae claramente su verdadero y más correcto sentido.

(117) Como ha señalado el Tribunal Supremo, entre otras, en la Sentencia de 15 de septiembre de 1986 (Ar. 4709): «La interpretación constituye un proceso discursivo integrado por la utilización de los siguientes criterios: el sentido propio de las palabras en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo a que han de ser aplicadas las normas, atendiendo fundamentalmente a su espíritu y finalidad... El proceso es unitario por cuanto los citados criterios han de utilizarse de un modo concurrente sin que haya una escala de prioridades, si bien se coloca el énfasis en el espíritu y finalidad de las normas como modo de determinar su sentido».

Se pronunció expresamente a favor de la utilización de diversos criterios de interpretación respecto del artículo 31.4 TRLAU 1964 (en su redacción conforme a la Ley 19/1989, de 25 de julio), con cita expresa de la Sentencia del Tribunal Supremo recién mencionada, la SAP de Valencia, de 28 de junio de 1993 (RGD, 1993, pág. 6427).

(118) *Vide infra*, el apartado siguiente.

Conforme a este criterio hermenéutico, el artículo 31.4 LAU no genera en principio duda alguna, pues más bien se obtiene de su tenor literal la conclusión de que la Ley al hablar de «fusión» a secas, sin matizaciones, ni precisiones de ninguna especie, engloba las dos modalidades de fusión, tanto la que tiene lugar por creación de nueva sociedad como la operada mediante la absorción de una sociedad por la otra, sin distinguir, pues, en este caso, quién es la sociedad arrendataria a efectos de la elevación de la renta que prevé el artículo 32.3 LAU. De tal suerte que como la Ley no distingue entre clases de fusión, el intérprete tampoco debería distinguir. Pues, insisto, de una simple lectura del artículo 32.3 LAU se puede extraer la conclusión de que este precepto se refiere a todo tipo de fusiones (119).

Cabría, sin embargo, objetar —con ánimo de intentar agotar los argumentos esgrimibles en pro y en contra de cada una de las dos interpretaciones sustentadas— que aunque se llame fusión, por razones de simplificación gramatical, a toda operación relativa a la unión de dos sociedades, existen, tanto en la legislación como en la práctica, dos figuras bien diferenciadas (y no dos modalidades de una misma figura): de un lado, la fusión de dos sociedades propiamente dicha, en la que ambas desaparecen y en su lugar surge una nueva persona jurídica; y, de otro lado, la absorción de una sociedad por otra, en la que desaparece la absorbida y continúa la absorbente sin alteración de su personalidad jurídica, supuesto en el que se plantea la polémica de que hablamos cuando la sociedad arrendataria es la absorbente. Partiendo de esta premisa, podría defenderse que por esas razones de simplicidad gramatical a esta última operación societaria se la viene denominando «fusión por absorción», aun cuando realmente no existe fusión y sí sólo absorción, que sería categoría jurídica diferente por comportar, normalmente, como únicas variaciones, una ampliación de capital y un mero cambio de nombre.

Sea como fuere, dado que el tenor literal del artículo 32.3 LAU puede suscitar alguna duda interpretativa acerca del propósito del legislador en el caso de la fusión, es menester recurrir también a otros elementos de interpretación además del gramatical, pues no debe olvidarse que el espíritu de la Ley ha de prevalecer sobre sus palabras, ya que éstas sirven para conducirnos a aquél, pero no deben imponerse sobre el mismo por muy claras que sean. De ahí que como el sentido literal de la norma no es decisivo, deba inquirirse acerca de la *ratio* y finalidad del precepto interpretado también a través de los otros elementos de interpretación, lo que equivaldrá a descubrir más allá de las palabras el verdadero alcance (el auténtico sentido interno, en suma) de la norma que con ellas se expresa.

(119) Así lo entendió FUENTES LOJO, refiriéndose al anterior artículo 31.4 TRLAU 1964, modificado por la Ley 19/1989, de 25 de julio, aun reconociendo que la amplitud de la reforma le parecía francamente abusiva y falta de toda razón (*Nueva Suma... cit.*, pág. 465).

Se impone, pues, analizar a continuación cuál es el más correcto sentido del término fusión en relación con el contexto, del elemento sistemático de interpretación.

6.2. ELEMENTO SISTEMÁTICO

En el mismo inciso inicial del artículo 3.1 CC, al hacer referencia al elemento gramatical, se alude también al elemento sistemático, en cuanto en él se puntualiza que «Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, *en relación con el contexto*». Esta última alusión al contexto obliga a recurrir al elemento sistemático, porque por contexto hay que entender no sólo el comprendido en la propia norma jurídica objeto de interpretación (esto es, las palabras antecedentes y siguientes a la palabra que se interpreta dentro de la norma), sino también el delimitado por el libro, título, capítulo o sección, en su caso, del propio texto legal en donde la norma concreta esté ubicada, e incluso el resultante de otros cuerpos legales vigentes contemporáneos (es decir, de otras normas que integran el sistema), aunque en ellos no esté contenida la norma a interpretar. En consecuencia, los Tribunales al interpretar una norma deben relacionarla con todos los preceptos del ordenamiento jurídico que traten la materia regulada en la norma cuya interpretación se acomete.

Ello es así, porque el Derecho al regular los conflictos de intereses que surgen en la vida real lo hace de forma sistemática, ordenada, presentándose como una superestructura (superpuesta, pues, a una estructura: la realidad que contempla), cuyas diversas partes se coordinan y armonizan entre sí, y, por ello, para la averiguación del sentido de las diversas normas singulares que lo componen, debe seguirse la pauta que marque su relación con las demás.

En esta tesitura, como el propio artículo 32.3 LAU y la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, en la que se inserta, arrojan poca luz sobre el concepto de fusión y su configuración en nuestro ordenamiento jurídico a efectos de la elevación de la renta que prevé el citado artículo 32.3 LAU, habrá que examinar el tratamiento que en otras leyes se da a dicha figura.

Habrà que acudir, en primer lugar, a la Ley de Sociedades Anónimas, no sólo porque en casi todos los litigios promovidos sobre esta materia las sociedades implicadas son anónimas, sino también y sobre todo, porque en esa Ley se contiene la más completa regulación de esta operación societaria (120).

(120) Pues, como observa acertadamente SÁNCHEZ CALERO, dentro de nuestro ordenamiento jurídico la regulación de la fusión se contiene principalmente en la Ley de Sociedades Anónimas (*op. cit.*, pág. 538).

Con fundamento, principalmente, en la Ley de Sociedades Anónimas, la doctrina mercantilista más autorizada (121) entiende que la figura de la fusión ha de considerarse única, aun cuando existan diversas modalidades de la misma (122). Consideración que viene avalada por la regulación totalmente unitaria que de la fusión se hace, previendo un único procedimiento legal para llevarla a cabo (dejando al margen ciertas especialidades de escasa relevancia impuestas por la propia naturaleza de las cosas) (123), sea cual sea la opción escogida para perfeccionar esta operación societaria (124).

Es más, a diferencia de la Directiva 78/855/CEE, de 9 de octubre de 1978 —de la que trae causa el actual régimen jurídico de la fusión de sociedades anónimas— (125), que establece la regulación tomando como modelo la fusión por absorción, por ser el supuesto que se da con más frecuencia, y que sólo dedica a la fusión por constitución de una nueva sociedad un único precepto (el art. 23, de contenido predominantemente remisorio) (126), la actual Ley de Sociedades Anónimas optó por ofrecer una normativa en la que simultánea y armónicamente se prestase atención a ambas modalidades de fusión (127).

(121) Así, por ejemplo, SÁNCHEZ CALERO, *op. cit.*, pág. 538; ROJO, *op. loc. cit.*, pág. 347; GÓMEZ PORRÚA, *op. cit.*, pág. 63; y EMBID IRUJO, *op. loc. cit.*, pág. 146.

(122) El artículo 233 LSA recoge los dos procedimientos clásicos de practicar la fusión (por creación y por absorción), que son los dos únicos medios de realizar una fusión verdadera y auténtica (así, URÍA, *op. cit.*, pág. 406). Es importante hacer esta puntualización porque legalmente, por ejemplo, a efectos fiscales, en la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades (cfr. art. 97), se contemplan tres modalidades de fusión.

(123) Como pone de manifiesto URÍA: «esa doble modalidad de la fusión no hace variar la esencia íntima del fenómeno, pues en ambos supuestos se produce la unificación de patrimonios, de socios y de relaciones jurídicas, que es característica de la fusión. La diferencia entre ambos procedimientos de fusión es puramente externa y formal, no sustancial (*op. cit.*, pág. 406).

(124) También el Tribunal Supremo ha considerado que los fenómenos jurídicos de fusión y absorción de las Compañías mercantiles integran meras modalidades de la figura genérica de fusión. Así lo entendió, por ejemplo, en la Sentencia de 5 de diciembre de 1962 (RJ 4761), en la que señaló. «aún cuando los fenómenos jurídicos de fusión y absorción de las Compañías mercantiles no integren más que meras modalidades de la figura genérica de fusión..., ambos conceptos presentan entre sí la fundamental diferencia de que mientras el primero requiere la previa disolución de todas las Entidades que se incorporan a la nueva que se crea..., el segundo, sólo provoca la de las sociedades que se unen a la ya existente, pero no la de ésta que pervive y centraliza la absorción con la adquisición del patrimonio de las Compañías anexionadas y las consiguientes “modificaciones estatutarias que reflejan su aumento de capital y el número y clase de acciones que hayan de ser entregadas a los nuevos accionistas”».

(125) Vide, EMBID IRUJO, *op. loc. cit.*, pág. 144.

(126) Cfr. ROJO, *op. loc. cit.*, pág. 347; y GÓMEZ PORRÚA, *op. cit.*, págs. 87 y 93.

(127) Por otra parte, dicha Directiva comunitaria —única que regula la fusión de sociedades anónimas— no nos es de gran ayuda a efectos de resolver el problema interpretativo planteado, porque no contiene ninguna disposición concreta que haga referencia

La vigente Ley Española de Sociedades Anónimas, siguiendo la misma técnica legislativa que la anterior, define de manera conjunta en un mismo precepto (art. 233) la fusión por constitución y la fusión por absorción, y dedica a una y a otra los mismos preceptos (128) —con lo que adopta una metodología diferente a la seguida en la normativa comunitaria—, salvando las necesarias diferencias que cada procedimiento reclama como propias. Estas hacen referencia, fundamentalmente: 1.º al alcance de la extinción social, que en la fusión por constitución afectará a todas las sociedades participantes, mientras que en la fusión por absorción afecta a todas menos a la sociedad absorbente, que continúa subsistiendo; 2.º a la creación de la nueva sociedad en la fusión por constitución [cfr. arts. 240.4 y 238.1.f) LSA] o, en su caso, a las modificaciones estatutarias que hayan de realizarse en el seno de la sociedad absorbente [cfr. arts. 233.2 y 238.1.f) LSA]; y al contenido de la escritura de fusión (art. 244) (129).

La escritura de fusión por absorción, por razones obvias, habrá de contener, además de las circunstancias del acuerdo de fusión, las modificaciones estatutarias referidas a la sociedad absorbente que sean precisas como consecuencia de dicho procedimiento. Si se trata de una sociedad anónima, las modificaciones estatutarias implicarán, normalmente, el aumento de capital de la sociedad absorbente. También se hará constar en la escritura el número y clase de acciones que hayan de ser entregadas a cada uno de los nuevos accionistas (art. 244.2 LSA) (130).

al tema de la repercusión de la fusión en las relaciones arrendaticias de que eran titulares las sociedades fusionadas (véase, la SAP de Valencia, de 15 de septiembre de 1990, *RGD*, 1991, pág. 640).

(128) Utilizaron este argumento en defensa de la interpretación del artículo 31.4 Texto Refundido LAU 1964 (redactado según la Ley 19/1989, de 25 de julio) que en este trabajo se defiende, la SAP de Oviedo, de 13 de julio de 1993 (*RGD*, 1994, pág. 2656) y la SAP de Barcelona (Sección 13.ª), de 22 de diciembre de 1994 (Rollo de apelación 107/94). Así, por ejemplo, en la SAP de Oviedo, de 13 de julio de 1993, se afirmó: «Ambas se sujetan a similares requisitos formales, requiriendo el proyecto de fusión (art. 234 y sigs.), el acuerdo sobre la fusión convenida (art. 240), su publicación (art. 242), la escritura de fusión (art. 244), cuyo contenido varía según se trate de fusión pura o por absorción, y la inscripción registral de la fusión en uno y otro caso, publicándose en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil* (art. 245 1.º y 2.º de la Ley). Por consiguiente, la diferencia que establecía la doctrina jurisprudencial entre ambas formas, en lo que afectaba a la consideración de traspaso del negocio jurídico ocupado por la sociedad arrendataria detentadora del local... desaparece con el nuevo texto legal, en que no se distingue entre ambos tipos de fusión. Tanto en una como en otra, puesto que la redacción no establece diferencias, no se considera la fusión traspaso que deba sujetarse al cumplimiento de los requisitos de la legislación especial, pero a su vez a uno y otro supuesto, puesto que tampoco se efectúa distinción alguno, se permite al arrendador incrementar el precio de la renta, cual si aquella situación se hubiese realmente producido».

(129) Cfr. GÓMEZ PORRÚA, *op. cit.*, pág. 168.

(130) Véase, SÁNCHEZ CALERO, *op. cit.*, pág. 544.

En este contexto se hace patente que cuando el legislador dotó de una nueva redacción al artículo 31.4 TRLAU 1964 en la Ley 19/1989, de 25 de julio, de adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea, aludiendo a la fusión sin más aditamento, volviendo a actuar así posteriormente al incorporar el actual artículo 32.3 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, lo hizo pensando en el concepto y la concepción de fusión que aparece en la Ley de Sociedades Anónimas, porque si hubiera querido sustraer algún supuesto (v.gr., la fusión por absorción) del ámbito de aplicación del artículo 32.3 LAU lo habría dicho expresamente (131). De donde se sigue que al no haber sucedido así, debe entenderse que cuando se habla de fusión en el artículo 32.3 LAU, este término abarca todas las maneras posibles de llevar a cabo tal operación societaria conforme a la legislación mercantil, no siendo de recibo la tesis según la cual cuando la sociedad arrendataria continúa sus actividades sin alteración de su personalidad jurídica y asume en bloque el patrimonio de la sociedad absorbida como sucesora a título universal, no se produce una fusión y sí, tan sólo, una absorción por la arrendataria merecedora de un trato distinto al de la fusión propiamente dicha.

Cierto es que en contra del elemento sistemático de interpretación puede alegarse algún argumento de carácter histórico, referido a los precedentes legislativos del actual artículo 32.3 LAU, susceptible de ser rebatido, como vimos (132). Por ello procede analizar, a continuación, si existen otros datos de naturaleza histórica de posible relevancia a efectos de interpretar el citado artículo 32.3 LAU.

6.3. ELEMENTO HISTÓRICO

A la hora de indagar el sentido de una norma interesa conocer las normas que le precedieron y la tradición jurídica en que se inspiró, así como si pretendió establecer una regulación nueva o recoger y perfeccionar aquélla a la que sustituyó.

(131) Como observan CASALS GENOVER y otros, no se menciona la absorción de las sociedades, ya que técnicamente son fusiones por absorción (*op. cit.*, pág. 225).

(132) Recuérdese que de la ubicación del artículo 31 del Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 en la misma; de la propia inclusión de su apartado 4.º; y de la interpretación que hacía la jurisprudencia del mencionado apartado; podía deducirse que el incremento de la renta sólo procedía en los casos en que la modificación habida en la sociedad implicaba un traspaso, a modo de compensación económica para el arrendador, que se veía compelido por imperativo legal a soportar el cambio sufrido en el elemento personal del contrato (*vide supra*, el epígrafe 2.1).

A tales efectos es útil examinar la legislación anterior —a la que ya me referí, por lo que me remito a lo que dije entonces— (133), los Anteproyectos y Proyectos de Ley y los trabajos y discusiones parlamentarias.

En numerosas ocasiones el Tribunal Supremo ha destacado el valor interpretativo de algunos de estos documentos y vicisitudes. Y, en la actualidad, el nuevo artículo 3.1 CC, declara, como es conocido, que: «Las normas se interpretarán según... *los antecedentes históricos y legislativos*».

También hay que tener en cuenta que todas las leyes se gestan en conexión con datos económicos, políticos y sociales, durante un tiempo más o menos largo, hasta su aparición en el ordenamiento como Derecho vigente. Así, la historia remota y próxima suministra las directrices esenciales del pensamiento del legislador en orden a cada nuevo precepto. Mas, en nuestro caso, como esos datos económicos, políticos y sociales son recientes, su influencia y trascendencia en el actual artículo 32.3 LAU son tenidas en cuenta no tanto a través del elemento histórico de interpretación sino mediante el sociológico que veremos luego. Por eso ahora me voy a detener a examinar, siquiera sea muy brevemente destacando lo más relevante —porque en este caso, como habrá oportunidad de comprobar, no aportan una gran información a los efectos que nos interesan—, los Anteproyectos y Proyectos de ley y los trabajos y discusiones parlamentarias.

6.3.1. *Anteproyectos y Proyectos de ley*

En ninguno de los Anteproyectos y Proyectos de ley sobre los arrendamientos urbanos que vieron la luz se contenía una norma idéntica o similar al actual número 3 del artículo 32 LAU. Así, en el Proyecto de Ley definitivo, de 21 de febrero de 1994 (134), el entonces artículo 33 (hoy art. 32 LAU) figuraba con sólo dos párrafos, sin que en ninguno de ellos se hiciera alusión directa o indirecta a los supuestos de fusión, transformación o escisión (135). Hubo, pues, una falta de regulación inicial del tema en los Anteproyectos y Proyectos de ley de la LAU, por lo que estos

(133) *Vide supra*, los epígrafes 2.1. y 6.2.

(134) *Vide*, BOCG de 21 de febrero de 1994, V legislatura, Serie A, núm. 54.1, Congreso.

(135) Rezaba así dicho precepto: «1. Cuando en la finca arrendada se ejerza una actividad empresarial o profesional, el arrendatario podrá, salvo pacto en contrario, subarrendar la finca o ceder el contrato de arrendamiento sin necesidad de contar con el consentimiento del arrendador, siempre que, a la vez, venda, ceda en usufructo o arriende la empresa o actividad instalada en la finca arrendada. 2. En caso de cesión, salvo que el arrendador haya consentido en liberar al cedente, éste responderá solidariamente con el cesionario por el incumplimiento de la obligación de pago de la renta y del daño causado a la finca, con el límite, en este caso, de dos anualidades de renta».

documentos nada esclarecen acerca del verdadero sentido actual del artículo 32.3 LAU.

6.3.2. *Trabajos y discusiones parlamentarias*

Al artículo 33 del Proyecto de Ley de 21 de febrero de 1994 se formularon diversas enmiendas, de las cuales dos de ellas podían haber tenido alguna repercusión en la redacción definitiva del número 3 del artículo 32 LAU.

Una fue la número 226, propuesta por el Grupo Popular, de adición de un nuevo artículo 33 bis, con el siguiente contenido: «No se exigirá consentimiento del arrendador para los cambios de titularidad en la posición de arrendatario derivados de la constitución, por éste, de una sociedad anónima unipersonal a la que aporte el negocio que se desarrolle en la finca arrendada, ni de los procesos de reestructuración empresarial regulados en la Ley 29/1991, de 19 de diciembre, de adecuación de determinados conceptos impositivos a las Directivas y Reglamentos de las Comunidades Europeas».

La justificación que se daba de esta enmienda era: «Proteger, de acuerdo con las orientaciones de la Unión Europea, los procesos de reorganización societaria» (136).

Una segunda enmienda a destacar es la número 337, también de adición, presentada por el Grupo Parlamentario Catalán. En ésta se propuso la siguiente redacción del artículo 33.3: «No se reputará cesión o subarriendo la subrogación en el contrato de una sociedad o comunidad de bienes que desarrolle en la finca el mismo tipo de empresa o actividad, y en la que participen al menos en un 51 por 100 el arrendatario o familiares dentro del primer grado. Asimismo, no se reputará cesión o subarriendo cualquier modificación en la personalidad jurídico-empresarial que se realice por imperativo legal. Será de aplicación a estos supuestos lo previsto en el apartado anterior».

La justificación de esta enmienda era: «Facilitar la explotación familiar, favorecer un mayor desarrollo del negocio y prever posibles cambios legislativos» (137).

Ninguna de dichas enmiendas prosperó. La número 226, formulada por el Grupo Popular, fue rechazada (138), mientras la número 337, propuesta por

(136) Véase, BOCG de 20 de junio de 1994, V legislatura, Serie A, núm. 54.11, enmiendas del Congreso, pág. 100.

(137) *Vide*, BOCG de 20 de junio de 1994, V legislatura, Serie A, núm. 54.11, enmiendas del Congreso, pág. 130.

(138) Consúltase, BOCG núm. 253, V legislatura, Diario de sesiones del Congreso de los Diputados, Comisiones, sesión núm. 23, celebrada el lunes, 27 de junio de 1994, pág. 7646.

Convergencia i Unió, fue retirada con ocasión de las enmiendas transaccionales ofertadas por el Grupo Socialista (139).

Paradójicamente en el Dictamen de la Comisión, elevado al señor Presidente de la Cámara de Diputados a la vista del informe emitido por la Ponencia, aparece un tercer párrafo en el que entonces era el artículo 34 (art. 33 del Proyecto) (140), con la redacción vigente en la actualidad, el cual, posteriormente, al ser aprobado el Proyecto de Ley de 21 de febrero de 1994 por el Pleno del Congreso de los Diputados en sesión celebrada el día 30 de junio de 1994, pasaría a ser el número 3 del actual artículo 32 LAU (141).

De las discusiones y trabajos parlamentarios publicados oficialmente se desprende que la introducción del número 3 del artículo 32 LAU se produjo, probablemente, en la fase de elaboración del Dictamen de la Comisión y se debió, verosímilmente, a una enmienda transaccional de la que no hay constancia oficial, sin que las enmiendas del Senado hayan tenido repercusión alguna en la redacción definitiva del número 3 del artículo 32 LAU (142).

Debido a la insuficiente documentación publicada existente sobre la elaboración y tramitación parlamentaria de la Ley de Arrendamientos Urbanos en relación con el aspecto examinado, el elemento histórico de interpretación no resulta demasiado útil por lo que hace a la historia próxima del artículo 32.3 LAU, si bien ha permitido poner de relieve que la pretensión de ciertas fuerzas políticas era favorecer, facilitar y proteger los procesos de reorganización societaria y el desarrollo empresarial. Finalidad que, a mi modo de ver, fue también la perseguida con la introducción del número 3 del artículo 32 LAU.

Una vez visto el elemento histórico de interpretación, no se puede olvidar que, de la norma, el sentido que se trata de conocer es el actual, y que el intentar hallar el que tuvo cuando se dictó es mero medio para llegar a conocer aquél. De ahí que resulte de gran importancia y sea casi imprescindible, diría yo, recurrir también a los elementos lógico y sociológico de in-

(139) Véase, BOCG núm. 253, V legislatura, Diario de sesiones del Congreso de los Diputados, Comisiones, sesión núm. 23, celebrada el lunes, 27 de junio de 1994, pág. 7634.

(140) Consúltase, BOCG de 8 de julio de 1994, núm. 54.16, V legislatura, Serie A, Dictamen de la Comisión y escritos de mantenimiento de enmiendas y votos particulares para su defensa ante el Pleno, pág. 190.

(141) *Vide*, BOCG de 11 de julio de 1994, V legislatura, Serie A, núm. 54.17, Aprobación por el Pleno, Congreso, pág. 212.

(142) A una enmienda del Senado se debe, no obstante, la redacción actual del número 2 del artículo 32 LAU —en el que se establece: «El arrendador tiene derecho a una elevación de renta del diez por ciento de la renta en vigor, en el caso de producirse un subarriendo parcial, y del veinte en caso de producirse la cesión del contrato o el subarriendo total de la finca arrendada»—, aplicable al supuesto regulado en el número 3 de dicho precepto por la remisión que éste hace al anterior (véase, BOCG de 7 de noviembre de 1994, V legislatura, Serie A, núm. 54.18, enmiendas del Senado, pág. 254)

interpretación con el fin de intentar averiguar el verdadero sentido actual del artículo 32.3 LAU.

6.4. ELEMENTO LÓGICO

Doctrinalmente se suele considerar que el elemento lógico tiene dos vertientes. Según la primera vertiente con él se tiende a averiguar el espíritu de la Ley, su fin o motivo. Conforme a la segunda vertiente, este elemento consiste en la utilización en dicha investigación de razonamientos y reglas lógicas.

A este respecto dice el artículo 3.1 CC: «Las normas se interpretarán... *atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas*». Ahora bien, si nos atenemos a lo que dice esta norma, se llega a la conclusión de que el fin de la norma más que un mero medio o elemento de interpretación es el criterio básico o fundamental que debe orientar la tarea interpretativa, porque la Ley se formula con una finalidad específica: para decidir ante un genérico conflicto de intereses de qué protección es merecedor cada uno, sin que exista proposición jurídica que no deba su origen a un fin, es decir, a un motivo práctico que constituye el eje de su interpretación.

La doctrina clásica llama a este tipo de motivaciones del legislador «*ratio legis*» o «espíritu» de la norma, con arreglo al cual ha de entenderse ésta.

Sea como fuere, se impone, en cualquier caso, inquirir más allá de las palabras, el verdadero alcance de la norma que con ellas se expresa.

De otro lado, recurrir a la lógica y prevalerse de sus principios y reglas es indispensable para interpretar cualquier norma jurídica, pues el sentido común es lo primero y esencial en el procedimiento hermenéutico.

Como particulares aplicaciones del elemento lógico se suelen formular ciertas reglas lógicas, tales como: *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*. Regla esta que, en concreto, hay que tener especialmente en cuenta respecto de la fusión al interpretar el artículo 32 LAU y que conduce a considerar que dado que la Ley no distingue entre las dos modalidades de fusión, pudiendo hacerlo, deben estimarse comprendidas ambas (143).

Otra regla lógica que interesa traer aquí a colación es que debe rechazarse toda interpretación que conduzca al absurdo. Y absurdo sería entender en la actualidad, en el caso que nos ocupa, que en los supuestos de transformación, en los que no hay cambio de personalidad jurídica (144), procede la eleva-

(143) Véase la SAP de Madrid, de 4 de junio de 1994 (RGD, 1994, pág. 11295; *Ar. civ.*, núm. 1173, pág. 686)

(144) Sobre las razones que bajo la vieja legalidad justificaban la resolución del contrato de arrendamiento por cambio inconstituido del arrendatario en caso de transformación de sociedad incumpliendo los requisitos legales del traspaso, aun cuando la trans-

ción de la renta, mientras en los de fusión por absorción, cuando la sociedad arrendataria es la absorbente, no ha lugar a aumentar la renta, por no existir alteración de la personalidad jurídica (145).

Con todo, a pesar de ser la lógica un medio de interpretación de gran relevancia, por sí sola no basta para realizar una interpretación completa y

formación de una sociedad en otra no entrañaba cambio de personalidad jurídica, es interesante la STS de 25 de octubre de 1988 (RJ 7638).

(145) En sentido parecido, muy acertadamente, a mi modo de ver, se pronunció la SAP de Oviedo, de 13 de julio de 1993 (RGD, 1994, pág. 2656), en los siguientes términos: «Se basa la Juzgadora *a quo* como argumento fundamental de su tesis desestimatoria, en que el artículo 19 de la Ley 19/89 y, consiguientemente, el artículo 31.4.º de la Ley de Arrendamientos Urbanos en su nueva redacción, tan sólo es de aplicación a las situaciones en que se produce una mutación de la personalidad jurídica de la sociedad arrendataria, lo que no ocurre tratándose de una fusión por absorción cuando aquélla es la entidad absorbente. Este argumento no se puede compartir, toda vez que existen casos en que no se produce alteración de la personalidad jurídica del ente colectivo y sin embargo, con arreglo a la redacción del artículo 31.4.º se genera el aumento de la renta del arrendamiento instado en la demanda rectora de esta litis. En efecto, la transformación de la sociedad en otra forma distinta a la que poseía se halla incluida en la redacción del nuevo artículo 31.4 LAU como causa determinante del incremento de la renta pactada y en cambio no supone una mutación en la persona jurídica de la entidad transformada que permanece siendo una y la misma, conforme señalaba el antiguo artículo 137 de las Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951, mantenía la Ley 19/89 y expresamente establece el actual artículo 228.1.º de la Ley, al disponer la subsistencia bajo la nueva forma adoptada de la personalidad jurídica de la sociedad transformada con arreglo a lo previsto en dicha Ley. De manera que, si bien la modificación de la forma social era considerada traspaso con arreglo a la legislación arrendaticia anterior por una línea jurisprudencial, muy criticada por la doctrina, entre cuyas resoluciones cabe citar las Sentencias del Tribunal Supremo 11 de octubre de 1961, 12 de octubre de 1962 y 25 de octubre de 1988, hoy en día no se reputa este hecho traspaso, pero sí da lugar al incremento de renta como si aquél se hubiera efectuado, permaneciendo idéntica la personalidad jurídica de la sociedad locataria, por todo lo cual no puede fundarse la denegación del aumento pretendido en la continuación de la personalidad de la entidad absorbente Banco C., S. A.». Véase en sentido muy parecido la SAP de Barcelona (Sección 13.ª), de 22 de diciembre de 1994 (Rollo de apelación 107/94).

También es interesante, por seguir esta línea de argumentación, la SAP de Madrid, de 4 de junio de 1994 (RGD, 1994, pág. 11295; *Ar. civ.*, núm. 1173, pág. 686), en cuanto en el siguiente fragmento de la misma se establece. «no se puede considerar aisladamente los supuestos de "fusión" o "escisión" de sociedades mencionados en dicho precepto. Es cierto que estos procesos pueden llevarse a cabo, con o sin cambio de personalidad jurídica, dependiendo del modo en que se realice. Como, por ejemplo, sucede en la fusión por absorción de una o más sociedades por otra ya existente... o la denominada escisión "impropia", en la que una sociedad segrega una o varias partes sin extinguirse..., no alterándose en ambos casos su personalidad jurídica. Por el contrario, no sucede lo mismo con la "transformación", ya que siempre la sociedad transformada mantendrá su personalidad jurídica, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 228.1 y 231.1 de la mencionada Ley. Sin que a ello quepa oponer lo dispuesto en el apartado segundo del artículo 228, ya que en este supuesto realmente no nos encontramos ante un verdadero proceso de transformación sino ante dos hechos palmariamente distintos, la disolución de una sociedad y la constitución de otra nueva, aunque se acuerde su realización con

correcta, pues previamente es preciso haber esclarecido ciertas cuestiones como el fin de la norma, con la idea de que sobre el mismo opere el razonamiento lógico. Apreciación que viene a confirmar lo dicho al principio, a saber, que el espíritu o fin de la Ley y la lógica son dos vertientes del llamado elemento lógico de interpretación.

Lo que antecede me lleva a hablar del fin o espíritu (de la *ratio legis*, en suma) del artículo 32.3 LAU, que no es otro que el de hacer partícipe al arrendador, mediante la elevación de la renta, de las ventajas que consiga la sociedad arrendataria con su reestructuración operada a través de la fusión (transformación o escisión), por considerar que en el conflicto de intereses planteado también el del arrendador es merecedor de cierta tutela.

No se debe olvidar que a partir de la *ratio* se verifica la denominada interpretación correctora (extensiva o restrictiva) del sentido literal de la Ley para dar a ésta el que quiso imprimir en ella el legislador, según se desprende de la finalidad del precepto objeto de interpretación.

En el caso de que hablamos cabe hacer, en cierto modo, una interpretación correctora extensiva e incluir, como vimos, en el artículo 32.3 LAU algún supuesto no mencionado específicamente en él, como el de la compra-venta de acciones (146).

En este contexto conviene insistir en que cuando el legislador reformó el que entonces era el artículo 31.4 TRLAU 1964, mediante la Ley 19/1989, de 25 de julio, estaba pensando en la conciliación y equilibrio de dos intereses contrapuestos: el de las sociedades mercantiles arrendatarias y el de los arrendadores.

De lo que se trataba, en definitiva, era de procurar que los cambios que experimentasen las sociedades mercantiles no alterasen su condición de arrendatarias, ni les supusieran unos inconvenientes tan grandes que las disuadiera de llevar a cabo tales operaciones societarias, convenientes con miras a nues-

carácter simultáneo. En consecuencia, la finalidad del apartado 4.º del artículo 31 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, en su actual redacción, ya no puede ser la misma que en la precedente pues, de otro modo, carecería de sentido la mención en el mismo de los procesos de "transformación", puesto que nunca pueden implicar la intromisión de un tercero en el objeto arrendado. Por ello, ha de entenderse que el legislador, por un lado, ha querido suprimir las barreras que dificultaban los procesos voluntarios de fusión y escisión de sociedades, que se veían frenados por las consecuencias negativas que de ellos se pudieran derivar para las relaciones arrendaticias mantenidas por las mismas para la explotación de su negocio, imponiéndole al arrendador el cambio voluntario operado en el elemento personal del contrato pero, por otro lado, en la medida en que todo proceso de transformación, fusión o escisión, con cambio o no de personalidad jurídica, comporta una alteración sustancial de dicho negocio, hacerle también a él partícipe del mismo, mediante el incremento de la merced arrendaticia, con independencia de que se haya producido o no la intromisión de un tercero ajeno al primitivo contrato en el uso del referido local».

(146) *Vide supra*, el epígrafe 3.4.5.

tra integración en la Comunidad Económica Europea (147). Pero, por otra parte, no se podía olvidar, que se estaba dando protección a unas situaciones que no forzosamente se generaban por ministerio de la Ley, sino por la propia voluntad de unas entidades que en su inmensa mayoría actuaban movidas por intereses macroeconómicos y que, en cualquier caso, no tenían parangón con las modestas pretensiones de un arrendador cualquiera.

El primitivo artículo 31.4 LAU amparaba a aquellas sociedades que cambiaban de forma por ministerio de la Ley y parece justo que así fuera, pero tras el artículo 31.4 TRLAU 1964 (según la redacción dada al mismo por la Ley 19/1989, de 25 de julio) y tras el nuevo artículo 32.3 LAU subyace otra filosofía, otra finalidad, otra *ratio*, en la línea, como luego se verá, de los cambios sociológicos, económicos y también legislativos que se han venido gestando y produciendo en los últimos tiempos.

Entiendo que al aplicar el artículo 32.3 LAU no debe hacerse una interpretación restrictiva del término fusión, ni deducir un presupuesto adicional que no figura en la fórmula legal (a saber: que se trate de fusión «por creación»).

La intención del legislador no parece haber sido restringir el ámbito de aplicación del artículo 32.3 LAU a los supuestos de transformación, escisión o fusión con creación, en este último caso, de entidad nueva o desaparición de una de las sociedades fusionadas cuando ésta sea la arrendataria, porque se trata de operaciones mercantiles —todas ellas— en las que suelen estar implicados altos intereses económicos y que, si bueno es protegerlas, no lo es menos conceder el beneficio de la elevación de renta a un arrendador que es espectador de los movimientos societarios y empresariales que se desarrollan en el local de su propiedad (o sobre el que tiene un derecho que le permite arrendarlo), haciéndolo partícipe de las ventajas que dichas operaciones societarias comportan, en general, para sus protagonistas.

En definitiva, puede decirse que el espíritu del precepto es el de proteger al arrendatario facilitando las fusiones, transformaciones y escisiones en las que intervenga, pero también, sin duda, dejar a salvo la posición del arrendador, mediante la concesión del derecho a elevar la renta *ope legis* (148).

(147) Vide, la SAP de Murcia, de 21 de marzo de 1990 (RGD, 1991, pág. 9786).

(148) En sentido parecido, refiriéndose al artículo 31.4 TRLAU 1964 (según la redacción dada al mismo por la Ley 19/1989, de 25 de julio), observó VICENT CHULIÁ: «No obstante, recogiendo las advertencias de la doctrina —en especial, del profesor ROJO, en relación con la fusión y, luego, de la transformación— la Ley 19/89 modificó el artículo 31.4 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, con el fin de dar una solución salomónica al problema; ya que los Tribunales, con el fin de impedir que los derechos reconocidos por la Ley al arrendador se volatilizaran mediante el cambio de socios producido bajo el velo de la personalidad jurídica, gracias a estas operaciones societarias, tendían a levantar el velo y reconocer la existencia de traspaso incontestado. El nuevo artículo 3.4 de la LAU niega que exista traspaso o cesión de la relación arrendaticia —en coherencia con

En este orden de ideas, si la Ley está pensando en operaciones societarias que llevan a cabo entidades de importante envergadura económica (Bancos, Cajas de ahorro o empresas de facturación ingente) y decide amparar a todos los integrantes de la relación arrendaticia, no se ve por qué deberían sustraerse de tal protección los supuestos en que no hay creación de entidad nueva o desaparición de las sociedades fusionadas no arrendatarias. Dicho de otro modo, desde un punto de vista lógico, atendiendo al espíritu y finalidad de la norma, no se ve dónde está en la actualidad la justificación para negar el derecho del arrendador a elevar la renta cuando dos grandes entidades convienen una fusión por absorción, siendo arrendataria la sociedad absorbente.

Si bien parece ser cierto que en sus orígenes la *ratio* o fin de la norma interpretada fue evitar que el arrendador pudiese resolver un contrato de arrendamiento por traspaso o cesión incontestada cuando la entidad arrendataria perdía su personalidad jurídica sin cumplir con los requisitos exigidos legalmente para el traspaso, en la actualidad ello ya no es así, porque esa desaparición de la personalidad jurídica de la sociedad arrendataria a consecuencia de la fusión, transformación o escisión ya no puede dar lugar a la resolución del contrato de arrendamiento por cesión incontestada, dado que para ceder un contrato de arrendamiento de local destinado a actividad empresarial o profesional, no es necesario el consentimiento del arrendador, ni el cumplimiento de los requisitos antes exigidos para realizar el traspaso. Es por esto, por lo que el fin de la norma necesariamente ha de ser otro distinto del originario, al haber evolucionado el aspecto que tratamos de acuerdo con los tiempos que corren.

A mi modo de ver, el espíritu del nuevo artículo 32.3 LAU va mucho más allá de las consideraciones que puedan hacerse sobre la extinción o alteración de la personalidad jurídica de las entidades que participan en las operaciones mercantiles de fusión, transformación o escisión de sociedades. Se trata, en cualquier caso, de equilibrar los intereses de quien conviene una gran operación societaria en la que intervienen entidades y patrimonios sociales distintos que se transmiten, se extinguen y casi siempre se incrementan, con los intereses de quien no tiene más opción que quedar a la espera y averiguar cuál es la entidad con la que, después de todo, mantiene una relación arrendaticia, sin que se le haya dado opción a manifestar su opinión sobre si los cambios estructurales experimentados por la sociedad arrendataria le pueden perjudicar de alguna manera (v.gr., por reducir su solvencia o liquidez) (149).

la inalterabilidad de la personalidad jurídica de la sociedad arrendataria— pero concede al arrendador la facultad de elevar la renta, como si a tales efectos hubiese habido traspaso» (*op cit*, t. 1, vol. 2.º, pág. 832).

(149) Refiriéndose al supuesto regulado con carácter general en el artículo 32 LAU de la cesión y el subarriendo, critican LEÓN-CASTRO y DE COSSIO que la Ley no haya establecido garantías del cumplimiento del cesionario y subarrendatario, ya que sin nece-

6.5. ELEMENTO SOCIOLÓGICO

El artículo 3.1 CC hace intervenir también en la indagación del significado de la norma a un elemento extrajurídico, éste es, la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicada.

Conforme a dicho precepto: «Las normas se interpretarán según... *la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas*». Lo que nos viene a decir el legislador con esta regla hermenéutica es que el sentido de la norma no es inmutable, sino que puede cambiar a tenor de la situación de la misma dentro de la totalidad del ordenamiento jurídico y de las exigencias de la realidad y del sentir social imperante en cada momento y lugar. Téngase en cuenta, que la vigencia de una norma se apoya no tanto en el pensamiento del legislador que la dictó, sino en el del legislador que la mantiene. Lo que me lleva a indagar cuáles fueron las razones (circunstancias sociales, económicas, políticas, etc.) que impulsaron al legislador de 1994 a incorporar finalmente el número 3 del artículo 32 LAU.

En este trabajo he partido de la consideración de que toda interpretación debe guiarse en alguna medida por unos cánones o criterios legales que el intérprete debe seguir, sin que esto implique tener que olvidar la justicia del caso concreto. Ello me ha llevado a defender la interpretación del artículo 32.3 LAU, que me parece más conforme con su tenor literal, con el sistema jurídico en el que se halla inserta, con sus antecedentes, con su sentido lógico, razón de ser o finalidad y, por supuesto, con la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicado.

Sin duda, el legislador al llevar a cabo la reforma del artículo 31.4 Texto Refundido LAU 1964 en el año 1989, no fue ajeno a la realidad social del momento y de ahí el enfoque que creo dio al citado precepto, en la línea ya expuesta al hablar de su *ratio*.

Hay que pensar en que el legislador no pierde de vista los criterios de valoración dominantes en el cuerpo social en el momento de dar nueva redacción a un precepto, por lo que tampoco debe perderse tal perspectiva cuando se acomete su interpretación y aplicación. En esta línea hay que tener en cuenta la orientación legislativa que se trasluce en la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos, en cuyo Preámbulo se destaca como finalidad última que persigue la reforma «coadyuvar a potenciar el mercado de los arrendamientos urbanos como pieza básica de una política de vivienda orientada por el mandato constitucional consagrado en el artículo 47, de reconocimiento del derecho de todos los españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada».

sidad de la conformidad del arrendador se le imponen por el arrendatario primitivo, con el riesgo de insolvencia que ello supone (*La nueva Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 noviembre 1994*, Granada, 1995, pág. 246). Análogas consideraciones entiendo que cabe hacer respecto del supuesto regulado en el número 3 de dicho precepto.

Objetivo cuya consecución, sigue diciendo el Preámbulo, «exige una modificación normativa que permita establecer un equilibrio adecuado en las prestaciones de las partes». En este contexto, justifica también el Preámbulo la diferencia de trato existente entre los arrendamientos de vivienda y los destinados a cualquier otro uso distinto del de vivienda, argumentando que «las realidades económicas subyacentes son sustancialmente distintas y merecedoras, por tanto, de sistemas normativos disímiles que se hagan eco de esa diferencia. En este sentido, al mismo tiempo que se mantiene el carácter tuitivo de la regulación de los arrendamientos de vivienda, se opta en relación con los destinados a otros usos por una regulación basada de forma absoluta en el libre acuerdo de las partes». Se observa además, más adelante en el Preámbulo, que «este nuevo categorismo se asienta en la idea de conceder medidas de protección al arrendatario sólo allí donde la finalidad del arrendamiento sea la satisfacción de la necesidad de vivienda del individuo y de su familia, pero no en otros supuestos en los que se satisfagan necesidades económicas, recreativas o administrativas».

Si nos centramos en el tema que aquí interesa, hay que señalar que la orientación legislativa que se otorga a la cuestión arrendaticia en los últimos tiempos y, por ende, la realidad social que en ella se incorpora, denota la preocupación del legislador por recoger las inquietudes de un importante sector social que clama por la justa reciprocidad de las prestaciones arrendaticias. Reciprocidad que en el caso que nos ocupa se logra reconociendo un derecho al arrendador a elevar la renta siempre que el arrendatario intervenga en alguna de las operaciones societarias descritas en el artículo 32.3 LAU, haciéndolo así partícipe de algún modo en los beneficios que la fusión, transformación o escisión suelen proporcionar a las sociedades intervinientes y, por ende, en el caso objeto de comentario, a la sociedad arrendataria (150).

(150) En este sentido se pronunció la SAP de Valencia, de 15 de septiembre de 1990 (RGD, 1991, pág. 637), con las siguientes palabras: «si ha de atenderse a la realidad social del tiempo en que las normas han de aplicarse, habrá que tomar en consideración, no sólo que las fusiones de entidades mercantiles gozan de favores tributarios y otros, por considerarse beneficiosas para el orden económico, sino también que en el ámbito de las relaciones jurídico-privadas, y en concreto de la arrendaticia, es principio general el de la mayor reciprocidad de las contraprestaciones de los contratantes, y en el caso de autos lo que evidentemente no está acorde a la realidad social y hace ilusorio el principio citado es la modesta renta que se satisface por el local arrendado, sito en pleno centro urbano de esta ciudad... No se comparte igualmente la alegación, ya sustentada en primera instancia, de que la resolución contractual atenta en el presente caso al derecho de libertad de empresa que consagra el artículo 38 de la Constitución por dificultar en suma los mecanismos de fusión de entidades mercantiles y hacer ésta muy onerosa económicamente, a nivel nacional, pues lo que es criticable es que esa fusión lo sea, sin causa justificada

ABREVIATURAS:

<i>Ar. civ.</i>	Aranzadi civil
BOCG	Boletín de las Cortes Generales
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil español
CE	Constitución Española
CEE	Comunidad Económica Europea
ed.	edición
LAIE	Ley de Agrupaciones de Interés Económico
LAU	Ley de Arrendamientos Urbanos
LSA	Ley de Sociedades Anónimas
LSRL	Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada
op. cit.	obra citada
op. loc. cit.	obra y lugar citados
p.	página
RGD	Revista General de Derecho
RJ	Repertorio de jurisprudencia Aranzadi
RJC	Revista Jurídica de Cataluña
RRM	Reglamento del Registro Mercantil
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
t.	tomo
TRLAU	Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos
<i>Vide infra</i>	Véase más adelante
<i>Vide supra</i>	Véase más arriba
vol.	volumen

M.^a CORONA QUESADA GONZÁLEZ
 Profesora Titular de Derecho civil
 Magistrada Suplente de la Audiencia Provincial de Barcelona

de utilidad pública o de interés social, a costa de los particulares que tengan arrendados locales a las mercantiles fusionadas, privándoseles, sin un precepto inequívoco que así lo establezca, de los derechos anejos a su propiedad (art. 33 de la Constitución) entre ellos los que dimanen de la legislación arrendaticia».

DICTAMENES Y NOTAS

La Ley del Suelo ante el Tribunal Constitucional

I. UNA CUESTION PENDIENTE

En el Preámbulo del Texto Refundido de la Ley del Suelo, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, igual que se hacía en la Ley 8/1990, de 25 de julio, de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo, ya se resaltaba la dificultad de ordenar un texto legal único con la materia del urbanismo, lo que dimanaba sobre todo de las competencias que había atribuido la Constitución a las Comunidades Autónomas y que éstas han asumido en sus respectivos Estatutos en materia de ordenación del territorio, urbanismo y vivienda, habiéndose ya dictado bastantes normas autonómicas sobre el particular.

Varios comentaristas habían también hecho notar este conflicto difícilmente superable y habían pronosticado que el Texto Refundido que se anunciaba en la Ley de 1990 tendría que carecer de unidad sistemática, salvo que se hiciera caso omiso de la especial naturaleza de las normas que habrían de integrarla; la ruptura que ha supuesto en la unidad del ordenamiento jurídico nacional la atribución de competencias legislativas a las Comunidades Autónomas obliga a delimitar la naturaleza de las distintas normas desde esta nueva perspectiva. La única solución sería la de distinguir entre normas plenamente aplicables, básicas y supletorias.

La Sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de julio de 1981 señaló la conveniencia y aun la necesidad de que el Estado deba determinar en las normas que promulgue si su aplicabilidad es plena, básica o supletoria. Las Cortes de la Nación, dice la sentencia, deberán establecer lo que haya de entenderse por básico, aplicable o supletorio, y en caso necesario, aclarar, será este Tribunal el competente para decidirlo.

Es exactamente lo que ocurre en este caso. La Ley del Suelo señala los tres apartados; pero ante los recursos presentados, es el Tribunal Constitu-

cional el que decide sobre esta clasificación y sobre la constitucionalidad de los preceptos impugnados en esta sentencia que vamos a resumir y comentar.

Teóricamente, las normas de aplicación plena suponen una competencia excluyente del Estado y por tanto derogatoria de las normas autonómicas afectadas. Será norma básica aquella en la que si bien el Estado proclama su competencia sobre las líneas generales, se concede a las autonomías la posibilidad de dictar otras normas para su desarrollo. Y se considera norma estatal supletoria aquella que sólo será aplicable en defecto de reglamentación autonómica sobre el particular y para llenar sus lagunas.

Estas distinciones responden a la idea expresada por el Tribunal Constitucional en su Sentencia de 26 de marzo de 1987 que declaró que el Estado podrá regular las condiciones básicas que garanticen una igualdad de trato de todos los españoles en el ejercicio y contenido de sus derechos de propiedad, pero todo ello sin perjuicio de que las Comunidades Autónomas puedan darse en el ámbito de sus respectivas competencias una legislación propia que respete la legislación básica estatal.

Esta delicada cuestión de la clasificación de las normas del urbanismo ya se abordó en la Ley de Reforma de 1990 y también en la disposición final del Texto Refundido de 1992, apoyándose en los correspondientes apartados del artículo 149 de la Constitución. Pero varias Comunidades Autónomas, que se apoyan en el artículo 148, han entendido que se ha invadido su ámbito competencial, dando origen a esta cuestión que estaba pendiente y que ahora se resuelve por el Tribunal, según hemos de ver.

II. LOS RECURSOS DE INCONSTITUCIONALIDAD INTERPUESTOS

Haciendo uso de las facultades conferidas en los artículos 161 y 162 de la Constitución, las Comunidades Autónomas de Navarra, Cantabria, Aragón, Castilla y León y Canarias interpusieron recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 8/1990, de 25 de julio, a los que posteriormente se han acumulado los recursos que contra el Texto Refundido de 1992 han interpuesto las Comunidades de Baleares, Aragón y Cataluña, por entender las recurrentes que las leyes dichas invaden de modo global las competencias que les ha atribuido la Constitución en su artículo 148.1.3.º en materia de ordenación del territorio, urbanismo y vivienda; tales competencias han sido plenamente asumidas y se ha regulado la materia por varias leyes autonómicas que resultan afectadas.

Se alega sustancialmente que si bien el Estado, según el artículo 149, tiene competencia en materia de propiedad en general y puede regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el

ejercicio de los derechos constitucionales, esto no permite que el Estado pueda aprobar una ley con vocación de código urbanístico que venga a modificar sustancialmente el sistema de distribución de competencias particularmente atribuidas a las Comunidades Autónomas en materia de urbanismo, por lo que se impugnan las dos leyes dichas de 1990 y 1992 en su globalidad por el vicio de incompetencia. Además y de modo particular se aduce que la disposición final de ambas ha señalado de modo unilateral y arbitrario cuáles son las normas de aplicación plena, las básicas y las supletorias, incurriendo también en inconstitucionalidad por falta de competencia.

En síntesis y con pequeñas variantes, las alegaciones contenidas en los recursos coinciden en la presunta inconstitucionalidad global de la Ley de 1990 y del Texto Refundido de 1992 por la razón central de que, a juicio de los recurrentes, se han invadido por el Estado las competencias que a ellas les correspondían en el urbanismo, dictando normas de aplicación directa, básica o supletoria que pertenecen al ámbito de la esfera autonómica.

Los escritos presentados son muy extensos y de una notable prolijidad, haciendo enumeraciones casi exhaustivas de preceptos concretos respecto a los cuales se detallan alegaciones que consideran pertinentes. Se recogen en los antecedentes de la sentencia, llenando bastantes folios y cuya lectura se torna repetitiva y no poco fatigosa, ya que todos los recursos presentados inciden prácticamente en los mismos conceptos, pareciéndose bastante entre ellos.

La Abogacía del Estado en el Tribunal emite dos informes, referidos a los recursos sobre la Ley de 1990 y a los del Texto Refundido. En cuanto al primero, el escrito, que se califica en la sentencia de «muy extenso», se centra en rechazar las inconstitucionalidades reprochadas, diciendo que no se ha infringido la libertad de empresa (art. 38 CE) ni la regulación constitucional de derecho de propiedad (art. 33 CE), y defiende que las competencias estatales invocadas en la disposición final de la Ley son las que le reservan las reglas 1.ª, 8.ª, 13, 18 y 23 del artículo 149.1 de la Constitución; niega que se haya infringido el orden constitucional y estatutario de competencias y desciende después a defender cada uno de los artículos que se han impugnado en los recursos, con mayor o menor convicción.

El segundo informe de la Abogacía del Estado respecto a los recursos contra el Texto Refundido de 1992 se inicia defendiendo la rehabilitación del plazo que se hizo en la Ley de Presupuestos de la autorización caducada que tenía el Gobierno para redactarlo como punto previo; después se reiteran los argumentos generales de validez de la Ley antes reseñados, defendiendo la constitucionalidad de sus preceptos. Un punto muy interesante de este informe y que resaltamos porque tiene relación con uno de los extremos del fallo es el referente a las disposiciones supletorias, que se anulan en masa, sin tener en cuenta que el último inciso del número 3 del artículo 149 de la Constitu-

ción dice expresamente que el Derecho estatal será, en todo caso, supletorio del Derecho de las Comunidades Autónomas. Luego volveremos por extenso sobre este punto.

Para ver cómo el Tribunal Constitucional ha considerado las alegaciones de los recursos y de la Abogacía del Estado en los argumentos esgrimidos, es preciso estudiar por partes la sentencia.

III. ESTUDIO DE LA SENTENCIA

Nada menos que 42 fundamentos jurídicos contiene la sentencia, que ha sido dictada con fecha 20 de marzo de 1997 por el Pleno del Tribunal Constitucional dada la importancia de la materia debatida y el profundo estudio que ha precisado. Han sido dos ponentes, y no uno, los señores don ENRIQUE RUIZ VADILLO y don PABLO GARCÍA MANZANO, los que han expuesto el parecer del Tribunal.

En dichos fundamentos jurídicos se examinan algunas cuestiones previas, se entra después a decidir sobre los puntos centrales que se refieren a los títulos competenciales que se aducen, se analiza la disposición final del Texto Refundido que hacía la delimitación de normas respecto a su distinta aplicación y se hace por último un estudio pormenorizado de cada uno de los preceptos particulares impugnados y de las disposiciones adicionales y transitorias.

En el fallo, cuyo texto íntegro puede verse en este mismo número de la REVISTA, se estiman parcialmente los recursos y se declara: 1.º Que son inconstitucionales y nulos los artículos que se enumeran, calificados de carácter básico o de aplicación plena en los apartados 1.º y 2.º de la disposición final del Texto Refundido. 2.º Es también inconstitucional y nulo todo el apartado 3.º de dicha disposición y consiguientemente todos los artículos que se habían considerado de eficacia supletoria; se enumeran y son nada menos que 174 artículos. 3.º Se declara nula la disposición derogatoria del Texto Refundido, que en adelante deberá decir solamente «queda derogada la Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo». 4.º Se desestiman los recursos en todo lo demás.

Tomando como base el fallo que hemos extractado, cuyo texto es prolijo por las enumeraciones de artículos declarados nulos, analizaremos los puntos más importantes, que son la legalidad del Texto Refundido como tal en cuanto al escaso resto que se conserva, la delimitación de las competencias sobre urbanismo, el concepto de la propiedad a este respecto, normas referentes a la publicidad registral que se mantienen vigentes y, por último, la discutible cuestión antes apuntada de la derogación *ad tabulam rasam* de las normas supletorias.

A) *La legalidad de la redacción del Texto Refundido*

Uno de los argumentos que, como cuestión previa, adujeron algunos de los recursos presentados era que la disposición final 2.ª de la Ley 8/1990, de 25 de julio, autorizaba al Gobierno para que en plazo de un año desde su publicación aprobara un Texto Refundido de las disposiciones estatales vigentes sobre la materia. No obstante, la refundición no se llevó a cabo en el plazo concedido y hubo que recurrir, indebidamente a juicio de las recurrentes, a una Ley de Presupuestos Generales del Estado, la dada para 1991, para conferir al Gobierno un nuevo plazo a fin de que realizase tal refundición en los seis primeros meses de 1992. En efecto, dentro de este segundo plazo, el 26 de junio de 1992, ya se publicó el Real Decreto Legislativo 1/1992 conteniendo el Texto Refundido de la Ley del Suelo.

La cuestión que se plantea en la sentencia se circunscribe a determinar si ese nuevo plazo, que sustituye al caducado, pudo autorizarse mediante una Ley de Presupuestos cuyo contenido y finalidad normales son distintos a los que le atribuye el artículo 134 de la Constitución.

El Tribunal Constitucional en el fundamento jurídico 2 entiende que esta actuación fue correcta, pues aunque la Ley de Presupuestos tenga efectivamente otra finalidad, en este caso concreto no dio lugar a ninguna restricción ilegítima de las competencias del poder legislativo, ya que las facultades de examen y aprobación de las Cámaras fueron ya ejercidas plenamente en su momento al aprobar la Ley 8/1990 y por tanto no se ha hurtado al debate parlamentario ninguna función ni se han menoscabado las potestades legislativas de las Cortes Generales. Por ello, se afirma en los párrafos finales del fundamento jurídico 2 que desde la perspectiva de la seguridad jurídica y con independencia de que no se haya llevado a cabo una regulación jurídico-material cuando se autoriza la refundición de la Ley de Reforma con los textos legales anteriores, las Cortes Generales, lejos de producir una inseguridad jurídica, han servido a este principio constitucional (art. 9.3). En definitiva, se declara que debe rechazarse la impugnación dirigida a la totalidad del Texto Refundido de la Ley del Suelo por cuanto no se aprecia vulneración de los límites materiales de la Ley de Presupuestos que resultan del artículo 134 de la Constitución.

B) *Delimitación de las competencias sobre urbanismo*

Dado que la cuestión central de los recursos es precisamente determinar la competencia que en materia de urbanismo puede corresponder al Estado y a las Comunidades Autónomas, la sentencia sienta su doctrina exponiéndola extensamente en los fundamentos jurídicos 5-8, donde analiza diversos aspectos de la cuestión.

Se comienza diciendo que del juego de los artículos 148 y 149 de la Constitución resulta que la competencia en materia de urbanismo no corresponde tan sólo a las Comunidades Autónomas, sino que también coexiste con la del Estado, que puede condicionarla tácitamente. En efecto, no es posible desconocer que el artículo 149 reconoce al Estado la competencia, también exclusiva, sobre las condiciones básicas del ejercicio de los derechos constitucionales o de la legislación sobre expropiación forzosa, el sistema de responsabilidad y el procedimiento administrativo común entre alguno de los instrumentos de los que el urbanismo suele hacer uso. Por ello el Tribunal Constitucional afirma que la competencia autonómica sobre el urbanismo ha de integrarse sistemáticamente con aquellas otras estatales que si bien no podrían legitimar del entero régimen jurídico del suelo, pueden propiciar, sin embargo, que se afecte puntualmente a la materia urbanística.

Se delimita negativamente esa competencia estatal en el sentido de que esas «condiciones básicas» no son sinónimo de «normas básicas», pues sólo se refieren a aquellas que tienden a garantizar la igualdad; es decir, que el Estado tiene la competencia para incidir sobre los derechos y deberes constitucionales desde la concreta perspectiva de la dicha igualdad de las posiciones jurídicas fundamentales, pero el desarrollo de las condiciones básicas para establecer su régimen jurídico puede corresponder al legislador estatal o autonómico de acuerdo con el orden constitucional de competencias. La delimitación positiva de las facultades estatales en urbanismo, según el artículo 149 de la Constitución se da advirtiendo que la materia sobre la que recae es únicamente los derechos constitucionales y los deberes básicos en sentido estricto.

La sentencia recapitula este punto aclarando que el artículo 149.1.1.º no debe ser entendido como una prohibición de divergencia autonómica ni tampoco como un título residual, aunque la normación del derecho por virtud de esta competencia sea delimitada, no ya sólo porque no se inscriba en la dinámica de las bases-desarrollo, sino porque las condiciones básicas que garantizan la igualdad no pueden consistir en un régimen jurídico acabado y completo de los derechos y deberes constitucionales afectados.

En resumen, según la doctrina de la sentencia, al Estado corresponde la competencia sobre el establecimiento de las condiciones básicas que garantizan la igualdad en el ejercicio del derecho de propiedad urbana, determinados aspectos de la expropiación forzosa y de la responsabilidad administrativa; igualmente corresponde al Estado todo lo referente a la publicidad registral del urbanismo, de acuerdo con la regla 8.ª del artículo 149.1 de la Constitución, por estar englobada en la ordenación de los Registros públicos. En lo demás, el reparto competencial de la Constitución, según su artículo 148, corresponde por entero a las Comunidades Autónomas a las que ha atribuido esta competencia exclusiva sobre la ordenación del territorio, el urbanismo y

la vivienda, y por eso a ellas pertenece la posibilidad de emanar las normas que afecten a estos campos y su organización.

C) El régimen de la propiedad urbanística

El fundamento jurídico 10 de la sentencia es especialmente claro y concreto en este punto al decir que la adquisición del contenido urbanístico susceptible de apropiación privada, su valoración y los presupuestos previos para que pueda nacer el derecho de propiedad urbana, son elementos que en principio pueden considerarse amparados por la competencia estatal que se localiza en el artículo 149.1.1.º de la Constitución. El Estado tiene competencia para fijar las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el cumplimiento de los deberes constitucionales y, en consecuencia, para regular los deberes básicos que sean inherentes a cada manifestación del dominio. La función social forma parte del contenido del derecho de propiedad, y expresa y sintetiza los deberes que modulan su ejercicio (art. 33 CE) y por ello la competencia estatal se extiende a esos deberes.

Entre los títulos competenciales en favor del Estado referentes a la propiedad susceptibles de afectar al urbanismo se pueden citar los que consagran los números 8.º y 18 del apartado 1 del artículo 149; por el primero, al Estado corresponde, salvo en las regiones forales o especiales, la legislación civil y la ordenación de los Registros públicos con carácter general y exclusivo; por el apartado 18 tiene el Estado competencia sobre las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas, el procedimiento administrativo común, la legislación sobre expropiación forzosa y el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones públicas.

A resultas de estas condiciones básicas, por tanto, el Estado puede plasmar una determinada concepción del derecho de propiedad urbana en sus líneas más fundamentales, como, por ejemplo, la que disocia la propiedad del suelo del derecho de edificar. Las Comunidades Autónomas, desde la competencia urbanística que les reconoce la Constitución y los respectivos Estatutos, podrán dictar normas atinentes al derecho de propiedad urbana, con respeto, claro está, de esas condiciones básicas y de las demás competencias estatales que en cada caso sean de aplicación.

Con arreglo a estos principios no se han anulado y por tanto continúan vigentes los siguientes artículos:

- El 3.1 del Texto Refundido, sobre las finalidades de la acción urbanística.
- El artículo 5, que declara la función social de la propiedad.
- El 7, que establece la participación en las plusvalías y la equidistribución de beneficios y cargas.

- El 8, que regula la utilización del suelo conforme a la ordenación territorial urbanística.
- Y el 9, sobre la clasificación del suelo.

No se derogan tampoco los artículos 15-17 del Texto Refundido que establecen el régimen del suelo no urbanizable, prohíben los fraccionamientos en contra de lo dispuesto en la legislación agraria y regulan las áreas de especial protección.

En el régimen del suelo urbano y urbanizable se respeta la regulación estatal contenida en los artículos 19-22, en los cuales se determina la incorporación al proceso urbanizador, los deberes legales para la adquisición gradual de facultades, así como el uso, conservación y rehabilitación de construcciones y los efectos urbanísticos de la enajenación de fincas.

Tampoco se ha anulado el importante artículo 23 de la Ley que viene a establecer una especie de adquisición gradual de facultades distintas y separadas del dominio del suelo y que ha instituido, según su letra *d*), la extraña doctrina, un tanto opuesta al reconocimiento del dominio del artículo 33 CE, de que sólo se incorpora al patrimonio del propietario del suelo la edificación *ejecutada y concluida* con sujeción a la licencia otorgada; la doctrina lo ha criticado porque parece que en los tramos intermedios el propietario no es tal, sino un simple concesionario sujeto a resoluciones imprevistas. La verdad es que en ninguno de los recursos se ha impugnado la doctrina de este artículo, por lo que el Tribunal ni siquiera ha podido estudiarlo y ahí queda vigente.

Igualmente quedan vigentes los artículos 24 y 25 sobre la adquisición y extinción del derecho a urbanizar, y el 26 sobre adquisición del derecho al aprovechamiento urbanístico.

La adquisición del derecho a edificar sigue vigente según está regulado en el artículo 33.1 del Texto Refundido y los efectos de la extinción siguen regulados por el artículo 36.

El importante artículo 37 que exige la licencia y la certificación del técnico competente en las obras nuevas tampoco ha sido anulado y está vigente, lo que consideramos acertado.

Tampoco se ha derogado, con excepción de los artículos 59-62, el Título II del Texto Refundido, referente a las normas de valoración del suelo y sus obras y derechos.

D) Las disposiciones sobre publicidad registral

Una de las notas más salientes de este fallo del Tribunal Constitucional es que se han respetado escrupulosamente casi todos los artículos del Texto Refundido de la Ley que se refieren a la publicidad registral de las situaciones

urbanísticas comprendidas en el mismo. Sólo se han anulado, es curioso, las que estaban calificadas como supletorias, como luego veremos.

Bien es verdad que ninguna de las Comunidades recurrentes han impugnado estos preceptos en particular, sencillamente porque el apartado 8.º del artículo 149.1 de la Constitución las pone claramente bajo la competencia del Estado y eso ha hecho que no presente cuestión alguna su validez.

Así pues, siguen vigentes los siguientes preceptos de aplicación plena:

- Artículo 168.3, que establece que el Registrador hará constar en el asiento la incompatibilidad de la situación de la nueva finca con la subsistencia de los derechos o cargas que hubieran de trasladarse a ella.
- Artículo 169, sobre inscripción en el Registro del acuerdo de aprobación definitiva de la reparcelación.
- Artículo 211.3, sobre inscripción de los actos administrativos de constitución, modificación o extinción forzosa de servidumbres.
- Artículo 222, que exige para pagar el justiprecio que se justifique la inscripción del titular en el Registro.
- Artículo 223, sobre inmatriculación de fincas expropiadas.
- Artículo 224, que ordena la cancelación de cargas para inscribir fincas expropiadas en favor de la Administración.
- Artículos 232 y 235, sobre inscripción de las ventas forzosas.
- Los artículos 258 y 259, anulados en parte, conservan su vigencia en cuanto que establecen que los Notarios y Registradores de la Propiedad harán constar en la descripción de las fincas su cualidad de indivisibles en su caso, imponiéndoles la obligación de exigir para la división de terrenos que se acredite la licencia municipal o la declaración de su innecesariedad.
- Se mantiene la vigencia del apartado 2 del artículo 288 de la Ley, que establece que la constitución del derecho de superficie deberá formalizarse en escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad como requisito constitutivo de su eficacia.

El Título IX de la Ley, entero, referente al régimen jurídico, se ha respetado. Comprende su capítulo primero, peticiones, actos y acuerdos, artículos 299-302; el capítulo II, acciones y recursos, artículos 303-306, y el capítulo III, Registro de la Propiedad, que es el que más nos interesa, cuyos artículos 307-310 quedan íntegramente vigentes.

Como es sabido, estos preceptos se incluyeron en la Ley de Reforma de 1990 y pasaron al Texto Refundido de 1992 constituyendo el armazón básico de la publicidad registral del urbanismo, que está en espera de una necesaria regulación reglamentaria que lo complemente.

El artículo 307 hace una enumeración de los actos inscribibles, con un auténtico *numerus apertus* en su número 8.º.

El artículo 308 establece como título inscribible normal la certificación administrativa.

El artículo 309 especifica las distintas clases de asientos correspondientes a los diversos supuestos enumerados en el artículo 307.

Y el artículo 310 regula los asientos de las distintas fases del procedimiento en la reparcelación y la compensación.

De los preceptos declarados en el Texto Refundido de aplicación básica, también se ha respetado los de contenido registral, que son:

- Los artículos 16.4 y 37, que exigen para la autorización e inscripción de las obras nuevas que se acredite el otorgamiento de la licencia de edificación y certificación de finalización de la obra expedida por técnico competente.
- El artículo 40, que establece la notificación al Registrador de la resolución judicial o administrativa declarando ilegal una construcción.
- El artículo 203, que se refiere a la ocupación de terrenos para dotaciones públicas, que debe inscribirse en el Registro.

Sin embargo, como ya dijimos, el respeto a las normas de contenido registral se ha roto para los artículos que en la Ley estaban clasificados como «supletorios» solamente por esto, lo que no nos parece acertado por lo que hemos de decir a seguido. Tales artículos anulados son los siguientes:

- Artículo 136, sobre autorización de usos y obras de carácter provisional.
- Artículo 159, sobre transmisión de terrenos a las Juntas de compensación que actúan como fiduciarios.
- Artículos 198 y 199, que regulaban una coordinación recíproca entre el Registro de la Propiedad y el de Transferencias de Aprovechamientos Urbanísticos.
- Artículo 229, sobre relaciones entre el Registro de la Propiedad y el de Solares y Terrenos sin urbanizar.
- Y artículo 297, sobre transmisión de viviendas sujetas a tanteo y retracto forzosos, cuya inscripción no podía realizarse sin las notificaciones exigidas por el artículo 293.

E) *Nulidad masiva de los artículos considerados como supletorios*

Así se declara, haciendo una verdadera tabla rasa, en el punto 2.º del fallo, con lo que, a nuestro entender, se da lugar a un enorme vacío legal, sobre

todo en aquellas Comunidades que como Andalucía, Cantabria, Castilla-La Mancha y León, Extremadura y La Rioja carecen por completo de normas autonómicas urbanísticas, y en otras varias Autonomías que sólo tienen regulaciones parciales.

¿Cuál será la normativa a que haya de acudir ahora una vez anulada la estatal que les servía, y muy bien además, no sólo como supletoria, sino como única existente?

Esta anulación masiva de los artículos señalados como supletorios tiene su origen en la doctrina sentada por el propio Tribunal Constitucional en su sentencia 147/1991, que el Abogado del Estado no considera acertada en este caso. Dice al respecto que no debe confundirse la pasividad o tardanza en ejercer las potestades normativas autonómicas con la opción de desregular como elección de un régimen jurídico. Si la Comunidad Autónoma quiere evitar la aplicación supletoria de mandatos prohibitivos contenidos en normas estatales, sólo puede hacerlo dictando una norma que excluya su aplicación cuando posea competencia para dictar la norma de aplicación preferente. La mera formulación de una política autonómica desreguladora, mientras no tenga traducción normativa, esto es, mientras no dé origen a una actividad normativa autonómica, no puede ser razón para excluir la aplicación supletoria del Derecho estatal y, menos aún, para impedir su mera existencia o formulación. La libertad autonómica de decidir si tales materias deben ser sometidas a una regulación específica no conduce a negar la aplicación supletoria de las normas estatales; la Comunidad Autónoma no tiene otro camino que el de dictar una norma autonómica de exclusión. De un modo u otro, concluye este punto del informe, el Estado siempre podrá invocar un título concurrente.

También se critica este criterio anulatorio de las normas de carácter supletorio en el voto particular del Magistrado señor JIMÉNEZ DE PARGA, el cual cree que el artículo 149.3 de la Constitución no debe valorarse en términos similares a los que la doctrina civilista utiliza para ponderar los artículos 4.3 y 13.2 del Código Civil. Según nos dice, la doctrina alegada de la sentencia 147/1991 no niega que el Estado pueda dictar normas de aplicación supletoria en materia de competencia de las Comunidades Autónomas; exige tan sólo, *a contrario sensu*, que el Estado invoque algún título propio que le permita dictar normas generales sobre dichas materias; por ello, si el Estado cuenta con tales títulos para incidir sobre la materia de la exclusiva competencia autonómica, afectándole de algún modo, puede dictar normas supletorias. Termina diciendo que tal vez hubiera sido menos desacertado dejar que sean los Jueces y Tribunales los que decidan en cada caso si los preceptos calificados de supletorios deben regir o no con tal carácter. Al determinar, como se hace en la sentencia, que son inconstitucionales, se hace imposible que, apreciada una laguna, el órgano judicial pueda suplirla, pues el Derecho estatal habrá desaparecido. Con la solución adoptada resulta imposible toda

distinción entre la desregulación y las lagunas, pues éstas siempre deberán interpretarse como resultado de una voluntad desreguladora; aun faltando la voluntad expresa de no regular, el vacío normativo será equivalente a la intención de no dictar normas. La supletoriedad debe ser apreciada por el Juez; el legislador no ha de imponerla cuando deba aplicar supletoriamente el Derecho del Estado, pero debe producir normas a las que el Juez pueda acudir cuando, encontrándose con una laguna, le sea preciso colmarla.

Por supuesto, estamos más de acuerdo con el alegato del Abogado del Estado y el citado voto particular que con la solución de nulidad indiscriminada del fallo a todas las normas supletorias estatales por el solo hecho de ser comprendidas en la disposición final y sin entrar en su contenido. Hemos visto que varios artículos de contenido registral, y por ello puramente estatales, han sido anulados por este único detalle pese a que las Autonomías nunca podrán regular estos puntos.

Por lo demás, las lagunas inmensas en varias normativas autonómicas ¿cómo se llenarán? ¿Cuál será el Derecho supletorio al que habrá que acudir para llenar el vacío que dejan los artículos anulados?

IV. CONCLUSION CRITICA

No hay duda de que había una cuestión pendiente con la regulación del Texto Refundido de la Ley del Suelo de difícil encaje con el modelo autonómico y el respeto a sus competencias.

Esta sentencia trata de aclarar los campos, pero es posible que produzca consecuencias que van más allá de lo propuesto.

Si se ha tratado de solucionar la cuestión central, se pueden originar otras cuestiones de no menor importancia en tanto no se aclare la confusión previsible hasta que haya una normativa aplicable en adelante.

A vuelapluma y con prisas, que no son buenas, se nos ocurren las siguientes preguntas:

¿Qué ocurrirá con los planeamientos en trámite y los procedimientos administrativos y judiciales en marcha, basados inicialmente en los preceptos que ahora se declaran nulos?

¿Cómo habrá de entenderse la disposición derogatoria del Texto Refundido según la nueva redacción que le da la sentencia? Al limitarse ahora la derogación tan solo a la Ley 8/1990, ¿qué ocurre con las demás normas urbanísticas? ¿Será posible, como a alguien he oído opinar, que se «resucite» el Texto Refundido de 1976 al no tener otro a mano?

¿Cómo se salvará, insistimos, el enorme vacío jurídico que se produce en las Comunidades Autónomas que no tienen regulación urbanística propia y que antes se llenaba con las normas supletorias anuladas?

Se dirá que con este fallo se ha dejado a salvo el mítico respeto a las competencias autonómicas, y eso puede ser interesante; pero ¿qué será más importante, este prurito o la inseguridad jurídica que se puede originar?

Es de temer que crezcan los pleitos y las cuestiones en tanto no se aclare legislativamente esta incierta situación transitoria.

Lógico es suponer que las Comunidades Autónomas que aún no tienen regulación propia suficiente en materia de urbanismo procuren articularla con la urgencia que la especial situación de vacío legal ha originado esta sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de marzo pasado.

Pocos días después, el día 24 del mismo mes de marzo, Galicia salvaba el bache promulgando su nueva Ley del Suelo, en la que regula una normativa completa y se deroga su antigua Ley de 22 de agosto de 1985 de adaptación a la nacional del Suelo, que ha venido rigiendo hasta ahora. En la nueva Ley gallega del Suelo se parte del reconocimiento expreso y la aceptación de los principios resultantes del ordenamiento urbanístico que se consolidó en España a partir de la Ley del Suelo de 1956 y por ello se estiman adecuadas para esta nueva Ley autonómica aquellas formulaciones de preceptos de los textos estatales de 1976, 1990 y 1992, aunque se ofrecen a la vez soluciones nuevas para los problemas específicos que plantea la realidad en el ámbito gallego.

Con fecha 25 de abril se ha promulgado en Cantabria una Ley de medidas urgentes en materia de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana. Partiendo de la realidad del vacío legal originado por la sentencia del Tribunal Constitucional, se reconoce en su preámbulo que la Comunidad Autónoma de Cantabria, excepto una Ley puntual sobre Usos del Suelo en el Medio Rural, no ha aprobado una legislación general propia en el ámbito urbanístico, «como tampoco lo han hecho buena parte de las Comunidades Autónomas» (*sic*). En estas circunstancias, se sigue diciendo en el mismo preámbulo, no es difícil aventurar que el panorama normativo resulta extraordinariamente complejo y supone una permanente situación de inseguridad al tener que confiar, en cada caso, en el intérprete la fijación de las normas aplicables en un ordenamiento por lo demás tan complicado y dificultoso como es el urbanístico. Por ello, aunque se advierte que es sólo a título provisional, se dispone en el artículo 1.º que en el ámbito territorial de Cantabria, y hasta la aprobación de una Ley de Ordenación Urbana de la Comunidad Autónoma, regirá íntegramente como propio el Derecho estatal en vigor con anterioridad a la publicación de la sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de marzo de 1997.

Ya sabemos que, en materia legislativa al menos, lo provisional tiende a hacerse definitivo. Veremos lo que ocurre. La solución adoptada, como se reconoce en el repetido preámbulo, es atípica, pero se acepta porque viene a rellenar el vacío legal producido solventando una necesidad urgente y atendiendo al máximo respeto que merece el principio esencial de la seguridad jurídica.

Ahora nos queda esperar lo que decidirán las restantes Comunidades Autónomas que igualmente carecen de la normativa adecuada para afrontar el evidente e inaplazable problema de regular de un modo completo el urbanismo. Ya que han postulado sus competencias y éstas les han sido ampliamente reconocidas, ahora que acepten y soporten el correlativo deber de articularlas como es preciso, promulgando las normas al efecto.

JOSÉ M.^a CORRAL GUJÓN
Doctor en Derecho

Ayer y hoy del crédito agrícola

I. UN LIBRO INTERESANTE

Al marcarse en el tiempo la letra omega de mi etapa profesional en activo, o sea, sin eufemismos, al llegarme la jubilación, el gran amigo y compañero don JOSÉ M.^a CHICO Y ORTIZ, que acaba de marcharse a mejor vida, tuvo el detalle de regalarme un librito que él tenía como oro en paño y que se titula simple y escuetamente *Crédito agrícola*.

Su autor es don JUAN JUDERÍAS, Interventor del Banco de España y Perito Mercantil. Un libro de verdad curioso, escrito en 1932, con sólo 200 páginas en las cuales se contiene un acertado resumen de las cuestiones que entonces preocuparon, y siguen preocupando, a las menguadas economías de los agricultores españoles.

Nuestro amigo acertó plenamente en este regalo, que me hizo mucha ilusión, pues el crédito agrícola ha sido siempre uno de los temas que me han merecido gran interés. Uno de los primeros trabajos publicados en mi manía monotemática de la agricultura fue precisamente un articulillo en el que reflejaba mis experiencias en el campo de los créditos que se otorgaban a los agricultores en los años sesenta y setenta por el Instituto de Reforma y Desarrollo Agrario, en donde tuve ocasión de trabajar aportando mis modestos servicios de colaboración jurídica.

El libro tiene la pátina del tiempo transcurrido, pues se imprimió hace sesenta y cinco años en la imprenta Sol de Lérida y valía, ¡casi nada!, cuatro pesetas con cincuenta céntimos. Está redactado con un lenguaje sencillo y diría que hasta un tanto delicioso, con el propósito que expresa el autor, y que consigue, de aleccionar y estimular en estos estudios no sólo a los que dedican sus actividades a la agricultura, sino también a todos los que por su profesión tengan precisión de conocer estas materias.

Al comentarlo, refiriendo cómo era entonces el crédito agrícola, por alusiones, nos hace traer a colación lo que los Registradores de la Propiedad han hecho en esta materia, ya que pocas profesiones estarán tan relacionadas con

esta institución como la nuestra. Y ya, de paso, terminaremos con un apunte del estado actual del crédito agrícola.

II. EL CREDITO AGRICOLA, AYER

Las cosas como son. Hay que reconocer que ya no se dan situaciones tan penosas como la que pinta el autor de 1932 en la entradilla del libro, donde nos dice que «el labrador sigue en el más completo desamparo, teniendo que adquirir las semillas de los especuladores en grano, con obligación de devolverlos en una cuartilla más, al igual que los pienso».

El crédito ha evolucionado lo suficiente como para que no existan esas situaciones extremas, aunque no cabe ignorar que las entidades particulares de crédito aún siguen imponiendo a veces condiciones casi leoninas; mientras tanto, las entidades oficiales y las subvenciones comunitarias no llegan a cubrir del todo las necesidades de los agricultores.

Cuando se escribió el libro el autor señalaba el influjo favorable de las instituciones cooperativas que ya iban apareciendo, como las Cajas Rurales y el Servicio Nacional del Crédito Agrícola, que nació en 1925. Pero dice que el crédito agrícola en España no encuentra ambiente para su saturación por la poca confianza que inspira el capital agrícola y las dificultades de prestar una garantía real cuyas formalidades de contrato sean tangibles en cuanto a su pronta cancelación, y económicas en cuanto a los gastos que origina.

El problema del crédito agrícola, según el autor, es complejo, y para enfocararlo y resolverlo adecuadamente se precisa el estudio de varios de sus aspectos económicos, sociales y jurídicos.

Como factores económicos se señalaban, en primer lugar, la escasa proporción de terreno cultivable. ¿Qué diría el autor de las normas comunitarias que priman ahora el abandono de tierras de cultivo? Algo parecido podríamos decir de la opinión contenida en el libro sobre que el Estado debe organizar los diversos cultivos para llenar los déficits del mercado nacional; ahora, en primer lugar, las Autonomías tienen la competencia en agricultura y pondrían el grito en el cielo; por otra parte, es Bruselas la que dirige y ordena la producción y los cultivos, y no siempre con criterios uniformes y duraderos, sino a base de frecuentes bandazos nacidos de una coyuntural Política Agraria Comunitaria, la célebre y cambiante PAC, que nos atosiga.

En lo que sí estamos de acuerdo es en la loa que hace el autor de las instituciones crediticias tradicionales, como los pósitos, de rancio abolengo en España, y de las figuras de las Cajas Rurales que por entonces empezaban y ahora proliferan.

En el libro se recogen la doctrina y la normativa entonces vigente de los sindicatos agrícolas, con la célebre Ley de Exenciones que ha estado prácti-

camente vigente para los grupos sindicales de colonización, y sus sucesoras las sociedades agrarias de transformación hasta que la desafortunada Ley del Régimen Fiscal de las Cooperativas ha venido a darle la puntilla de modo alevoso. También recoge el libro la regulación del Servicio Nacional de Crédito Agrícola y de los Pósitos, llena de ambiente rural y con unas normas claras y sencillas.

Como factores sociales que podían influir entonces en el crédito agrícola, según el autor del libro, estaban la escasez de brazos en la agricultura, el analfabetismo y la emigración y, por otra parte, la existencia de una contraposición muy acusada entre latifundios y minifundios.

Estos factores sí que han cambiado en los sesenta y cinco años de diferencia desde el libro hasta ahora. Las tendencias actuales vienen presididas por la entrada masiva del maquinismo que ha hecho que en el campo sobren brazos y se incentiven las jubilaciones prematuras y se anime la emigración también con ayudas y premios. En cuanto al analfabetismo, ha disminuido de modo bastante apreciable; y las obras de colonización, y sobre todo la concentración parcelaria, han rectificado de modo bien notable la configuración de las fincas, disminuyendo aquella contraposición latifundio-minifundio que existía en 1932.

Y como factores jurídicos que podían influir en el crédito el autor menciona como deseable la prenda agrícola y contempla las relaciones entre Catastro, Registro y Notaría.

Sabido es que en aquella época no había otra posibilidad de prenda sin desplazamiento de posesión que la regulada en 1917, basada en el depósito con un complicado juego de resguardos, por lo que en el libro se clama por una regulación más acorde con las necesidades crediticias de los agricultores. No hace falta decir que la situación actual responde mejor a esos deseos ya que la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento ha cambiado por completo el panorama facilitando el crédito.

Sólo diez páginas, pero bastante sustanciosas, dedica este libro a tratar de las relaciones entre el Catastro, el Registro y la Notaría. Se postula una coordinación que, según estamos viendo, aún no se ha conseguido sesenta y cinco años después. Se recogen varias opiniones, entre ellas la del Registrador RAFAEL GÓMEZ PAVÓN que enfocaba la cuestión diciendo que el problema de la tierra, viejo como la tierra misma, hay que resolverlo, a la vez que social y económicamente, de un modo jurídico; mientras se ha querido construir un Catastro divorciado del Registro y de la Notaría; mientras se ha legislado a espaldas de la fijeza y seguridad de la propiedad en las cuestiones crediticias y a la vez se ha dificultado la normalización jurídica registral multiplicando las trabas legales y los organismos afines y contradictorios; mientras la solución no sea simultánea de todos los factores, los remedios serán estériles. Como solución tiraba por la calle de enmedio, postulando la adopción del

sistema Torrens para nuestra legislación, con facultad de los Registradores para expedir cédulas hipotecarias negociables por endoso.

A esto le contestaba el también Registrador PAULINO HUERTAS en otro trabajo diciendo que el sistema Torrens, como cualquiera que se base en la armonía entre el Registro jurídico y el catastral de los inmuebles, es costosísimo y enojoso, sólo aprovechable por tanto para la titulación de las fincas valiosas, precisamente las que, por regla general, menos necesitan del crédito agrícola y las menos numerosas en España. Y sigue diciendo que el catastro parcelario, el económico de las fincas con fines tributarios, está llamado a desaparecer muy pronto, en cuanto se implante un régimen verdaderamente democrático y liberal con leyes agrarias limitativas de la facultad de poseer inmuebles.

Como se ve cada cual aporta su solución, más o menos teórica y no siempre realizable. Y así seguimos, discutiendo.

Como consideración final, el autor de este libro dice que aun reconociendo los inmejorables servicios de algún órgano estatal (ya sabemos que sí se ha mejorado y no sólo por el Estado, sino por la Autonomías y la Unión Europea), propugnamos por las iniciativas de orden particular, donde el legítimo incentivo del dividendo acucie la expansión necesaria en el campo libre de la Banca, con métodos y prácticas más flexibles y más en armonía con los hábitos de los labradores. Y termina diciendo que se debe buscar el instrumento crediticio que movilice el inmenso capital agrícola y, si preciso fuere, llegar a la reforma de la Ley Hipotecaria, en la seguridad de que el primer beneficiado había de ser el propio Tesoro y consiguientemente la agricultura, madre de la economía nacional.

Y fin. Reus, agosto de 1932. Así acaba el libro, curioso de verdad, que hemos resumido.

Pero como alude a los Registradores y éstos han hecho algo en esta materia, vamos a reflejarlo.

III. LA APORTACION REGISTRAL AL CREDITO AGRICOLA

En todos los Registros, y más en los rurales como es natural, son frecuentes los créditos con finalidad agraria buscando la garantía de la hipoteca clásica o bien la de la prenda sin desplazamiento o la hipoteca mobiliaria con destino al campo. Aquí los Registradores prestan sus servicios por pura obligación aunque con exquisita profesionalidad.

Pero además, ya lo hemos dicho en otro lugar, hay por medio muchas veces una auténtica e indisimulable vocación. Dada su función especial y su inmediatividad, los Registradores asesoran en sus despachos y solucionan con

frecuencia la mayoría de los problemas que el crédito puede presentar. Este asesoramiento es por cierto una de las funciones más agradables desde el punto de vista humano, pues el hombre de campo paga con abundante amistad y un agradecimiento continuado todo favor que recibe en este aspecto.

Esta vocación agrarista y la defensa del crédito agrícola aparece en varias actuaciones profesionales colectivas y en los trabajos de algunos Registradores que hemos podido recoger de una Memoria de la Asociación de Registradores de la Propiedad de España que se publicó en 1913, del *Hectoanuario* del Colegio publicado en 1961, de la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO y del *Boletín de Información del Colegio*.

El primer dato que encontramos está en el Congreso de los Registradores de Andalucía y Extremadura celebrado en Sevilla en julio de 1866. Se hace patente la labor llevada a cabo por el Cuerpo. «Ahí está el estado de la agricultura y el coeficiente que habéis puesto en ese milagro afortunado, pues la tierra, que es a la vez madre y sudario del hombre, es también la base de la riqueza universal, el fundamento de toda acción y de todo medio». Se hace una extensa exposición de lo realizado y se termina con una espectacular y animosa frase: «Ahora, señores, ¡a trabajar!»

En el Congreso celebrado en Santiago de Compostela en julio de 1891 se acordó proteger el crédito agrícola; la agricultura en España estaba sedienta de capital que la fertilizase; sin este poderoso auxiliar, se decía, los procedimientos serán rutinarios y la competencia con el extranjero y aun dentro de la nación será ruinosa; el labrador carece de metálico y precisa de un crédito fácil y sin usura. En su consecuencia, en su conclusión quincuagésima, expresaron que «los Registradores encargados de conservar la propiedad, atentos a sus movimientos y oscilaciones, conocedores de sus necesidades, deben prestar su modesto concurso a la obra común. Aunados todos los esfuerzos con voluntad firme y persistente se alcanzará la creación del crédito agrícola y la regeneración de la agricultura». Y no se conformaron con una formal declaración, sino que en quince detalladas reglas programan de modo completo los medios para obtener ese ansiado crédito barato.

El Registrador de Benavente don AGUSTÍN RAMOS DEL POZO escribía con fecha 8 de junio de 1893 una carta a don RAFAEL DE LA ESCOSURA en la que se trasluce esa preocupación de estos profesionales. Decía, entre otras cosas: «Los Registradores acuden a los Poderes públicos y a las Cortes y dicen...: Somos los portaestandartes de la riqueza inmueble, que agoniza comida por la usura. Venimos en demanda de auxilio, a levantarla de su abatimiento. Sin riqueza agrícola no habrá en España riqueza de ningún género. Si la agricultura muere arrastrará en su ruina a la industria, al comercio y a la Patria misma».

El también Registrador don CARLOS MARÍA BRU DEL HIERRO, entre sus varias facetas jurídicas, dedicó atención a los temas agrarios y especialmente al del

crédito. En 1909 pronunció en la Asociación de Agricultores de España, a invitación del ilustre agrarista Vizconde de Eza, un documentado discurso sobre «Crédito agrícola y reforma hipotecaria». Pero lo más destacado de su buena labor es la amplia monografía titulada «Legislación comparada sobre crédito agrícola. Bases para su fomento en España», premiada y publicada por la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas en 1904. Consta de cuatro partes, exponiendo en la primera los conceptos generales y en la segunda los sistemas comparados. La tercera parte, dedicada a España, comienza resaltando el contraste entre el avance legislativo y la zaga de las realidades; en efecto, en España ya se legisló en 1851 sobre cajas y bancos destinados a facilitar créditos a bajo interés para la población rural, pero la realidad no respondió a dichos intentos; dicho autor estudia detenidamente nuestros tradicionales Pósitos, nacidos en la época de los Reyes Católicos, opinando que si no han llegado a cumplir plenamente su función social ha sido por culpa del desamparo del Estado. Por último, en la cuarta parte, BRU DEL HIERRO hace su aportación personal presentando unas bases que, a su juicio, servirían para desarrollar el crédito agrícola, tan necesario en el campo.

Otro Registrador, al que BALLARÍN MARCIAL llama «el gran adalid del crédito agrario», fue don RAFAEL RAMOS BASCUÑANA. Convocado en Cartagena un Congreso sobre la prenda agrícola, presentó una Memoria en la que defiende y propone apoyar la garantía en los elementos mobiliarios de explotación agraria o en las cosechas, con lo que se facilita el acceso al crédito no sólo de los propietarios, sino también de los arrendatarios o empresarios agrícolas en general. Su propuesta de crear la prenda agrícola o la hipoteca mobiliaria mediante los llamados *warrants* fue recogida por el Real Decreto de 22 de septiembre de 1917, primer paso recibido por una más amplia legislación posterior. Su labor en el establecimiento de cajas y bancos rurales, bibliotecas y auxilios para agricultores y la publicación de varias obras de contenido social agrario que alcanzaron gran difusión y aceptación mereció que en el Senado se le calificase públicamente de «Apóstol de la prenda agrícola».

Su libro *Crédito agrícola: Cajas rurales de préstamos* obtuvo tres ediciones. En él se pretendía que cada Caja fuese como un establecimiento para auxiliar a las víctimas de la usura. A este estudio siguieron las *Cartas al conde de Romanones y bases para el planteamiento de las Cajas Rurales de Préstamos*, que fue premiado en Zaragoza en 1909. Después publicó otro libro, *Prenda agrícola e hipoteca mobiliaria*, en el que defendía la tesis ya aceptada del no desplazamiento de la prenda. Leer su libro *Pro agricultura* causa admiración por la intensa vocación agrarista que rezuma; es una colección de artículos sobre las Cajas Rurales, prenda agrícola y regadíos, terminando con un cruce interesante de cartas y artículos con JOAQUÍN COSTA donde se critica acerbamente la escasa política agraria oficial de la época.

Otros trabajos publicados sobre este tema por Registradores han visto la luz a lo largo del tiempo. Citemos, entre otros:

«El crédito agrícola», en la *Revista de los Tribunales*, 1888, de MANUEL LEZÓN FERNÁNDEZ.

La cuestión agraria en Irlanda y referencias a la de España, libro publicado en 1908.

Dos trabajos, ambos con el mismo título, «Generalidades sobre el crédito agrícola», de RAFAEL GÓMEZ PAVÓN y PAULINO HUERTAS LANCHO, publicados en la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO en los años 1931 y 1932, a los que se hace referencia en el libro que hemos comentado.

Don RAMÓN DE LA RICA Y ARENAL publicó en 1933 un artículo, documentado como todos los suyos, titulado «Crédito agrario con garantía inmobiliaria», en la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO.

En la misma REVISTA, que desde su aparición ha tratado los temas agrarios de los Registradores, hemos podido recoger los siguientes trabajos:

«Observaciones sobre el crédito agrario», en 1931, firmado por LA REDACCIÓN, bajo la cual estaba el prestigio del gran hipotecarista don JERÓNIMO GONZÁLEZ.

«Crédito agrícola», por LUIS CÁRDENAS MIRANDA, en 1931.

«Algo sobre el crédito agrícola», otra vez de RAFAEL GÓMEZ, en 1943.

«Crédito hipotecario y economía triguera», de MANUEL VILLARES PICO, en 1936, el cual insiste en 1974 con otro trabajo titulado «La reforma agraria y el crédito hipotecario».

«Viabilidad del crédito agrario a través del censo consignativo mejor que con el préstamo hipotecario», de MANUEL GÓMEZ GÓMEZ, en 1957.

Y en el *Boletín de Información del Colegio de Registradores* se publica en 1966, firmado por la COMISIÓN DE ESTUDIOS HIPOTECARIOS, una «Minuta de inscripciones de hipoteca a favor del Banco de Crédito Agrícola».

Seguro que hay por ahí más trabajos sobre este tema que lamentaríamos haber omitido. Pero con esta muestra ya hay bastante para responder a la alusión del librito. Los Registradores, efectivamente, se han ocupado del crédito agrícola.

IV. EL CREDITO AGRICOLA EN LA ACTUALIDAD

No cabe duda que la descapitalización del campo sigue siendo un mal endémico que no se ha curado a pesar de los escasos paternalismos oficiales y dudamos mucho que se solucione con la moderna política de subvenciones.

Para competir con otros sectores y con la misma agricultura de los restantes países europeos se necesitan mayores ayudas. Se consumen elementos tecnológicos cada vez más costosos y, por otra parte, los riesgos climatológicos comportan, inevitablemente, inseguridades financieras.

Además, la nueva concepción comunitaria de la agricultura, cambiante en extremo, como hemos dicho, son elementos todos que influyen de modo decisivo en la descapitalización de la actividad rural, la cual sigue siendo, repetimos, uno de los problemas más acuciantes del agricultor español.

La adaptación del sector agrario al desarrollo integral ha de pasar por una capitalización que resulta imprescindible. Y el logro de esa capitalización lleva aparejada la necesidad de disponer de los recursos precisos para financiarla.

El flujo de transferencias de recursos al sector agrario habrá de canalizarse principalmente por el crédito agrícola o privado, ya que la financiación del sector apenas tiene otros cauces que la vía del préstamo. Por esta razón ha constituido siempre una de las máximas aspiraciones de la agricultura la de institucionalizar algún modo de financiación propia que sirva tanto para captar una buena parte del ahorro agrícola como para asegurar su reconducción a este mismo sector en forma de créditos.

El crédito agrícola no es, ni más ni menos, que una modalidad de la institución crediticia general, caracterizada porque su destino es la agricultura y porque intenta conseguir cargas menores dada la debilidad de sus destinatarios. Constituye la fórmula más común e idónea, junto con las subvenciones, para llevar a cabo la financiación.

Como vemos, el problema hoy sigue pareciéndose bastante al de ayer, con la diferencia que supone el mayor coste de la maquinaria y demás elementos de cultivo. Por ello, las fuentes de financiación antiguas, tintadas de usura en no pocos casos, han tenido que variar de modo fundamental.

Pervive aún en algunas localidades la veterana institución de los pósitos, de gran arraigo en nuestros tradicionales medios rurales. Pero el crédito agrícola, englobado en la realidad general crediticia, tiene acceso actualmente a una pluralidad compleja de fuentes de financiación que pueden ser públicas o privadas.

Entre las primeras están los préstamos y subvenciones, estatales, autonómicos y comunitarios, que se rigen por sus disposiciones específicas. Entre los segundos, el crédito agrícola se nutre de créditos obtenidos tanto de los Bancos como de las Cajas de Ahorro, y especialmente de las Cajas Rurales o Cooperativas de Crédito.

Los Bancos y Cajas de Ahorro funcionan del modo común conocido, prestando con las garantías normales de la hipoteca, la prenda sin desplazamiento y la hipoteca mobiliaria.

Las Cooperativas de Crédito, reguladas por el Real Decreto 2860/1978, de 3 de noviembre, son entidades que se rigen por las disposiciones generales en

materia de cooperación y tienen por exclusivo objeto social servir a las necesidades de financiación de las entidades cooperativas a ellas asociadas y a los socios de éstas; para el mejor cumplimiento de sus fines cooperativos pueden admitir imposiciones de fondos y realizar los necesarios servicios de Banca.

Las Cajas Rurales, que han adquirido gran auge, superando pasadas dificultades, son en esencia sociedades cooperativas cuya finalidad es el fomento del ahorro entre sus asociados y el empleo de dicho ahorro en la concesión de créditos a los mismos, con destino a la financiación de las operaciones agrícolas, mediante la garantía común del bajo tipo de interés y en condiciones de reembolso adecuadas a las necesidades de la producción agraria.

En la práctica actual estas Cajas Rurales, aun manteniendo su condición de cooperativas, funcionan a efectos de concesión y garantía de los créditos siguiendo la línea de los Bancos, con pocas variaciones. El problema central, pues, sigue en pie. Esto es lo que me ha sugerido la lectura del libro que me ha regalado JOSÉ MARÍA CHICO, a quien reitero el agradecimiento y que lo recibirá en el más allá.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

ACTUALIDAD JURIDICA

I. Información legislativa

A) Acuerdos internacionales y Derecho europeo

1. *Registro Internacional de Marcas*.—En el *BOE* del 8 de marzo se publica el Reglamento de ejecución común del Acuerdo de Madrid relativo al Registro Internacional de Marcas y del protocolo concerniente a ese Acuerdo, adoptado en Ginebra del 15 al 18 de enero de 1996.

2. *Acuerdo de Seguridad de la Unión Europea*.—En el *BOE* del 11 de marzo se publica el Instrumento de Ratificación de este Acuerdo con la Unión Europea Occidental (UEO), hecho en Bruselas el 28 de marzo de 1995.

3. *Cooperación transfronteriza con Francia*.—El *BOE* del 10 de marzo publica el Tratado entre el Reino de España y la República francesa sobre cooperación transfronteriza entre entidades territoriales, hecho en Bayona el 10 de marzo de 1995.

B) Legislación nacional

1. Ley 2/1997, de 13 de marzo. Regula la Conferencia para asuntos relacionados con las Comunidades Europeas (*BOE* 14 marzo).

2. Ley 3/1997, de 24 de marzo. Recuperación automática del subsidio de garantía de ingresos mínimos (*BOE* 25 marzo).

3. Ley 4/1997, de 24 de marzo. Sociedades laborales (*BOE* 25 marzo).

4. Ley 5/1997, de 24 de marzo. Reforma del texto articulado de la Ley sobre Tráfico, vehículos a motor y seguridad vial (*BOE* 25 marzo).

C) Normas autonómicas

Canarias.—Ley de 7 marzo 1997. Atención integral a los menores.

Cataluña.—Ley de 24 marzo 1997. Equipamientos comerciales.

Galicia.—Ley de 24 marzo 1997. Ley del Suelo de Galicia.

Valencia.—Ley de 21 febrero 1997. Régimen sancionador en materia de vivienda.

II. Información de actividades

1. *Consejo General del Notariado*.—El día 3 de marzo tuvo lugar un solemne acto para la presentación del libro *Metodología de la determinación del Derecho*, del que es autor nuestro Consejero de Redacción y Presidente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, don JUAN B. VALLET DE GOYTISOLO.

Intervinieron en el acto los siguientes señores:

- Excmo. Sr. D. JOSÉ ITURMENDI MORALES, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid.
Tema: «Panorama introductorio de la obra».
- Excmo. Sr. D. ANGEL SÁNCHEZ DE LA TORRE, Catedrático de Filosofía del Derecho y Académico de la Real de Jurisprudencia y Legislación.
Tema: «La interpretación jurídica».
- Excmo. Sr. D. ANTONIO RODRÍGUEZ ADRADOS, Notario. Académico de la Real de Jurisprudencia y Legislación.
Tema: «La determinación negocial del Derecho».
- Excmo. Sr. D. JESÚS MARINA MARTÍNEZ-PRADO, Magistrado del Tribunal Supremo.
Tema: «La determinación conflictual del Derecho».

2. *Instituto de España*.—El día 6 de marzo se conmemoró la fundación de este Instituto, en el cual el director de esta REVISTA y también académico don LUIS DíEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN disertó sobre el tema «Problemas de interpretación de la Ley».

3. *VI Congreso Nacional de Derecho Agrario*.—Se ha celebrado en Málaga durante los días 6 y 7 de marzo organizado por la Asociación Española de Derecho Agrario, con la colaboración de la Caja rural y la Universidad de Málaga.

La lección magistral introductoria estuvo a cargo del Profesor de Derecho Civil de dicha Universidad don JOSÉ MANUEL RUIZ RICO sobre «La legislación agraria de la Comunidad Autónoma de Andalucía».

Las ponencias desarrolladas han sido las siguientes:

- Primera ponencia: «Agricultura y espacios naturales protegidos en España y Andalucía», por don NICOLÁS PÉREZ SOLA, Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Jaén.

- Segunda ponencia: «Las organizaciones interprofesionales agrarias», por don LUIS AMAT ESCANDELL, Catedrático de Derecho Agrario de la Universidad de Valencia.
- Tercera ponencia: «La OCM de Frutas y Hortalizas y la del Aceite de Oliva», por don JOSÉ LUIS PALMA FERNÁNDEZ, Letrado del Consejo de Estado.
- Cuarta ponencia: «Las comunidades agrarias», por doña ANA CAÑIZARES LASO, Profesora Titular de Derecho Civil de la Universidad de Málaga.
- Quinta ponencia: «Los arrendamientos rústicos históricos: regulación actual y perspectiva de futuro», por don MIGUEL PASQUAU LIAÑO, Profesor Titular de Derecho Civil de la Universidad de Granada.
- Sexta ponencia: Informe sobre la Conferencia de Cork (Irlanda) organizada por la Comisión Europea y celebrada los días 7-9 de noviembre sobre «El futuro del mundo rural y de la agricultura», por don ALBERTO BALLARÍN MARCIAL.
- Lección magistral de clausura por el Catedrático de Derecho Mercantil y Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid don ALFREDO ILLESCAS sobre «Los acuerdos GATT y la política agraria común. Presente y futuro».

4. *Academia Matritense del Notariado*.—Ha continuado el ciclo de conferencias del curso 1996-97, habiéndose pronunciado durante los dos meses pasados las siguientes:

13 de marzo:

- «Los pactos parasociales», por don JOSÉ M.^a MADRIDEJOS FERNÁNDEZ, Notario de Madrid.

3 de abril:

- «Algunos aspectos de la cesión de créditos y de la asunción de deudas», por don JOSÉ LUIS MARTÍNEZ-GIL VICH, Notario de Madrid.

17 de abril:

- «Escritura pública y transmisión de la propiedad», por don IGNACIO SOLÍS VILLA, Notario de Madrid.

5. *Asociación Española de Abogados de Familia*.—En Madrid y durante los días 14 y 15 de marzo ha tenido lugar un encuentro para estudiar la actuación del Abogado de familia en temas patrimoniales de actualidad.

Los temas tratados han sido:

- «Los regímenes económicos matrimoniales. Especial referencia al régimen de separación de bienes», por don FRANCISCO VEGA SALA, Abogado del Ilustre Colegio de Barcelona y Profesor de la Escuela de Práctica Jurídica, y doña MARÍA ROSA SALLÉS COSTA, Abogada del Ilustre Colegio de Barcelona y Profesora de la Escuela de Práctica Jurídica.
- «La protección del acreedor en la liquidación de la sociedad de ganancias», por don JOSÉ CERDÁ GIMENO, Notario de Ibiza, y doña CAMINO SANCIÑENA ASURMENDI, Profesora de la Universidad de Oviedo.
- «Acciones penales que protegen las relaciones internas de la pareja en caso de crisis, y en particular el impago de prestaciones y alzamiento de bienes», por el Ilmo. Sr. don VENTURA PÉREZ MARIÑO, Magistrado de la Audiencia Nacional, y el Ilmo. Sr. don ANTONIO OCAÑA RODRÍGUEZ, Fiscal de la Audiencia Provincial de Sevilla.
- «Calificaciones conflictivas de bienes: indemnizaciones, seguros, adquisición y titularidad de la vivienda familiar y otras», por el Ilmo. Sr. don JUAN CADARSO PALAU, Abogado del Ilustre Colegio de Madrid y Catedrático de la Universidad de Alcalá de Henares, y el Ilmo. Sr. don JUAN PIQUERAS VALLS, Presidente de la Sección 3.^a de la Audiencia de Guipúzcoa.
- «Actos dispositivos sobre bienes de menores», por don VICENTE GUILLARTE ZAPATERO, Abogado del Ilustre Colegio de Valladolid y Catedrático de la Universidad de Valladolid, y el Ilmo. Sr. don BARTOLOMÉ VARGAS CABRERA, Fiscal del Tribunal Supremo.
- Clausura: Por el Excmo. Sr. don LUIS MARTÍ MINGARRO, Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, y Excmo. Sr. don LUIS ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Presidente de la Asociación Española de Abogados de Familia.

6. *Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles.*—Ha tenido lugar en su salón de actos, el día 3 de abril, una «Jornada sobre el derecho de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles (multipropiedad)», con las siguientes intervenciones:

- «La transposición de la Directiva sobre el aprovechamiento por turno», por don ANTONIO PAU PEDRÓN, Registrador de la Propiedad y Mercantil.
- «La configuración técnico-jurídica del aprovechamiento por turno y su inscripción», por don PEDRO DE PABLO CONTRERAS, Catedrático de Derecho Civil.

- Mesa redonda. Coordinador: Don FERNANDO CABELLO DE LOS COBOS, Registrador de la Propiedad y Mercantil.
- «La experiencia española sobre el aprovechamiento por turnos», por don PEDRO MUNAR BERNAT, Profesor Titular de Derecho Civil.
- «El tránsito de la situación anterior a las nuevas normas: la adaptación», por don EMILIO CAMPMANY BERMEJO, Registrador de la Propiedad y Mercantil.
- «Las funciones notarial y registral ante el aprovechamiento por turno», por don JOSÉ MANUEL HERNÁNDEZ ANTOLÍN, Notario.
- La clausura corrió a cargo de don LUIS MARÍA CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, Director General de los Registros y del Notariado.

7. *Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.*—A) *Convocatoria del III Premio San Raimundo de Peñafort.*

Bases:

1.^a Podrán aspirar al premio los autores de obras monográficas, originales e inéditas, que versen sobre un tema jurídico referente a **garantías reales y personales.**

2.^a El premio estará dotado con la cantidad de **tres millones de pesetas (3.000.000).**

3.^a Las obras presentadas a concurso habrán de estar inscritas en alguna de las lenguas oficiales de España o de sus Comunidades Autónomas o en las de los Estados miembros de la Comunidad Económica Europea.

Deberán presentarse en forma rigurosamente anónima, distinguiéndose con un lema cuya identificación se encontrará en una plica, cerrada y sellada, en la que se hará constar el nombre, los apellidos, el domicilio del autor y el primer renglón de su trabajo.

4.^a Las obras que se presenten al premio habrán de poseer una extensión mínima de trescientos (300) folios, mecanografiados a doble espacio, y no podrán ser o haber sido tesis doctorales.

5.^a En ningún caso podrán aspirar al premio los Académicos de Número de la Corporación.

6.^a Los trabajos habrán de presentarse en la Secretaría de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación (Marqués de Cubas, 13. 28014-Madrid) antes de las 20,00 horas del día 30 de diciembre de 1998.

7.^a El premio será discernido por una Comisión constituida por cinco Académicos de Número elegidos por el Pleno de la Real Academia.

8.^a Por mayoría de la Comisión el premio podrá ser declarado desierto.

9.^a La concesión del premio y el autor premiado serán dados a conocer en sesión pública que celebrará la Corporación antes del día 30 de junio de 1999.

10. Los trabajos no premiados serán devueltos a sus respectivos autores.

B) *Ingreso de un nuevo académico.*—El día 21 de abril la docta Corporación celebró sesión solemne en la que el académico electo don VÍCTOR FAIRÉN GUILLÉS leyó su discurso reglamentario sobre «El Jurado, ese personaje (Hacia uno de los sofismas de la Ley de 22 de mayo de 1995)», para tomar posesión de Académico de Número. En nombre de la Real Academia contestó al recipiendario don JOSÉ GONZÁLEZ PÉREZ.

C) *Homenaje a don Antonio Cánovas del Castillo.*—Se ha celebrado el día 28 de abril con las siguientes intervenciones:

- «La actividad legislativa en los períodos de gobierno de Cánovas del Castillo», por el Académico de Número Excmo. Sr. don ENRIQUE RUIZ VADILLO.
- «Cánovas del Castillo, jurisconsulto», por el Académico de Número Excmo. Sr. don DIEGO ESPÍN CÁNOVAS.
- «Cánovas del Castillo, Académico y Presidente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación», por el Académico de Número y Presidente de la Corporación Excmo. Sr. don JUAN BERCHMANS VALLET DE GOYTISOLO.

8. *Premio de Investigación Tribuna Americana.*—El aula Simón Bolívar, de la Tribuna Americana, con el fin de promover en otros ámbitos esa reflexión sobre la Conferencia Iberoamericana y la Comunidad Iberoamericana de Naciones, convoca un Premio de Investigación Tribuna Americana de acuerdo con las siguientes bases:

1.^a Se otorgará a la persona, grupo de personas o institución académica que, a juicio del Jurado, presente el mejor trabajo de investigación, original e inédito, sobre cualquier aspecto relacionado con las relaciones iberoamericanas.

Se tendrá en cuenta el interés político, la actualidad informativa, el rigor científico y el manejo de fuentes, documentación y bibliografía más congruentes con el tema, así como la referencia a los planteamientos y definiciones establecidos en la Cumbre de Guadalajara.

2.^a La extensión del trabajo será libre, con un mínimo de ochenta folios, escritos a máquina y a doble espacio, incluyendo en ellos bibliografía y/o fuentes documentales, en español o portugués.

3.^a El autor o los autores, en caso de ser una investigación de carácter colectivo o de institución académica, tendrán que adjuntar un resumen del *curriculum vitae*, con sus actividades, investigaciones y publicaciones.

4.^a El trabajo original y la documentación adjunta deberán encontrarse en Madrid, en las oficinas de la Casa de América, a más tardar el día 31 de octubre de 1997.

5.^a El Jurado que otorgará el Premio estará compuesto de personalidades académicas iberoamericanas, seleccionadas para este fin por la Casa de América.

6.^a El resultado de las deliberaciones del Jurado se anunciará a través de los medios de comunicación.

7.^a El Premio de Investigación de la Casa de América estará dotado con un millón de pesetas.

8.^a El envío de los originales de las obras deberá hacerse por quintuplicado y especificando «Aula Bolívar» a: **Casa de América, Paseo de Recoletos, 2. 28001 Madrid.**

No se devolverán los documentos presentados.

JURISPRUDENCIA

I. Sentencias del Tribunal Constitucional

POR FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

STC de 20 de marzo de 1977 —TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DEL SUELO DE 1992.—Se declaran inconstitucionales numerosos artículos. Se respetan prácticamente todos los referentes a la publicidad registral.—Ple-
no.—Ponentes: Sres. Ruiz de Vadillo y García Manzano.—Voto particular de don Manuel Jiménez de Parga.

Antecedentes: Varias CCAA interpusieron recursos de inconstitucionalidad contra la Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo, y contra el Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio.

Fallo: El Tribunal Constitucional ha decidido:

Estimar parcialmente los recursos contra el Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, y en su virtud:

1.º Declarar que son inconstitucionales y nulos los siguientes preceptos calificados de «carácter básico» o de «aplicación plena» en los apartados primero y segundo de la Disposición Final única.

- 11.4
- 20.1.b) en su inciso «a los Ayuntamientos»
- 27.1, 2 y 4.
- 29.1.
- 30.1.
- 30.3, en su segundo inciso, «El Ayuntamiento decidirá sobre la expropiación o sujeción al régimen de venta forzosa de los correspondientes terrenos, cuyo valor se determinará, en todo caso, con arreglo a la señalada reducción del aprovechamiento urbanístico».
- 31.1 y 2.
- 32.
- 34.
- 35.1.
- 36.2.

- 38.2 y 3.
- 39, en su inciso «mediante solicitud de la correspondiente licencia en el plazo que establezca la legislación urbanística aplicable o, en su defecto, en el de dos meses a contar desde el oportuno requerimiento, si ya se hubiese adquirido el derecho al aprovechamiento urbanístico. Si faltase sólo para la adquisición del mencionado derecho la realización de la urbanización, la legalización exigirá también el cumplimiento de dicho deber».
- 40.3.
- Artículo 42.1 y 2.
- 42.3, en su segundo inciso, «con la particularidad de que el aprovechamiento susceptible de apropiación se reducirá en un 50 por 100, cuando no se hubiera adquirido ese derecho en el momento de la notificación del incumplimiento».
- 59.1 y 2.
- 60.
- 61.1.
- 62.
- 65.
- 66.
- 67.
- 72.1.
- 78.2.
- 94.1 y 2.
- 95.
- 96.1 y 3.
- 97.
- 98.
- 99.1 y 2.
- 104.1.
- 107.
- 109.1.
- 112.
- 118.1.
- 124.2.
- 126.1.
- 135 2.
- 141.
- 143.
- 144.1.
- 149.3.
- 151.1 y 3.
- 154 2.
- 166.1 a), c) y e).
- 167.
- 174.2.
- 176.
- 199.1.b) y 2.b).
- 202 1, 2, 3 y 4.
- 205, 2 y 3.
- 206 1 a excepción de la letra f), y 206.2
- 207.

- 220.1.
- 221.
- 227.1, en su primer párrafo. «En los supuestos de incumplimiento de deberes urbanísticos contemplados en la presente Ley, cuando la Administración actuante no opte por la expropiación, acordará la aplicación del régimen de venta forzosa del terreno».
- 228 3, en su inciso «según el aprovechamiento tipo vigente al tiempo de la tasación».
- 248.
- 249.
- 254.1.
- 277.
- 278.1 y 4.
- 282.2.
- 284.3.
- 285.
- 286.
- 299, inciso final: «con arreglo a esta Ley».
- Disposición Adicional primera.
- Disposición Adicional tercera.
- Disposición Adicional cuarta, regla 2.^a
- Disposición Transitoria primera, apartados 2 y 4.
- Disposición Transitoria cuarta.
- Disposición Transitoria quinta, apartado 2, último inciso: «En todo caso, como valor mínimo del suelo se entenderá el resultante de la aplicación del 85 por 100 del aprovechamiento tipo vigente al tiempo de la valoración»
- Disposición Transitoria sexta, apartados 1 y 4.
- Disposición Transitoria octava.

2.º Declarar que son inconstitucionales y nulos el apartado 3.º de la Disposición Final única y, consiguientemente, los siguientes preceptos aprobados por el Estado con eficacia supletoria.

Artículo 1; artículo 2; artículo 3, apartado 2, letras: *a)*, *b)*, *d)*, *e)*, *f)*, *g)*, *h)*, *i)*, *j)*, *k)*, y apartados 3 a 6; artículo 4, apartados 2 y 3; artículo 9, apartado 2; artículo 10; artículo 11, apartados 1 a 3; artículo 12; artículo 13; artículo 14; artículo 16, apartado 3; artículo 18; artículo 24, apartado 2; artículo 27, apartado 3; artículo 28, apartados 2 a 4; artículo 29, apartado 2; artículo 30, apartados 2, 4 y 5; artículo 31, apartado 3; artículo 33, apartado 2; artículo 42, apartados 4 y 5; artículo 43, apartado 2; artículo 44; artículo 45, apartado 5; artículo 59, apartado 3; artículo 65, apartados 2 a 6; artículo 68, artículo 69; artículo 70; artículo 71; artículo 72, apartados 2 a 5; artículo 73; artículo 74; artículo 75; artículo 76; artículo 77; artículo 78, apartados 1 y 3; artículo 79; artículo 80; artículo 81; artículo 82; artículo 83; artículo 84, artículo 85; artículo 86; artículo 87; artículo 88; artículo 89; artículo 90; artículo 91; artículo 92; artículo 93; artículo 94; artículo 96, apartado 2; artículo 99, apartado 3; artículo 101, artículo 102; artículo 103; artículo 104, apartado 2; artículo 105; artículo 106; artículo 108; artículo 109, apartados 2 a 5; artículo 110; artículo 111; artículo 113, apartado 1; artículo 114, artículo 115; artículo 116; artículo 117; artículo 118, apartados 2 a 4; artículo 119; artículo 120; artículo 121; artículo 122; artículo 123;

artículo 125; artículo 126, apartados 2 a 6; artículo 127; artículo 128; artículo 129; artículo 130; artículo 131; artículo 134, apartado 2; artículo 136, apartado 1; artículo 137, apartados 1 a 4; artículo 138, letra a); artículo 139; artículo 142, artículo 144, apartados 2 y 3; artículo 145; artículo 146; artículo 147; artículo 148; artículo 149, apartados 1, 2 y 4; artículo 151, apartados 2 y 4, artículo 152; artículo 153; artículo 155; artículo 156; artículo 157, artículo 158; artículo 159, apartados 1 a 3; artículo 160, apartados 1 y 2; artículo 161; artículo 162; artículo 163; artículo 164; artículo 165; artículo 166, apartado 1, letras b), d), f), g), y apartados 2 y 3; artículo 170, apartado 2; artículo 171; artículo 172; artículo 174, apartado 1; artículo 175; artículo 177; artículo 178; artículo 179; artículo 180, apartado 1; artículo 181; artículo 182; artículo 184, apartado 1; artículo 185; artículo 186, artículo 187; artículo 188; artículo 189; artículo 190; artículo 191; artículo 192; artículo 193; artículo 194; artículo 195; artículo 196; artículo 197, artículo 198; artículo 199, apartado 1, letra a), apartado 2, letras a) y b); artículo 200; artículo 201; artículo 202, apartado 5; artículo 208; artículo 209; artículo 211, apartados 1 y 2; artículo 212; artículo 227, apartado 2; artículo 228, apartados 1 y 2; artículo 229; artículo 230; artículo 231; artículo 233; artículo 234; artículo 236; artículo 242, apartados 2 a 5 y 7; artículo 243, apartado 3; artículo 244, apartados 1 y 5; artículo 245, apartado 2; artículo 246, apartados 1 y 3; artículo 247; artículo 250; artículo 251; artículo 252; artículo 253, apartados 1 y 2; artículo 254, apartado 3; artículo 255, apartado 1; artículo 256; artículo 257, artículo 258, apartado 1; artículo 259, apartados 1, 2 y 4; artículo 260; artículo 261; artículo 262; artículo 263; artículo 264; artículo 265; artículo 266; artículo 267, artículo 268; artículo 269; artículo 270; artículo 271; artículo 272; artículo 273, artículo 275; artículo 278, apartados 2 y 3; artículo 279, artículo 280, apartado 2; artículo 281; artículo 282, apartado 1, artículo 283; artículo 284, apartados 1 y 2; artículo 287, apartado 1; artículo 288, apartado 1; artículo 290; artículo 291; artículo 292; artículo 293; artículo 294; artículo 295; artículo 297; artículo 298; Disposición Adicional segunda; Disposición Transitoria segunda; Disposición Transitoria tercera, Disposición Transitoria sexta, apartados 2, 3 y 5; Disposición Transitoria séptima

3.º Declarar la inconstitucionalidad y nulidad del apartado primero de la Disposición Derogatoria única en el inciso «las siguientes normas de rango legal: El Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana; el Real Decreto-ley 3/1980, de 14 de marzo, sobre creación de suelo y agilización de la gestión urbanística; el Real Decreto-ley 16/1981, de 16 de octubre, de adaptación de Planes Generales de Ordenación Urbana, y», viniendo, por tanto, a decir: «Queda derogada la Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo», en los términos precisados en el fundamento jurídico 12.º,d).

4.º Desestimar los recursos en todo lo demás.

Fundamentos Jurídicos.—1. La Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo, fue impugnada a través de seis recursos de inconstitucionalidad deducidos por el Parlamento de Navarra, el Consejo de Gobierno de la Diputación Regional de Cantabria, el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña, el Consejo de Gobierno de la Junta de

Castilla y León, por el Gobierno de Canarias, por la Diputación General de Aragón y por el Gobierno de Aragón, que fueron acumulados al primero.

Por otra parte, la Disposición Final segunda de la citada Ley 8/1990 autorizó al Gobierno para que en el plazo de un año desde su publicación aprobara un Texto Refundido de las disposiciones estatales vigentes sobre la materia. No obstante, la refundición no se llevó a efecto en el meritado plazo y la Disposición Final quinta de la Ley 31/1991, de Presupuestos Generales, le confirió al Gobierno un nuevo plazo para realizar tal refundición en los primeros seis meses de 1992.

Pues bien, antes de que finalizara el proceso constitucional que tenía por objeto la Ley 8/1990, sobre la Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo, y como consecuencia de tal delegación legislativa, el Gobierno aprobó el Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, mediante el Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, Texto Refundido que, según la citada autorización y como ha quedado dicho, debía comprender las disposiciones estatales vigentes sobre la materia, así como su regularización, aclaración y armonización. La Disposición Derogatoria única, apartado 1.º, de esta nueva norma deroga expresamente la Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo.

Contra el Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana (en adelante, TRLS), promovieron recurso de inconstitucionalidad la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, la Diputación General de Aragón y el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña, remitiéndose en parte estos dos últimos recursos a las alegaciones vertidas en su día en sus respectivos escritos frente a la Ley 8/1990. No obstante, el Parlamento de Navarra, el Consejo de Gobierno de la Diputación Regional de Cantabria, el Consejo de Gobierno de la Junta de Castilla y León y el Gobierno de Canarias, esto es, cuatro de los recurrentes de la Ley 8/1990, no reproducen ni formulan recurso alguno contra el TRLS de 1992.

Estos datos iniciales han suscitado entre los comparecientes algunas cuestiones que han de ser estudiadas en primer término, antes de entrar en el fondo, a saber: *a)* si, como alega la representación estatal, ha de reputarse de extemporánea la impugnación del Gobierno balear consistente en que la Ley 31/1991, de Presupuestos, no es cauce válido para conferir un nuevo plazo de habilitación, y ello, alega el Abogado del Estado, por cuanto ese reproche no se hizo valer ante la citada Ley de 1991, sino, ulteriormente, frente al TRLS de 1992; *b)* caso de admitirse la citada impugnación, hemos de determinar si la prórroga de la delegación legislativa contenida en la Ley de Presupuestos resulta constitucionalmente válida; *c)* asimismo si la íntegra y expresa derogación de la Ley 8/1990, realizada por el TRLS, acarrea la desaparición sobrevenida del objeto de los recursos deducidos contra aquélla; *d)* si debe considerarse igualmente extemporáneo el recurso de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, como consecuencia de no haber impugnado la Ley 8/1990, en la que se contenía la delegación normativa; *e)* y, finalmente, si ha de inadmitirse parcialmente el recurso de la Diputación General de Aragón por la inviabilidad del apoderamiento al Letrado.

Resueltas estas cuestiones previas, habremos de examinar, antes de proceder al análisis de cada concreta impugnación, cuáles son los títulos competenciales en juego; así como la calificación de los preceptos del TRLS como normas básicas, de aplicación plena y supletoria que realiza la Disposición Final única del citado TRLS.

A) CUESTIONES PREVIAS

2. (Sobre la extemporaneidad de la impugnación basada en el límite material de la Ley de Presupuestos y sobre la validez de la prórroga de la delegación legislativa contenida en la Ley de Presupuestos)

Como ha quedado dicho, la Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo, fue derogada por el TRLS de 1992. El hecho de que cuatro de los recurrentes no hayan reiterado sus recursos contra el TRLS, plantea de inmediato la cuestión acerca de la eventual pérdida sobrevenida de su objeto. No obstante, antes de resolver si tal derogación priva de sentido actual al enjuiciamiento de la Ley 8/1990, es preciso examinar primero, en un orden lógico, el reproche que la representación del Gobierno balear, en el recurso número 2.337/92, dirige contra el citado Real Decreto Legislativo y en cuya virtud el órgano actor pretende, de modo principal, que lo declaremos inconstitucional y nulo en su totalidad. Si el entero TRLS hubiera incurrido en causa de nulidad, entre otras consecuencias, habría que entender que la Ley 8/1990 no habría sido derogada y, por consiguiente, no se plantearía la cuestión atinente a la eventual pérdida del objeto de los recursos formulados contra esta Ley. Con todo, a la viabilidad del análisis de esta imputación opone el Abogado del Estado la extemporaneidad de una tal impugnación, puesto que, sostiene, el recurrente afirma la invalidez del TRLS de 1992 como consecuencia de la ilegitimidad constitucional de una norma legal de delegación —la Disposición Final quinta de la Ley 31/1991, de ampliación del plazo para ejercer la delegación legislativa— que en su día pudo impugnar y no impugnó. Este es, por tanto, el primer problema que debe ser resuelto.

En suma, pues, dos son las cuestiones que aquí han de enjuiciarse: *a)* la pretendida extemporaneidad de la impugnación basada en el límite material de la Ley de Presupuestos; y *b)* la validez de la prórroga de la delegación legislativa contenida en la Ley de Presupuestos.

a) Con carácter preliminar, en efecto, hemos de dar respuesta a la objeción de extemporaneidad que opone el Abogado del Estado a la inconstitucionalidad alegada por la representación del Gobierno de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares de la Disposición Final quinta de la Ley 31/1991, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1992, toda vez que el plazo de caducidad para recurrir contra el citado precepto legal (art. 33 LOTC) terminó el 31 de marzo de 1992, y el Ejecutivo balear tenía legitimación para formular recurso de inconstitucionalidad contra la Ley delegante de acuerdo con el artículo 32.2 LOTC. Entiende el Abogado del Estado que en el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley delegada no pueden hacerse valer los vicios imputables a la Ley de delegación o Ley delegante relativos al uso o ejercicio de la delegación legislativa cuando ésta no fue recurrida en su día, pues «ni la Constitución ni la LOTC autorizan este tipo de recursos mediatos de inconstitucionalidad, más aún cuando cabe impulsar el llamado control concreto de inconstitucionalidad a través del planteamiento de la cuestión».

Tal argumentación no puede compartirse. El Decreto legislativo, como norma con rango de Ley emanada por el Gobierno, sólo es constitucionalmente válido si se dicta en el marco de las condiciones que fijan los artículos 82 a 85 CE, disponiendo concretamente el artículo 82.2 *in fine* que la correspondiente delegación legislativa tenga lugar «por una ley ordinaria cuando se

trate de refundir varios textos legales en un solo». Este requisito, que sin duda puede proyectarse sobre la constitucionalidad de la ley de delegación, afecta también, y en todo caso, a la validez del Decreto Legislativo eventualmente aprobado por el Gobierno con fundamento en dicha ley de delegación. No es dudoso, por tanto, que el TRLS, como Decreto Legislativo, puede ser impugnado y, consiguientemente, controlado por este Tribunal en lo que al cumplimiento del específico requisito más arriba señalado se refiere. A mayor abundamiento, y en otro orden de consideraciones, ello se hace posible, asimismo si se tiene en cuenta la situación de potencialidad en que queda la ley delegante, que sólo se actualiza con la aprobación del Decreto Legislativo, en el caso en que éste llegue a dictarse. Al fin y al cabo, la ley de delegación, desde un punto de vista sustantivo o de contenido material, sólo puede ser derogada por el texto refundido en la medida en que, por lo que aquí interesa, haya incorporado los textos legales que deba refundir, sin que tampoco pueda olvidarse que, aun habiendo sido derogada, habrá de actuar siempre —mientras siga vigente el texto refundido— como parámetro para medir las eventuales extralimitaciones en que haya podido incurrir la refundición.

Por su parte, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional no limita nuestro enjuiciamiento de los Decretos Legislativos a ninguna de sus condiciones constitucionales de validez [arts. 82 CE y 27.2 b) LOTC], de modo que una impugnación concreta como la que hoy se nos plantea, por referencia a la supuesta invalidez *ratione temporis* de la delegación, no puede ser desechada por este Tribunal con el argumento de que el enjuiciamiento, que así se nos pide, sólo pudo ser instado, en su día, frente a la propia Ley delegante. La complejidad, en esta y en otras hipótesis, de nuestro sistema de fuentes conduce a la consecuencia, en el orden procesal constitucional, de que la determinación de la validez o constitucionalidad de una disposición o enunciado legal puede requerir el previo examen, a estos solos efectos, de la propia constitucionalidad de la norma de ley de que trae causa la impugnada. El enjuiciamiento es viable, en estos casos, no porque se pueda ignorar, claro está, el plazo que marca el artículo 33 LOTC para impugnar la Ley de delegación, sino porque la impugnación en tiempo del Decreto Legislativo permite denunciar contra el mismo, ante esta jurisdicción, cualesquiera quebras de la Constitución, y entre ellas, como aquí ocurre, la de la falta o defecto del presupuesto del ejercicio en tiempo de la delegación legislativa (art. 82.3 CE).

Por tanto, ha de ser posible, en un proceso constitucional en que se cuestiona la validez de la Ley delegada, enjuiciar también los motivos de inconstitucionalidad que sean atribuibles a la Ley de delegación.

b) La Disposición Final segunda de la Ley 8/1990 habilitó al Gobierno para que, en el plazo de un año desde la publicación de aquélla, aprobara «un Texto Refundido de las disposiciones estatales vigentes sobre suelo y ordenación urbana», comprendiendo la refundición también «la regularización, aclaración y armonización de dichas disposiciones». El Gobierno no hizo uso en el plazo fijado de la habilitación otorgada, que le fue nuevamente conferida por la Disposición Final quinta de la Ley 31/1991, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1992, disposición que, además de remitirse a la autorización concedida por la Ley 8/1990, estableció como plazo de utilización de la misma los seis primeros meses de 1992. Pues bien, a criterio del recurrente, habiéndose agotado el plazo inicialmente concedido por el Legislador al Gobierno, no puede prorrogarse, ni mucho menos abrirse de nuevo, mediante una disposición comprendida en la Ley anual de Presu-

puestos del Estado. Y ello porque los límites de tales Leyes impiden que se incluyan, injustificadamente, materias no relacionadas con la disciplina presupuestaria, según ha venido declarando el Tribunal Constitucional. Por consiguiente, la autorización contenida en la Disposición Final quinta de la Ley 31/1991 es nula por inconstitucional. Y no existiendo autorización, al haber precluido el plazo establecido en la Ley 8/1990, no podía el Gobierno proceder a la refundición autorizada en su día.

Pues bien, para un correcto planteamiento del problema debe recordarse que el Tribunal Constitucional, desde la temprana STC 27/1981, y a lo largo de numerosas sentencias posteriores que han culminado en la STC 76/1992, ha elaborado una doctrina sobre los límites constitucionales al contenido material de las Leyes de Presupuestos del Estado y a su utilización como instrumento de la legislación para introducir en el ordenamiento jurídico «disposiciones de carácter general en materias propias de la Ley ordinaria (con excepción de lo dispuesto en el apartado 7.º del art. 134 CE)». Según dicha doctrina, la Ley de Presupuestos, que se configura como una verdadera Ley, no obstante sus peculiaridades, en el ejercicio de una función o competencia específica desdoblada de la genérica potestad legislativa (art. 66.2 CE), tiene un contenido mínimo, necesario e indisponible —esencial, porque no puede faltar y que cualifica a una Ley como de Presupuestos en el sentido constitucional del concepto: «aquella que, como núcleo fundamental, contiene la aprobación de los Presupuestos Generales del Estado, es decir, las previsiones de ingresos y las autorizaciones de gastos para un ejercicio económico determinado» (STC 126/1987, fundamento jurídico 5.º)— constituido por «la expresión cifrada de la previsión de ingresos y la habilitación de gastos» y un contenido posible, no necesario y eventual, integrado por materias distintas a ese núcleo esencial «que no siendo estrictamente presupuestarias inciden en la política de ingresos y gastos del sector público o la condicionan».

Pero aun aceptando la posibilidad de que las Leyes anuales de Presupuestos puedan contener disposiciones o regulaciones materiales de esa naturaleza, este Tribunal ha declarado igualmente «que este contenido eventual sólo tiene cabida dentro de límites estrictos», que la doctrina de la STC 76/1992, fundamento jurídico 4.º apartado a) —que reiteramos ahora— ha resumido concluyendo que «para que la regulación por Ley de Presupuestos de una materia distinta a su núcleo mínimo, necesario e indisponible (previsión de ingresos y habilitaciones de gastos) sea constitucionalmente legítima es necesario que esa materia tenga relación directa con los gastos e ingresos que integran el Presupuesto o con los criterios de política económica de la que ese Presupuesto es el instrumento y que, además, su inclusión esté justificada, en el sentido de que sea un complemento necesario para la mayor inteligencia y para la mejor y más eficaz ejecución del Presupuesto y, en general, de la política económica del Gobierno». «El cumplimiento de estas dos condiciones resulta, pues, necesario para justificar la restricción de las competencias del Poder Legislativo, propia de las Leyes de Presupuestos, y para salvaguardar la seguridad jurídica que garantiza el artículo 9.3 CE, esto es, la certeza del Derecho que exige que una Ley de contenido constitucionalmente definido, como es la Ley de Presupuestos Generales, no contenga más disposiciones que las que corresponden a su función constitucional (art. 66.2 y 134.2 CE)».

Ahora bien, a diferencia de casos anteriores, en que el Tribunal ha enjuiciado la constitucionalidad de una determinada regulación jurídica material sobre diversos ámbitos o sectores del ordenamiento llevada a cabo mediante

una Ley de Presupuestos, lo que constituye ahora el objeto de nuestro examen —como aconteciera también en el caso de la STC 13/1992, fundamento jurídico 16.º, si bien allí para elaborar un Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria ampliando la autorización a «la adaptación del nuevo Texto Refundido a la Constitución y a las Leyes promulgadas con posterioridad al 4 de enero de 1977»— no es una disposición que por sí misma contenga una regulación material sino una Disposición Final de la Ley de Presupuestos Generales del Estado en la que se contiene, con una técnica ciertamente peculiar, la fijación de un nuevo plazo de la delegación legislativa al Gobierno para elaborar un Texto Refundido (que comprenderá también la regularización, aclaración y armonización de las disposiciones refundidas), disposición ya contenida en la anterior Ley 8/1990, cuyo término temporal se había cumplido sin que el Gobierno hiciera uso de ella.

El acto de voluntad del Parlamento que encierra la delegación legislativa al Gobierno ha de ser examinado, en este caso, en su perspectiva global. Y aunque no quepa hablar, en rigor, de una rehabilitación de la delegación legislativa precedente, la nueva delegación legislativa, que reitera la autorización que había sido otorgada en su día, año y medio antes, ciertamente no puede entenderse aislada de sus precedentes, pues con ellos alcanza su pleno sentido y significación constitucional. Las Cortes delegantes no hacen sino reiterar su voluntad de que el Gobierno apruebe un Texto Refundido, habilitando un segundo plazo para llevar a cabo la labor encomendada.

En efecto, la Disposición Final quinta de la Ley 31/1991, de Presupuestos Generales del Estado para 1992, establece que «el Gobierno podrá hacer uso de la autorización establecida en la Disposición Final segunda de la Ley 8/1990, de 25 de julio, para aprobar el texto refundido de las disposiciones estatales vigentes, sobre suelo y ordenación urbana, durante los seis primeros meses de 1992».

La cuestión se circumscribe, pues, a determinar si ese nuevo plazo autorizador que sustituye al ya caducado y que supone la habilitación concedida por el Legislativo al Gobierno para elaborar un texto refundido, puede realizarse mediante una Ley de Presupuestos del Estado a la vista de los límites formales y materiales que respecto de dicha Ley se deducen del artículo 134 CE, según la interpretación establecida al respecto por el Tribunal Constitucional.

A los efectos de un ponderado contraste constitucional, no cabe desconocer la singularidad que ofrece un precepto como el aquí enjuiciado, que al implicar un simple acto de autorización legislativa dirigido sólo al Gobierno para que proceda a refundir, reduciéndolas a unidad, disposiciones normativas vigentes dispersas, carece por sí mismo de contenido propio regulador y, por consiguiente, no tiene virtualidad para incidir en los límites materiales *ex* artículo 134 CE que para las Leyes de Presupuestos ha declarado nuestra jurisprudencia constitucional y cuya aplicación al caso, como pretende el recurrente, vedaría un examen de las cuestiones de fondo planteadas en los presentes recursos de inconstitucionalidad acumulados.

La Disposición Final quinta de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1992 no incorpora «disposiciones de carácter general en materias propias de la Ley ordinaria» (STC 65/1990, fundamento jurídico 3.º) o «normas típicas del Derecho codificado» [STC 76/1992, fundamento jurídico 4.º b)], ni tampoco «una norma reguladora, aunque sea en clave negativa, de la naturaleza y el régimen jurídico» de un instituto (STC 178/1994, fundamento jurídico 5.º).

Por otra parte, tal disposición no supone en modo alguno una «restricción ilegítima de las competencias del poder legislativo» [SSTC 65/1987, fundamento jurídico 5.º; 76/1992, fundamento jurídico 4.º,a)]. Las facultades de examen, enmienda y aprobación de las Cámaras Legislativas fueron ejercidas plenamente al aprobar la Ley 8/1990, sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo, que modificó el Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976 entonces en vigor. Nada ha sido hurtado al debate parlamentario ni se han menoscabado las potestades legislativas de las Cortes Generales y el respeto a las minorías parlamentarias en el sentido proscrito por la Constitución como consecuencia de la utilización de un procedimiento legislativo especial, como es el presupuestario (SSTC 27/1981, fundamento jurídico 2.º; 65/1987, fundamento jurídico 5.º; 134/1987, fundamento jurídico 6.º, y 76/1992, fundamento jurídico 4.º), ni tampoco el debate presupuestario y «el contenido primordial que caracteriza a la Ley de Presupuestos» han resultado desvirtuados por la introducción en ella de una peculiar delegación legislativa como la aquí contemplada.

Desde la perspectiva de la seguridad jurídica, y con independencia de que no se haya llevado a cabo una regulación jurídico-material cuando se autoriza la refundición de la Ley de reforma con los textos legales anteriores, primero en la misma Ley 8/1990 y luego en la Ley 31/1991 de Presupuestos Generales del Estado, las Cortes Generales, lejos de producir inseguridad jurídica, han servido a este principio constitucional (art. 9.3), también en cuanto habilitan al Gobierno para reducir a unidad las sucesivas reformas legales.

En definitiva, pues, debe rechazarse la impugnación dirigida a la totalidad del TRLS por cuanto no se aprecia vulneración de los límites materiales de la Ley aprobatoria de los Presupuestos Generales del Estado que resultan del artículo 134 CE, tal como ha quedado razonado.

3. (Sobre la pérdida de objeto de los recursos deducidos frente a la Ley 8/1990).

Resuelta la primera cuestión previa, hemos de volver al dato de la derogación en su totalidad de la Ley 8/1990 por obra del TRLS. Como hemos declarado en otras ocasiones, aunque es cierto que en el recurso de inconstitucionalidad «la derogación, por lo común, extingue el objeto» del proceso (cfr SSTC 111/1983, fundamento jurídico 2.º; 385/1993, fundamento jurídico 2.º), no lo es menos que cuando «pierda su vigencia el precepto legal controvertido, tal circunstancia sobrevenida habrá de ser tenida en cuenta por este Tribunal para apreciar si la misma conlleva... la exclusión de toda aplicabilidad de la Ley. Si así fuera no habrá sino que reconocer que desapareció, al acabar su vigencia, el objeto de este proceso constitucional que, por sus notas de abstracción y objetividad, no puede hallar su exclusivo sentido en la eventual remoción de las situaciones jurídicas creadas en aplicación de la Ley, acaso inconstitucional...» (cfr, entre otras, SSTC 160/1987; 385/1993, fundamento jurídico 2.º). Tal ha sido, por lo que aquí interesa, la doctrina que ha venido sosteniendo este Tribunal en relación con los recursos de inconstitucionalidad en los que se ventilaban cuestiones no competenciales. La regla general en el ámbito de los recursos de inconstitucionalidad es, por consiguiente, la extinción del proceso. En ese sentido, ha de tenerse por desaparecido el objeto del proceso en punto a las escasas pretensiones materiales o sustantivas que algunos recursos dedujeron frente a la Ley 8/1990.

No obstante, es cierto que, como excepción a este principio, hemos admitido la pervivencia del objeto del recurso de inconstitucionalidad cuando la controversia relativa a un precepto derogado tiene un contenido competencial, ya que la función de preservar los ámbitos respectivos de competencia no puede quedar enervada automáticamente por la modificación de las disposiciones cuya adopción dio lugar al litigio (STC 43/1996, fundamento jurídico 3.º, y la jurisprudencia que allí se cita en materia de conflictos competenciales). De esta forma, pues, este Tribunal ha resuelto que la doctrina recaída en relación con la derogación de las normas objeto de un conflicto de competencias (entre otras, las SSTC 182 y 248/1988; 194/1994) es también de aplicación a los recursos de inconstitucionalidad de carácter conflictual, en razón de análogos argumentos, y por cuya virtud, aunque la derogación de la norma objeto de un conflicto de competencias puede provocar sobrevenida-mente la pérdida del objeto del conflicto mismo y, en consecuencia, resultar improcedente que éste sea resuelto mediante sentencia (STC 248/1988, fundamento jurídico 2.º), ello excluye todo automatismo en la respuesta y habrá de estarse, en definitiva, a las circunstancias que en él concurren (aquí, entre otras, el fenómeno de la delegación normativa) y, ante todo, a la pervivencia de la controversia competencial, para que se pueda concluir si requiere una decisión sobre el fondo (SSTC 248/1988; 182/1988, fundamento jurídico 1.º; ATC 155/1991, fundamento jurídico 2.º, etc.), puesto que, en suma, «la solución ha de venir dada en función de la incidencia real de la derogación, no de criterios abstractos» (STC 385/1993, fundamento jurídico 2.º), lo que puede deparar, según los casos, que se entienda extinguido el objeto (cfr. STC 96/1996, fundamentos jurídicos 15 y 28; ATC 288/1996).

Ha de notarse, en primer lugar, que los cuatro recursos de inconstitucionalidad que se dirigen contra la derogada Ley 8/1990 —y que no se han reiterado frente al TRLS— formularon numerosas controversias competenciales y es obligado, por consiguiente, determinar si tales recursos, en lo que tienen de conflictual, han de correr la misma suerte, esto es, si debe considerarse en principio extinguido el proceso como consecuencia de la derogación de la norma por serle de aplicación la misma doctrina o si, por el contrario, su carácter conflictual les hace acreedores a un tratamiento diverso.

Conviene notar que, en el presente caso, nos encontramos ante una norma (la Ley 8/1990) que se halla derogada precisamente en la misma medida en que es sustituida por el TRLS, que, como tal Texto Refundido, carece técnicamente de capacidad innovadora, con lo que la controversia competencial puede trasladarse, prácticamente en sus propios términos, a sus disposiciones, como así ha ocurrido efectivamente. Por consiguiente, la necesidad de delimitación de los ámbitos competenciales en relación con la Ley 8/1990, no puede estimarse subsistente, habida cuenta de que será satisfecha al analizar, desde la perspectiva constitucional, la norma que la ha sustituido y que, a la vez, al enjuiciar las impugnaciones relativas al TRLS, se resolverán las cuestiones en torno a la ley delegada. En consecuencia, debe concluirse que ha desaparecido el objeto de los recursos de inconstitucionalidad deducidos contra la Ley 8/1990.

Debe advertirse, finalmente, que el Decreto-ley 5/1996, de 7 de junio, no impugnado, ha derogado algunos preceptos del TRLS. Al margen de que esa derogación puntual afecte sólo a algunos de los artículos del TRLS impugnados, como se verá más adelante, ello no supone la pérdida de objeto de los recursos deducidos contra éste, habida cuenta de que la disputa sigue viva y a la luz de las circunstancias concurrentes.

4. (Sobre si ha de reputarse de extemporáneo el recurso de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, como consecuencia de no haber impugnado la Ley 8/1990).

Debemos, por tanto, circunscribir nuestro examen a los recursos formulados contra el Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, que aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana (RR.II. núms. 2337, 2341 y 2342 de 1992). Mas, a fin de precisar con toda exactitud qué artículos del TRLS cabe considerar correctamente impugnados y, consiguientemente, incluidos en el análisis de los motivos de inconstitucionalidad que se ha de efectuar en esta sentencia, nos ocuparemos seguidamente de las dos objeciones que el Abogado del Estado aduce al respecto.

a) En opinión de la representación estatal, quien no haya recurrido en su día contra la Ley 8/1990, no puede aprovechar la publicación del Texto Refundido para impugnar los preceptos de aquella Ley que, sin alteración, aparecen en la norma refundidora. Admitir otra cosa afirma entrañaría permitir el fraude del plazo de caducidad impuesto por el artículo 33 LOTC, con daño a la seguridad jurídica. En este caso se encuentra, sobre todo, el recurso de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares. El Consejo de Gobierno de las Islas Baleares no recurrió contra la Ley 8/1990, y ahora impugna preceptos del Texto Refundido de tenor idéntico a los de aquella Ley. También el recurso del Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña incurre en idéntica omisión. En cuanto al recurso promovido por la Diputación General de Aragón, nada hay que oponer a que se vuelvan a recurrir los preceptos del TRLS que reproducen los de la Ley 8/1990, impugnados en su día por el órgano ejecutivo de la Diputación General de Aragón. Otros, en cambio, no fueron recurridos, de modo que ahora, y por razón de extemporaneidad, no procede entrar a enjuiciar su inconstitucionalidad.

Pero tal objeción carece de fundamento. Incluso si se produce una coincidencia parcial de los contenidos de ambas, la Ley 8/1990 y el TRLS de 1992, son dos textos normativos formalmente distintos, emanados además de órganos constitucionales diferentes. Ninguna restricción ha de pesar, pues, sobre la impugnación del segundo de dichos textos derivada de la no impugnación anterior del primero de ellos, restricción que la LOTC no contempla, dado que el objeto del proceso constitucional es, en principio, el texto legal y no la norma cuyo mandato ese texto expresa (STC 11/1981, fundamento jurídico 4.º).

b) La otra objeción del Abogado del Estado concierne al recurso presentado por la Diputación General de Aragón y debe tenerse, con arreglo a la doctrina de este Tribunal, por plenamente fundada. En efecto, el referido órgano autonómico adoptó, el 18 de agosto de 1992, y según consta en la certificación que acompaña al escrito de demanda, el acuerdo de interponer «recurso de inconstitucionalidad contra los artículos del Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, que reproducen aquéllos de la Ley 8/1990, de 25 de julio, que fueron objeto de impugnación ante dicho Tribunal, así como contra todos aquéllos que supongan una invasión de las competencias que en la materia ostenta la Comunidad Autónoma de Aragón», confiriendo su representación y defensa en el meritado recurso al Abogado luego comparecido en el presente proceso. Por tanto, y a tenor del acuerdo transcrito, una parte de los preceptos recurridos aparece perfectamente identificada, mientras que la determinación de los demás que deban recurrirse en cuanto supongan una invasión del ámbito competencial autonómico se delega en el Letrado designado por la Diputación.

Ahora bien, no es el mencionado Letrado quien, en virtud de los arts. 162.1.a) CE y 32.2 de la LOTC, dispone de legitimación para interponer recurso de inconstitucionalidad, sino el Gobierno aragonés mediante «acuerdo adoptado al efecto». Como se advierte en la STC 42/1985, «siendo la legitimación para la acción de inconstitucionalidad una potestad atribuida directamente por la Constitución a determinados órganos o miembros de órganos representativos y no una facultad que derive del derecho del que se es titular, es claro que no puede ser delegado ni transmitido el poder para ejercerla y que, en consecuencia, la decisión de impugnar no puede ser adoptada en términos genéricos...» (fundamento jurídico 2.º). De ello se sigue la inviabilidad del apoderamiento conferido por el órgano recurrente a su representación en este proceso, por lo que atañe a la indeterminación de los preceptos del TRLS que no sean reproducción de los contenidos en la Ley 8/1990, y, de otro lado, que no resulte procedente, pues, el examen de los motivos impugnatorios aducidos frente a los mismos por la Diputación General de Aragón.

Sin perjuicio de lo que, en su momento, pueda indicarse al respecto, en este vicio incurren las impugnaciones de los artículos siguientes: de un lado, los artículos 27.4; 45; 59.1 y 2; 72.1; 104.1 y 3; 109.1; 113.2, 124; 132; 133; 134; 138.b); 166.1.a), c) y e); 167; 176; 183; 205; 227.1; 228.3 y 4; Disposición Adicional Cuarta; Disposiciones Transitorias Primera, Cuarta, Quinta, Sexta, 4, y Octava; y, de otro, los artículos 51.3, 54, 55, 56, 57, 58, 61, 160.3, 173, 254.1. Ha de tenerse en cuenta, con todo, que la mayor parte de estos preceptos han sido impugnados por otros recurrentes, lo que permitirá, como es obvio, su enjuiciamiento.

B) LOS TÍTULOS COMPETENCIALES

5. Del juego de los artículos 148 y 149 CE resulta que las Comunidades Autónomas pueden asumir competencia exclusiva en las materias de «ordenación del territorio, urbanismo y vivienda». Conforme a estos preceptos constitucionales, las Comunidades Autónomas recurrentes (EAC, art. 9.º, EAAR, art. 35.1.3 y EAIB, art. 10.3) tienen atribuida, estatutariamente, competencia «exclusiva» en dichas materias, al igual que sucede en las restantes CCAA (si bien la de Madrid es atribuida por el art. 26.3 de su Estatuto en términos de «plenitud de la función legislativa», con idéntico alcance). Mas ha de señalarse que tal exclusividad competencial no autoriza a desconocer la que, con el mismo carácter, viene reservada al Estado por virtud del artículo 149.1 CE, tal como ha precisado la STC 56/1986 (FJ 3.º), referida al urbanismo, y la STC 149/1991 (FJ 1.º B), relativa a ordenación del territorio. Procede, pues, afirmar que la competencia autonómica en materia de urbanismo ha de coexistir con aquéllas que el Estado ostenta en virtud del artículo 149.1 CE, cuyo ejercicio puede condicionar, lícitamente, la competencia de las Comunidades Autónomas sobre el mencionado sector material.

Será preciso, pues, examinar los títulos invocados por el Estado como justificación de su intervención normativa en materia urbanística y verificar, mediante el examen de los preceptos enumerados en los dos primeros apartados de la Disposición Final Única del TRLS, la corrección de la calificación otorgada por el legislador estatal respecto de su aplicabilidad. Ha de precisarse, a este respecto, que si bien las Comunidades Autónomas recurrentes admiten, en línea de principio, la concurrencia del título competencial del

artículo 149.1.1.º CE, entienden que en su ejercicio el legislador estatal se ha extralimitado en relación con determinados preceptos de la disposición impugnada reguladores de la propiedad urbana.

Conviene, por lo expuesto, pronunciarse sobre el alcance del referido artículo 149.1.1.º CE y su proyección sobre el derecho de propiedad del suelo, por cuanto constituye uno de los elementos esenciales para elucidar la calificación como básicos por el TRLS de buena parte de los preceptos impugnados.

Otro tanto ha de decirse en relación con los diversos títulos competenciales invocados por la Disposición Final Unica del TRLS, y señaladamente el que se ampara en el artículo 149.1.18.º CE en cuanto atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas, el Procedimiento Administrativo Común, la Legislación sobre Expropiación Forzosa y el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones Públicas.

Procede, por ello, determinar en primer lugar el ámbito de la competencia sobre urbanismo asumidas por las Comunidades Autónomas en virtud de lo previsto en los artículos 148 y 149 CE y en los Estatutos de Autonomía para poder así discernir si en tal competencia exclusiva ha incidido, con injerencia no aceptable constitucionalmente, el Real Decreto Legislativo impugnado.

6. (La competencia sobre urbanismo).

a) Sin perjuicio de ulteriores concreciones, el urbanismo, como sector material susceptible de atribución competencial, alude a la disciplina jurídica del hecho social o colectivo de los asentamientos de población en el espacio físico, lo que, en el plano jurídico, se traduce en la «ordenación urbanística», como objeto normativo de las leyes urbanísticas (recogida en la primera Ley del Suelo de 1956, art. 1.º). Sin propósito definitorio, el contenido del urbanismo se traduce en concretas potestades (en cuanto atribuidas a o controladas por Entes públicos), tales como las referidas al planeamiento, la gestión o ejecución de instrumentos planificadores y la intervención administrativa en las facultades dominicales sobre el uso del suelo y edificación, a cuyo servicio se arbitran técnicas jurídicas concretas; a lo que ha de añadirse la determinación, en lo pertinente, del régimen jurídico del suelo en tanto que soporte de la actividad transformadora que implica la urbanización y edificación.

El contenido que acaba de enunciarse se traduce en la fijación de lo que pudiéramos llamar políticas de ordenación de la ciudad, en tanto en cuanto mediante ellas se viene a determinar el cómo, cuándo y dónde deben surgir o desarrollarse los asentamientos humanos, y a cuyo servicio se disponen las técnicas e instrumentos urbanísticos precisos para lograr tal objetivo.

Ha de añadirse que, si bien la Constitución no define lo que haya de entenderse por urbanismo, sí proporciona, junto al derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada (art. 47 CE, párrafo primero), una serie de importantes principios rectores de la política, en este caso, urbanística, a las que han de atenerse en el ejercicio de sus respectivas competencias, los Entes públicos, a saber: la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación (art. 47 CE, párrafo primero); y la participación de la comunidad en las plusvalías generadas por la acción urbanística de los Entes públicos (art. 47 CE, párrafo segundo). Con arreglo a lo establecido en el artículo 53.3, inciso primero, CE, el reconocimiento, el respeto y la protección de tales contenidos del artículo 47 CE «informarán la legislación positi-

va, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos» (STSC 19/1982, fundamento jurídico 6.º y 45/1989, fundamento jurídico 4.º).

b) El orden constitucional de distribución de competencias ha diseccionado ciertamente la concepción amplia del urbanismo que descansaba en la legislación anterior a la Constitución de 1978, pues no es posible desconocer, como se ha dicho, que junto a la atribución de la competencia urbanística a las Comunidades Autónomas, el artículo 149.1 CE reconoce al Estado la competencia, también exclusiva, sobre las condiciones básicas de ejercicio de los derechos constitucionales o la legislación sobre expropiación forzosa, o el sistema de responsabilidad o el procedimiento administrativo común, por citar algunos de los instrumentos de los que el urbanismo, con esa u otra nomenclatura, suele hacer uso.

Pues bien, expuesto lo anterior, ha de afirmarse que la competencia autonómica exclusiva sobre urbanismo ha de integrarse sistemáticamente con aquéllas otras estatales que, si bien en modo alguno podrían legitimar una regulación general del entero régimen jurídico del suelo, pueden propiciar, sin embargo, que se afecte puntualmente a la materia urbanística (establecimiento de las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio del derecho de propiedad urbana, determinados aspectos de la expropiación forzosa o de la responsabilidad administrativa). Pero ha de añadirse, a renglón seguido, que no debe perderse de vista que en el reparto competencial efectuado por la CE es a las Comunidades Autónomas a las que se ha atribuido la competencia exclusiva sobre el urbanismo, y por ende es a tales Entes públicos a los que compete emanar normas que afecten a la ordenación urbanística, en el sentido más arriba expuesto.

Esta misma visión sistemática, unitaria y coherente, del bloque de la constitucionalidad fue recogida en el Preámbulo de la Ley 8/1990, sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo, refundida en el TRLS: «La delimitación constitucional de competencias parece impedir que el Estado apruebe una nueva Ley sobre régimen del suelo y ordenación urbana con el mismo o similar contenido al del texto refundido actualmente vigente..., ya que su regulación supondría una manifiesta invasión de las competencias autonómicas en materia de ordenación del territorio y urbanismo. Pero tampoco las Comunidades Autónomas están facultadas para establecer una normativa urbanística de alcance y contenido tan amplio como el de la Ley vigente (preconstitucional), porque ello chocaría con las competencias que al Estado atribuye el propio texto constitucional» (cfr. núm. II). Concepción sistemática ésta que, como tal y en principio, comparten los recurrentes, aunque discuten la concreta plasmación que ha tenido en el TRLS.

7. (Delimitación negativa y positiva de la competencia del art. 149.1.1.º CE).

Al objeto de situar el artículo 149.1.1.º CE en su debido contexto, deben hacerse algunas precisiones acerca de la naturaleza y alcance de la competencia estatal que aquí se considera para mejor determinar, desde una interpretación sistemática, cómo ha de articularse con la competencia autonómica sobre urbanismo.

a) En primer lugar, importa delimitar por vía negativa el título competencial residenciado en el artículo 149.1.1.º CE. De una parte, no se puede identificar con el contenido derivado de otros preceptos constitucionales, tales

como el artículo 138.2 y 139.1, que son presupuestos o límites, pero no títulos competenciales; o el artículo 139.2, en cuanto expresión de la unidad de mercado y del derecho a la libre circulación. De otra, el artículo 149.1 1.º CE no viene a ser un trasunto, en el plano competencial, del artículo 14 CE, que, por lo demás, vincula a todos los poderes públicos. Este título estatal no representa, pues, una suerte de prohibición para el legislador autonómico de un trato divergente y desproporcionado respecto de la legislación estatal.

Ha de añadirse que «condiciones básicas» no es sinónimo de «legislación básica», «bases» o «normas básicas». El artículo 149.1.1.º CE, en efecto, no ha atribuido al Estado la fijación de las condiciones básicas para garantizar la igualdad en el ejercicio de los derechos y libertades constitucionales, sino sólo el establecimiento —eso sí, entero— de aquellas condiciones básicas que tiendan a garantizar la igualdad. Y si bien es cierto que su regulación no puede suponer una normación completa y acabada del derecho y deber de que se trate y, en consecuencia, es claro que las Comunidades Autónomas, en la medida en que tengan competencias sobre la materia, podrán siempre aprobar normas atinentes al régimen jurídico de ese derecho —como en el caso de la propiedad del suelo—, no lo es menos, sin embargo, que la competencia *ex* artículo 149.1.1.º CE no se mueve en la lógica de las bases estatales-legislación autonómica de desarrollo. En otras palabras, el Estado tiene la competencia exclusiva para incidir sobre los derechos y deberes constitucionales desde una concreta perspectiva, la de la garantía de la igualdad en las posiciones jurídicas fundamentales, dimensión que no es, en rigor, susceptible de desarrollo como si de unas bases se tratara; será luego el legislador competente, estatal y autonómico, el que respetando tales condiciones básicas establezca su régimen jurídico, de acuerdo con el orden constitucional de competencias.

Finalmente, las condiciones básicas no equivalen ni se identifican tampoco con el contenido esencial de los derechos (art. 53.1 CE), técnica cuyo objeto, como hemos reiterado desde la STC 11/1981, consiste en garantizar el derecho frente a los eventuales abusos o extralimitaciones de los poderes públicos, en particular y en primer término, del legislador, cualquiera que éste sea, en su tarea reguladora. El contenido esencial constituye, pues, una garantía constitucional en favor del individuo, algo a respetar por el legislador en cada caso competente, no para regular; no es, en definitiva, una técnica que permita determinar lo que al Estado o a las Comunidades Autónomas les corresponde. En términos positivos, pues, tanto el legislador estatal de las condiciones básicas, como el autonómico deben respetar el contenido esencial del derecho de propiedad (art. 53.1 CE).

b) En segundo lugar, conviene recordar algunas notas que delimitan positivamente la competencia estatal *ex* artículo 149.1.1.º CE. Así, en lo que hace a su ámbito material o alcance horizontal, es de advertir que la «materia» sobre la que recae o proyecta son los derechos constitucionales en sentido estricto, así como los deberes básicos. Ahora bien, las condiciones básicas que garantizan la igualdad se predicán de los derechos y deberes constitucionales en sí mismos considerados, no de los sectores materiales en los que éstos se insertan y, en consecuencia, el artículo 149.1.1.º CE sólo presta cobertura a aquellas condiciones que guarden una estrecha relación, directa e inmediata, con los derechos que la Constitución reconoce. De lo contrario, dada la fuerza expansiva de los derechos y la función fundadora de todo el ordenamiento jurídico que éstos tienen atribuida (art. 10.1 CE), quedaría desbordado el ámbito y sentido del artículo 149.1.1.º

CE, que no puede operar como una especie de título horizontal, capaz de introducirse en cualquier materia o sector del ordenamiento por el mero hecho de que pudieran ser reconducibles, siquiera sea remotamente, hacia un derecho o deber constitucional.

Por otra parte, tal como se ha indicado, constituye un título competencial autónomo, positivo o habilitante, constreñido al ámbito normativo, lo que permite al Estado una «regulación», aunque limitada a las condiciones básicas que garanticen la igualdad, que no el diseño completo y acabado de su régimen jurídico.

En definitiva, y para recapitular, el artículo 149.1.1.º CE no debe ser entendido como una prohibición de divergencia autonómica, ni tampoco como un título residual, aunque la normación del derecho por virtud de esta competencia sea limitada, no ya sólo porque no se inscriba en la dinámica de las bases-desarrollo, en la que siempre ha de restar un espacio normativo para las Comunidades Autónomas, sino, más exactamente, como ha quedado razonado, porque las condiciones básicas que garanticen la igualdad, por definición, no pueden consistir en un régimen jurídico acabado y completo de los derechos y deberes constitucionales afectados. La regulación de esas condiciones básicas sí corresponde por entero y en exclusiva al Estado, pero con tal normación, como es evidente, no se determina ni se agota su entero régimen jurídico. En tal contexto, no debe olvidarse que la «igualdad de todos los españoles» representa el elemento teleológico o finalista del título competencial que aquí se considera, el único que justifica y ampara el ejercicio de la competencia estatal. En el ámbito urbanístico, es la intervención del legislador estatal *ex* artículo 149.1.1.º CE la que garantiza esa igualdad, máxime si se tiene en cuenta la inexcusable remisión al planeamiento y la disparidad de usos y contenidos susceptibles de apropiación que de ahí resulta.

8. (Contenido o significado de las «condiciones básicas»).

Una comprensión sistemática del entero orden competencial lleva a concluir, de acuerdo con nuestra jurisprudencia, que las «condiciones básicas» hacen referencia al contenido primario (STC 154/1988) del derecho, a las posiciones jurídicas fundamentales (facultades elementales, límites esenciales, deberes fundamentales, prestaciones básicas, ciertas premisas o presupuestos previos...). En todo caso, las condiciones básicas han de ser las imprescindibles o necesarias para garantizar esa igualdad, que no puede consistir en una igualdad formal absoluta. Como hemos insistido, si por «condiciones básicas» hubiera de entenderse cualquier condición «material», obligado sería concluir que esa interpretación tan amplia habría de conducir a un solapamiento con otras competencias estatales explicitadas en el artículo 149.1 CE o, lo que es peor, a una invasión de las competencias autonómicas. Si nos referimos al ámbito urbanístico y de la ordenación del territorio, bastaría con que el Estado invocara la regulación de las condiciones básicas de igualdad —sociales, económicas, políticas y jurídicas— para el ejercicio de la propiedad urbana y la libertad de empresa, por ejemplo, para que pudiera dictar una norma de una amplitud tal que poco les restaría a las Comunidades Autónomas de esta competencia exclusiva en materia de urbanismo.

Dentro de esas «condiciones básicas» cabe entender incluidos asimismo aquellos criterios que guardan una relación necesaria e inmediata con aquéllas, tales como el objeto o ámbito material sobre el que recaen las facultades que integran el derecho (así, respecto de la propiedad privada la demaniali-

zación de toda una categoría de bienes definidos por sus características naturales: STC 227/1988, fundamento jurídico 14.º); los deberes, requisitos mínimos o condiciones básicas en que ha de ejercerse un derecho (STC 5/1981, fundamento jurídico 26.º; 37/1981, fundamento jurídico 2.º); los requisitos indispensables o el marco organizativo que posibilitan el ejercicio mismo del derecho (como la inscripción censal para el derecho de sufragio; STC 154/1988, fundamento jurídico 3.º), etc.

De este modo las «condiciones básicas», y por lo que hace al caso planteado, una primera interpretación literal del artículo 149.1 1.º CE en relación con los preceptos enjuiciados permite entender que al Estado le compete regular las «condiciones básicas» que garanticen la «igualdad» de todos los propietarios del suelo en el ejercicio de su derecho de propiedad urbana, es decir, la «igualdad básica» en lo que se refiere a las valoraciones y al régimen urbanístico de la propiedad del suelo. Esta es, obviamente, la concepción de fondo que subyace al legislador estatal del suelo en el TRLS y de la que los recurrentes, en algunas de sus manifestaciones, discrepan con mayor o menor amplitud, según los casos, como habrá ocasión de poner de relieve.

9. (Art. 149.1.1.º CE en relación con el derecho de propiedad del suelo).

a) Para analizar la proyección de la competencia atribuida al Estado por el artículo 149.1.1.º CE sobre el derecho de propiedad y, señaladamente, sobre la propiedad urbana, conviene recordar, a título introductorio, nuestra doctrina, sintetizada en la STC 156/1995, según la cual, «en relación precisamente con el derecho a la propiedad que reconoce el artículo 33 CE, hemos señalado que el título del artículo 149.1.1.º CE no habilita para establecer una regulación uniforme de la propiedad privada y su función social, ni esa pretendida uniformidad puede servir de pretexto para anular las competencias legislativas que las Comunidades Autónomas tienen sobre todas aquellas materias en las que entre en juego la propiedad (STC 37/1987, fundamento jurídico 9.º). Al Estado le corresponde, ciertamente, establecer la regulación del contenido básico y primario del derecho de propiedad, en la medida en que afecte a las condiciones básicas de su ejercicio, pero el referido título competencial no habilita por sí mismo para que el Estado pueda regular cualquier circunstancia que, de forma más o menos directa, pueda incidir sobre la igualdad en el ejercicio del derecho. El propio tenor literal del precepto deja claro que la igualdad que se persigue no es la identidad de las situaciones jurídicas de todos los ciudadanos en cualquier zona del territorio nacional (lo que por otra parte sería incompatible con la opción por un Estado organizado en la forma establecida en el Título VIII de la Constitución), sino la que queda garantizada con el establecimiento de las condiciones básicas, que, por tanto, establecen un mínimo común denominador y cuya regulación, ésta sí, es competencia del Estado» (fundamento jurídico 3.º), como consecuencia de este título que tiene, sin duda, un carácter específico y autónomo, en cuanto que le atribuye al Estado ciertas facultades según el derecho constitucional de que se trate (SSTC 37/1987, fundamento jurídico 9.º; 149/1991, fundamento jurídico 8.º; 154/1988, fundamento jurídico 3.º; 75 y 86/1990, fundamento jurídico 2.º; 82/1986, fundamento jurídico 4.º; 52/1988, fundamento jurídico 4.º; 87/1985, fundamento jurídico 8.º, etc.).

Este precepto, en efecto, autoriza al Estado para regular las condiciones básicas que garanticen una igualdad de trato —asimismo básica o esencial— de todos los españoles en el ejercicio de sus derechos de propiedad (STC 37/

1987, fundamento jurídico 9.º), lo que puede expresarse, por ejemplo, en la fijación de ciertas limitaciones y servidumbres a fin de evitar una proyección desigual sobre las facultades de los propietarios según las diversas situaciones urbanísticas de los terrenos e inmuebles de su titularidad (STC 149/1991, fundamento jurídico 8.º; asimismo, para otras aplicaciones, fundamento jurídico 1.º D, y STC 227/1988, fundamento jurídico 8.º), etc.

b) También es necesario recordar algunos de los criterios que hemos venido subrayando a fin de coherente esta competencia exclusiva del Estado, que, como se ha dicho, tiene un carácter específico y concreto —la regulación de las condiciones básicas—, con otras competencias autonómicas que, como el urbanismo, se refieren a todo un sector del ordenamiento jurídico. «La función que al Estado encomienda el artículo 149.1.1.º CE ha de desarrollarse sin desconocer el régimen competencial diseñado en el resto del precepto y en los Estatutos de Autonomía y sin que el Estado pueda asumir funciones que, más que garantizar condiciones básicas de igualdad, ampararían la infracción del orden constitucional de competencias» (cfr. SSTC 194/1994, fundamento jurídico 4.º; 43/1996, fundamento jurídico 2.º).

En lo que aquí concierne, no puede desconocerse que se contempla el derecho de propiedad desde la perspectiva de la intervención pública para garantizar las condiciones de igualdad (regla 1.ª del art. 149.1 CE) y sólo sus condiciones básicas, óptica distinta, sin duda, que la que proporciona la competencia exclusiva del Estado sobre la legislación civil a que se refiere la regla 8.ª del mismo precepto, como se verá en el fundamento jurídico 11.º. Ello significa, por lo que ahora interesa, que la legislación estatal dictada al amparo del artículo 149.1.1.º CE en relación con aquellas manifestaciones del dominio sobre las que las Comunidades Autónomas sí ostentan competencias no puede utilizarse para regular la política autonómica sectorial correspondiente, puesto que tal resultado supondría vaciar de todo contenido la competencia autonómica (cfr. SSTC 194/1994, fundamento jurídico 4.º; 43/1996, fundamento jurídico 2.º, entre otras). Más en concreto, el indicado título competencial sólo tiene por objeto garantizar la igualdad en las condiciones de ejercicio del derecho de propiedad urbana y en el cumplimiento de los deberes inherentes a la función social, pero no, en cambio, la ordenación de la ciudad, el urbanismo entendido en sentido objetivo. A través de esas condiciones básicas, por tanto, no se puede configurar el modelo de urbanismo que la Comunidad Autónoma y la Administración local, en el ejercicio de sus respectivas competencias, pretendan diseñar, ni definir o predeterminar las técnicas o instrumentos urbanísticos al servicio de esas estrategias territoriales, aunque, como se verá, puedan condicionar indirectamente ambos extremos. Habrá que distinguir, pues, aquellas normas urbanísticas que guardan una directa e inmediata relación con el derecho de propiedad (ámbito al que se circunscribe el art. 149.1.1.º CE) y del que se predicen las condiciones básicas, de aquellas otras que tienen por objeto o se refieren a la ordenación de la ciudad, esto es, las normas que, en sentido amplio, regulan la actividad de urbanización y edificación de los terrenos para la creación de ciudad.

10. (Consecuencias de esta competencia sobre el derecho de propiedad urbana y el urbanismo).

Siendo ello así, y sin perjuicio de cuanto se indique en el enjuiciamiento de cada una de las concretas impugnaciones, cabe admitir que la adquisición del contenido urbanístico susceptible de apropiación privada, su valoración,

o los presupuestos previos —o delimitación negativa— para que pueda nacer el derecho de propiedad urbana, por ejemplo, son elementos que, en principio, pueden considerarse amparados por la competencia estatal que se localiza en el artículo 149.1.1.º CE, como ya se ha anticipado en el fundamento jurídico 8.º *in fine*. Al mismo tiempo, el Estado tiene competencia para fijar las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el cumplimiento de los deberes constitucionales y, en consecuencia, para regular los deberes básicos que sean inherentes a cada manifestación del dominio. En tal sentido, no debe olvidarse que la función social forma parte del contenido del derecho de propiedad y expresa y sintetiza los deberes que modulan su ejercicio (art. 33.2 CE), así como que la competencia estatal *ex* artículo 149.1.1.º CE se extiende a los deberes constitucionales (arts. 149.1.1.º y 33.2 CE). De ahí que puedan encontrar cobijo bajo la competencia estatal las manifestaciones más elementales de la función social de la propiedad urbana, los deberes básicos que a su titular corresponde satisfacer, en cuanto sirvan para garantizar la igualdad a que se refiere el artículo 149.1.1.º CE. No es posible, pues, rechazar *a priori* o excluir *a radice* la competencia estatal para dictar normas sobre tales aspectos de la propiedad urbana y de su función social.

Por otra parte, es claro que el artículo 149.1.1.º CE permite al legislador estatal opciones diversas y, a la postre, modelos diferentes de propiedad urbana, en sus condiciones básicas, claro está, pero cuya influencia sobre el entero estatuto legal de esta forma de propiedad tampoco cabe desconocer, puesto que habrán de ser respetadas y atendidas por la normativa autonómica, por más que el título estatal no ampare una legislación básica general o indiferenciada sobre la propiedad urbana bajo el perfil del Derecho público, sino sólo de aquellas normas que garanticen la igualdad básica en el ejercicio del derecho y en el cumplimiento de la función social que le es inherente.

A resultas de esas condiciones básicas, por tanto, el Estado puede plasmar una determinada concepción del derecho de propiedad urbana, en sus líneas más fundamentales, como, por ejemplo y entre otras, la que disocia la propiedad del suelo del derecho a edificar, modelo éste que ha venido siendo tradicional en nuestro urbanismo. Las Comunidades Autónomas, desde la competencia urbanística que les reconocen la Constitución y los Estatutos de Autonomía, podrán dictar normas atinentes al derecho de propiedad urbana, con respeto, claro está, de esas condiciones básicas y de las demás competencias estatales que, en cada caso, sean de aplicación (como, *v.gr.*, la que descansa en el artículo 149.1.8.º CE, en relación con la dimensión jurídico-privada del dominio; o la relativa a las garantías expropiatorias *ex* artículo 149.1.18.º CE, en los términos que más tarde se verán).

Si se tiene en cuenta que la competencia estatal de regulación de las condiciones básicas para garantizar la igualdad no significa ni equivale a una competencia sobre la legislación básica en materia de derechos y deberes constitucionales, de un lado, y que las Comunidades Autónomas tienen competencias para dictar normas sobre la propiedad urbana, es evidente que, para articular esta confluencia de títulos competenciales, las normas estatales emanadas bajo la cobertura del artículo 149.1.1.º CE pueden encontrar su mejor expresión a través de principios o reglas generales que, en definitiva, sirvan para garantizar la igualdad en las posiciones jurídicas fundamentales, sin menoscabo de la competencia urbanística de las Comunidades Autónomas y, en consecuencia, de la competencia de éstas para dictar también normas sobre la propiedad urbana.

11. (Competencias *ex art.* 149.1.8.º y 149.1.18).

Finalmente, entre los títulos competenciales en favor del Estado, susceptibles de afectar al urbanismo, merecen ahora citarse los que consagran los artículos 149.1.8.º y 18 CE. Por virtud del primero, al Estado incumbe con carácter exclusivo la legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales allí donde existan, competencia cuya incidencia habrá que considerar cuando las normas impugnadas contengan efectivamente legislación civil. No obstante, y habida cuenta del escaso número de impugnaciones deducidas por la pretendida infracción competencial de este título, no es necesario hacer aquí una consideración especial y previa acerca de su significado, sobre el que, por otra parte, se ha producido ya una dilatada jurisprudencia (entre otras, SSTC 58/1982, 71/1982, 85/1984, 37/1987, 227/1988, 15/1989, 170/1989, 17/1990, 121/1992, 88/1993, 156/1993, 264/1993, 102/1995, 146/1996, etc.)

Por su parte, el artículo 149.1.18 CE atribuye al Estado numerosas competencias, de diverso alcance y naturaleza, cuya proyección sobre el urbanismo habrá que examinar, también en cada caso: «las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas» que garantizarán a los administrados un tratamiento común ante ellas; «el procedimiento administrativo común»; y, sobre todo, «la legislación sobre expropiación forzosa» y el «sistema de responsabilidad de todas las Administraciones públicas». Como es evidente, el artículo 149.1.18 CE contiene en su conjunto un bloque de materias de mayor espectro que el que representa el artículo 149.1.1.º CE, que sólo es susceptible de afectar a la intervención pública sobre los derechos en juego en el ámbito del urbanismo, señaladamente del derecho de propiedad. Adelantando lo que, al enjuiciar las correspondientes impugnaciones, habrá que resolver, el problema capital reside en determinar si, y en qué medida, el Estado, a partir del artículo 149.1.18 CE (cuya heterogeneidad impide, sin embargo, un tratamiento unívoco), puede aprobar normas especiales, circunscritas a un sector específico, como el urbanismo, más allá de la legislación general de expropiación forzosa y de las garantías comunes del expropiado; o del sistema general de responsabilidad de todas las Administraciones públicas. Con todo, nuestro examen habrá de contraerse a las concretas impugnaciones formuladas respecto de determinados preceptos, sin que tampoco sea necesario elaborar una doctrina general sobre la indicada cuestión.

C) LA DISPOSICION FINAL UNICA DEL TRLS

12. Como ya se ha dicho, la Disposición Final Unica del TRLS ha estructurado o dividido todos sus preceptos en torno a tres grupos: unos, de carácter básico, por virtud de las reglas 1.ª, 8.ª, 13.ª, 18.ª y 23.ª del artículo 149.1 CE (apartado 1 de la citada Disposición); otros, en cambio, son de «aplicación plena» en virtud de las reglas 8.ª y 18.ª del mismo artículo 149.1 CE (apartado 2.º); y otros, finalmente, de «aplicación supletoria» (apartado 3.º).

Lo que los recurrentes impugnan del TRLS no es, propiamente, su articulado, sino la calificación otorgada por la Disposición Final Unica de la Ley a los diversos preceptos de la misma, esto es, el tipo de título competencial (básico) y el régimen de aplicabilidad (plena y supletoria).

a) Por lo que hace, en primer lugar, a la calificación como normas «de carácter básico», debe advertirse que aunque el legislador ha incluido en esta categoría al artículo 149.1.1.º CE como ya se ha puesto de manifiesto en el fundamento 7.º de esta sentencia, esta competencia tiene rasgos específicos que la hacen diferente de las competencias básicas que corresponden al Estado. Tampoco las competencias *ex* artículo 149.1.8.º CE (salvo las relativas a las bases de las obligaciones contractuales) tienen en rigor carácter básico, sino exclusivo. Por lo demás, el Gobierno de la Nación viene obligado a calificar las normas que a su parecer tengan carácter básico por exigencia de la seguridad jurídica «y con mayor razón cuando haya de regular por Decreto Legislativo una determinada materia sobre la que el Estado tiene competencia para aprobar las normas básicas» (STC 179/1992, fundamento jurídico 2.º; STC 385/1993, fundamento jurídico 3.º), como es el presente caso, sin que, a este propósito, necesite el Gobierno una habilitación expresa para tal calificación que es, por tanto, posible en cualquiera de las modalidades legiferantes contenidas en el artículo 82 CE (STC 385/1993, fundamento jurídico 3.º). Cosa distinta será que todos los preceptos calificados como básicos por el legislador tengan efectivamente este carácter.

b) En cuanto a las normas «de aplicación plena», es evidente que esta categoría no tiene correspondencia en el texto constitucional, a diferencia de lo que sucede con la legislación básica y la referencia a la supletoriedad del Derecho estatal (149.3 CE). Por lo que conviene recordar que si al usar de sus facultades legislativas sobre materias de su competencia tanto el Estado como las Comunidades Autónomas han de operar a partir de un determinado entendimiento interpretativo del bloque de la constitucionalidad (STC 214/1988, fundamento jurídico 5.º), no es menos cierto que el legislador estatal no puede incidir, con carácter general, en el sistema de delimitación de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas establecido por la Constitución y los Estatutos de Autonomía sin una expresa previsión constitucional o estatutaria (STC 197/96, fundamento jurídico 21.º, con cita de las SSTC 76/1983 y 29/1986), que no ha sido formulada en la materia de urbanismo.

Por ello, habrá de estarse, sin fijar cuál sea el sentido y alcance que el legislador ha querido atribuir a las «normas de aplicación plena», a lo establecido en el orden constitucional de competencias. Y, de este modo, hemos de considerar en cada caso las competencias exclusivas invocadas por el propio TRLS (las reglas 8.ª y 18.ª del art. 149.1 CE) para determinar, primero, si el precepto de que se trate encuentra o no cobertura en los citados títulos y, segundo, caso de haber sido cuestionado por los recurrentes, si ello impide o cierra toda posibilidad de desarrollo legislativo autonómico en esa materia, en correspondencia con el carácter exclusivo de la competencia estatal, que habilita un mayor grado de desarrollo o intensidad normativa que el que autorizaría una competencia para dictar normas básicas.

c) Respecto de la calificación de «aplicación supletoria» a la que se refiere la Disposición Final Unica apartado tercero, debe comenzarse por recordar que, como afirmamos en la STC 147/1991, es preciso «reducir el concepto de supletoriedad a sus correctos términos de función, cuya operatividad corresponde determinar a partir de la norma reguladora del ámbito material en el que se va a aplicar el derecho supletorio y no desde éste, es decir, como función referida al conjunto del ordenamiento jurídico, cuyo valor supletorio debe obtenerse por el aplicador del Derecho a través de las reglas de interpretación pertinentes, incluida la vía analógica, y no ser impuesta directamente

por el legislador desde normas especialmente aprobadas con tal exclusivo propósito, para incidir en la reglamentación jurídica de sectores materiales en los que el Estado carece de todo título competencial que justifique dicha reglamentación» (fundamento jurídico 7.º).

Ello condujo al Tribunal en aquella sentencia a «considerar viciadas de incompetencia y, por ello, nulas las normas que el Estado dicte con el único propósito de crear derecho supletorio del de las Comunidades Autónomas en materias que sean de la exclusiva competencia de éstas, lo cual no es constitucionalmente legítimo cuando todos los Estatutos de Autonomía atribuyen a las Comunidades Autónomas la competencia como exclusiva y en un mismo grado de homogeneidad» (cfr. STC 147/1991, fundamento jurídico 7.º).

En esta misma línea, en la STC 118/1996, el Tribunal declaró que: «Si para dictar cualesquiera normas precisa el Estado de un título competencial específico que las justifique, y la supletoriedad no lo es, esa conclusión ha de mantenerse en todo caso. Por lo tanto, tampoco en las materias en las que el Estado ostenta competencias compartidas puede, excediendo el tenor de los títulos que se las atribuye y penetrando en el ámbito reservado por la Constitución y los Estatutos a las Comunidades Autónomas, producir normas jurídicas meramente supletorias, pues tales normas, al invocar el amparo de una cláusula como la supletoriedad que, por no ser título competencial, no puede dársele, constituyen una vulneración del orden constitucional de competencias» (fundamento jurídico 6.º).

En consecuencia, la «supletoriedad del Derecho estatal ha de ser inferida por el aplicador del Derecho autonómico, mediante el uso de las reglas de interpretación pertinentes» (fundamento jurídico 6.º). Por consiguiente, «la cláusula de supletoriedad no permite que el Derecho estatal colme, sin más, la falta de regulación autonómica en una materia. El presupuesto de aplicación de la supletoriedad que la Constitución establece no es la ausencia de regulación, sino la presencia de una laguna detectada como tal por el aplicador del derecho» (fundamento jurídico 8.º).

Así las cosas, dado que a partir de los artículos 148 y 149 CE, todos los Estatutos de Autonomía atribuyen a las Comunidades Autónomas la competencia exclusiva sobre la materia de urbanismo, es evidente que el Estado no puede dictar normas supletorias al carecer de un título competencial específico que así lo legitime, sin que por otra parte el hecho de ostentar otros títulos competenciales susceptibles de incidir sobre la materia pueda justificar la invocación de la cláusula de supletoriedad del artículo 149.3 *in fine* CE.

La calificación como normas supletorias, pues, en coherencia con cuanto se ha dicho, es contraria al artículo 149.3 CE *in fine* y al orden constitucional de competencias. En consecuencia, han de ser declarados inconstitucionales tanto el apartado 3.º de la Disposición Final única como los preceptos así calificados, esto es, todos aquéllos que, de conformidad con lo que establece la indicada Disposición, no tienen carácter de norma básica ni de aplicación plena.

Es de apreciar, en fin, que la imposibilidad de dictar normas supletorias con tal exclusivo propósito allí donde el Estado carece de competencias sobre la materia, como en el caso del urbanismo, trae también como consecuencia que la refundición de textos legales no sea la técnica legislativa más adecuada en manos del legislador estatal, puesto que, a menos que tal refundición se circunscriba a aquellos textos legales o normas sobre las que el Estado sí ostente algún título, incurriría en vicio de incompetencia. En el caso del TRLS,

además, se ha perseguido llevar a cabo la refundición de textos legales anteriores a la Constitución —con una pretensión evidentemente codificadora merced a un entendimiento de la supletoriedad como título atributivo—, siendo así que tras su promulgación, la materia ha sido atribuida sustancialmente a las Comunidades Autónomas. Como es obvio, la delegación legislativa debe ser igualmente respetuosa con el orden constitucional de competencias.

d) La declaración de inconstitucionalidad del apartado tercero de la Disposición Final única, así como de las propias disposiciones por ella concernidas, en aplicación de nuestra doctrina sobre la cláusula de supletoriedad, debe conducir a la declaración de la inconstitucionalidad por consecuencia (art. 39.1 LOTC) del apartado primero de la Disposición Derogatoria única.

Si, como hemos señalado, la cláusula de supletoriedad no es una fuente atributiva, en positivo, de competencias estatales, ni aun con carácter supletorio, tampoco puede serlo en negativo; es decir, tampoco puede ser un título que le permita al Estado derogar el que era su propio derecho, en este caso sobre urbanismo, pero que ya ha dejado de serlo o, más exactamente, que ya no se encuentra a su disposición, ya sea para alterarlo (aún con eficacia supletoria) o para derogarlo. De otro modo, si el legislador estatal suprimiese, mediante su derogación, el derecho sobre una materia cuya competencia ya no es suya, sino de las Comunidades Autónomas, vendría a quebrantar una de las finalidades básicas de la cláusula de supletoriedad, cual es la de que, con la constitución de los órganos de poder de las Comunidades Autónomas, y su correspondiente asunción de competencias normativas, no se origine un vacío parcial del ordenamiento, permitiendo y prescribiendo, con este propósito, la aplicación supletoria, potencialmente indefinida, del ordenamiento estatal.

En el caso que nos ocupa, como se ha declarado, el TRLS ha alterado el sentido propio de la cláusula de supletoriedad, habiendo venido a efectuarlo mediante dos operaciones, que sin embargo van inescindiblemente unidas. De una parte, alterando la legislación urbanística previa a la constitución de los órganos de poder de las Comunidades Autónomas, aun cuando fuera con eficacia supletoria, sobre la que ya carecía de competencia; de otra parte, derogando, no solo de forma tácita sino también de forma expresa (Disposición derogatoria única, apartado primero, TRLS), dicha legislación urbanística previa. La consecuencia de todo ello, a nuestros efectos, no es sino la de que, una vez declarada la ilegitimidad de la legislación supletoria sobre urbanismo llevada a cabo por el Estado con apoyo en una comprensión errada de la supletoriedad, debamos, al mismo tiempo, declarar nula y sin efecto la simultánea derogación expresa de la legislación urbanística previa a la constitución de los órganos de poder de todas las Comunidades Autónomas llevada a cabo por el legislador estatal. De no hacerlo así, es decir, si nos limitásemos a la declaración de nulidad del citado apartado tercero de la Disposición final única, vendríamos a ocasionar, por obra de nuestra propia sentencia, un resultado contrario al señalado sentido de la cláusula de supletoriedad establecida en el inciso tercero del artículo 149.3 CE.

De acuerdo, por tanto, con lo anterior, procede declarar la inconstitucionalidad por consecuencia del apartado primero de la Disposición Derogatoria única, con la sola excepción del inciso final «y la Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo», en la medida en que dichas disposiciones no se extiendan a materias sobre las que el Estado no ostente competencias, y sin perjuicio del efecto derogatorio tá-

cito que puedan desplegar las disposiciones del TRLS dictadas por el Estado en el marco de sus competencias.

13. Finalmente, antes de entrar en el enjuiciamiento de cada una de las impugnaciones, resulta oportuno hacer una precisión acerca de las alegaciones de los comparecientes. Como se desprende de la compleja materia regulada por el TRLS, no es siempre posible diseccionar con claridad cuál sea la materia o materias que, a efectos competenciales, subyace a cada precepto impugnado —y es éste un tema debatido en ocasiones por los propios comparecientes—, máxime cuando la Disposición Final Unica del TRLS no ha concretado el título que es de aplicación a cada precepto. No obstante lo cual, son los recurrentes los obligados a suplir la falta de concreción o, en su caso, de técnica legislativa, asumiendo la carga argumental de demostrar por qué el precepto impugnado no queda amparado por ninguno de los títulos competenciales del artículo 149.1 CE invocados por el Estado.

No bastaría, pues, con que el recurso se limitara a hacer afirmaciones de principio y de carácter abstracto sobre un conjunto de títulos competenciales para luego concluir que el o los preceptos en cuestión no responden a la tesis previamente sustentada, sin nexo argumental alguno. En tal hipótesis, podría tenerse incluso por no impugnado el precepto de que se trate.

Ya tempranamente tuvimos ocasión de afirmar que la impugnación de una norma «debe hacerse aportando un análisis y una argumentación consistente. Cuando lo que está en juego es la depuración del ordenamiento jurídico, es carga de los recurrentes no sólo la de abrir la vía para que el Tribunal pueda pronunciarse, sino también la de colaborar con la justicia del Tribunal en un pormenorizado análisis de las graves cuestiones que se susciten. Es justo, pues, hablar... de una carga del recurrente y en los casos en que aquélla no se observe, de una falta de diligencia procesalmente exigible, que es la diligencia de ofrecer la fundamentación que razonablemente es de esperar» (STC 11/1981, fundamento jurídico 3.º). Ello supone que «no debe estimarse una pretensión que sólo descansa en la mera aseveración genérica de la pretendida inconstitucionalidad» (STC 43/1996, fundamento jurídico 3.º).

Doctrina que también debe observarse, según reiterada jurisprudencia, en los recursos de inconstitucionalidad que encierran una controversia competencial, puesto que «no puede este Tribunal razonar en abstracto cuando el proceso constitucional atiende a controversias fundadas en una *vindicatio potestatis* porque entonces la carga del actor de pormenorizar el despojo competencial que denuncia es, si cabe, mayor que en otros procesos» (STC 43/1996, fundamento jurídico 3.º). No obstante lo cual, y como añadíamos en la misma STC 11/1981 y es doctrina reiterada (SSTC 149/1991, fundamento jurídico 4.ºb y h; 43/1996, fundamento jurídico 3.º, entre otras), compete al Tribunal la función de depurar el ordenamiento jurídico y, por consiguiente, no rige de manera completa el principio dispositivo. La causa petendi de la acción de inconstitucionalidad es un título formal pero es también la argumentación a través de la cual el recurrente sostiene su razón. Por ello, el Tribunal cuando la fundamentación jurídica sea manifiestamente insuficiente para conocer la razón de la pretendida inconstitucionalidad, podrá rechazar la acción en aquello en que se encuentre insuficientemente fundada o para examinar el fondo del asunto si encuentra razones para ello (STC 11/1981, fundamento jurídico 3.º). Y, más en concreto, en relación con las bases estatales, este Tribunal tiene declarado que «el juicio sobre el alcance de las bases

tiene una naturaleza eminentemente jurídica, lo que impide descalificaciones globales imprecisas, exigiendo, por el contrario, la fundamentación concreta de por qué en cada caso debe entenderse vulnerado el bloque de la constitucionalidad» (STC 132/1989, fundamento jurídico 23.º).

D) TÍTULO PRELIMINAR DEL TRLS: «Objeto y finalidades de la Ley»

14. [Arts. 3.1, 3.2.c) y 4.1].

La Generalidad de Cataluña impugna los artículos 3.1, 3.2 c) y 4.1 del Texto Refundido bajo el reproche común de regular materia que es propiamente urbanística y, por tanto de la competencia exclusiva de la Generalidad, así como por su directa conexión con los preceptos de la Ley 8/90 que se indican. Con carácter genérico extiende a un numeroso grupo de preceptos del TRLS [3.1; 3.2.c); 4.1; 27.2 y 4; 31.1; 39; 59.1 y 2; 65.1, entre otros], de los que nos ocuparemos más adelante, la misma queja de que más que «incidir» sobre las materias que regulan desde los títulos competenciales estatales, «regulan» algo que pertenece a la exclusiva competencia urbanística, excediendo de la función propia de las bases, que es la de fijar un marco o unos principios orientadores para su posterior desarrollo normativo autonómico, e incurriendo además en una sustitución competencial al atraer hacia el Estado con carácter pleno o exclusivo una competencia que pertenece exclusivamente a las Comunidades Autónomas, resultado al que se llega por una interpretación extensiva de los títulos estatales invocados en detrimento de un título propio y más específico cual es el urbanismo. A ello se añade —según se afirma en las alegaciones— que el Estado parece confundir la invocación de principios constitucionales con la creación de títulos competenciales, de un lado, y las normas básicas con normas meramente declarativas, en blanco o imperativas, aunque mero trasunto de mandatos constitucionales dirigidos a todos los poderes públicos, de otro. Ha de notarse, sin embargo, que este reproche no ha sido siempre ulteriormente concretado frente a cada precepto impugnado o provisto de mayores razonamientos, lo que podría traer como consecuencia que, por falta de contenido argumental, se tuviera por no impugnado, como hemos dicho anteriormente.

En particular, se imputa a los artículos 3.1 (que lleva por rúbrica «Finalidades y atribuciones de la acción urbanística»), 3.2.c) (sobre las facultades comprendidas en la competencia urbanística de planeamiento) y 4.1 TRLS (sobre dirección de la gestión urbanística) que no pueden ser calificados como básicos ya que su finalidad es propiamente urbanística al igual que la materia en ellos regulada, con lo que se invade la competencia exclusiva de la Generalidad de Cataluña sobre ordenación del territorio, urbanismo y vivienda atribuida en el artículo 9.9 EAC.

a) Respecto del artículo 3.1 del Texto Refundido, según el cual la acción urbanística sobre el régimen del suelo atenderá, entre otras, a las tres finalidades que reseña, el Abogado del Estado alega que éstas concretan cuanto disponen los artículos 33.2 y 47 CE y se amparan en los artículos 149.1 1.º y 18.º CE.

El precepto impugnado, no obstante la literalidad de su título o rúbrica («finalidades... de la acción urbanística»), no tiene como designio el de señalar concretos fines a cuya consecución deban enderezarse las políticas urbanísticas. El artículo 3.1 TRLS no condiciona ni impone al legislador autonó-

mico un determinado modelo territorial y urbanístico, operación ésta que no sería posible en términos competenciales. Su real contenido normativo no es otro que el de establecer los presupuestos o premisas desde los que pretende abordarse el primero de los objetos de la regulación legal —el régimen urbanístico de la propiedad del suelo— (el segundo es la actividad administrativa en materia de urbanismo o «acción urbanística»). Ha de añadirse que al plasmar tales presupuestos el TRLS tiene en cuenta los mandatos constitucionales que para el derecho de propiedad del suelo resultan de los artículos 33.2, 47, 128.1 de la CE, mandatos sustantivos que obligan a todos los poderes públicos, siendo de notar que el artículo 3.1.b) TRLS («Impedir la desigual atribución de los beneficios y cargas del planeamiento entre los propietarios afectados e imponer la justa distribución de los mismos»), atiende al elemento teleológico que inspira el artículo 149.1.1.º CE, al establecer las condiciones básicas que garantizan la igualdad en el ejercicio de los derechos de los diversos propietarios de suelo frente a los diversos aprovechamientos urbanísticos que el planeamiento —en cuanto técnica a la que es inherente tal desigualdad— pueda asignar a los terrenos incluidos en el ámbito ordenado por aquél. El apartado *c)* del artículo 3.1 TRLS («asegurar la participación de la comunidad en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos») no hace sino reproducir, casi literalmente, lo que dispone el párrafo segundo del artículo 47 CE. Por su parte, el apartado *a)* del artículo 3.1 TRLS («procurar que el suelo se utilice en congruencia con la utilidad pública y la función social de la propiedad, garantizando el cumplimiento de las obligaciones y cargas derivadas de la misma») expresa la idea que subyace al artículo 33.2 CE y al artículo 128.1 CE. El artículo 149.1.1.º CE, único título competencial que aquí puede invocar válidamente el Estado, autoriza, a efectuar una regulación como la que se contiene en el artículo 3.1 TRLS. No puede, pues, en cuanto a este precepto, acogerse la impugnación formulada por la Generalidad de Cataluña.

b) Al artículo 3.2.c) TRLS, impugnado por la Generalidad de Cataluña y por la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, se le reprocha que su contenido material, en cuanto establece la división del territorio municipal en áreas de suelo urbano, urbanizable o, en su caso, apto para urbanizar, y no urbanizable, o clases equivalentes establecidas por la legislación autonómica, se encuadra perfectamente en la competencia de urbanismo y ordenación del territorio y su contenido no puede quedar salvado por la expresión final «o clases equivalentes establecidas por la legislación autonómica».

El artículo 3.2.c) TRLS admite una diversa clasificación del suelo por parte del legislador autonómico, aunque exige equivalencia en las clasificaciones, dado que, como alega el Abogado del Estado, tal equivalencia es condición básica para la igualdad en los derechos y deberes inherentes a la propiedad urbanística (art. 149.1.1.º CE). Lo que el precepto establece, en efecto, no es más que el presupuesto de la misma propiedad del suelo, fijando tres posibles clasificaciones, de las que se derivará un régimen jurídico también distinto. Sin esta clasificación previa que, como hemos afirmado, encaja en el artículo 149.1.1.º CE, no sería posible regular condición básica alguna del ejercicio del derecho de propiedad urbana que aquel precepto reserva al Estado, puesto que constituye la premisa, a partir de la cual se fijan tales condiciones básicas. Cabe añadir que la citada clasificación constituye también el presupuesto lógico-jurídico para la aplicación del entero sistema de valoraciones a efectos indemnizatorios, por lo que entronca con la determinación del

presupuesto de hecho que permita el ejercicio de la competencia estatal en la materia (art. 149.1.18.º CE). Ha de rechazarse, en consecuencia, la impugnación dirigida contra el artículo 3.2.c) TRLS en cuanto que esta clasificación no implica la prefiguración por el legislador estatal de modelo urbanístico alguno, pues el único contenido imperativo del precepto consiste en deferir al titular de la potestad de planeamiento la división del ámbito territorial municipal en todas o algunas de las siguientes hipótesis básicas: suelo consolidado urbanísticamente, suelo apto para el proceso urbanizador y suelo preservado de tal proceso; supuestos básicos a los solos efectos de anudar determinadas facultades dominicales y unos criterios de valoración a su vez básicos del derecho de propiedad urbana. Como luego habrá ocasión de explicitar respecto del artículo 9.1 TRLS, la referencia a tales categorías no puede implicar la predeterminación de un concreto modelo urbanístico y territorial. En virtud de cuanto antecede, debe afirmarse que el precepto impugnado tiene su apoyo en el artículo 149.1.1.º CE.

c) El artículo 4.1 establece que la dirección y control de la gestión urbanística corresponde, en todo caso, a la Administración urbanística competente.

Aunque, en esta sede, no se ha proporcionado ningún argumento específico, debe señalarse que la expresión «Administración urbanística competente» que contiene el precepto entraña un reenvío a los respectivos criterios competenciales y, en tal sentido, no es susceptible de incidir sobre el orden constitucional de competencias. Lo que, en cambio, cabe derivar del artículo 4.1 con carácter imperativo es el principio de que la dirección y control de la gestión urbanística queda sustraído al mecanismo del mercado y corresponde, «en todo caso», a la Administración competente. La dirección y control de la ejecución —cuyo alcance y contenido no son definidos por el precepto— es siempre, pues, una actividad pública, dado que la transformación de suelo a través de la urbanización se configura como una obra pública, sin perjuicio de que, como establece el artículo 4.2, dicha gestión pueda ser asumida directamente por la propia Administración o encomendada a la iniciativa privada o a entidades mixtas.

Este principio básico por el que ha optado el legislador estatal conecta inmediatamente con el derecho de propiedad (art. 33 CE) y la libertad de empresa (art. 38 CE), con sus respectivos ámbitos materiales (bienes susceptibles de apropiación y actividades que puedan ser explotadas económica o empresarialmente), sustrayendo la dirección y el control del proceso urbanizador de la iniciativa privada. Es obvia la estrecha relación que un principio así enunciado guarda con el derecho de propiedad urbana —que está subordinado a que se cumplan los presupuestos de la legislación urbanística— y con la libertad de empresa, en cuanto supone igualmente una limitación de su ámbito material, puesto que la última palabra sobre la gestión urbanística queda sustraída a la libre decisión del empresario. Entendido, pues, en el sentido de que la asignación de usos al suelo queda sustraída al mecanismo de mercado y a la decisión del propietario resulta evidente su cobertura bajo el título que descansa en el artículo 149.1.1.º CE. Desde tal perspectiva, este principio conecta por otra parte con el mandato inexcusable derivado del artículo 47 CE en cuya virtud corresponde a los poderes públicos, y sólo a ellos, la regulación o normación de la utilización del suelo de acuerdo con el interés general, a través de la ley y, por su remisión, al planeamiento.

E) TÍTULO PRIMERO DEL TRLS:

«Régimen urbanístico de la propiedad del suelo»

15. (Capítulo primero, «Disposiciones generales»: arts 9.1 y 11.4).

a) El motivo de impugnación alegado contra el artículo 9.1 por la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, al establecer la clasificación del suelo, no es más que un correlato de cuanto dispone el artículo 3 2.c), en cuya conexión ha sido impugnado, y ha de ser igualmente rechazado en virtud de los mismos argumentos allí expresados, siempre que se entienda que los conceptos son instrumentales y al servicio de las condiciones básicas del derecho de propiedad urbana, sin que de su tenor literal quepa inferir una concreta configuración o desarrollo de un modelo urbanístico específico. No ha de olvidarse, en efecto, que las condiciones básicas a que se refiere el artículo 149.1.1.º CE expresan en última instancia una cierta concepción del derecho de propiedad que, por lo que aquí interesa, se resuelve en la determinación, con carácter meramente instrumental y como presupuesto mismo de la propiedad urbana, de las diversas clases de suelo. Bajo este perfil, el artículo 9.1 TRLS dispone tan sólo la existencia de tres supuestos básicos por relación con el derecho de propiedad urbana, a fin de distinguir otros tantos regímenes jurídicos fundamentales: suelo en el que no puede darse esta forma de propiedad (delimitación negativa); suelo en el que sí puede establecerse y, por tanto, se encuentra abierto a un proceso de adquisición; y, en fin, suelo en el que ya se ha consolidado su existencia. Estas hipótesis, por lo demás, no son sino consecuencia necesaria del carácter artificial de esta manifestación del dominio, en cuanto producto histórico del hombre, con las peculiaridades que ello entraña. En efecto, el régimen jurídico de la propiedad del suelo, desde la perspectiva urbanizadora (exclusión; proceso de creación; régimen de consolidación), plantea problemas específicos, que pueden requerir un tratamiento jurídico también propio, según el supuesto de que se trate. La mera distinción operada por el precepto es, pues, compatible con el orden constitucional de distribución de competencias.

b) El artículo 11.4 dispone que «en todo caso, a efectos de la valoración del suelo, supuestos expropiatorios y obtención de terrenos dotacionales, el suelo apto para urbanizar se equipara al suelo urbanizable programado». El Gobierno balear opone a este precepto dos motivos de inconstitucionalidad: el primero, que representa un exceso en el uso de la delegación, por cuanto al equiparar ambas clases de suelo lo hace con carácter de generalidad, excediendo con ello el alcance refundidor ordenado por la Disposición Final Segunda de la Ley 8/1990, si se tiene en cuenta que el párrafo segundo del apartado 3 de su Disposición Adicional Primera establece que en los municipios en que no se aplique la Ley 8/1990 con carácter general y sólo en éstos el suelo apto para urbanizar se asimilará al urbanizable programado y, aun en tal caso, únicamente a los efectos de lo establecido en los artículos 12 y 66 de la misma Ley, es decir, sólo para la adquisición y ejercicio del derecho a urbanizar y para la valoración del suelo. El segundo, que el Estado carece de título competencial para otorgarle carácter básico.

En cuanto al primer motivo de inconstitucionalidad, ha de acogerse la alegación de la representación estatal según la cual el artículo 11.4 TRLS no ha sido impugnado autónomamente en punto al exceso de delegación, sino sólo la Disposición Final Única del Texto Refundido, que es la que atribuye a los preceptos legales carácter básico, de aplicación plena o supletoria, como

así lo demuestra el *petitum* de la demanda. Por lo tanto, sólo cabe discutir si el artículo 11.4 TRLS ha sido declarado básico con respeto del orden constitucional de competencias.

Centrada así la cuestión, debe prosperar la impugnación deducida contra este precepto, puesto que, por contraste con lo establecido por el artículo 9.1 TRLS, el artículo 11.4 TRLS no se limita a enunciar los grandes supuestos en que pueda encontrarse el suelo a efectos de anudarle, por referencia, unas condiciones básicas de ejercicio del derecho de propiedad, sino que, como se desprende de su tenor literal, determina una asimilación entre dos clases de suelo, el apto para urbanizar por normas subsidiarias y el urbanizable programado, en relación con las causas de expropiación, de valoración del suelo y de obtención de terrenos dotacionales. El presupuesto de hecho (las categorías mismas del suelo programado y los instrumentos del planeamiento utilizables) puede existir o no, de acuerdo con la libre decisión del legislador autonómico. A ello se añade que algunas de las consecuencias jurídicas a las que hace mención —obtención de terrenos dotacionales y supuestos expropiatorios, salvo los que se refieran al incumplimiento de las condiciones básicas— tampoco son de la competencia estatal.

Clases de suelo e instrumentos de planeamiento —apto para urbanizar por normas subsidiarias, y urbanizable programado— que no son sino expresión de una mera opción de la política urbanística y para cuya configuración o enunciado carece de título competencial el Estado. De este modo y al mismo tiempo, prefigura, siquiera sea indirectamente, un concreto modelo urbanístico. Es cierto, desde luego, que el legislador estatal, por virtud de las competencias reconocidas en las reglas 1.^a y 18.^a del artículo 149.1 CE, puede determinar la aplicación y equiparación de ciertos criterios de valoración según el estado en que se encuentre el proceso de urbanización, pero, nótese bien, en sus líneas generales, sin pretensiones definitorias, y al simple objeto de fijar algunas de las consecuencias jurídicas que pueden llevar aparejados, como hace el artículo 9.1 TRLS. Por lo demás, nuestra declaración de inconstitucionalidad en nada cambia por el hecho de que el artículo 1.1 del Decreto-ley 5/1996, de 7 de junio, al que ya nos hemos referido en el fundamento jurídico 3.º, haya suprimido la subdivisión entre suelo programado y no programado, refundiéndola en una sola clase de suelo urbanizable.

16. (Título I, Capítulo II, «Régimen del suelo no urbanizable y urbanizable no programado»: arts. 15, 16.1.º y 2.º, y 17).

La Generalidad de Cataluña impugna los artículos 15, 16.2 y 17 del Texto Refundido; la Diputación de Aragón y la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares impugnan esos mismos preceptos y además el artículo 16.1, relativos todos ellos al régimen del suelo no urbanizable que, como acertadamente recuerdan los recurrentes, aparecen vinculados, en el Preámbulo de la Ley 8/1990 (en relación con los entonces arts. 5, 6 y 7, ahora reproducidos en los artículos indicados del Texto Refundido), al artículo 149.1 23.º CE, lo que permite a los recurrentes centrar su argumentación en torno a la pretendida falta de cobertura de tales preceptos a la luz del citado título estatal. La Generalidad de Cataluña (recurso núm. 2481/90) afirma que estas normas tienen por objeto determinar el régimen de utilización de cada tipo de suelo —en este caso, el no urbanizable—, lo cual constituye la facultad esencial que integra la competencia en materia de urbanismo, como afirma la STC 77/1984, de 3 de julio, y supone un título más específico frente

al que no debe prosperar el artículo 149.1.23.º CE, precepto que permite al legislador estatal dictar normas de obligada aplicación que aseguren un mínimo de protección de los elementos naturales, pero que no puede ser utilizado para establecer el régimen de usos del suelo, por ser éste un aspecto propio de la legislación urbanística, argumentos en los que abundará la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares. Por su parte, la Diputación General de Aragón entiende que no es posible equiparar «régimen del suelo no urbanizable» y «medio ambiente», salvo que se extralimite el sentido normativo del artículo 149.1.23.º CE. Por el contrario, concluye, lo dispuesto en los artículos impugnados —el régimen del suelo no urbanizable— encaja plenamente en la ordenación del territorio, materia más amplia y comprensiva que el urbanismo y atribuida a la competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas (art. 148.1.3.º CE).

Ha de notarse, en primer término, que los preceptos impugnados, relativos al régimen del suelo no urbanizable, no persiguen establecer directamente determinaciones de carácter material ni positivo en esa clase de suelo, es decir, y por utilizar las palabras, sin pretensiones dogmáticas de la STC 77/1984 (fundamento jurídico 2.º) y que invocan los recurrentes, tales preceptos no tienen por objeto inmediato «la delimitación de los diversos usos a que pueda destinarse el suelo o espacio físico territorial», ni ejercer la competencia de ordenación del territorio (art. 148.1.3.º CE), si bien es cierto que inciden en su configuración, señaladamente por vía negativa o de prohibición (arts. 15 y 16). Es claro que delimitar los diversos usos a que puede destinarse el suelo o espacio físico constituye uno de los aspectos básicos del urbanismo y, en términos más generales, de la ordenación del territorio, pero ello no puede significar, en el plano competencial, que cualquier norma que incida sobre el territorio, siquiera sea de forma mediatada o negativa, tenga que quedar subsumida en la competencia autonómica sobre ordenación del territorio, puesto que ello supondría atribuirle un alcance tan amplio que desconocería el contenido específico de otros muchos títulos competenciales, no sólo del Estado, máxime si tenemos en cuenta que la mayor parte de las políticas sectoriales tienen una incidencia o dimensión espacial.

La explícita invocación del artículo 149.1.23.º CE que realizara el Preámbulo de la Ley 8/1990, como hemos señalado, permite analizar directamente los preceptos impugnados a la luz del citado título competencial. En una primera aproximación, esa invocación resulta altamente imprecisa e insuficiente, puesto que no queda claro cómo la legislación básica sobre protección del medio ambiente puede amparar un conjunto de prohibiciones, las contenidas en los artículos 15 y 16, relativas al suelo no urbanizable común o general (diverso al de especial protección), esto es, a la mayor parte del territorio nacional, y cuya perspectiva excede en mucho de la estrictamente medioambiental que es la que únicamente puede amparar la regulación del suelo no urbanizable de especial protección (art. 17).

Por ello, y sin necesidad de un examen más riguroso y concluyente acerca del alcance material del título del artículo 149.1.23 CE (sobre el que hemos tenido ocasión de pronunciarnos en nuestra STC 102/1995, de 26 de junio) en relación con los concretos preceptos objeto de impugnación atinentes al suelo no apto para urbanizar, es obligado traer a colación el artículo 149.1.1.º CE, a fin de determinar si es susceptible de prestarles la cobertura suficiente, habida cuenta de la estrecha relación que guarda con la propiedad urbana,

aunque sólo sea para negar, en principio, su existencia en esta clase de suelo y, por tanto, para determinar el ámbito material del derecho en cuestión.

a) El artículo 15 se limita a sentar el criterio general según el cual el suelo no urbanizable o categoría equivalente en la legislación autonómica no podrá ser destinado a fines distintos que los naturales o conformes con la naturaleza, de acuerdo con la respectiva legislación sectorial que sea de aplicación o, en términos negativos, declara prohibido todo uso constructivo o edificatorio en suelo no urbanizable. Así formulado, el artículo 15 está delimitando, por vía negativa, el ámbito o alcance de la propiedad urbana que, en consecuencia, queda excluida en el suelo no urbanizable, salvo en los supuestos excepcionales del artículo 16. La regla sentada por el artículo 15 no desborda, en conclusión, las condiciones básicas que garanticen el ejercicio en condiciones de igualdad del derecho de propiedad urbana de todos los españoles y, por tanto, encuentra cobertura en el artículo 149.1.1.º CE, si se tiene en cuenta que no determina un concreto régimen positivo de usos en esta clase de suelos, sino que se remite a lo que disponga la legislación sectorial correspondiente, sea estatal o autonómica, y que será la que discipline el uso agrario, forestal, ganadero, cinegético, etc, del suelo no urbanizable o rústico en sentido amplio. La prohibición de edificar en suelo no urbanizable —o categoría análoga según la legislación autonómica— encaja, pues, dentro de las condiciones básicas de la propiedad urbana. En otras palabras, desde una interpretación sistemática, debe entenderse el artículo 15 TRLS como una prohibición general de usos edificatorios —con la consecuente imposibilidad de adquirir propiedad urbana fuera de los terrenos previstos por los poderes públicos competentes—. No es un precepto, pues, que condicione las diversas competencias sectoriales autonómicas susceptibles de incidir sobre ese territorio y al que, desde una óptica estrictamente urbanística, el TRLS califica de suelo no urbanizable.

b) El artículo 16.1 prohíbe los fraccionamientos de la propiedad en contra de lo dispuesto por la legislación agraria (unidades mínimas de cultivo o categorías equivalentes) u otra aplicable, para la consecución de sus respectivos fines. El apartado 2.º del mismo artículo 16 establece la prohibición de las parcelaciones urbanísticas y su preservación del proceso de desarrollo urbano, sin perjuicio de lo que la legislación aplicable disponga sobre el régimen de los asentamientos o núcleos rurales en esta clase de suelo. Desde la perspectiva del dominio, el artículo 16.1 TRLS supone una limitación general sobre la facultad de disposición de la propiedad del suelo congruente con su destino y un complemento necesario y coherente con el principio general de la no edificabilidad en el suelo no urbanizable. Por lo demás, el precepto se muestra respetuoso con la legislación sectorial que a las Comunidades Autonómicas pueda corresponder.

Ha de admitirse, como alega el Abogado del Estado, que el artículo 16.1 TRLS entra en el ámbito de la legislación civil (art. 149.1.8.º CE), al prohibir que a resultados del tráfico jurídico privado puedan producirse fraccionamientos en el suelo no urbanizable en contra de lo establecido por la legislación agraria respectiva en punto a las extensiones mínimas. No es, en efecto, la perspectiva de la intervención pública sobre el dominio para asegurar la igualdad la que aquí impera (art. 149.1.1.º CE), sino, más bien, la dimensión horizontal, esto es, la de las relaciones jurídico-privadas (art. 149.1.8.º CE). Lo que hace el artículo 16.1 TRLS no es sino refrendar la prohibición que eventualmente pueda establecer la legislación sectorial correspondiente, dictada de acuerdo con el orden constitucional de competencias, en relación con

la facultad de enajenar que es inherente al derecho de propiedad. En otras palabras, la facultad de disposición puede quedar delimitada en aras de la función social (arts. 33.2 CE y 149.1.8.º CE), impidiendo que se produzcan actos contrarios a la legislación sectorial. Por otra parte, el artículo 16.2 TRLS no es más que un correlato de lo que dispone el artículo 15, cuya interpretación hemos estimado conforme con la Constitución, sin que de su contenido quepa inferir invasión alguna de la competencia urbanística.

c) El artículo 17 TRLS, por último, se refiere a uno de los posibles destinos del suelo no urbanizable —las áreas de especial protección— y circunscribe su alcance a la declaración de que el planeamiento territorial y urbanístico podrá delimitar áreas de especial protección en las que estará prohibida cualquier utilización que sea contraria con su destino o naturaleza, lesione el valor específico que se quiera proteger o infrinja el concreto régimen limitativo establecido por aquél, sin que, por ello, se prejuzguen las competencias autonómicas sobre la materia. En el examen de su constitucionalidad, de una parte, hay que poner en conexión este precepto con el artículo 149.1.23.º CE y, de otra, con el artículo 149.1.1.º CE.

En virtud del primero, no puede negarse la competencia estatal para hacer posible —a través del planeamiento que corresponda a la Administración competente— la declaración de áreas de especial protección y las prohibiciones generales de usos incompatibles con aquéllas. De acuerdo con la doctrina sentada en la STC 102/1995 (fundamento jurídico 13.º) y desde una perspectiva distinta, en la STC 28/1997 (fundamento jurídico 6.º) y en los términos allí indicados, tanto la potestad para llevar a cabo la planificación de los recursos naturales, como los efectos prohibitivos y su prevalencia sobre los usos constructivos del suelo se acomodan sin esfuerzo alguno al concepto de lo básico, calificación que por otra parte no supone atribuirle al Estado competencia específica en materia de urbanismo. Encaja igualmente en el concepto de norma básica el principio que se infiere del artículo 17 TRLS, según el cual ha de prevalecer la finalidad protectora que a cada área pueda atribuirle la Administración competente en cada caso frente a los usos del suelo que le sean contrarios.

De otro lado, el precepto impugnado guarda también relación con las condiciones básicas de ejercicio de la propiedad del suelo en la medida en que fija un límite general consistente en prohibir todo ejercicio del derecho contrario a lo que el área pretende precisamente preservar. Pero el artículo 17 no establece cuál haya de ser ese concreto régimen, ni cuestiona las competencias que las Comunidades Autónomas, a este respecto, puedan tener asumidas y ni siquiera cabe entender que determina las causas que autorizarían a declarar una zona o área como de especial protección, puesto que el propio artículo 12 del mismo Texto Refundido tan sólo enumera algunas de las especies de suelo no urbanizable de especial protección, esto es, se limita a deferir al planeamiento determinados valores medioambientales tutelables a través de esta específica clasificación de suelo. En este sentido, parece evidente que el precepto impugnado no pretende en modo alguno atribuir al Estado competencias que corresponden a las Comunidades Autónomas, por lo que la impugnación debe rechazarse.

17. (Título I, «Régimen del suelo urbano y urbanizable». Capítulo tercero. arts. 19; 20; 27.1, 2 y 4; 28.5; 29.1, 30.1 y 3; 31.1. y 2; 32, 34; 35.1 y 2; 36; 38; 39; 40; 41; 42.1, 2 y 3; 43).

Los recurrentes coinciden sustancialmente en los preceptos impugnados del Capítulo III del Título I, relativos al régimen del suelo urbano y urbanizable. La Disposición Final Unica, primera, le ha atribuido a estos preceptos carácter básico, a tenor de las reglas 1.ª, 8.ª, 13.ª, 18.ª y 23.ª del artículo 149.1 CE.

Con carácter general, la Generalidad de Cataluña hace notar que el régimen del suelo urbano y urbanizable constituye el contenido nuclear de la ordenación urbanística y añade que en estos preceptos se regula y delimita también el contenido urbanístico de la propiedad inmobiliaria, lo cual entraría legítimamente dentro de la competencia estatal sólo en la medida en que estableciera las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio de los derechos y del cumplimiento de los deberes de los propietarios urbanísticos (art. 149.1.1.º CE). Sus alegatos se dirigen a intentar demostrar que los preceptos impugnados exceden de esas condiciones básicas que el citado título estatal autoriza. La cuestión, por tanto, se contrae a determinar si los preceptos impugnados, en cuanto regulan el contenido urbanístico de la propiedad del suelo constituyen o no condiciones básicas (art. 149.1.1.º CE), competencia que ha de interpretarse en forma sistemática con la urbanística que a las Comunidades Autónomas corresponde (art. 148.1.3.º CE). También con carácter general y previo, el Gobierno balear afirma que de las ocho secciones que contiene el Capítulo III del Título I, en las que se regula el régimen del suelo urbano y urbanizable, en principio tan sólo la Sección 1.ª y 8.ª encontrarían cobertura en los artículos 149.1.1.º y 18.º CE, en tanto que la mayor parte de los preceptos contenidos en las Secciones 2.ª a 7.ª invadirían la competencia urbanística al regular, en concreto, la configuración y desarrollo del derecho de propiedad urbanística como de progresiva adquisición en función del cumplimiento de las cargas y deberes urbanísticos con expresa indicación de cuantías, reducciones e incluso plazos. En realidad, también este genérico reproche acerca del grado de detalle con que los preceptos impugnados en las Secciones 2.ª a 7.ª regulan el derecho de propiedad ha de ser examinado a la luz del artículo 149.1.1.º CE al objeto de determinar si autoriza o no ese grado o nivel de desarrollo normativo. Estas consideraciones formuladas por los recurrentes han de ser tenidas en cuenta al enjuiciar cada uno de los preceptos impugnados.

a) (Art. 19, «Incorporación al proceso urbanizador y edificatorio»).

El artículo 19 TRLS es impugnado porque, a juicio de la Generalidad de Cataluña (recurso núm. 2481/90) y de la Diputación General de Aragón (recursos núms. 2486/90 y 2341/92), el inciso último del artículo —«conforme a lo establecido en esta Ley»— resulta inconstitucional en la medida en que, en su autosuficiente redacción, excluye que el deber de incorporarse al proceso urbanizador o edificatorio pueda ser regulado por las Comunidades Autónomas, más allá de establecer condiciones y plazos, produciéndose, en consecuencia, una monolítica regulación de un deber urbanístico que, por otra parte, no tiene carácter de deber constitucional.

Importa rechazar en primer término esta última calificación que hace sólo la representación de la Generalidad de Cataluña respecto del deber de incorporación al proceso urbanístico que resulta del artículo 19 TRLS como un deber que carecería de la cobertura que proporciona el artículo 149.1.1.º CE al no tratarse de un «deber constitucional», puesto que, por el contrario, estamos ante la manifestación más típica de la función social de la propiedad urbana, cual es el deber de edificar y construir, entendido en sentido

amplio, y en los términos que la legalidad ordinaria determine y, por su remisión, el planeamiento. Siendo, pues, la propiedad privada un derecho constitucional (art. 33 CE) y su función social (art. 33.2 CE) la expresión de los deberes que le son inherentes —respecto de cada forma de dominio— no resulta aceptable la tesis de que «el deber de los propietarios afectados de incorporarse al proceso urbanizador y al edificatorio» (art. 19) no sería un «deber constitucional» a los efectos del artículo 149.1.1.º CE puesto que es ya la propia expresión «derechos constitucionales» a la que se refiere el citado título estatal la que ampara la regulación de los deberes básicos en sentido amplio o, si se quiere, de sus límites. No sería, en efecto, pensable la regulación de las condiciones básicas de un derecho como el de propiedad que sólo pudiera contener «facultades absolutas», sin límite o deber de ningún género, siquiera fuera, como afirma el artículo 149.1.1.º CE, para regular las «condiciones básicas» de su ejercicio y cumplimiento. Cuestión distinta, claro está, es que el título competencial del artículo 149.1.1.º CE sólo autoriza una limitada regulación a cargo del Estado, según ha quedado reiterado.

Por lo que al inciso último del artículo 19 TRLS se refiere, y al que, en realidad, se contrae la impugnación, estamos ante un problema de interpretación de lo que esa remisión («conforme a lo establecido en esta Ley») haya de significar. En este sentido, ha de acogerse la tesis del Abogado del Estado cuando afirma que este precepto no excluye que las Comunidades Autónomas, dentro de su competencia, regulen el deber que los propietarios tienen de incorporarse al proceso urbanizador o edificatorio, incluso yendo más allá de fijar condiciones y plazos, puesto que el objeto de este inciso no es otro que el de reenviar al resto del texto legal el citado deber que pesa sobre los propietarios. La remisión o reenvío no es, por sí misma, contraria al orden constitucional de competencias. Habrá que estar al enjuiciamiento de cada uno de los preceptos remitidos, para decidir, en su caso, su conformidad constitucional. En consecuencia, no puede prosperar la impugnación deducida contra el artículo 19 TRLS. Es evidente, pues, que la remisión que realiza este precepto habrá de correr la misma suerte que la norma remitida.

b) (Art. 20, «Deberes legales para la adquisición gradual de facultades»)

Este precepto, que regula los deberes legales para la adquisición gradual de facultades, sólo ha sido impugnado por la Generalidad de Cataluña (recurso núm. 2342/92, no así en el 2481/90), bajo el rótulo genérico en el que incluye a otros preceptos del Texto Refundido de «impugnaciones por regular materias propiamente urbanísticas y, por tanto, de la competencia exclusiva de la Generalidad, así como por su directa conexión con los preceptos de la Ley 8/1990 que se indican», y cuya argumentación ya hemos recogido al enjuiciar las impugnaciones dirigidas contra los artículos que se localizan en el Título Preliminar de la Ley (arts. 3.1, 3.2.c y 4.1).

Hemos de centrar nuestro enjuiciamiento en el artículo 20 TRLS que establece los deberes legales para la adquisición gradual de facultades. En efecto, el apartado 1.º afirma que la ejecución del planeamiento garantizará la distribución equitativa de los beneficios y cargas e implicará el cumplimiento de los siguientes deberes legales: ceder los terrenos destinados a dotaciones públicas; ceder los terrenos en que se localice el aprovechamiento correspondiente a los Ayuntamientos; costear y, en su caso, ejecutar la urbanización en los plazos previstos; solicitar la licencia de edificación; y, en fin, edificar los solares. Por su parte, el apartado 2.º dispone que el cumplimiento de estos

deberes determina la gradual adquisición de las facultades urbanísticas que se definen y regulan en la Sección siguiente.

La relación de los deberes urbanísticos básicos que contiene el precepto (art. 20.1) y el principio de la adquisición gradual de facultades urbanísticas (art. 20.2) ponen de manifiesto su encaje material dentro de las «condiciones básicas» de ejercicio del derecho de propiedad urbana (art. 149.1.1.º CE). Es más, lo que hace este precepto no es sino fijar la arquitectura más elemental del derecho, los deberes primarios cuyo cumplimiento determinará la gradual adquisición de unas facultades —un contenido urbanístico, en suma— que es fruto de la decisión de los poderes públicos. El recurso no añade nada a las consideraciones de principio ya señaladas, sin que esos reproches genéricos sirvan para invalidar el acomodo que el precepto encuentra en el título competencial del Estado (art.149.1 1.º CE), ni quepa apreciar, a falta de mayor argumentación, invasión en la competencia sobre urbanismo, tal como la hemos interpretado desde un punto de vista sistemático.

Lo que, sin embargo, especifica el recurrente en esta sede es únicamente que el artículo 20.1.b TRLS establece la cesión de terrenos a favor de los Ayuntamientos exclusivamente, mientras que tanto en la Ley 8/1990 como en el Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976 se hacía en favor de la Administración actuante, que puede ser distinta de la municipal. Ciertamente, el artículo 20.1.b TRLS concreta, con carácter básico, lo que disponía el artículo 9.1.b de la Ley 8/1990, en el que, sin hacer mención al Ayuntamiento, se disponía el deber legal de ceder el porcentaje de aprovechamiento que en cada caso corresponda. Sin embargo, como alega el Abogado del Estado, para la redacción del artículo 20.1.b TRLS ha debido tenerse en cuenta el artículo 98 de la Ley 8/1990, relativo al Patrimonio Municipal del Suelo, y el hecho de que el Ayuntamiento sea de ordinario la Administración actuante. Nada se opondría en el contexto del precepto impugnado, añade la representación pública, a que la referencia hecha a los Ayuntamientos sea entendida con carácter indicativo, puesto que ni la pretendida exclusividad de los Ayuntamientos se desprende del tenor literal del artículo, ni constituye la razón de ser ni el centro del mismo, lo que, por lo demás, avalan otros preceptos del Texto Refundido, más específicos, que hablan de «Administración actuante» (art. 151.1, 197.b), «Administración correspondiente» (art. 167.a), etc.

No obstante, no es posible un fallo interpretativo en tal sentido, pues a ello se opone el tenor literal del precepto que habla de «Ayuntamientos», siendo la Comunidad Autónoma la que aquí ha de decidir cuál sea la Administración actuante. El inciso «a los Ayuntamientos» del artículo 20.1.b TRLS debe ser declarado inconstitucional por invasión competencial.

A ello debe añadirse que, desde la competencia *ex* artículo 149.1.1.º CE, no es posible definir o determinar las técnicas urbanísticas que al legislador autonómico corresponde libremente arbitrar en el marco de las condiciones básicas. El Estado, en lo que a este punto concierne, puede establecer las condiciones básicas del cumplimiento de los deberes que garantizan la igualdad (art. 149.1.1.º CE), sin que a su través le sea permitido configurar el modelo urbanístico y territorial. De ahí que las referencias hechas en el artículo 20 TRLS a «dotaciones públicas» (20.1 a), «licencia de edificación» (art. 20.1.d) y «solares» (art. 20.1 e) deban ser interpretadas como términos puramente instrumentales, de los que se predicen unos determinados deberes básicos entendidos como criterios generales (deberes de cesión, de edificación en plazo, etc.). En definitiva, pues, la competencia del Estado para establecer

unos deberes básicos no puede llegar a fijar el régimen jurídico de las dotaciones públicas, de los solares o de las licencias de edificación. Hecha esta salvedad, deben rechazarse las impugnaciones deducidas contra este precepto.

c) (Art. 27.1, 2 y 4, «Aprovechamiento urbanístico susceptible de apropiación»).

Este precepto, por el que se regula el aprovechamiento urbanístico susceptible de apropiación, ha sido recurrido por la Generalidad de Cataluña (recursos núms. 2481/90, 27.1 y 2; y núm. 2342/92: arts. 27.2 y 4 por su conexión con la Ley 8/1990), la Diputación General de Aragón (recursos núms. 2486/90 y 2341/92 cfr. fundamento jurídico 4.º) y el Gobierno balear. La Generalidad de Cataluña impugna el artículo 27.1 del Texto Refundido (remitiéndose de nuevo a lo alegado en 1990 respecto del art. 16.1 de la Ley 8/1990, del que aquél es reproducción) por cuanto no se limita a establecer las condiciones de ejercicio del derecho o las posibilidades expropiatorias por incumplimiento de los deberes inherentes a esta forma de propiedad, sino que determina y concreta las cargas y cesiones que debe soportar en concreción del artículo 47.2 CE, lo que no puede ser entendido como una limitación del derecho de propiedad, como pretende el Texto Refundido. Esta limitación, añade, no encuentra otra justificación que la participación del propietario en los beneficios que le otorga el planeamiento urbanístico, por lo que, concluye, si los beneficios le llegan al propietario sólo a partir del planeamiento urbanístico, tan sólo del mismo lugar le han de poder llegar las cargas. Los demás recurrentes reiteran, más sucintamente, igual reproche con análogos argumentos. La Generalidad de Cataluña recurre asimismo por idénticos motivos los apartados 2.º y 4.º del mismo artículo 27 del TRLS (el apartado 2.º en el recurso núm. 2481/90, frente al entonces art. 37.2 de la Ley 8/1990, al que ahora se remite, y en el recurso 2342/92 por su conexión con los arts. 16.1 y 37.2 de la Ley 8/1990; el apartado 4.º, en el recurso 2342/92, por su relación igualmente con los arts. 16.1 y 37.2 de la Ley 8/1990). Respecto de estas impugnaciones de los dos apartados del artículo 27 TRLS —que sitúa en el recurso 2342/92 bajo el mismo reproche genérico que lleva por título «impugnaciones por regular materia estrictamente urbanística y, por tanto, de la competencia exclusiva de la Generalidad, así como por su directa conexión con los preceptos de la Ley 8/1990 que se indican», y cuya argumentación ya hemos recogido al examinar los artículos 3.1, 3.2.c) y 4.1 del Texto Refundido— agrega en su recurso 2342/92 que en unos casos establece el aprovechamiento urbanístico como igualitario (apartado 2.º) y en otros «como mínimo» (apartado 4.º), por lo que no puede entenderse como una regulación que tiene por objeto garantizar una supuesta igualdad. En su recurso 2481/90 añadía específicamente, respecto del artículo 37.2 de la Ley 8/1990, hoy 27.2 del TRLS, y aunque la argumentación no se separe en exceso alega en relación con el artículo 27.1 del TRLS, que éste y otros preceptos, bajo la apariencia de regular unas limitaciones al derecho de propiedad urbana y con la expresión «aprovechamiento urbanístico susceptible de apropiación» no se está haciendo otra cosa que establecer lo que siempre se han llamado «cargas urbanísticas» y que, hasta el presente, ocupaban una regulación reglamentaria en el régimen del suelo. Es lo mismo decir, sostiene, que el propietario puede apropiarse del 85 por 100 del aprovechamiento tipo del área de reparto en que esté situado el terreno, que afirmar que debe ceder gratuitamente el 15 por 100 de tal aprovechamiento, porque son las dos caras de una misma moneda. Si a ello se suma el

hecho, concluye, de que son varias las Comunidades Autónomas que, en uso de su competencia, han dictado normas sobre esta cuestión, y a través de las cuales se ha venido a delimitar el contenido del derecho, de acuerdo con la función social que debe cumplir en cada circunstancia y lugar, el resultado es que la legislación estatal, por su carácter uniforme, pormenorizado e injustificado, invade la competencia autonómica. El recurso de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares alega además que el artículo 149.1.1.º CE podrá habilitar al Estado para establecer el principio general de que la obtención de los beneficios urbanísticos debe ser correlativa al cumplimiento de los deberes y cargas que aquél impone, pero no puede extender sus efectos a determinar y concretar cuáles serán estas cargas y cesiones ya que ello corresponde directamente al titular de la competencia de urbanismo, si no quiere dejarse ésta sin contenido alguno o, al menos, sin el contenido reconocible que tuvo a la vista el constituyente de 1978. En nada altera esta conclusión el artículo 47 CE que obliga a todos los poderes públicos y no constituye título competencial alguno.

En rigor, lo que los recurrentes parecen reprochar a estos preceptos y, en realidad, a otros por conexión, no es más que el grado de desarrollo que contienen. Esto es, la concreta forma de configuración legal del aprovechamiento urbanístico susceptible de apropiación. Y es ésta la cuestión central. Por ello, resulta rechazable, a este propósito, afirmar que el aprovechamiento urbanístico susceptible de apropiación (el 85 por 100 del aprovechamiento tipo o medio, del que hablan los apartados 1.º, 2.º y 4.º del art. 27) no puede ser entendido como una limitación o, mejor, delimitación del contenido de la propiedad urbana, cuando no es sino una de las reglas más básicas y fundamentales de su alcance y contenido en el ámbito urbanístico (art. 33.2 CE), por más que esa delimitación del contenido dominical traiga su causa del mandato del artículo 47 CE que no es, en efecto, título competencial alguno, sino principio rector que obliga a todos los poderes públicos.

En el vigente esquema legal, es el planeamiento urbanístico el que concreta, para cada clase de suelo, el aprovechamiento urbanístico, pero de ahí no cabe derivar que las cargas, igual que los beneficios, hayan de traer su origen último del planeamiento y, en suma, según parece inferirse de ese razonamiento, de la competencia urbanística en el sentido dado a esa expresión por algunas de las alegaciones vertidas en los recursos. Pues si bien es cierto que puede ser el planeamiento el que determine para cada porción del territorio su aptitud para urbanizar y los concretos usos edificatorios que eventualmente le correspondan, con sus cargas y beneficios, no lo es menos que habrá de ser la Ley —estatal o autonómica, de acuerdo con el orden constitucional de distribución de competencias— la que establezca los criterios generales del sistema de la propiedad urbana por imperativos de la reserva de ley y del principio de legalidad (art. 33.2, 53.1 CE y 103.1 CE). En ese sentido, tampoco puede compartirse la alegación de que el establecimiento del aprovechamiento susceptible de apropiación no forma parte de la delimitación del derecho de propiedad (art. 33.2 CE). Lejos de ser algo ajeno al derecho, es evidente que la regulación del *ius aedificandi* representa el eje mismo de esta manifestación del dominio.

Tampoco cabe acoger el argumento, en cierto modo nominalista a estos efectos, de que la fijación del aprovechamiento es una mera «carga urbanística» y no una limitación del derecho de propiedad urbana, puesto que una u otra calificación son fácilmente reconducibles al concepto de derecho cons-

titucional que contiene el artículo 149.1.1.º CE —del que hemos dicho que su regulación no puede detenerse en configurar facultades absolutas, sin límites o deberes de ningún género— y, más precisamente, a la función social de la propiedad (art. 33.2 CE), como los propios recurrentes ponen de manifiesto, explícita o implícitamente, cuando, por ejemplo, la Generalidad de Cataluña afirma que estas cuestiones han sido reguladas por algunas Comunidades Autónomas «a través de las cuales han venido a configurar el contenido del derecho de la propiedad urbanística, de acuerdo con la función social que debe cumplir en cada circunstancia y lugar», o cuando el Gobierno balear, con más precisión, reconoce que el artículo 149.1.1.º CE, tal vez, habilite al Estado para establecer el principio general de que la obtención de los beneficios urbanísticos debe ser correlativo al cumplimiento de los deberes y cargas que aquél impone, pero no puede extender sus efectos a determinar y concretar cuáles sean estas cargas y cesiones. Por último, no es posible admitir la concepción, que también late en algunas de las alegaciones, según la cual los preceptos legales que guardan relación con el artículo 47 CE, en cuanto determinan que la comunidad participe en las plusvalías generadas por la acción urbanística de los entes públicos, no estarían delimitando el contenido del derecho de acuerdo con su función social (art. 33.2 CE), puesto que, al determinarse en la ejecución del planeamiento, no serían más que una carga derivada de la ejecución urbanística. Obviamente, el hecho de que la «carga», «límite» o «deber» urbanístico se haga efectivo en la fase de ejecución del planeamiento no significa que, en términos sustantivos y a nuestro limitado propósito, la ley que lo establece no esté regulando por definición las condiciones básicas del derecho de propiedad urbana, con todo lo que ello pueda suponer a efectos competenciales (arts. 33.2 y 149.1.1.º CE).

El problema que aquí interesa, sin embargo, reside más bien en determinar por qué, a juicio de los recurrentes, el artículo 27 TRLS no podría quedar a cubierto por el artículo 149.1.1.º CE, no tanto por la materia en sí misma regulada (aprovechamiento urbanístico susceptible de apropiación, eje de la propiedad urbana), cuanto, más exactamente, por la concreta normación del citado precepto (esto es, por su encaje con la noción de condiciones básicas). Para el recurso de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, el Estado debiera haberse limitado a fijar el principio general de que la obtención de los beneficios ha de ser correlativa al cumplimiento de las cargas.

La cuestión se contrae, pues, a enjuiciar si el concreto aprovechamiento urbanístico que los distintos apartados del artículo 27 (1, 2 y 4) establecen, puede o no tener «carácter básico» (en el sentido en que utiliza esta expresión la Disposición Final Unica) por su compatibilidad con las condiciones básicas a que se refiere el artículo 149.1.1.º CE. Para el TRLS es obvio que esta configuración del aprovechamiento urbanístico susceptible de apropiación entra en la esfera del artículo 149.1.1.º CE, como se desprende tanto del propio artículo 27, apartados 1, 2 y 4, y preceptos concordantes, a los que la Disposición Final Unica apartado 1.º del mismo Texto Refundido les atribuye carácter básico, cuanto de la Exposición de Motivos de la Ley 8/1990 (núms. II, III y, señaladamente, IV, último párrafo). Según se desprende de este Preámbulo, en efecto, para el legislador estatal, las técnicas que contempla el artículo 27 (aprovechamiento tipo y medio) y la concreta fijación homogénea del aprovechamiento susceptible de apropiación (85 por 100) responden a la necesidad de «garantizar una mínima uniformidad en el trascendental aspecto de la incidencia de la ordenación urbanística —cual-

quiera que sea ésta— en el derecho de propiedad inmobiliaria». De la entera concepción legal del Texto Refundido, y no sólo del artículo 27 impugnado, se infiere que son dos los derechos cuya regulación se pretende: la propiedad urbana —una de cuyas facultades elementales (art. 23.1.b y 26 a 32, entre otros, del TRLS) es el derecho al aprovechamiento urbanístico, de un lado, y el derecho a la igualdad, encarnado en materia urbanística en el principio de justo reparto de cargas y beneficios, de otro—. Los recurrentes no han argumentado, sin embargo, por qué el artículo 149.1.1.º CE habría de limitarse, por imperativo constitucional y de forma manifiesta, a enumerar aquella facultad dominical y el derecho a la igualdad, sin que le sea permitido al Estado establecer cualquier otra concreción mínima acerca de lo que sus titulares pueden patrimonializar.

A la luz de la específica dimensión de la distribución de competencias que aquí interesa, ha de admitirse que el artículo 149.1.1.º CE, tal como ha sido interpretado, puede comprender asimismo el establecimiento —en pro de las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio del derecho de propiedad— de un mínimo del aprovechamiento urbanístico objeto de apropiación, esto es, el contenido básico o elemental del derecho de propiedad urbana (bien sea por referencia a algunos criterios básicos o principios generales que hayan de observarse en todo el territorio nacional, bien sea acudiendo incluso a alguna fórmula abstracta que permita una cuantificación, siempre que en uno y otro caso no exceda de las condiciones básicas, ni se invada por esta vía la competencia urbanística). También puede el Estado fijar un criterio mínimo en punto a la recuperación por la comunidad de las plusvalías generadas por la acción de los entes públicos (art. 47 CE), en caso de que opte por un modelo de devolución a través de la determinación del aprovechamiento urbanístico susceptible de apropiación. En todo caso, esta regulación estatal ha de dejar un margen dentro del cual las Comunidades Autónomas puedan ejercer sus competencias.

Este título competencial no permite, pues, la delimitación completa y acabada del aprovechamiento urbanístico (como de cualquier otra facultad dominical en el ámbito urbanístico), pues ello excedería por definición de lo que son condiciones básicas de ejercicio, único título que, desde la óptica del Derecho público, le permita al Estado intervenir en los términos ya conocidos sobre esta concreta forma de dominio, cual es la propiedad urbana.

A ello hay que añadir que la competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas en materia de urbanismo excluye cualquier sistema cuyo cálculo o realización sólo sea posible a través de la predeterminación legal de todo un conjunto de figuras y técnicas urbanísticas que permitan hacerlo operativo. No es válido, pues, optar por criterios o fórmulas inescindiblemente unidas a toda una cadena de instrumentos estrictamente urbanísticos, que a la postre no sólo cierran por completo el estatuto de la propiedad —más allá de sus condiciones básicas—, sino que, además, terminen por prefigurar un modelo urbanístico.

Admitidas estas premisas, el problema nuclear consiste en indagar si la concreta regulación del artículo 27 TRLS supone una invasión de la competencia urbanística que las Comunidades Autónomas tienen atribuida. Pues bien, no cabe sino concluir que la regulación del artículo 27 TRLS es contraria al orden constitucional de distribución de competencias, en primer lugar, por el carácter fijo y no mínimo tanto de la determinación del aprovechamiento urbanístico susceptible de apropiación por los propietarios, como implícitamente de la recuperación por la comunidad de las plusvalías urbanísticas;

en segundo lugar, porque tal determinación la establece acudiendo a un complejo entramado de concretas técnicas urbanísticas (áreas de reparto, aprovechamiento tipo), que pertenecen a la competencia exclusiva en materia de urbanismo de las Comunidades Autónomas (art. 148.1.3.º CE).

En virtud tan sólo de esta última consideración ha de apreciarse que también vulnera la Constitución el apartado 4 del artículo 27 TRLS, referido al suelo urbano en el que no se apliquen las áreas de reparto y el aprovechamiento tipo, habida cuenta de la expresa referencia a concretas y detalladas técnicas urbanísticas, tal como el aprovechamiento medio de la unidad de ejecución o del permitido por el planeamiento.

Por lo demás, no modifica en nada la conclusión alcanzada la circunstancia de que se haya sustituido el indicado porcentaje a que se refiere el artículo 27.4 TRLS por el artículo 2.1 del Decreto-ley 5/1996, de 7 de junio, puesto que, al margen de que se trate de una mera sustitución, la derogación del artículo 27.4 TRLS no afecta a nuestro enjuiciamiento, como ya ha quedado razonado (fundamento jurídico 3.º).

d) (Art. 28.5, «Derecho al aprovechamiento en actuaciones sistemáticas»).

El artículo 28.5 TRLS, relativo al derecho de aprovechamiento en actuaciones sistemáticas, establece que, cuando la ejecución de la unidad deba producirse por el sistema de cooperación u otro equivalente, los propietarios adquirirán el derecho al aprovechamiento urbanístico correspondiente por el cumplimiento de los deberes y cargas inherentes al sistema. El recurso de la Generalidad de Cataluña (2481/90, deducido entonces contra el artículo 40.4 de la Ley 8/1990 y ahora reproducido frente al 28.5 en el recurso núm. 2342/92) alega que éste y otros preceptos regulan cuestiones típicas de la gestión urbanística, como las referentes a la gestión de los aprovechamientos urbanísticos. Y en concreto este artículo, al aplicar el principio de la distribución equitativa de los beneficios y cargas entre los afectados, que el recurrente no cuestiona, al supuesto de que la unidad de ejecución deba producirse por el sistema de cooperación, entra en el ámbito que a las Comunidades Autónomas corresponde concretar, por lo que no cabe considerar este precepto como norma básica.

Realmente la cuestión no es, como bien alega el Abogado del Estado, si este precepto contiene una regulación típica y manifiestamente urbanística, sino si el artículo 28.5 puede o no considerarse amparado en alguna norma constitucional que reserve ciertas competencias al Estado, pues si así ocurriera este precepto no infringiría el orden competencial.

Y es ahí donde el recurrente no proporciona una carga argumental suficiente, puesto que su razonamiento se detiene en la declaración de que se trata de una materia urbanística, sin demostrar por qué no puede quedar a cubierto por los títulos competenciales invocados por el Estado en la Disposición Final Única, apartado 1 del TRLS. En todo caso, no cabe compartir el argumento del recurrente según el cual este precepto regula con carácter básico la gestión del aprovechamiento urbanístico, puesto que del mismo tenor literal del artículo 28.5 TRLS se desprende que el carácter básico se refiere exclusivamente a que los propietarios adquirirán, en el supuesto que contempla (que, en definitiva, corresponde determinar a la legislación urbanística autonómica), el aprovechamiento urbanístico correspondiente mediante el cumplimiento de los deberes y cargas inherentes al sistema, lo que conecta, garantizándolo, con el estatuto básico del derecho de propiedad urbana y, por los mismos argumentos que hasta ahora hemos sostenido, encuentra su

cobertura en el artículo 149.1.1.º CE. Son atendibles, en este sentido, las alegaciones del Abogado del Estado cuando afirma que con este precepto no se pretende imponer un determinado sistema de actuación —las palabras «u otro equivalente» suponen un reconocimiento de la competencia autonómica para modelar aquellos sistemas—, sino garantizar a los propietarios la adquisición del derecho al aprovechamiento urbanístico adaptando —a las peculiaridades del sistema de cooperación o equivalentes— la prescripción general del artículo 26 TRLS (antes 15.1 de la Ley 8/1990), no impugnado, y conforme a la cual el derecho al aprovechamiento urbanístico se adquiere por el cumplimiento de los deberes de cesión, equidistribución y urbanización, peculiaridades que, por otra parte, son innegables, habida cuenta de que en estos sistemas de ejecución no puede hablarse en rigor, por ejemplo, de un deber de urbanizar, sino del deber de sufragar el coste de la urbanización (así, en los arts. 162 del Texto Refundido, o 131 y 132 del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 9 de abril de 1976, hoy derogado) Por todo lo cual, ha de rechazarse la impugnación del artículo 28.5 TRLS.

e) (Art. 29.1, «Concreción del aprovechamiento urbanístico»).

El recurso de la Generalidad de Cataluña (núm. 2481/90 frente al artículo 17.1 de la Ley 8/1990, ahora reproducido contra el art. 29.1 del TRLS) impugna este precepto argumentando (en conexión con lo alegado frente al art. 27.1, antes 16 de la Ley 8/1990, alegaciones ya recogidas al enjuiciar aquél) que no sólo se definen nuevas y básicas cargas urbanísticas, sino que incluso se determina cómo han de obtenerse concretando los criterios técnicos de reparto de beneficios y cargas, lo cual supone además un contrasentido puesto que lo que venía regulado hasta ahora a nivel reglamentario se convierte en legislación básica estatal, y más aún cuando el Estado no tiene competencia alguna en esta materia. El recurso de la Diputación General de Aragón (núm. 2486/90) se limita a reprocharle, a éste y otros preceptos por conexión, que regulan materias propias del régimen urbanístico en sentido estricto, habiéndose producido una extralimitación en el ejercicio de los títulos competenciales estatales, por las razones genéricas expuestas al examinar en abstracto aquellos títulos competenciales, sin que ahora, por lo demás, ofrezca nexo argumental alguno que explice por qué el precepto impugnado no puede quedar amparado en el marco de las competencias estatales. Sin embargo, el recurso número 2341/92 agrega que este precepto desborda las condiciones básicas del derecho de propiedad y determina las cargas y cesiones que ha de soportar, función que debiera reservarse a la legislación urbanística, esto es, la determinación de cómo ha de participar la comunidad en las plusvalías generadas por la acción urbanística de los entes públicos, sin que tampoco sea de recibo la concreción que hace el legislador estatal de los criterios técnicos de reparto de beneficios y cargas. El recurso de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, por su parte, considera que el artículo 29.1 va más allá de la determinación de nuevas cesiones básicas en materia de urbanismo para concretar —término que el propio artículo 29.1, en su inciso final, emplea— las técnicas y modalidades para hacer efectivos los procesos redistributivos de cargas y beneficios, lo que pertenece al ámbito material de la competencia de urbanismo, sin que exista título habilitante alguno que le permita al Estado acometer tal tarea.

Así pues, para determinar el concreto alcance imperativo del artículo 29.1 TRLS que, como argumenta el Abogado del Estado, resulta bien escaso, pre-

ciso es proceder a su interpretación. El citado precepto dispone, en primer término, diversas modalidades para hacer efectivo el aprovechamiento urbanístico, distinguiendo según se trate de actuaciones sistemáticas (terrenos incluidos en una unidad de ejecución) o de actuaciones asistemáticas (sin unidades de ejecución) en suelo urbano (reguladas en el Título IV, Capítulo III, arts. 185-198 del Texto Refundido). En segundo término, es de advertir también que el artículo 29.1, como sostiene acertadamente el Abogado del Estado, no concreta ningún criterio técnico de reparto de beneficios y cargas, en contra de lo que afirma el recurso de la Generalidad (núm. 2481/90), sino que se limita a enumerar formas posibles de «concreción» del derecho al aprovechamiento urbanístico, cuya efectiva determinación y precisión se remite bien sea a los «correspondientes procesos redistributivos de beneficios y cargas» (art. 29.1.a), o bien a la «legislación urbanística aplicable» (art. 29.1.b), que podrá ser autonómica. El carácter preceptivo del artículo 29.1, pues, se circunscribe a determinar que el aprovechamiento urbanístico se realice en las actuaciones sistemáticas, bien *in natura*, bien por equivalente económico y, en las actuaciones asistemáticas en suelo urbano, sobre la propia parcela del titular del derecho al aprovechamiento o sobre otras parcelas lucrativas incluidas en el mismo área de reparto (en caso de estar afecta al uso público la del titular del aprovechamiento), siempre, en uno y otro caso, «en la forma prevista en la legislación urbanística aplicable». El artículo 29.2, por su parte, respecto del apartado 1.b) del mismo precepto, se remite a los arts. 151.2, 187 a 191 y 194 a 196 en defecto de la legislación urbanística aplicable a la que se refiere el art. 29.1.b).

Esta enumeración de los modos de concretar el derecho al aprovechamiento urbanístico resulta, en efecto, notablemente genérica y es susceptible de abarcar modalidades diversas que las Comunidades Autónomas podrán desarrollar. El Abogado del Estado añade que no debe interpretarse como una lista exhaustiva que impida a las Comunidades Autónomas prever otras maneras de concretar el derecho al aprovechamiento urbanístico, siempre que no constituyan desviaciones irrazonables de lo previsto en el artículo 29.1. Esta tesis, sin embargo, no puede admitirse, pues no se compadece con la literalidad del precepto en cuyo apartado 1.º, letra a), se dice en términos taxativos que el derecho al aprovechamiento urbanístico se concretará «bajo alguna de las siguientes modalidades», lo que, en rigor, impide entender la enumeración como meramente indicativa. Distinto es, con todo, el apartado 1.º, letra b), en el que no se contiene una expresión análoga y, en consecuencia, sí sería posible hacer una interpretación en tal sentido.

El problema de fondo que aquí importa, sin embargo, consiste en resolver si la imposibilidad de que las Comunidades Autónomas puedan establecer otras modalidades en los terrenos incluidos en una unidad de ejecución, según parece desprenderse del artículo 29.1.a) TRLS, contraría el orden constitucional de distribución de competencias y, antes aún, si el Estado puede esgrimir válidamente a tal propósito la reserva competencial del artículo 149.1.1.º CE, único título que, por su conexión material con el derecho de propiedad —aquí, la facultad de aprovechamiento urbanístico—, hay que considerar para su análisis. Desde este punto de vista, la respuesta no ha de ser sino negativa, lo que conduce directamente a la declaración de inconstitucionalidad de su pretendido carácter básico.

En efecto, aunque el artículo 29.1.a) TRLS disponga tan sólo dos posibilidades, la compensación *in natura* y la compensación económica sustitutiva,

géneros que, sin duda, admiten numerosas especies, no encuentra, sin embargo, cobertura al abrigo del artículo 149.1.1.º CE, de acuerdo con los argumentos ya expuestos en sede del artículo 27 TRLS. Es más, el entero artículo 29.1 TRLS, lejos de sentar un principio o criterio general en punto a la concreción del aprovechamiento urbanístico —operación para la que sí estaría legitimado el Estado ex artículo 149.1.1.º CE—, establece todo un catálogo de supuestos —estrictamente urbanísticos—, a los que anuda un específico régimen jurídico, según se trate, efectivamente, de terrenos incluidos en una unidad de ejecución (hipótesis para la que fija una taxativa consecuencia jurídica), o en suelo urbano, cuando no se actúe mediante unidades de ejecución (presupuesto de hecho al que liga igualmente una densa reglamentación). No es, pues, la materia de fondo —pautas o criterios acerca de la concreción del aprovechamiento urbanístico—, sino su concreta y extensa regulación legal, tanto del presupuesto de hecho como de sus efectos jurídicos, consecuencia de la refundición, la que no se ajusta al orden constitucional de competencias.

En resumen, estas formas de concreción del aprovechamiento urbanístico no pueden quedar a cubierto por las condiciones básicas a que se refiere el artículo 149.1.1.º CE. La consecuencia que de ello se deriva no es otra que la inconstitucionalidad del artículo 29.1 TRLS en su totalidad.

f) (Art. 30.1 y 3, «Reducción del aprovechamiento urbanístico en actuaciones sistemáticas»).

La Generalidad de Cataluña (recurso núm. 2481/90 deducido contra los arts. 18.1 y 3 de la Ley 8/1990) impugna el artículo 30.1 y 3 TRLS por cuanto, a su juicio, regula claramente una sanción urbanística que se impone en el caso de incumplimiento del deber urbanístico de solicitar la licencia de edificación dentro del plazo, establece alguna norma procedimental al respecto y obliga, finalmente, a la Administración actuante o bien a expropiar los terrenos o a proceder a su venta forzosa, extremos todos éstos para los que carece el Estado de competencia alguna puesto que se trata de materias típicamente urbanísticas, sin perjuicio, en otro orden de cosas, de su dudosa compatibilidad, en cuanto a la expropiación-sanción se refiere, con las garantías que establece el artículo 25 CE. El recurso de la Diputación General de Aragón (núm. 2486/90) reitera el carácter urbanístico de tales materias, sin que en su recurso número 2341/92 añada otro razonamiento a su impugnación por lo que al precepto se refiere que no sea afirmar la incompetencia del Estado para su regulación. Por último, la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares alega que no es posible configurar la reducción del aprovechamiento urbanístico que como sanción establece el precepto como una limitación legal del derecho de propiedad, sino que constituye una medida de fomento (por la vía de imponer una sanción en caso de incumplimiento). Al apartado 3 del artículo 30 le reprocha además que al imponerles a los Ayuntamientos que resuelvan acerca del incumplimiento del plazo y decidan sobre la expropiación o la venta forzosa el Estado se extralimita en sus competencias y vulnera los principios de autonomía local y autonómica (art. 137 y 140 CE). Por el contrario, para el Abogado del Estado el artículo 30.1 en cuanto prescribe que el derecho al aprovechamiento urbanístico —a diferencia de otras facultades— no se extingue sino que sólo se reduce a la mitad por incumplimiento del deber de solicitar licencia es precepto básico que se ampara en el artículo 149.1.1.º CE. Además, el inciso final del mismo artículo —del que resulta que las bases del concurso deberán fijar los plazos tratándose de suelo urbanizable no programado, cuyo Programa de Actuación Urbanística fuera

formulado de aquel modo— encuentra su cobertura en el artículo 149.1.18.º CE en la medida en que atribuye al Estado las bases del régimen jurídico-administrativo que garanticen un tratamiento común del administrado. Igual apoyo tiene, a su juicio, el artículo 30.3 puesto que regula la declaración administrativa de incumplimiento, la audiencia previa y el contenido necesario de la resolución administrativa que declare el incumplimiento. Por lo demás, la denominada «expropiación-sanción» es una calificación doctrinal de la que no se sigue que se trate de una decisión con finalidad punitiva por infracción de normas penales o sancionadoras de inexcusable observancia.

Desde una perspectiva material, este precepto determina en primer lugar los efectos del incumplimiento de un deber básico del propietario, consistente en solicitar la licencia de edificación en los plazos fijados (art. 20.1.d TRLS). Dos son los efectos en caso de incumplimiento: la reducción del aprovechamiento urbanístico en un 50 por 100 y la expropiación o venta forzosa, cuyo valor se determinará en todo caso con arreglo a la señalada reducción (art. 30.3) y que, por lo demás, constituye la reacción que con carácter general ha establecido el Texto Refundido en caso de incumplimiento de los deberes urbanísticos (art. 227). Para el propio Texto Refundido se trata, en definitiva, de una expropiación por incumplimiento de la función social de la propiedad [arts. 206.1.f), 207.a), 227, 30.3, entre otros], finalidad a la que responde igualmente el régimen de venta forzosa. En otros términos, el artículo 30.1 —del que traen causa los restantes apartados del precepto— establece un deber básico a cargo del propietario —la solicitud de licencia de edificación en el plazo fijado— y la reducción del aprovechamiento a efectos de valoración en caso de incumplimiento. Los títulos competenciales del Estado que hay que enjuiciar al objeto de determinar su licitud son, pues, las reglas 1.ª y 18.ª del artículo 149.1 CE.

Delimitada así la cuestión en lo que a los efectos previstos (art. 30.1 y 3) en caso de incumplimiento concierne, ha de rechazarse la alegación formulada en el recurso de la Generalidad de Cataluña que pone en duda la constitucionalidad de la medida porque la, a su juicio, expropiación-sanción no respetaría las garantías del artículo 25 CE. El problema no reside en que se trate de una «expropiación-sanción» que no respete las garantías del artículo 25 CE, como aduce la Generalidad de Cataluña. No son asimilables las sanciones administrativas y las expropiaciones dirigidas al obrar la función social de la propiedad, sustituyendo al propietario incumplidor por la Administración expropiante o el particular subrogado como beneficiario de la operación expropiatoria, asimilación negada por la STC 42/1989 y el ATC 657/1987. Del concepto doctrinal de «expropiación-sanción» no cabe inferir «que se trate de una decisión con finalidad punitiva imputable a la “culpabilidad” del infractor, sino de las consecuencias objetivas derivadas del estado de explotación insuficiente o nula de una finca que, por ser incompatible con la función social de la propiedad agrícola, se hace necesario remediar en atención a esa prioritaria finalidad». Igual conclusión cabe extraer respecto del incumplimiento de la función social de la propiedad urbana, en la que, además, concurren especiales circunstancias en contraste con otras formas de propiedad, habida cuenta de la plusvalía generada como consecuencia de la acción urbanística de los entes públicos y de que el eventual incumplimiento de los deberes urbanísticos, señaladamente el de los plazos fijados, puede repercutir de ordinario en el encarecimiento de la vivienda y en la especulación, en contra de los fines marcados por el artículo 47 CE.

En definitiva, el procedimiento expropiatorio, o el de venta forzosa, no constituyen procedimientos sancionadores *stricto sensu*, ni estas medidas tienen una finalidad sancionadora a los efectos del artículo 25 CE que, en consecuencia, no ha podido ser vulnerado, lo que tampoco excluye, claro está, la necesidad de establecer las garantías procedimentales que aseguren su correcta aplicación y la posibilidad de que el propietario pueda alegar cuanto a su derecho convenga, extremo este que el propio artículo 30.3 TRLS establece con carácter básico exigiendo que la resolución administrativa por la que se declare el incumplimiento se dicte previa audiencia del interesado, y que ya la Ley de Expropiación Forzosa, de 16 de diciembre de 1954, entre otras garantías, contemplaba (art. 75.a).

Problema distinto es el de determinar si, a efectos estrictamente competenciales, al Estado le es lícito establecer la expropiación por incumplimiento de la función social de la propiedad o la venta forzosa en materia urbanística, sea por virtud del artículo 149.1.1.º o del 18.º CE o, por el contrario, se trata de una medida que ha de caer necesariamente en la órbita de la competencia sobre el urbanismo (art. 148.1.3.º CE). La reserva constitucional en favor del Estado sobre la legislación de expropiación forzosa no excluye que «por Ley autonómica puedan establecerse, en el ámbito de sus propias competencias, los casos o supuestos en que procede aplicar la expropiación forzosa determinando las causas de expropiar y los fines de interés público a que aquélla debe servir» (SSTC 37/1987, fundamento jurídico 6.º; 17/1990, fundamento jurídico 10.º). Cabe concluir, pues, que será el Estado o la Comunidad Autónoma, de acuerdo con la titularidad de la competencia material, los que podrán, en su caso, definir una *causa expropriandi*, lo que, aplicado al tema que nos ocupa, permite sostener que al Estado le es lícito definir legalmente como *causa expropriandi* el incumplimiento de la función social de la propiedad, cuando se trate del incumplimiento de aquellos deberes básicos cuya regulación compete al amparo del artículo 149.1.1.º CE, en tanto que a las Comunidades Autónomas les incumbe definir, en su caso, otras posibles causas de expropiar como técnica al servicio, entre otras materias, del cumplimiento de los deberes dominicales que con respeto de las condiciones básicas cumpla a las Comunidades Autónomas establecer en virtud del artículo 148.1.3.º CE y de sus respectivos Estatutos de Autonomía.

De cuanto antecede, se infiere que el Estado, por virtud del artículo 149.1.18.º CE, no puede definir con carácter básico todos los supuestos en que cabe hacer uso de la técnica expropiatoria mediante la declaración de la *causa expropriandi* necesaria en cada caso, habida cuenta de que la legislación sectorial sobre el urbanismo es de la competencia de las Comunidades Autónomas. Pero, como hemos dicho, ello no empece a que, por virtud del artículo 149.1.1.º CE, el legislador estatal pueda definir como *causa expropriandi* el incumplimiento de la función social, justamente por la inobservancia de esos deberes básicos que al Estado compete regular por virtud del referido precepto.

Sentadas estas premisas, procede comenzar nuestro examen por el artículo 30.3 TRLS, relativo a la expropiación. El primer inciso del artículo 30.3 no suscita especiales dificultades, pues se limita a establecer la garantía procedimental para declarar producido el incumplimiento del deber de solicitud de licencia de edificación dentro de plazo, procedimiento que culminará con la resolución administrativa oportuna, que, en caso de declarar el incumplimiento, acarreará los efectos jurídicos que el precepto señala. Encuentra, pues, su

cobertura en el artículo 149.1.18.º CE en cuanto reserva al Estado la legislación sobre expropiación forzosa, y del que se infiere, entre otros extremos, que al Estado le compete la «regulación uniforme de la institución como garantía de los particulares afectados», tal como hemos declarado en reiterada jurisprudencia (SSTC 37/1987, fundamento jurídico 6.º; 17/1990, fundamento jurídico 10.º). Ha de rechazarse, pues, el reproche del recurrente según el cual se establece una norma procedimental que no compete regular al Estado.

Hemos de examinar ahora si respeta el orden competencial el segundo inciso de este artículo 30.3, calificado de básico, cuando dispone que «el Ayuntamiento decidirá sobre la expropiación o sujeción al régimen de venta forzosa de los correspondientes terrenos, cuyo valor se determinará, en todo caso, con arreglo a la señalada reducción del aprovechamiento urbanístico». Pues bien, una cosa es que el Estado, por el juego recíproco de las reglas 1.ª y 18.ª del artículo 149.1 CE, pueda definir legalmente la *causa expropriandi* en caso de incumplimiento de los deberes básicos del propietario, y otra muy distinta que dicha habilitación competencial, y singularmente la regulación de las condiciones básicas del artículo 149.1.1.º, le faculte legítimamente para imponer como única reacción jurídica posible frente a tales incumplimientos la expropiación o venta forzosa, ejercitada de manera necesaria y sin alternativa posible por los Municipios o, en su defecto —y si fuera admisible la técnica de la sustitución— por la Comunidades Autónomas, configurando de tal modo una potestad expropiatoria de ejercicio obligatorio y a cargo de los Entes públicos territoriales gestores de urbanismo.

En tanto en cuanto el logro de la finalidad esencial e inspiradora de toda la regulación del estatuto de la propiedad urbana (conforme al título competencial del art. 149.1.1.º) de incorporar a los propietarios de suelo al proceso urbanizador y al subsiguiente edificatorio, pueda obtenerse por diversas vías de reacción jurídica, no cabe que el Estado opte con carácter exclusivo por una de las posibles, la medida expropiatoria (o la alternativa de la venta forzosa), imponiéndola como la única procedente al legislador autonómico y a las Administraciones urbanísticas actuantes, que no pueden sino apartar, constatado el incumplimiento, a los propietarios de su incorporación al proceso de urbanización o de edificación, para ser sustituidos por la Administración gestora o por beneficiarios particulares, con la consiguiente doble carga de complejidad técnica y de onerosidad financiera.

En conclusión, al imponer como única la reacción jurídica de la potestad expropiatoria, al menos para determinados ámbitos territoriales, se impide que el legislador autonómico pueda, en ejercicio de su competencia exclusiva sobre urbanismo, y ponderando las circunstancias y factores diversos de toda índole, acudir a eventuales técnicas urbanísticas diversas (muchas coercitivas, *ad exemplum*), por lo que se invade esta competencia exclusiva, más allá del título competencial de regulación de las condiciones básicas (art. 149.1.1.º) y de la legislación sobre expropiación forzosa (art. 149.1.18.º CE)

Ha de añadirse, por otra parte, que la regulación de las condiciones básicas *ex* artículo 149.1.1 CE no puede por sí misma llegar a imponer conductas determinadas a otros Entes públicos, habida cuenta que el destinatario de dicho título competencial es exclusivamente el ciudadano, en cuanto titular de derechos y deberes constitucionales; siendo de notar también que la reacción frente al incumplimiento, ha de ser remitida a los medios de ejecución forzosa que pueda establecer la legislación autonómica aplicable, tal como determina,

para el incumplimiento del deber-derecho de urbanizar por los propietarios de suelo en actuaciones sistemáticas, el artículo 149.3 TRLS.

Por último, en lo que concierne al artículo 30.1 TRLS, debe concluirse que la reducción al 50 por 100 del aprovechamiento urbanístico que dispone el precepto, en la medida en que utiliza una técnica ya declarada inconstitucional, como hemos dicho al enjuiciar el artículo 27.1 y 2, debe correr la misma suerte que esta última norma, dado que no se efectúa mediante la fijación de criterios mínimos, que en este caso consistirían en la determinación de un tope máximo de tal reducción, de tal modo que permitiese a las Comunidades Autónomas la determinación del porcentaje de disminución que estimasen adecuado, para respetar así el ejercicio de la competencia en materia de urbanismo que aquellos Entes públicos tienen constitucionalmente atribuida.

Por consiguiente, el artículo 30.1 y 3, en su segundo inciso, «El Ayuntamiento decidirá sobre la expropiación o sujeción al régimen de venta forzosa...», es contrario al orden constitucional de competencias.

Finalmente, en otro orden de consideraciones, ha de destacarse, para la cabal comprensión del precepto y por lo que atañe al deber de solicitar la licencia de edificación en plazo, que no existe invasión de la competencia autonómica sobre urbanismo por esta sujeción a plazo del deber de solicitar el acto autorizatorio. Esta dimensión temporal de la propiedad urbana y de su ejercicio mediante la materialización del aprovechamiento urbanístico, es decir, del derecho a edificar, tiene su respaldo en el mandato del constituyente de regular la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación, en conexión con el derecho de todos los españoles al disfrute de una vivienda digna y adecuada (art. 47 CE), directrices constitucionales éstas que quedarían desatendidas si la incorporación de los propietarios al proceso urbanizador y edificatorio quedase deferida a su libre y omnímoda decisión, desde una perspectiva temporal. Si bien la fijación de plazos, su prorrogabilidad o no, el instrumento en que deban establecerse y otras concreciones de la dimensión temporal de la propiedad urbana deban ser remitidas al legislador autonómico, como pertenecientes al ámbito de las concretas técnicas urbanísticas, es decir, de la ordenación urbana (art. 148.1.3.^a CE). No ha de olvidarse, dicho en otros términos, que de las condiciones básicas de la propiedad urbana establecidas por el legislador estatal se infiere que la dimensión temporal —el proceso de progresiva adquisición y patrimonialización de las facultades dominicales— constituye un elemento esencial. Bajo este perfil, parece asimismo evidente que la referencia al tiempo o a la existencia y cumplimiento de plazos no sea sino uno de los elementos integrantes de tales condiciones básicas.

g) (Art. 31.1. y 2., «Reducción del aprovechamiento en actuaciones asistemáticas»).

Ambos apartados del artículo 31 TRLS han sido impugnados por la Generalidad de Cataluña (recursos núms. 2342/92 y 2481/90). El apartado 2 por idénticas razones a las esgrimidas frente al artículo 30.1 y 3, y el apartado 1 del artículo 31 TRLS con los mismos argumentos que se expusieron contra los artículos 3.1, 3.2.c) y 4.1 del TRLS, razonamientos todos a los que ya hemos hecho referencia al enjuiciar tales preceptos. Con análogos argumentos combate la Diputación de Aragón (recurso núm. 2341/92) el artículo 31.2 TRLS, ya recogidos en la impugnación del artículo 30.1 y 3 TRLS, en tanto que los argumentos del recurso número 2486/90 (deducido contra el entonces art. 19.2 de la Ley 8/1990) se encuentran recogidos en el número 10.A de los

antecedentes. El recurso de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares impugna el artículo 31.2 TRLS por su conexión con el artículo 30.3 TRLS, al que se remite.

El artículo 31.2 TRLS no es más que un correlato del artículo 30.1, aunque a diferencia de éste, referido a actuaciones urbanísticas asistemáticas, por lo que le es aplicable enteramente lo dicho antes respecto a este último. Pero es que además el artículo 31.2 en su segundo inciso, vincula el deber de solicitud de licencia de edificación al levantamiento por el titular de la parcela de una carga urbanística previa —la conversión de la parcela en solar o el compromiso garantizado de asumir simultáneamente la urbanización y la edificación proyectada— introduciendo de tal modo en el precepto enjuiciado requisitos afectantes a técnicas urbanísticas concretas, propios de la competencia sectorial sobre el urbanismo y no aptos, por tanto, para ser considerados como condiciones básicas cuya regulación compete al Estado en virtud del título competencial contenido en la regla 1.ª del artículo 149.1 CE.

Igual conclusión de inconstitucionalidad se alcanza respecto del artículo 31.1 TRLS. Debe tenerse en cuenta, a nuestros efectos, que el artículo 31.1 impone o establece la presunción de que en las actuaciones asistemáticas en suelo urbano (actuando aisladamente o al margen de unidades de ejecución) el derecho al aprovechamiento urbanístico se entiende adquirido sin necesidad de cumplir ningún deber o carga urbanística previos, sino pura y simplemente por la aprobación del planeamiento preciso en cada caso. Se trata de una excepción al régimen general que el legislador señala para que tal facultad (el aprovechamiento urbanístico) se incorpore al patrimonio del titular del terreno, lo que tan sólo se producirá, como prescribe el artículo 26 TRLS, por la acreditación de que se han cumplido los deberes de cesión, equidistribución y urbanización dentro de los plazos correspondientes.

Pues bien, la no exigibilidad de tales deberes urbanísticos previos sólo podrá declararse cuando la parcela haya adquirido la condición de solar (pues si es así, pueden entenderse cumplidos los deberes de la fase de urbanización, y atribuido al propietario un aprovechamiento urbanístico susceptible de ser materializado mediante la obtención de la licencia de edificación); pero no es equiparable este supuesto al de parcelas que por no tener urbanización o tenerla incompleta precisan del cumplimiento de este deber previo, como viene a poner de manifiesto la regulación contenida en el apartado 2 del precepto. No nos encontramos, pues, ante una consecuencia obligada o necesaria del diseño de adquisición gradual de facultades urbanísticas, tal como ha configurado el legislador estatal el estatuto básico de la propiedad urbana, sino ante un criterio que se impone al legislador autonómico, sin respetar las opciones de éste propias de su competencia exclusiva sobre urbanismo, afectando a técnicas urbanísticas concretas, lo que determina la conclusión de que el artículo 31.1 vulnera el orden constitucional de distribución de competencias.

Importa subrayar que la declaración de inconstitucionalidad del artículo 31.1 TRLS no obedece, por tanto, a que no quepa concebir, entre las condiciones básicas a que se refiere el artículo 149.1.1.º CE, el momento a partir del cual se obtiene el aprovechamiento urbanístico, sino, más bien, a que, en este concreto supuesto, excede de la competencia estatal, por cuanto, en suma, hace depender un efecto jurídico —la adquisición del aprovechamiento— de un presupuesto de hecho que pertenece a la disposición de la competencia legislativa de las Comunidades Autónomas (la categoría de suelo urbano; el

concepto de actuaciones asistemáticas; la previa aprobación de un instrumento de planeamiento). La determinación, con carácter de norma básica, de un supuesto de hecho que indirectamente tiende a prefigurar el modelo urbanístico constituye un recurso que, como venimos reiterando, invade la competencia sobre urbanismo. En línea con lo que se ha razonado respecto del artículo 19 TRLS, si el Estado se hubiera limitado a determinar que la adquisición se condiciona al previo cumplimiento de los deberes (para cuya definición ostenta competencias), descansan éstos en la ley o en el planeamiento, el precepto en cuestión habría podido ser declarado conforme con la Constitución. En ese sentido, y por contraste con la regulación del artículo 31.1 TRLS, es evidente que el artículo 26 TRLS, no impugnado, se mueve en el marco de la competencia estatal *ex* artículo 149.1.1.º CE. Procede, por tanto, declarar inconstitucional el artículo 31.1 y 2 TRLS

h) (Art. 32, «Aprovechamiento atribuible en expropiaciones no motivadas por incumplimiento de deberes urbanísticos»).

Ha de tenerse en cuenta, en primer término, al objeto de identificar correctamente las alegaciones de los recurrentes, formuladas en los recursos deducidos en 1990 y 1992, que el artículo 32 del vigente Texto Refundido o bien conecta o bien es mera reproducción de los artículos 16 2, 38.1 y 2 y 39 de la Ley 8/1990. Así, la Generalidad de Cataluña impugna este precepto (recurso núm. 2481/90 frente a los arts. 16, 38 y 39 de la Ley 8/1990) con los mismos argumentos utilizados para atacar el artículo 27 del Texto Refundido, subrayando la extralimitación que supone una regulación pormenorizada e injustificada de las cargas urbanísticas por parte del Estado. La Diputación General de Aragón (recurso núm. 2486/90 contra los arts. 38 y 39 de la Ley 8/1990) considera igualmente que se trata de una regulación detallada propia del régimen urbanístico, siendo así que el urbanismo es competencia exclusiva autonómica, por lo que sólo en ámbitos muy reducidos pueden residenciarse, excepcionalmente, campos de normación de la competencia estatal, alegaciones que reitera en su recurso número 2341/92 en los términos expuestos ante los artículos 27, 29.1, 30.1 y 3 y 31.2 del TRLS. La Comunidad Autónoma de las Islas Baleares reproduce sus alegaciones formuladas frente al artículo 27 del TRLS, añadiendo además que impone unas cargas y cesiones que son sustancialmente superiores (75 y 50 por 100 en lugar de 85 por 100), sin justa distribución de cargas y beneficios y por la sola circunstancia externa al titular de los terrenos de estar destinada a sistemas generales o a dotaciones públicas de carácter local o estar incluidas en unidades de ejecución a desarrollar por el sistema de expropiación. En tales términos, concluye, resulta patente que el artículo 149.1.1.º CE no puede ser título habilitante para el Estado. El Abogado del Estado, por su parte, se remite a las alegaciones hechas respecto del artículo 16 de la Ley 8/1990 ya recogidas al enjuiciar el artículo 27 TRLS, al entender que el artículo 32 en cuestión y su carácter básico se apoya en idénticas razones a las ofrecidas en relación con el artículo 27, también del TRLS. Considera que la uniformidad del porcentaje de cesión es un elemento de primer orden para garantizar la unidad del contenido del derecho al aprovechamiento urbanístico y, por ende, de la propiedad del suelo, y hace constitucionalmente legítima la intervención del Estado de conformidad con el artículo 149.1.1.º CE y, en su caso, con el artículo 149.1.18.º CE. Por tanto, debe determinarse si, en efecto, los artículos 149.1.1.º y 18.º CE le ofrecen la cobertura suficiente al Estado para regular con carácter básico, y con ese grado de detalle, las materias que el artículo 32 TRLS con-

tiene. Desde una perspectiva competencial, este precepto regula, de modo inescindiblemente unido, el derecho al aprovechamiento atribuible a los terrenos con unas características especiales y su valoración a efectos expropiatorios, esto es, y como el propio título del precepto indica, «el aprovechamiento atribuible en expropiaciones no motivadas por incumplimiento de deberes urbanísticos». Dos son, pues, los títulos competenciales que por parte del Estado pueden incidir sobre tales materias, la regla 1.ª y la 18.ª del artículo 149.1 CE

Con carácter previo, procede analizar un problema distinto, planteado por el recurso de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, y que, en rigor, se reconduce al principio de igualdad en la ley (art. 14 CE), por cuanto reprocha al artículo 32 TRLS la vulneración de la justa distribución de cargas y beneficios por una circunstancia en todo ajena al titular, bien sea por estar los terrenos destinados a sistemas generales o a dotaciones públicas de carácter local (75 por 100) o estar incluidas en unidades de ejecución a desarrollar por el sistema de expropiación (50 por 100). En virtud de la doctrina de este Tribunal [así, en nuestra STC 76/1990, fundamento jurídico 9.º A)] habría que indagar si la diferenciación normativa, en lo que a la cuantía del aprovechamiento se refiere y a su consiguiente valoración a efectos expropiatorios, responde o no a una justificación objetiva y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente admitidos, cuya exigencia debe aplicarse en relación con la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo guardar, por ello, una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida. Las diversificaciones normativas son conformes a la igualdad, en definitiva, cuando cabe discernir en ellas una finalidad no contradictoria con la Constitución y cuando, además, las normas de las que la diferencia nace muestran una estructura coherente, en términos de razonable proporcionalidad, con el fin perseguido.

Así pues, y por lo que al precepto enjuiciado concierne, el legislador le atribuye al titular dominical una cuantía o un porcentaje de aprovechamiento distinto (75 ó 50 por 100) al que rige con carácter general en el artículo 27 (85 por 100), y ello, además, por circunstancias no imputables al propietario. Con todo, el artículo 32 contempla, como es obvio, unos supuestos distintos y excepcionales respecto de la regla general del artículo 27 y que, para el legislador estatal, son suficientes para justificar de forma objetiva y razonable un tratamiento diferenciado. Para su enjuiciamiento, lo primero que hay que determinar, por consiguiente, es la finalidad perseguida por la norma y ulteriormente si el medio arbitrado —una valoración inferior— guarda una relación razonable de proporcionalidad, conforme a la doctrina anteriormente expuesta. En tal sentido, no es fácil identificar la finalidad o finalidades objetivas que la norma persigue en el complejo entramado normativo en el que se inserta, aunque el propio título que encabeza el precepto permite entender que sus fines se resuelven en determinar la cuantía del aprovechamiento urbanístico cuando se obtiene por expropiación no motivada por el incumplimiento de los deberes dominicales y concurren determinadas circunstancias, finalidad que así entendida no puede tacharse en sí misma de arbitraria.

El Preámbulo de la Ley 8/1990 (apartado IV) intenta desvelar la ratio de este y otros preceptos, cuando afirma que por razones de coherencia, la valoración de los bienes expropiados o sujetos a venta forzosa (por incumplimiento de la función social de la propiedad) debe hacerse en función de las facultades urbanísticas efectivamente adquiridas, teniendo en cuenta la pérdi-

da o reducción de dichas facultades que puedan derivarse del incumplimiento. Y con mayor razón, añade, en los supuestos en que la expropiación no sea la respuesta a un incumplimiento, el justiprecio deberá fijarse en función del aprovechamiento urbanístico correspondiente, ya que aquí no hay incumplimiento alguno imputable al expropiado, «teniendo en cuenta la inexistencia de carga alguna de gestión para éste». Se trata, pues, de casos en los que el planeamiento prevé la realización de actuaciones urbanísticas por la vía expropiatoria y en los que los propietarios quedan al margen del proceso de urbanización, sin soportar, por tanto, las cargas propias del mismo. No se puede sostener, pues, desde una perspectiva constitucional que la consecuente asignación de porcentajes inferiores carezca manifiestamente de toda justificación objetiva y razonable.

Sin embargo, para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita no basta con que lo sea el fin que con ella se persigue. Es indispensable, además, que las consecuencias jurídicas que de la distinción de los supuestos fácticos se derivan sean adecuadas a aquel fin y proporcionadas a las diferencias mismas a las que se viene a dotar así de trascendencia para el Derecho [STC 76/1990, fundamento jurídico 9.º A)]. En tal sentido, resulta irrelevante, a efectos constitucionales, el hecho de que la aplicación del régimen previsto en el artículo 32 TRLS no sea imputable al propietario; lo decisivo es más bien determinar si las consecuencias o efectos —un aprovechamiento inferior a la regla general— son coherentes e idóneos para alcanzar el fin propuesto y proporcionadas a tales diferencias. Desde esta perspectiva, el enjuiciamiento abstracto de la norma en cuestión no permite concluir que exista una absoluta y patente falta de proporcionalidad de la medida —única perspectiva que aquí cabe considerar (SSTC 66/1995, 55 y 207/1996)—, habida cuenta de las diversas circunstancias concurrentes en cada supuesto, según resulta de cuanto disponen los tres apartados del artículo 30 en relación con la regla general fijada en el artículo 27 TRLS.

Pues bien, desestimada esa primera alegación, y en punto a la cuestión competencial suscitada, ha de advertirse que ya ha quedado resuelta al enjuiciar el artículo 27.1 y 2 TRLS. De ahí que, en coherencia con lo que allí se ha razonado, y por los mismos argumentos, deba concluirse en la inconstitucionalidad del artículo 32 TRLS, no tanto porque el Estado carezca de toda competencia sobre la materia, cuanto por la concreta forma de ejercerla.

i) (Art. 34, «No adquisición del derecho a edificar» y art. 36, «Efectos de la extinción del derecho a edificar»).

Estos preceptos, atinentes al derecho a edificar como facultad inherente al derecho de propiedad urbana, contienen una regulación que responde a la misma lógica de los artículos 27, 30 y 31 relativos al derecho al aprovechamiento urbanístico, y a los que ya nos hemos referido. La Generalidad de Cataluña (recurso núm. 2481/90 deducido frente a los arts. 22 y 24 de la Ley 8/1990) impugna los artículos 34 y 36 TRLS por cuanto establecen imperativamente que la Administración competente expropie o acuerde la venta forzosa, lo que infringiría el principio de autonomía (arts 137 y 140 CE). La Diputación General de Aragón (recurso núm. 2486/90) les reprocha que regulan materia propiamente urbanística en virtud de otros argumentos generales ya expuestos (núm. 10.A de los antecedentes) y, además (recurso núm. 2341/92), insiste igualmente en que obligan a las Administraciones públicas a realizar unas concretas actuaciones con independencia de sus propios criterios atacando el principio de autonomía y la posibilidad de diseñar una política

urbanística propia. El recurso de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares reitera sus alegaciones sobre su contenido sancionador, ya formuladas frente a los artículos 30 y 31 TRLS, y coincide también en apreciar la vulneración del principio de autonomía, sin perjuicio, asimismo, de que la *causa expropriandi* tampoco se encuentra amparada en el artículo 148.1.18.º CE. El Abogado del Estado, por el contrario, alega que el artículo 34 TRLS tiene su cobertura en el artículo 149.1.1.º CE y, habida cuenta el evidente nexo entre este precepto y el artículo 30 TRLS, ha de serle extensiva la misma justificación competencial. El artículo 36 TRLS encajaría además en la regla del artículo 149.1.18 CE.

Ciertamente, la materia regulada en los artículos 34 y 36.2 TRLS podría encontrar su cobertura, en lo que hace a la valoración o indemnización expropiatoria, en la regla 18.ª del artículo 149.1 CE que atribuye a la competencia exclusiva del Estado la legislación de expropiación forzosa, lo que, a nuestros efectos, comprende obviamente la valoración de los terrenos y las obras ya ejecutadas (art. 36.2 TRLS). De otro, tiene su asiento en el artículo 149.1 1.º CE en punto a legitimar que el Estado defina como *causa expropriandi* el incumplimiento de una de las facultades básicas que integran la propiedad del suelo —en este caso, el derecho a edificar (Sección 5.ª, arts. 33-36 TRLS)—, puesto que, como hemos reiterado, quien ostente la competencia material, el Estado o las Comunidades Autónomas, podrá configurar una *causa expropriandi* (cfr. STC 37/1987, fundamento jurídico 6.º), siendo así que, en esta sede, es el Estado el que tiene atribuida la competencia material o sustantiva para establecer las condiciones básicas. Por otra parte, el artículo 34 TRLS —por contraste o comparación con el artículo 30.1— sale al paso de una situación diversa pero con idénticos efectos, a saber: solicitud de licencia dentro de plazo pero disconforme con el ordenamiento urbanístico, con el propósito de eludir el incumplimiento formal de la sujeción a plazo pero presentando un proyecto constructivo no ajustado al planeamiento o legislación urbanística, lo que conduce igualmente a la no adquisición del derecho a edificar al no obtener la licencia, que es cabalmente la que determina la adquisición de tal derecho (art. 33.1 TRLS).

Ahora bien, el artículo 34 («...determinará su expropiación o venta forzosa...») y el artículo 36.2 TRLS («La Administración expropiará los correspondientes terrenos con las obras ya ejecutadas o acordará su venta forzosa») no se limitan a configurar una genérica *causa expropriandi*, sino que, por el contrario, le otorgan a esta técnica un carácter imperativo y exclusivo, obligando a la Administración urbanística competente a proceder a la expropiación o venta forzosa. Como ya ha quedado razonado al enjuiciar el artículo 30.3 TRLS, ello supone una evidente extralimitación competencial.

En su conjunto e interpretados sistemáticamente, los artículos 34 y 36.2 TRLS van más allá de unos criterios generales en punto a la no adquisición del derecho a edificar (art. 34) y de sus efectos (art. 36), materias sobre la que, en principio, el Estado podría invocar legítimamente las reglas 1.ª y 18.ª del artículo 149.1 CE. Conviene, por ello, hacer alguna precisión. El segundo inciso del artículo 34 TRLS («con aplicación de la reducción del aprovechamiento señalada en los artículos 30.1 y 31.2, respectivamente») y del artículo 36.2 TRLS («valorándose aquéllos conforme al 50 por 100 del aprovechamiento urbanístico») conectan directamente o reproducen lo que disponen los artículos 30 y 31 TRLS, por lo que, es obligado remitirse a lo dicho respecto a ellos.

El contenido del artículo 34 TRLS no admite una interpretación conforme a la Constitución, una vez declarada inconstitucional la imposición de una concreta conducta a la Administración competente —la expropiación o venta forzosa—, razón de ser del precepto mismo. El legislador estatal hubiera podido, lo que no hizo, fijar en abstracto y como mera habilitación la causa de expropiar en caso de no adquisición del derecho a edificar por causa imputable al titular, en los términos ya razonados respecto del artículo 30.1 TRLS, con pleno respeto del orden constitucional de competencias. Lo mismo cabe decir del artículo 36.2 TRLS. En consecuencia, los artículos 34 y 36.2 TRLS, en su totalidad, han de ser declarados contrarios a la Constitución.

El artículo 36.1 TRLS, sin embargo, permite ser entendido como un precepto cuyo mandato se circunscribe a la prohibición de edificar, si el derecho ha quedado extinguido; por lo que respeta los criterios a los que hemos hecho referencia y ha de rechazarse su impugnación.

j) (Art. 35, «Plazos para la edificación»).

La Diputación General de Aragón extiende su impugnación al artículo 35.2 con igual razonamiento que el esgrimido contra los artículos 34 y 36. La Comunidad Autónoma de las Islas Baleares impugna el artículo 35.1 porque, a su juicio, no puede tener carácter básico su contenido. El otorgamiento municipal de la licencia de edificación invade el «núcleo duro» de la competencia de ejecución urbanística y vulnera la autonomía municipal, sin que el Estado pueda invocar título competencial alguno. El Abogado del Estado, sin embargo, alega que el artículo 35 ha sido dictado en virtud de la competencia del artículo 149.1.18.º CE. El apartado 1, continúa, pretende fijar un contenido tipo de la licencia, aunque acaba por remitir una vez más a la «normativa aplicable» (autonómica o local, en su caso). El apartado 2 regula, a su juicio, la extinción del derecho a edificar, por lo que se ampara en los artículos 149.1.1.º y 18.º CE conforme a lo alegado al tratar del artículo 30.1 y 3.

Antes de proceder al examen de las concretas impugnaciones deducidas, y abstracción hecha de la específica regulación legal que luce en el artículo 35.2 TRLS, preciso es reconocer que la ratio que anima al precepto combatido no se opone al artículo 149.1.1.º CE. En efecto, la configuración de una facultad básica —aquí el derecho a edificar (arts. 33 y sigs. TRLS)— como un derecho-deber de carácter temporal, sometido a plazo, y en el que la dimensión del tiempo constituye un elemento determinante al servicio, en última instancia, según afirma el Preámbulo de la Ley 8/1990, de la utilización del suelo de acuerdo con el interés general y de la lucha contra la especulación, encaja en las condiciones básicas a que se refiere el artículo 149.1.1.º CE. Una tal concepción del derecho de propiedad urbana y de su función social constituye una de las opciones posibles que al legislador estatal le es lícito establecer al amparo de aquel título competencial.

Cuestión distinta es si la específica regulación operada por el artículo 35 TRLS puede merecer algún reproche por la aducida invasión competencial, a la luz de la doctrina sentada. Desde esta perspectiva, es evidente que el primer apartado del artículo 35 TRLS excede de lo que desde el artículo 149.1.1.º CE, sistemática y coherentemente interpretado con el artículo 148.1.3.º CE, le corresponde al Estado, tal y como ya hemos reiterado. Si el Estado, en el marco de la concepción de la propiedad del suelo a que responde el TRLS, se hubiera limitado a sentar que la edificación estará sometida a plazo no merecería tacha alguna, bajo el perfil competencial. Sin embargo, y como es

notorio, el artículo 35.1 TRLS ha resuelto que sea precisamente en el acto del otorgamiento de la licencia cuando habrán de fijarse los plazos de iniciación, interrupción máxima y finalización de las obras, entrando así —a través de esa concreta configuración— en la competencia urbanística que a las Comunidades Autónomas les está reservada. En su pretensión, por tanto, de anudar a un acto —cuya normación, en su caso, entra en la esfera de la competencia urbanística— el plazo *a quo* para ejercer el derecho a edificar, su interrupción máxima y su finalización, descende del terreno de las condiciones básicas, de los criterios más fundamentales para el ejercicio del derecho y el cumplimiento del deber, para optar por un concreto modelo urbanístico y unas técnicas determinadas que, en modo alguno, le corresponden. En suma, pues, la pretendida naturaleza básica del artículo 35.1 TRLS es contraria al orden constitucional de distribución de competencias.

Distinto es el juicio que cabe hacer del apartado 2.º del mismo precepto, cuyo entronque directo, en primer término, con las condiciones básicas a que se refiere el artículo 149.1.1.º CE resulta claro. Por contraste con el apartado 1.º del artículo 35 TRLS, el contenido imperativo del apartado 2.º se resuelve en establecer, a modo de criterio general, que «el derecho a edificar se extingue por incumplimiento de los plazos fijados», sin introducirse en la competencia urbanística con una normación específica. Es evidente, como ya ha quedado también razonado, que las condiciones básicas de ejercicio pueden cubrir tanto las reglas mínimas de adquisición del derecho como su pérdida, máxime, como es el caso de la concepción que inspira el TRLS, cuando la pérdida, o la no adquisición, está íntimamente ligada a la valoración de la facultad de que se trate a efectos expropiatorios, operación que, desde la estricta perspectiva competencial, se ve fortalecida por el artículo 149.1.18.º CE en punto a expropiación forzosa, y en los términos ya recordados.

Por lo demás, la referencia final que hace el artículo 35.2 TRLS a que la extinción del derecho por incumplimiento del plazo requiere una «declaración formal, en expediente tramitado con audiencia del interesado» encuentra cobertura constitucional en el artículo 149.1.18.º CE, que también reserva al Estado la competencia sobre el procedimiento administrativo común.

k) (Art. 38, «Edificación sin licencia e incompatible con el planeamiento»; art. 39, «Edificación sin licencia compatible con el planeamiento»; art. 40, «Licencia ilegal y expropiación o venta forzosa»; art. 41, «Edificación con exceso de aprovechamiento»).

La Generalidad de Cataluña (recursos núm. 2481/90 contra los arts. 26, 27.1, 2 y 3; y 28 1 Ley 8/1990, impugnaciones reproducidas frente a los arts. 38; 40.1, 2 y 3; y 41.1; y núm. 2342/92 contra el art. 39) alega que los preceptos, objeto de impugnación, regulan materia de disciplina urbanística en relación con la licencia y su finalidad reside en el restablecimiento de la legalidad urbanística, por lo que, en consecuencia, corresponde dictarlas a las Comunidades Autónomas que son las competentes en materia de urbanismo. La Diputación General de Aragón en su recurso número 2486/90 les imputa a tales preceptos —y también al 41.2— una clara invasión competencial en iguales términos a los ya expuestos al tratar de los artículos 34 y 36, subrayando en su recurso número 2341/92 idénticos argumentos a los del recurso de la Generalidad de Cataluña (núm. 2481/90). Por su parte, el recurso de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares —que se dirige contra los mismos preceptos también impugnados por la Diputación General de Aragón y ade-

más contra el entero artículo 40, esto es, también a su apartado 4— alega asimismo que se trata de materia de disciplina urbanística sobre la que ya tiene una Ley promulgada que no puede verse desplazada por una pretendida normativa básica dictada por el Estado sin fundamento constitucional alguno. El Abogado del Estado alega, por el contrario, cuanto se ha recogido en el apartado número 22.H de los Antecedentes en relación con los artículos 26 y siguientes de la Ley 8/1990, argumentos que, en síntesis, se resuelven en afirmar que del carácter de disciplina urbanística que, sin duda, poseen esos preceptos, no se deriva la incompetencia del legislador nacional, sea por el artículo 149.1.1.º CE en cuanto regulan el estatuto jurídico básico de lo edificado —igual para toda España—, o por el artículo 149.1.18.º CE en la medida en que establecen un régimen básico que garantice el tratamiento común del administrado en supuestos que pueden afectar gravemente a propiedades privadas. A ello añade el título competencial que descansa en el artículo 149.1.8.º CE para justificar el carácter básico del actual artículo 41.2 (antes 28.2, Ley 8/1990), únicamente impugnado por la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, por cuanto prescribe la inoponibilidad de la obligación a terceros hipotecarios.

Es bien cierto, en efecto, que del hecho de que se trate de típicas normas de disciplina urbanística no se sigue, sin más, que el Estado carezca de toda competencia. Por encima de la calificación formal que la legislación o la doctrina le hayan atribuido, debe indagarse, a efectos competenciales, cuál es la materia o materias que esos preceptos encierran y si existen títulos en favor del Estado que, en su caso, puedan justificar tal normación.

En este sentido, preciso es reconocer que los preceptos impugnados guardan una relación material inmediata con el derecho a la edificación (art. 37) cuya regulación encabeza la sección 6.ª del Capítulo III. En virtud del artículo 37, «el derecho a la edificación se adquiere por la conclusión de las obras al amparo de licencia no caducada o conforme con la ordenación urbanística». Por su parte, el artículo 23.1.d), tampoco impugnado, define el contenido de la facultad urbanística a la edificación, integrante del derecho de propiedad urbana, como el derecho «consistente en la facultad de incorporar al patrimonio la edificación ejecutada y concluida con sujeción a la licencia urbanística otorgada, siempre que ésta fuera conforme con la ordenación urbanística aplicable».

Fácil es comprender que los artículos 38 a 41 impugnados no hacen sino concretar los distintos supuestos y las subsiguientes consecuencias jurídicas anudadas en que puede encontrarse la edificación del propietario en relación con la licencia, que se convierte así en el punto de referencia obligado (edificación sin licencia e incompatible con el planeamiento; sin licencia, pero compatible con el planeamiento; conforme a licencia que luego se declare ilegal, conforme a licencia y ordenación urbanística, pero excediendo del correspondiente aprovechamiento urbanístico). Significa ello que la licitud de la licencia y su conformidad con la legalidad urbanística [art. 23.1.d)] se erigen en el instrumento para medir la incorporación misma de la edificación en el patrimonio del titular dominical, puesto que el derecho a la edificación se adquiere una vez concluida la construcción al amparo de una licencia no caducada y conforme con la ordenación urbanística.

Lo que está en juego, en otros términos, son las condiciones para poder materializar el *ius aedificandi* del propietario del suelo, la obra realizada. Desde esta perspectiva, cabe concluir que la materia aquí regulada es, en

primer término, el derecho de propiedad urbana y, más en concreto, una de sus facultades básicas o elementales, y no la regulación de la licencia en sí misma. En línea de principio, pues, ha de admitirse que aquél que ostente la competencia material para regular este derecho básico podrá establecer también las condiciones de su adquisición o pérdida. La cuestión, con todo, reside en determinar el grado de detalle de esas condiciones y de las técnicas de reacción ante el eventual incumplimiento. En ese sentido, si la competencia material del Estado tan sólo comprende la regulación de las condiciones básicas de ejercicio y de cumplimiento de los deberes (art. 149.1.1.º CE), lógico es concluir que al Estado únicamente le compete establecer, paralelamente, las condiciones, también básicas, de su adquisición o pérdida. Seguidamente, y a la luz de los indicados criterios y sin perjuicio del examen de otros títulos competenciales, ha de procederse al análisis de cada uno de los preceptos impugnados.

Con carácter previo, deben situarse estos preceptos en el contexto del entero texto normativo. La edificación puede no estar legitimada por licencia y, a su vez, cabe que sea incompatible con el planeamiento (art. 38) o compatible con éste (art. 39). En segundo lugar, en la edificación legitimada por licencia cabe distinguir dos supuestos: que la licencia no fuese conforme con el ordenamiento urbanístico (arts. 40 y 240) o que fuese conforme a aquél (art. 23.1.d). De otra parte, para que la edificación se incorpore al patrimonio del titular es necesario que la licencia no esté caducada (en caso contrario, habrá de estarse a lo dispuesto por los arts. 35 y 36) y que sea conforme al ordenamiento (y si no es así serán de aplicación los arts. 38 a 40).

No pueden compartirse, en primer término, los argumentos que se han hecho valer frente al artículo 38.1 TRLS, atinente a las edificaciones sin licencia que sean incompatibles con el planeamiento, en cuyo caso se dispone la demolición sin indemnización, previa la instrucción del preceptivo expediente, conforme a lo establecido en la legislación urbanística aplicable (apartado 1), por cuanto en sí mismo se muestra respetuoso con el bloque de la constitucionalidad a la luz de la doctrina expuesta. En efecto, el artículo 38.1 TRLS se limita, de una parte, a impedir la patrimonialización de una edificación que ha incumplido ese doble requisito, y, de otra, a establecer una garantía de procedimiento encaminada a verificar el efectivo incumplimiento, lo que también tiene su apoyo en el mismo artículo 149.1.18 CE.

Sin embargo, los apartados 2 y 3 del artículo 38 TRLS, aunque regulan materias que, sin duda, guardan una estrecha relación con otras facultades urbanísticas básicas —el derecho al aprovechamiento y a edificar—, y con la indemnización expropiatoria, y conectan, por tanto, con claras competencias estatales, en su concreta expresión normativa exceden de la competencia estatal e invaden la urbanística, máxime si situamos estos apartados en el entero contexto del Texto Refundido y de los preceptos a que explícita o implícitamente se refieren. El criterio general y mínimo que deriva del artículo 38.1 TRLS —la no adquisición de la edificación sin licencia e incompatible con el planeamiento— queda a cubierto con toda evidencia por las condiciones básicas *ex* artículo 149.1.1.º CE. Tampoco es contrario al orden constitucional de distribución de competencias que se puedan anudar ciertas consecuencias mínimas al factor tiempo, como pretenden los apartados 2 y 3 del artículo 38 TRLS. La cuestión radica en que, en conexión con los respectivos preceptos del TRLS, establecen, no ya sólo unos principios o criterios mínimos —unas condiciones básicas—, sino un régimen jurídico que por su complitud rompe

el adecuado equilibrio con la competencia urbanística de las Comunidades Autónomas. A mayor abundamiento, el artículo 38.3 TRLS, en cuanto alude a la obligada expropiación o venta forzosa, incurre en el mismo motivo de inconstitucionalidad a que se ha hecho referencia al enjuiciar los artículos 30.3, 34 y 36.2 TRLS.

El artículo 39 TRLS, relativo a la edificación sin licencia (o sin ajustarse a sus condiciones) pero compatible con el planeamiento, permite su legalización y, con ello, la patrimonialización del derecho. Es evidente que esta previsión del precepto tiene cobertura en el artículo 149.1.1.º CE. Sin embargo, el artículo 39 TRLS no se detiene ahí sino que, además, concreta que la legalización se haga «mediante solicitud de la correspondiente licencia en el plazo que establezca la legislación urbanística aplicable, o, en su defecto, en el de dos meses a contar desde el oportuno requerimiento, si ya se hubiese adquirido el derecho al aprovechamiento urbanístico», a lo que añade que «si faltase sólo para la adquisición del mencionado derecho la realización de la urbanización, la legalización exigirá también el cumplimiento de dicho deber». De su lectura se infiere, en efecto, que, lejos de optar por una regulación más general o principal, el artículo 39 TRLS concreta cómo ha de llevarse a cabo la legalización («mediante la solicitud de la correspondiente licencia»); el plazo por defecto (dos meses); o el momento a partir del cual ha de contarse; así como las hipótesis posibles (si faltase o no la realización de la urbanización). De ahí que, en virtud de la doctrina mantenida y en coherencia con cuanto antecede, sea necesario declarar la inconstitucionalidad del precepto a partir de la expresión «mediante la solicitud de la correspondiente licencia...» hasta el final del artículo 39 TRLS.

Dada, pues, la redacción del precepto, dentro de la específica opción del legislador estatal, sólo puede ser entendido conforme con la Constitución el primer inciso: «la edificación realizada sin licencia o sin ajustarse a sus condiciones pero compatible con el planeamiento puede ser objeto de legalización». Debe observarse que aquí la mención de la licencia es puramente instrumental para referirse a la elusión formal del acto de control o fiscalización, en su caso, de la Administración competente, sin que el artículo 39 TRLS, como es bien claro, pretenda en modo alguno establecer su régimen jurídico o su misma existencia.

No puede prosperar la impugnación deducida frente al artículo 40, en sus apartados 1 y 2, que regula los distintos supuestos en que puede encontrarse el propietario cuando realiza una edificación al amparo de una licencia posteriormente declarada ilegal y su no incorporación al patrimonio del titular, extremo éste en estrecha relación con la responsabilidad administrativa (art. 240, no impugnado); y la valoración del terreno a todos los efectos de conformidad con facultades adquiridas, lo que conecta además con otros preceptos calificados por la Ley de «aplicación plena» (arts. 48 a 57). En todo caso, resulta evidente que la regulación de carácter general o principal que realizan los dos primeros apartados del artículo 40 TRLS no ha desbordado las competencias estatales.

Conclusión distinta merece, sin embargo, la concreta redacción del apartado 3 del artículo 40 TRLS. En efecto, aunque la materia que a él subyace también tiene apoyo en la competencia estatal —la expropiación o venta forzosa si no se hubiere adquirido el derecho al aprovechamiento urbanístico cuando solicitó la licencia anulada— su contenido se ha exlmitado por la vía de fijar un complejo presupuesto de hecho al que anuda ciertos efectos

que incumbe a las Comunidades Autónomas determinar, tal como ya hemos razonado. Todo ello sin perjuicio de que el carácter imperativo de la expropiación o venta forzosa deba igualmente ser declarado inconstitucional, en coherencia con cuanto se ha señalado en los artículos 30.3, 34, 36.2 y 38.3 TRLS.

Por lo demás, no es atendible la impugnación del recurso de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares del apartado 4 del artículo 40, habida cuenta de que del suplico de la demanda se deduce que la impugnación se contrae a su condición de norma básica, siendo así que con arreglo a la Disposición final única del TRLS dicho precepto tiene carácter supletorio.

Finalmente, ha de rechazarse la impugnación del artículo 41 cuyo primer apartado se limita a establecer el deber de abonar a la Administración el valor urbanístico del exceso de aprovechamiento urbanístico que le correspondía al propietario —pues ello encaja igualmente en el artículo 149.1 1.º CE—, en tanto que el segundo exceptúa de ese deber a los terceros adquirentes de buena fe amparados por la protección registral, norma que encuentra perfecta cobertura en el artículo 149.1.8.º CE.

En suma, pues, son inconstitucionales los artículos 38.2 y 3; el artículo 39 (a partir de la expresión «mediante solicitud de la correspondiente licencia...» hasta el final) y el artículo 40.3.

1) (Art. 42.1, 2 y 3, «Consecuencias de la inactividad de la Administración ante el incumplimiento»)

La Generalidad de Cataluña (recurso núm. 2481/90 contra el artículo 77 Ley 8/1990) alega que la concreción y aplicación urbanística de las bases estatales sobre el régimen local sólo pueden hacerlas las Comunidades Autónomas de acuerdo con su competencia exclusiva. El precepto resultaría inconstitucional, en consecuencia, porque no cabe desde la legislación urbanística establecer «bases sobre las bases» del Régimen de la Administración local (Antecedente núm. 7 N). La Comunidad Autónoma de las Islas Baleares alega la vulneración de los artículos 137 y 140 CE, por un lado, y las competencias urbanísticas autonómicas, de otro. Las alegaciones del Abogado del Estado —recogidas en el Antecedente núm. 22.H en relación al art. 77, Ley 8/1990— se resumen en negar que el artículo 42 establezca «bases sobre bases» en el caso concreto, esquema argumental que, por otra parte, habría rechazado la STC 132/1989 (fundamento jurídico 23.º), admitiendo la legitimidad constitucional de bases específicas junto con bases genéricas o comunes.

En efecto, y como ya afirmara la citada STC 132/1989, la fijación de bases no puede excluir, por sí misma, que en un determinado momento se modifiquen o complementen esas bases, siempre que efectivamente se permanezca dentro de la determinación de elementos comunes tendentes a garantizar la uniformidad impuesta por la Constitución en ciertas materias (fundamento jurídico 23.º). La cuestión estriba, más bien, en determinar si el Estado ostenta título competencial para dictar la norma impugnada con carácter básico.

Interesa subrayar que el artículo 42 TRLS pretende cerrar el sistema de expropiación o venta forzosa por incumplimiento del propietario, atribuyendo a los Ayuntamientos la obligación de ejercer la potestad expropiatoria en el plazo máximo de cuatro años (art. 42.2 TRLS), de un lado y, de otro, en caso de inactividad del Ayuntamiento, permitiendo la subrogación de las Comunidades Autónomas, una vez transcurrido el plazo de un año a que se refiere el artículo 42.1 TRLS. El precepto en cuestión, pues, no se limita a establecer unos deberes urbanísticos de carácter básico, ni a atribuir a los Ayuntamien-

tos la obligación de reaccionar ante su eventual incumplimiento con la expropiación o la venta forzosa, sino que, además, prevé la posibilidad de que no actúen. Ha de notarse, en primer término, que el artículo 149.1.1.º CE, como ha quedado dicho, no autoriza a regular el ejercicio de la potestad expropiatoria (subrogación; comunicación; Administración expropiante), puesto que, por su virtud y en relación con el artículo 149.1.18.º CE, no puede ir más allá del establecimiento de una *causa expropriandi* por incumplimiento de un deber básico. En consecuencia, los apartados 1 y 2 del artículo 42 TRLS no pueden tener carácter básico y, por consiguiente, tal calificación es contraria al orden constitucional de distribución de competencias, en aplicación de la doctrina ya reiterada.

El artículo 42.3 TRLS, por el contrario, entronca con las condiciones básicas de ejercicio del derecho de propiedad urbana en la medida en que determina la posibilidad de que los propietarios puedan iniciar o proseguir el proceso de urbanización, edificatorio y de adquisición de facultades urbanísticas correspondientes en tanto no se les notifique la iniciación del expediente declarativo del incumplimiento de deberes urbanísticos. No obstante lo cual, es evidente que su formulación normativa excede ya de las condiciones básicas, puesto que lejos de fijar una regla genérica, como la que pudiera consistir en que la simple incoación puede no impedir el ejercicio del derecho en los términos de la legislación urbanística, determina unos supuestos en el marco del procedimiento que, en modo alguno, le corresponde al Estado determinar.

Por su parte, el segundo inciso del artículo 42.3 TRLS —relativo a la reducción del 50 por 100 del aprovechamiento cuando no se hubiere adquirido en el momento de notificarse el incumplimiento— se inserta en un momento procedimental concreto, cual es la notificación del incumplimiento y, en suma, en un contexto legal, el que proporciona el entero artículo 42, que impide una interpretación conforme. Ciertamente, la materia aquí regulada —valoración del derecho a efectos expropiatorios por incumplimiento— se apoya en las reglas 1.ª y 18.ª del artículo 149.1 CE, según hemos insistido, pero su concreta expresión legal desborda ese marco e invade la competencia urbanística. En consecuencia, es también contrario a la Constitución el último inciso del artículo 42.3 TRLS: «con la particularidad de que el aprovechamiento susceptible de apropiación se reducirá en un 50 por 100, cuando no se hubiera adquirido ese derecho en el momento de la notificación del incumplimiento».

m) (Art. 43.3, «Consulta urbanística»).

El recurso de la Diputación General de Aragón impugna este precepto —calificado «de aplicación plena» por la Disposición Final Única del TRLS en virtud del artículo 149.1.8.º y 18.º CE— porque, a pesar de las apariencias, no estaría regulando la ordenación de los registros e instrumentos públicos, sino una obligación administrativa de remisión de datos al Registro de la Propiedad, que no encontraría cobertura en el artículo 149.1.8.º CE.

No es posible, sin embargo, compartir el argumento del recurrente, puesto que, como razona la representación estatal, se trata de una norma registral inmobiliaria que se ampara en el artículo 149.1.8.º CE cuando impone a los Ayuntamientos un deber de colaborar en la integridad y exactitud registrales y convierte un documento administrativo (certificación) en base para la práctica de un asiento registral (nota marginal), que puede tener efectos de publicidad material respecto a terceros. Como tendremos ocasión de abundar más adelante, al Estado le compete establecer qué actos son inscribibles en el

Registro de la Propiedad, operación que es la que el artículo 43.3 TRLS contempla.

F) TITULO SEGUNDO DEL TRLS: «Valoraciones»

18. (Título II, «Valoraciones». Arts. 46 a 57, «Disposiciones generales» y «Valoración de terrenos»)

Estos artículos son «de aplicación plena», según se establece en la Disposición Final Unica del TRLS, en virtud del artículo 149.1.8.º y 18.º CE.

Tan sólo el órgano de gobierno de la Diputación General de Aragón ha impugnado los artículos 46 a 57 TRLS, mientras que los demás recurrentes pretenden la declaración de inconstitucionalidad del artículo 47.b) TRLS. El recurso de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares impugna asimismo el artículo 48.2 TRLS.

Lo que cuestiona la Diputación General de Aragón no es la concreta regulación de los artículos 46 a 57 TRLS, sino la posibilidad misma de que el Estado pueda establecer una normativa sobre valoraciones, sea ésta plena o básica, y a esa cuestión habrá de circunscribirse el objeto de nuestro análisis, puesto que, en palabras del recurrente, las valoraciones no son de la competencia estatal.

Centrada así la cuestión, importa sintetizar cuáles sean los motivos de impugnación alegados (antecedentes núms. 10.B *in fine*, 10.D y 28.D, en relación con los recursos del Gobierno aragonés, y núms. 22.I y 35.E, en lo que hace a las alegaciones del Abogado del Estado). Ha de notarse, sin embargo, que las alegaciones de las partes se encuentran referidas básicamente a lo dispuesto en la Ley 8/1990, sin que hayan sido actualizadas convenientemente en relación con el TRLS de 1992, siendo así que la sistemática y contenido de sus preceptos no resultan ya del todo coincidentes.

Aplicando por extensión la doctrina de la STC 37/1987, según la cual a la Ley autonómica le es lícito establecer, en el ámbito de sus respectivas competencias, los casos o supuestos en que procede aplicar la expropiación forzosa, el Gobierno aragonés sostiene que tampoco las valoraciones, como figura susceptible de regulación autónoma, son de la competencia estatal, en atención al carácter instrumental de la expropiación forzosa. El recurrente considera, en efecto, que el régimen de valoraciones completa el estatuto jurídico de la propiedad del suelo, habida cuenta de que las valoraciones urbanas o urbanísticas no tienen por razón de ser la determinación cuantitativa del justiprecio indemnizatorio, sino que vienen a ser un elemento más de la estructura esencial del derecho de la propiedad urbana, al servicio precisamente de su función social —cuya definición corresponde al legislador autonómico—. Simplemente por razones de congruencia jurídica el *quantum* indemnizatorio ha de coincidir con el valor así incorporado al derecho de propiedad de que se trate. En definitiva, pues, la valoración urbanística de los terrenos habría de entenderse atribuida, como competencia exclusiva, a las Comunidades Autónomas, pues ni siquiera la competencia estatal para la legislación sobre expropiación forzosa resulta título suficiente para atraer dicha materia, ya que se trata de competencias de diferente naturaleza, por lo que necesariamente han de tener un distinto objeto jurídico.

No se puede compartir, planteado en esos términos, la argumentación del recurrente, sin perjuicio de que sostenga tesis diversas en sus escritos de

recurso 2486/90 y 2341/92, ya que la base de su razonamiento descansa en la pretendida disociación entre la «valoración urbanística» como parte del derecho de propiedad —que correspondería exclusivamente a las Comunidades Autónomas en el bien entendido de que a ellas compete, también en exclusiva, la regulación de la propiedad urbana, extremo éste que tampoco es aceptable— y la «determinación del justiprecio» como elemento de la legislación sobre expropiación forzosa que sí correspondería al Estado. Es éste justamente el razonamiento que le lleva, como reconoce de forma explícita, a no impugnar las normas de «determinación del justiprecio» que contenía la Ley 8/1990 (arts. 81 a 85) —que aparecían, en 1990, no en 1992, sistemáticamente separadas de las normas reguladoras de la valoración urbanística— por entender que es al Estado al que le compete establecerlas en virtud del artículo 149.1.18 CE.

Esta lógica, sin embargo, quiebra en su ulterior recurso: aunque mantenga la misma tesis de fondo en el recurso 2341/92 deducido contra el TRLS de 1992, ahora se impugnan también las normas reguladoras de la «determinación del justiprecio», esto es, aquellos preceptos que no fueron recurridos en 1990 por reconocer expresamente que la competencia correspondía al Estado (en concreto: 51.3, 54, 55, 56, 57, 58 y 61 TRLS, trasunto de los arts. 81 a 85 Ley 8/1990), lo que pone de relieve, por otra parte, la dificultad, a efectos competenciales, de hacer una distinción tan tajante (que incluso le llevó a impugnar el art. 68 de la Ley 8/1990, hoy 50 TRLS, y no el 81.1 Ley 8/1990, habiendo en este último una remisión evidente a los arts. 66 a 72, 68 incluido, de la misma Ley). Ello supone, desde otro orden de consideraciones, que el recurso 2341/92 impugna todos los preceptos que son expresión de los artículos 81 a 85 de la Ley 8/1990, lo que implica que, como consecuencia del reiterado defecto de apoderamiento en el que se ha incurrido, no es posible entrar al análisis del recurso de la Diputación General de Aragón deducido contra los referidos artículos 51.3, 54, 55, 56, 57, 58 y 61 TRLS.

No obstante, hemos de enjuiciar, de un lado, las afirmaciones generales vertidas por el indicado recurso en torno a la pretendida competencia exclusiva autonómica para fijar las valoraciones urbanísticas en relación con los restantes preceptos (arts. 46, 47, 48, 49, 50, 51.1 y 2, 52 y 53 TRLS) y, de otro, la impugnación de los recursos de la Generalidad de Cataluña y de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares frente al artículo 47.b y 48.2 TRLS

19 Si bien es cierto que las denominadas «valoraciones» están desconectadas en el TRLS, en ciertos supuestos, de la operación expropiatoria y, en consecuencia, de la misma determinación del justiprecio (transferencias de aprovechamientos urbanísticos; indemnización por alteración del planeamiento, etc.), ello no obsta, como a continuación veremos, para que a efectos competenciales sean reconducibles a los mismos títulos. No cabe compartir, como hemos adelantado, la única tesis de la que ahora hemos de ocuparnos, esto es, que la valoración es de la exclusiva competencia de las Comunidades Autónomas, ya que tal alegato olvida que la valoración urbanística entronca con el artículo 149.1.18.º CE que, como hemos reiterado en jurisprudencia constante y en esta sentencia, es al Estado al que compete determinar, pues caen dentro del artículo 149.1.18.º CE la fijación de los criterios de determinación del justiprecio para impedir que los bienes puedan ser evaluados con criterios diferentes en unas y otras partes del territorio nacional (STC 37/1987, fundamento jurídico 6.º). A mayor abundamiento, la valoración se halla

estrechamente emparentada, desde un punto de vista material, con el contenido del derecho de propiedad, cuyas condiciones básicas corresponde regular al Estado en los términos del artículo 149.1.1.º CE, aunque es el artículo 149.1.18 CE el que tiene aquí una mayor relevancia. Ha de rechazarse, por consecuencia, tal impugnación, sin necesidad de enjuiciar si los referidos preceptos exceden de lo que el artículo 149.1.18.º CE autoriza, cuestión ésta que no ha sido planteada.

Por último, las representaciones de la Generalidad de Cataluña y de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares pretenden la declaración de inconstitucionalidad del artículo 47.b) TRLS por su conexión con los artículos 237 a 241 TRLS al que aquél se remite, y cuyo carácter básico también impugnaron. El recurso de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares añade que nada habría que objetarle al artículo 47.b) TRLS si se suprimiera la referencia a los citados preceptos. En rigor, pues, se cuestiona la coherencia formal de la calificación de norma «de aplicación plena» cuando lo que dispone no es sino su remisión a normas básicas.

En cuanto al primer punto, hemos de remitirnos al enjuiciamiento de los artículos 237 a 241 TRLS, de los que más adelante nos ocuparemos, no sin adelantar que encuentran cobijo en el artículo 149.1.18.º CE. De ahí que no quepa hacer reproche alguno al artículo en cuestión en lo que a este punto concierne. Por otra parte, el artículo 47.b) TRLS introduce un elemento innovador respecto de los preceptos de referencia, que es además su propia razón de ser: el momento al que habrá de referirse la valoración. No es incoherente, desde un punto de vista formal, que su verdadero contenido normativo se apoye en una competencia exclusiva del Estado —la valoración se entenderá referida al momento de la publicación de la aprobación definitiva del nuevo planeamiento— y que los supuestos en los que se aplica sean los recogidos en normas de carácter básico *ex* artículo 149.1.18.º CE (arts. 237 a 241), puesto que mientras esos supuestos indemnizatorios tienen carácter mínimo y, por consiguiente, susceptible de desarrollo diverso, la regulación del momento al que ha de referirse la valoración se agota en sí misma. Circunscrito nuestro examen a esta cuestión formal, nada más cabe decir de su contenido y, por tanto, ha de declararse en la conformidad del artículo 47.b) TRLS con el bloque de la constitucionalidad.

Por lo que al artículo 48.2 TRLS se refiere, el reproche del Letrado de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares se centra en cuestiones de técnica legislativa —eventual contradicción con otros preceptos del mismo TRLS— o de oportunidad —si conlleva o no un plus valorativo en relación con el valor inicial derivado de la mera clasificación urbanística—, pero ni lo uno ni lo otro es relevante para declarar su inconstitucionalidad. Por lo demás, del hecho de que se haga depender su valoración de la calificación urbanística —y, en consecuencia, del grado de adquisición de los derechos urbanísticos, extremo éste que silencia el recurrente— no enerva la competencia estatal para fijar normas de valoración urbanística a efectos expropiatorios, conforme a lo razonado.

20. (Título II, «Valoraciones»: arts. 59.1 y 2; 62).

a) (Art. 59.1 y 2, «Suelo urbano»)

La Generalidad de Cataluña (recurso núm. 2342/92) impugna este precepto por regular materia propiamente urbanística, conforme a la argumentación ya expuesta (art. 3.1 y sigs. TRLS). La Comunidad Autónoma de las Islas

Baleares reitera frente al artículo 59.1 y 2 los mismos motivos de impugnación que ante los artículos 27 y 32 ya examinados, a pesar del distinto objeto regulado. Añade finalmente que esta pormenorizada regulación del artículo en cuestión vulnera el concepto de bases al impedir a las Comunidades Autónomas cualquier posibilidad de desarrollo normativo. La Diputación de Aragón entiende que el precepto agota la normación de la materia, de tal modo que no se compadece con el concepto de norma básica. El Abogado del Estado se remite a sus alegaciones en relación con el artículo 38 de la Ley 8/1990 por entender que el precepto aquí impugnado recoge en realidad el contenido del citado artículo 32.

Para el debido enjuiciamiento de este precepto ha de tenerse en cuenta que no es sino una mera consecuencia, a nuestro limitado propósito, de lo dispuesto por el artículo 32 TRLS. Igualmente, no debe olvidarse, con carácter preliminar, que también en el entramado del TRLS el aprovechamiento urbanístico susceptible de apropiación y su valoración constituyen en cierto modo las dos caras de una misma moneda, no fácilmente escindibles, sin que, en consecuencia, puedan tampoco disociarse en todo caso los títulos de los artículos 149.1.1.º y 18.º CE al analizar cada uno de los preceptos impugnados, sin perjuicio de que, en determinados supuestos, tenga una mayor relevancia o peso específico un título sobre otro.

Procede, en todo caso, remitirnos a cuanto ya hemos declarado en torno al artículo 32 TRLS, con la salvedad de que en el artículo 59 TRLS es la óptica de la valoración de los terrenos a expropiar la que predomina y de que, por tanto, sea el artículo 149.1.18.º CE (legislación de expropiación forzosa) el que entre en juego. De ahí que, en coherencia con lo razonado en relación con el artículo 32 TRLS (y 27.1 y 2 TRLS), y por los mismos argumentos, deba concluirse en la inconstitucionalidad del artículo 59.1 y 2 TRLS, no tanto porque el Estado carezca de toda competencia sobre la materia, cuanto por la concreta —y detallada— forma de ejercerla.

b) (Art. 62, «Valoración del suelo urbano sin aprovechamiento tipo»).

La Generalidad de Cataluña (recurso núm. 2481/90 contra la Disposición Adicional 6.ª, Ley 8/1990) alega que este precepto es de contenido marcadamente urbanístico, de manera que no cabe su imposición como regulación básica, sin que el Estado disponga de título competencial alguno para una nueva determinación de dicho aprovechamiento. Considera además que no se compadece bien una norma básica con el carácter supletorio de sus prescripciones respecto del planeamiento. La Diputación de Aragón (recurso núm. 2486/90) afirma que el Estado carece de competencia urbanística, por lo que, en consecuencia, no puede modificar un texto preconstitucional (el art. 105 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976) que ahora reforma el artículo 62 impugnado. En su recurso número 2341/92 se remite a la argumentación esgrimida ante el artículo 27.4. Por último, la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares reproduce los mismos motivos de inconstitucionalidad formulados respecto de los artículos 27, 32 y 59.1 y 2. El Abogado del Estado justifica esta regulación en la competencia exclusiva del Estado para determinar la valoración de los bienes objeto de expropiación en virtud del artículo 149.1.18 CE en los términos ya recogidos (antecedente núm. 22.G, H e I). Particularmente insiste, en lo que hace al precepto impugnado, en que el Texto Refundido no puede ser considerado competencialmente homogéneo, es decir, un texto que pueda ser adscrito exclusivamente a la materia «ordenación del territorio y urbanismo» del artículo 148.1.3.º CE, sino que, por el contrario, muchos de sus artículos pue-

den quedar comprendidos dentro de esferas de competencia reservadas al Estado, lo que sucede muy en particular en el ámbito expropiatorio. Por lo demás, la razón de que este precepto tenga carácter de norma básica, en tanto que el régimen legal de valoraciones que contiene el Texto Refundido es de aplicación plena, obedece al estrecho vínculo existente entre la valoración a la que se refiere el precepto en cuestión (valoraciones del suelo urbano sin aprovechamiento tipo) y el aprovechamiento tipo cuyos aspectos esenciales han sido declarados básicos. No en vano, concluye, el Texto Refundido no sólo reforma el régimen urbanístico —y una de sus reformas esenciales es precisamente el derecho al aprovechamiento urbanístico—, sino que es en cierto modo una Ley de valoraciones. En suma, ostenta carácter básico por las mismas razones que los preceptos con los que guarda una relación necesaria (arts. 27, 31 y 95 y sigs.). Subraya, en fin, que el estándar de un metro cuadrado construible por cada metro de suelo tiene carácter dispositivo, para el caso de que no haya plan o éste no atribuya aprovechamiento lucrativo a un terreno no incluido en una unidad de ejecución.

Antes de entrar en el examen del tema central, conviene salir al paso de la pretendida contradicción en que se dice incurre el sistema, por atribuirle la Disposición Final Unica del TRLS al artículo 62 TRLS carácter básico en lugar de la «plena aplicabilidad», como se predica de otros preceptos que también se refieren al régimen de valoración. En este extremo, por su paralelismo con el aprovechamiento tipo, ha de estimarse que también es de competencia estatal. Ha de tenerse en cuenta, en efecto, que el aprovechamiento urbanístico susceptible de apropiación, como ya hemos declarado (art. 27, entre otros), constituye un elemento capital de la propiedad urbana y, en consecuencia, el Estado puede establecer las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio del derecho de propiedad, así como, en forma paralela, su valoración.

Cuestión distinta es la planteada por el recurso de la Generalidad de Cataluña en punto a que difícilmente puede encajar con el concepto de norma básica la supletoriedad que de su contenido predica el segundo párrafo del artículo 62.1 («en defecto de planeamiento o cuando éste no atribuya aprovechamiento lucrativo alguno»). Esta conclusión, sin embargo, no puede ser atendida, si se hace una adecuada interpretación del precepto. Ha de notarse que en rigor no se trata de una «norma básica supletoria» en el sentido a que se refiere el artículo 149.3 CE, puesto que su propósito no es otro que el de garantizar a los solos efectos de su valoración —en ausencia del planeamiento o ante el silencio de éste— un aprovechamiento mínimo en todo caso (el de un metro cuadrado construible por cada metro de suelo), carácter mínimo que sí se compadece con el concepto de norma básica. Así entendido, y no como mera norma supletoria por definición desplazable por la aplicación de otras normas preferentes, resulta ajustada al concepto formal de norma básica y, por consiguiente, conforme con la Constitución.

Importa tener en cuenta que el precepto impugnado, como las alegaciones han puesto de manifiesto, no constituye sino otro supuesto de valoración (del suelo urbano sin aprovechamiento tipo) en íntima conexión con otros artículos que ya han sido enjuiciados (arts. 27.4, 30 a 32, 36, 38, 59) y a los que el propio artículo 62 se remite, y sin que, por lo demás, exista razón alguna para que no sea de aplicación la doctrina ya expuesta en relación con aquéllos.

En consecuencia, aunque la materia regulada entronque con evidentes competencias estatales, la mayor parte de la regulación del artículo 62 TRLS

ha de tenerse por contraria al orden constitucional de competencias. La remisión que hacen tanto el primer párrafo del apartado 1.º como el apartado 2.º en su integridad a otros preceptos del Texto Refundido ya analizados excusan de cualquier otro razonamiento. Sin embargo, la regla que sienta el párrafo 2.º del artículo 62.1 TRLS a efectos de valoración —un metro cuadrado construible por cada metro de suelo— merece una consideración más detenida.

Como ya advertíamos (cfr. art. 27 TRLS), el legislador estatal bien podría fijar un contenido mínimo del derecho de propiedad urbana como lo hace en la regla que por defecto establece el artículo 62.1 TRLS. Si bien es cierto que tal criterio, como es obvio, no constituye una regla aislada, ni siquiera en el seno del mismo precepto, no lo es menos que, declarada la inconstitucionalidad del primer párrafo del artículo 62.1 y del entero 62.2 TRLS, podría pensarse que el párrafo segundo del artículo 62.1 TRLS admite una interpretación conforme.

No obstante, una lectura atenta del citado párrafo impide obtener una conclusión tal, toda vez que la regla del metro cuadrado construible por cada metro de suelo se inscribe en una relación insalvable de figuras urbanísticas cuya regulación excede de la competencia estatal: la hipótesis misma de «planeamiento que no atribuye aprovechamiento lucrativo alguno al terreno no incluido en unidad de ejecución» y la referencia al «uso predominante en el polígono fiscal en el que resulte incluido». Lejos de establecer un supuesto genérico al que anudarle unas consecuencias o efectos valorativos, el párrafo segundo del artículo 62.1 TRLS, coherente con el encabezamiento que lo intitula («valoración del suelo urbano sin aprovechamiento tipo») y con el resto del precepto y el entero Texto Refundido, pretende cerrar el sistema, y su consecuencia no es sino la predeterminación de un concreto modelo urbanístico.

En suma, pues, el artículo 62 TRLS es contrario al sistema constitucional de distribución de competencias.

21. (Arts. 60, «Suelo urbanizable programado», y 61, «Terrenos destinados al Patrimonio Municipal del Suelo y otros fines de interés social»).

Los artículos 60 y 61 TRLS, a juicio de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, por conexión con lo alegado al examinar los artículos 32.3, 59.1 y 2, y 278.1 TRLS, no pueden tener carácter de aplicación plena en la medida en que reiteran el contenido de los artículos citados; en consecuencia, carece el Estado de competencia para establecer la valoración a efectos expropiatorios en estos supuestos.

La primera cuestión que se nos plantea directamente es la relativa a la «aplicabilidad plena» de los artículos 60 y 61 TRLS. Es cierto que, como hemos declarado, el artículo 149.1.18 CE reserva al Estado en exclusiva la legislación sobre expropiación y no simplemente, como en otras materias, la competencia para establecer las bases o la legislación básica (STC 37/1987, fundamento jurídico 6.º). Pero tampoco ello supone que ostente la competencia exclusiva para regular cualquier especie expropiatoria, esto es, para regular por completo, más allá de la legislación general de expropiación forzosa, toda expropiación especial por razón de la materia, al margen de que ostente o no competencias sobre el sector material de que se trate.

En el presente caso, dada la naturaleza artificial de la propiedad urbana, parece claro que la legislación del Estado no puede predeterminar el modelo urbanístico por la vía de introducir especies o supuestos —estrictamente ur-

banísticos— a los que anudar determinadas consecuencias jurídicas, incluyendo las técnicas de calificación y clasificación, los instrumentos de planeamiento, etc., porque tal interpretación de la competencia estatal vaciaría de contenido, al menos potencialmente, la competencia urbanística autonómica (art. 148.1.3.º CE). Y ello es lo que sucede en el supuesto enjuiciado, en el que, so pretexto de establecer la valoración de los terrenos a obtener por expropiación, en concreto del suelo urbanizable programado y de terrenos destinados al Patrimonio Municipal del Suelo y otros fines de interés social, se fijan con carácter «pleno» tanto el porcentaje correspondiente, como, a su través, referencias a clases de suelo y técnicas de ejecución, que no compete al Estado establecer. En consecuencia, y en coherencia con lo que hemos afirmado respecto de los artículos 27 y siguientes del TRLS, ha de declararse la inconstitucionalidad de los artículos 60 y 61 TRLS.

G) TÍTULO III DEL TRLS: «Planeamiento urbanístico del territorio»

22. (Título III, «Planeamiento Urbanístico del Territorio»: Plan Nacional de Ordenación. Arts. 65, 66, 67, 107, 112, 118.1 y 126.1).

El denominado «Plan Nacional de Ordenación» se inserta, sistemáticamente, en el Título III del TRLS, que lleva por rúbrica «Planeamiento Urbanístico del Territorio», y aparece regulado dentro del Capítulo en el que se contienen las diversas clases de planes o instrumentos de ordenación.

No es sólo esta perspectiva sistemática la que permite el encuadramiento del Plan Nacional en la tipología de los instrumentos de planeamiento de ordenación del territorio en sentido estricto y de urbanismo, sino que es el propio contenido material que le atribuye el artículo 66 TRLS el que determina su calificación como un virtual Plan de Ordenación territorial y urbanismo.

En efecto, el objeto o contenido material del Plan Nacional de Ordenación—que trae causa de la formulación contenida en los arts. 6 y 7 del TR de la LS de 9 de abril de 1976— participa de las características esenciales de los planes de ordenación del territorio, en cuanto asigna usos al suelo o terreno a través de las directrices territoriales, se dirige al reequilibrio regional en el ámbito económico y tiene en cuenta los aspectos medioambientales para lograr la calidad de vida y el bienestar social, incidiendo también en el ámbito supranacional en cuanto al espacio europeo.

Si a las referidas notas o elementos característicos del Plan Nacional, añadimos la vinculación de sus directrices para las actividades con incidencia territorial de las demás Administraciones públicas, que establece el artículo 67 TRLS, ha de concluirse en que nos hallamos ante un Plan de ordenación del territorio y urbanismo que viene a superponerse —en la escala jerárquica del planeamiento— a los Planes Directores Territoriales de Coordinación, de competencia de las Comunidades Autónomas, vinculando así las decisiones sobre planificación territorial que estos Entes públicos pueden adoptar en ejercicio de su competencia sobre ordenación del territorio y urbanismo.

A la luz de lo expuesto, el Plan Nacional de Ordenación, así configurado, invade la referida competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas, pues en virtud de la eficacia vinculante que a dicho Plan atribuye el artículo 67 TRLS, las políticas territoriales de las Comunidades Autónomas quedan condicionadas desde el mismo Plan Nacional y por su propia eficacia, así como

por las eventuales actualizaciones o revisiones de que sea susceptible el instrumento de planeamiento que ahora enjuiciamos.

No empecé a lo anterior el que tanto el artículo 65.1 como el artículo 66, *in fine*, especifiquen que la ordenación realizada por el Plan nacional se contrae al ejercicio de las competencias estatales, pues una tal cláusula, por sí misma, no es suficiente para amparar en títulos competenciales atribuidos al Estado por el orden constitucional de competencias, regulaciones que por su contenido material se encuadran en competencias atribuidas con carácter exclusivo a las Comunidades Autónomas, como es el caso de la ordenación del territorio *stricto sensu* y urbanismo [art. 148.1.3.º CE y los correspondientes Estatutos de Autonomía, STC 149/1991, fundamento jurídico 4.º B) d)]. Hemos de recordar, a este propósito, que los vicios o defectos en que incurra el legislador, por incompatibilidad con el texto constitucional, no resultan sanados por ulteriores declaraciones de respeto al orden de competencias (STC 118/1996).

No obstante, ha de afirmarse que el Estado tiene constitucionalmente atribuidas una pluralidad de competencias dotadas de una clara dimensión espacial, en tanto que proyectadas de forma inmediata sobre el espacio físico, y que, en consecuencia, su ejercicio incide en la ordenación del territorio (vgr. arts. 149.1, 4, 13, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25 y 28 CE).

No cabe, pues, negar la legitimidad de que el Estado planifique territorialmente el ejercicio de sus competencias sectoriales haciendo uso de los instrumentos que estime idóneos (como, *ad exemplum*, el denominado Plan Director de Infraestructuras); así como que igualmente pueda, al amparo del título competencial del artículo 149.1.13 CE, establecer las adecuadas fórmulas de coordinación, con la ineludible consecuencia de que las decisiones de la Administración estatal con incidencia territorial, adoptadas en el ejercicio de tales competencias, condicionen la estrategia territorial que las Comunidades Autónomas pretendan llevar a cabo (STC 149/1991 y 36/1994).

Ha de declararse así la inconstitucionalidad por vulneración del orden constitucional de distribución de competencias, de los artículos 65, 66 y 67 TRLS, y demás preceptos concordantes. En concreto, deben declararse igualmente inconstitucionales por su conexión los artículos 107 TRLS (por el que se regula la formulación del Plan); 112 TRLS (relativo a su tramitación y remisión a las Cortes); 118.1 TRLS (que atribuye la competencia de aprobación a las Cortes Generales); y el art. 126.1 TRLS (sobre su revisión y suspensión).

23. (Título III, «Planeamiento Urbanístico del Territorio». Arts. 72.1 y 3.A; 78.2).

a) (Art. 72.1 y 3.A, «Determinaciones del Plan General»).

En idénticos términos, impugna la Generalidad de Cataluña el artículo 72.1; en cambio, el artículo 72.3.A.b) es objeto de impugnación, aunque no sea básico, porque se corresponde con el artículo 33.5 de la Ley 8/1990 que sí lo es. La Diputación General de Aragón no impugna, sin embargo, este último precepto, a pesar de que en su recurso número 2486/90 sí se dirigió contra el artículo 33.5 de la Ley 8/1990. En la argumentación del recurso de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares subyace la idea de que una cuestión es que la normativa básica a la que se refiere el precepto (valoraciones y régimen urbanístico de la propiedad) deba ser atendida y otra, muy distinta, es que deba serlo justamente a través del planeamiento, imponiéndolo.

le concretas determinaciones, puesto que se trata de una competencia urbanística autonómica. Para la representación estatal, el artículo 72.1 no es más que un mero recordatorio de que las determinaciones del Texto Refundido de la Ley del Suelo deben hacerse efectivas en lo que hace al régimen urbanístico de la propiedad y al de las valoraciones, según su respectiva naturaleza (normas básicas, supletorias o de «aplicación plena»), siendo un precepto puramente remisivo y, por consiguiente, competencialmente inocuo. Alega, en fin, que si este Tribunal privara a alguno de aquellos preceptos de su carácter básico o de aplicación plena, ello repercutiría en la fuerza vinculante que hubiera de tener sobre el planeamiento general, pero en nada afectaría al artículo 72.1 TRLS.

Este último argumento no puede ser enteramente compartido, puesto que el citado artículo 72.1 TRLS sí tiene un concreto contenido normativo adicional de carácter formal respecto de las normas que se refieren tanto al régimen urbanístico de la propiedad del suelo cuanto al sistema de valoraciones, que consiste precisamente en que sea el Plan General Municipal de Ordenación o instrumento de planeamiento análogo y no otro el que sirva de vehículo para recoger las determinaciones necesarias que hagan efectivas aquellas normas. Ha de darse la razón, por tanto, al recurso de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, puesto que el artículo 72.1 TRLS implica que el legislador estatal impondría cuál habría de ser el instrumento urbanístico a través del cual deban encontrar aplicación unas normas básicas o de «aplicación plena», y sin que tal concreción pueda quedar al abrigo de los títulos competenciales estatales, ni en el concepto de norma básica, siendo así que las Comunidades Autónomas han asumido la competencia en materia de urbanismo. Tampoco en el caso de que la expresión legal «instrumentos de planeamiento análogos que puedan prever las Comunidades Autónomas» se entendiera con tal amplitud que fuera susceptible de albergar cualquier instrumento urbanístico podría concluirse en la constitucionalidad del carácter básico del artículo 72.1 TRLS. Y ello porque, al margen de que una inteligencia tan amplia del precepto se compadece mal con su literalidad, el Estado no puede decidir la forma en que haya de llevarse a cabo, cuando ello no es una consecuencia necesaria u obligada, que se desprenda de forma inequívoca del núcleo de la competencia estatal (art. 149.1.1.º CE).

En suma, pues, las Comunidades Autónomas habrán de respetar la legislación materialmente básica a la que se refiere el precepto impugnado, pero la elección de los instrumentos cae bajo su competencia, criterio éste, por otra parte, escrupulosamente respetado en otros preceptos del mismo Texto Refundido, como en el caso del artículo 24 en el que se establece el contenido elemental del derecho a urbanizar, indicando que se adquiere con la aprobación del planeamiento preciso en cada clase de suelo (apartado 1). Ha de declararse, por tanto, que el artículo 72.1 es contrario al orden constitucional de competencias.

Por lo demás, debe rechazarse la impugnación del artículo 72.3.A.b) TRLS puesto que, como el mismo recurrente admite, no se trata de una norma básica, único motivo de impugnación recogido en el suplico de la demanda.

b) (Art. 78.2, «Normas Subsidiarias Municipales. Determinación»).

La Generalidad de Cataluña impugna este artículo por los mismos motivos que los alegados contra el artículo 65 TRLS. Con relación a este precepto la Diputación General de Aragón incurre en un defecto de apoderamiento [fundamento jurídico 3.º B)]. La Comunidad Autónoma de las Islas Baleares re-

produce los mismos argumentos recogidos en el apartado anterior, si bien haciendo constar que en este caso se refieren a las determinaciones que deben contener las Normas Subsidiarias Municipales en cuanto a la delimitación de áreas de reparto y fijación de aprovechamiento tipo. Para la representación estatal, este artículo tiene una justificación similar a la del artículo 72.1 TRLS y no es más que un mero recordatorio de la procedente aplicación de la normativa que el Texto Refundido contiene.

Las impugnaciones de los recurrentes han de tenerse por plenamente fundadas a la luz de la doctrina expuesta ya que el Estado carece de todo título competencial para fijar cuál haya de ser el instrumento urbanístico que deba hacer efectivas las normas básicas del Texto Refundido, por lo que el apartado 2 del artículo 78 es contrario al orden constitucional de distribución de competencias.

24. (Título III, «Planeamiento Urbanístico del Territorio». Capítulo II, «Áreas de reparto y aprovechamiento tipo». Arts. 94.1 y 2; 95; 96.1 y 3; 97.1; 98; 99.1 y 2; 100).

a) (Art. 94.1 y 2, «Delimitación de áreas de reparto»).

La Generalidad de Cataluña reproduce en su recurso número 2342/92 los motivos de alegación formulados contra los artículos 30.1 y 2 de la Ley 8/1990, si bien advirtiendo que en el nuevo artículo 94 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992 se añade el suelo calificado por las Normas Subsidiarias como apto para urbanizar, extremo éste no previsto en la Ley 8/1990. Frente al citado artículo 30.1 y 2 alega que, pese a la inocuidad de sus afirmaciones, el Estado carece de competencias sobre la materia. Finalmente, considera incompatible con el concepto de base el grado de aplicación que ha previsto la Disposición Adicional primera; pero es ésta una impugnación que habrá de enjuiciarse más adelante, al analizar aquella Disposición. La Diputación General de Aragón (recurso núm. 2486/90) aduce la invasión de la competencia en materia de urbanismo, por entender que las Comunidades Autónomas, si bien con respeto del principio básico de distribución equitativa de cargas y beneficios, podrán optar por otros instrumentos para su cumplimiento, como expresión de su propia política urbanística. En su recurso 2341/92 argumenta asimismo que tal regulación repele absolutamente el calificativo de normas básicas, dado su carácter instrumental y su grado de detalle, que, por entero, debe corresponder al legislador autonómico. En términos análogos, se pronuncia la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares. Subraya, sin embargo, —y es éste un reproche que dirige al entero Capítulo II— que la delimitación de áreas y el cálculo del aprovechamiento tipo constituyen las piezas fundamentales de la gestión urbanística que corresponde a las Comunidades Autónomas y no desvirtúan la argumentación las remisiones que se realizan a la legislación urbanística aplicable puesto que ésta terminaría por someterse a una pretendida normativa básica que regula con total concreción la materia, determinando incluso la técnica y el modo de cálculo del aprovechamiento tipo. Las alegaciones del Abogado del Estado (Antecedente núm. 22.H) se sintetizan en dos consideraciones: de una parte, pone el acento en el escaso contenido imperativo del precepto impugnado, que —a su juicio— se circunscribe a prever la existencia de áreas de reparto en suelo urbano y urbanizable y a definir las unidades de ejecución; de otra, subraya la íntima y necesaria conexión que guardan las áreas de reparto para el aprovechamiento urbanístico, y las unidades de ejecución para el cumplimiento de

los deberes que permiten la adquisición de aquél. En cuanto que las áreas y las unidades son técnicas para hacer efectivos deberes y derechos básicos del propietario quedan amparados por el título competencial del artículo 149.1.1.º CE. Y en su calidad de técnicas administrativas que garantizan un tratamiento común del administrado en la fijación del aprovechamiento tipo —que es la magnitud esencial de contenido económico de la propiedad— o en el cumplimiento de los deberes básicos, cabría también invocar el artículo 149.1.18.º CE.

Para la resolución de estas impugnaciones preciso es distinguir los diversos aspectos que el artículo 94.1 y 2, a nuestros efectos, plantea. En primer término, por lo que hace a la figura del planeamiento a que se refiere el artículo 94, el Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992 contiene una redacción más respetuosa con la competencia autonómica —«instrumentos de planeamiento general»— que la del artículo 30 de la Ley 8/1990 —«los Planes Generales delimitarán...»—. Pese a ello, y en aplicación de la doctrina ya expuesta (art. 72.1 TRLS), ha de concluirse que una previsión semejante, por más que pudiera calificarse de inocua, como el propio recurso del Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña admite, no encuentra justificación en ningún título competencial del Estado. Por consiguiente, la expresión «los instrumentos de planeamiento general» resulta contraria al orden constitucional de distribución de competencias.

No puede prosperar, sin embargo, el pretendido exceso de delegación en que, a juicio del representante de la Generalidad, habría incurrido el artículo 94.1 y 2 TRLS respecto de los artículos 30.1 y 2 de la Ley 8/1990, puesto que, en contra de lo que afirma el recurrente, el citado artículo 94.1 y 2 TRLS no contiene ninguna referencia explícita a las Normas Subsidiarias, si bien es cierto —pero ello es una cuestión distinta— que implícitamente y por virtud de una interpretación sistemática del Texto Refundido haya de tenerse en cuenta cuanto dispone el artículo 78.2, precepto del que ya ha quedado desvinculado, puesto que lo hemos declarado inconstitucional.

El contenido imperativo del precepto enjuiciado se contrae a la obligación de delimitar áreas de reparto de cargas y beneficios en suelo urbano y en los terrenos clasificados en suelo urbanizable y los afectos a sistemas generales adscritos, estableciendo su indisponibilidad para la totalidad del suelo urbano y urbanizable. La finalidad última del artículo 94 TRLS estriba en hacer efectivo en el orden urbanístico el principio de igualdad que la Constitución reconoce en el artículo 14 o, en otros términos, la distribución equitativa de cargas y beneficios. A este objetivo responden tanto la técnica de las áreas de reparto (art. 94) cuanto la del aprovechamiento tipo (art. 95). Ciertamente, estas técnicas —estrictamente urbanísticas— guardan una evidente relación instrumental con materias sobre las que el Estado sí ostenta ciertas competencias, en los términos ya analizados, como el aprovechamiento urbanístico susceptible de apropiación o los deberes básicos que le son inherentes.

No obstante, y en coherencia con cuanto se ha venido afirmando, ha de subrayarse que el Estado no puede imponer los medios o instrumentos urbanísticos en que puedan articularse las condiciones básicas de ejercicio del derecho y del cumplimiento del deber a que se refiere el artículo 149.1.1.º CE (áreas de reparto; sistemas generales adscritos; carácter indisponible de las áreas, etc). Medios o instrumentos que pertenecen a la libre opción del legislador autonómico en materia urbanística, por más que, en determinados supuestos, puedan considerarse como una consecuencia casi necesaria de la

concepción del derecho de propiedad subyacente a aquellas condiciones básicas, como el establecimiento de zonas o áreas de reparto en las que hacer realidad la equidistribución y los deberes básicos. Pero la definición del régimen jurídico de tales técnicas e instrumentos que, desde luego admite configuraciones diversas, forma parte, pues, de la competencia autonómica en materia urbanística.

El Estado, como hemos venido admitiendo, y dadas las características peculiares del régimen jurídico de la propiedad del suelo, puede tomar ciertos puntos de referencia para fijar las condiciones básicas del aprovechamiento urbanístico, en cuanto derecho-deber, tales como los grandes supuestos o tipos de suelo bajo el perfil de la inexistencia, progresiva adquisición o consolidación del derecho de propiedad urbana. Lo que no puede hacer, sin embargo, como aquí sucede, es imponer una concreta técnica o definir el régimen jurídico de los instrumentos urbanísticos a su servicio, pues de aceptarse una interpretación tan expansiva del artículo 149.1.1.º CE en relación con las competencias autonómicas en materia de urbanismo, restaría a las Comunidades Autónomas una competencia meramente residual, de desarrollo menor, que no se compadece con el orden constitucional de distribución de competencias.

Debe notarse, en efecto, que el artículo 94 TRLS, aún desconectado del anulado artículo 27 TRLS con el que guarda una estrecha relación, persigue, como su mismo título reconoce, imponer una determinada técnica y, a la postre, la configuración del régimen de delimitación de las áreas de reparto. Áreas de reparto que, por consiguiente, no aparecen ya como una simple referencia, esto es, el Estado no se ha limitado a señalar que el aprovechamiento urbanístico deba plasmarse en instrumentos, como las áreas o zonas, en las que, cualquiera que fuere su concreto régimen jurídico, se garantice la efectividad de los deberes básicos que al Estado le corresponde establecer. Por consiguiente, el artículo 94.1 y 2 TRLS es inconstitucional.

b) (Art. 95, «Aprovechamiento tipo»).

Por las mismas razones que acaban de explicitarse y en virtud de la doctrina sentada en relación con el artículo 72.1 y 27 TRLS, a la que hemos de remitirnos, debe concluirse que el precepto impugnado invade la competencia urbanística de las Comunidades Autónomas. Como se ha dicho, el Estado tampoco ostenta título competencial alguno que le permita determinar cuáles son los instrumentos urbanísticos a través de los que es obligado cumplir las normas de contenido básico.

c) (Art. 96, «Cálculo del aprovechamiento tipo en suelo urbano»; art. 97, «Cálculo del aprovechamiento tipo en suelo urbanizable»).

La Generalidad de Cataluña (recurso núm. 2481/90) razona que con estos preceptos se regula el régimen de uso, tipología y gestión del suelo urbano y urbanizable, materia urbanística por antonomasia, sin que la invasión competencial se neutralice por el hecho de que estos artículos se remitan a la legislación urbanística aplicable. Con mayor precisión, la Diputación General de Aragón (recurso núm. 2486/90) motiva su impugnación en que el Estado carece de competencias para regular el aprovechamiento tipo, ya que en esta materia destaca su carácter instrumental y de detalle que ha de corresponder por entero a la legislación autonómica, motivación que reproduce en su recurso número 2341/92. El recurso de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares reitera los motivos de impugnación formulados ante el artículo 94 TRLS. El Abogado del Estado cuestiona la consistencia argumental de las impugna-

ciones deducidas en el sentido de que, aunque el aprovechamiento tipo sea una técnica típicamente urbanística, no por ello cabe concluir sin más que estos preceptos no puedan resultar amparados en las normas constitucionales de competencia estatal. En síntesis, la alegación de la representación estatal (Antecedente núm. 22.H, arts. 32 y sigs.) se resuelve en afirmar que la regulación básica del aprovechamiento tipo (la superficie construible de uso característico por metro cuadrado de suelo de un área de reparto) contiene poco más que un armazón conceptual o enumeración de los elementos fundamentales de cálculo, que es lo único que se pretende imponer con carácter uniforme para asegurar la igualdad básica en el aprovechamiento urbanístico (art. 149.1.1.º CE) y el tratamiento común de los administrados (art. 149.1.18.º CE), dado además su evidente nexo con el régimen de valoraciones.

No cabe compartir el argumento del Abogado del Estado, según el cual los artículos en cuestión tan sólo fijan el «armazón conceptual» para el cálculo del aprovechamiento tipo. Por el contrario, los artículos 96 y 97 TRLS exceden la competencia estatal, de acuerdo con la doctrina sentada en relación con el artículo 27 TRLS y concordantes, y del que estos preceptos no son sino su coronación. Nótese, en efecto, que en sí mismos considerados los artículos 96 y 97 TRLS no admiten una interpretación conforme, aunque se entiendan desvinculados del anulado artículo 27 TRLS, toda vez que establecen una fórmula cerrada y concreta, no abstracta, que sólo puede hacerse efectiva a través de toda una cadena de técnicas estrictamente urbanísticas sobre las que el Estado carece de competencia en los términos ya indicados (aprovechamiento tipo; áreas de reparto; la concreta configuración de la división del aprovechamiento lucrativo por su superficie total, etc.) e imponiendo además de forma vinculante determinadas operaciones (inclusiones o exclusiones del dotacional; coeficientes de ponderación, etc.), como salta a la vista de la mera lectura de los artículos impugnados. Esta conclusión no se desvirtúa por el hecho de que, por relación a ciertos extremos colaterales, los artículos 96 y 97 TRLS se remitan a la legislación urbanística aplicable (arts. 96.2 para el cálculo del aprovechamiento lucrativo; 97.4 respecto del instrumento que ha de fijar el aprovechamiento tipo y las ponderaciones de los usos pormenorizados, por ejemplo).

Tampoco pueden encontrar los artículos impugnados su cobertura en el artículo 149.1.18.º CE (tratamiento común de los administrados), como argumenta la representación estatal, puesto que nos encontramos ante un supuesto de hecho bien diverso, cual es la regulación de un derecho, y no ante las relaciones del particular administrado con la Administración pública.

En consecuencia, la entera regulación del cálculo del aprovechamiento tipo que los artículos 96.1 y 3 y 97 TRLS realizan resulta contraria a la Constitución (igual conclusión merece el apartado 2 del artículo 96 por su pretendido carácter supletorio). Finalmente, y a mayor abundamiento, es obligado recordar que las prescripciones que el artículo 97 TRLS contiene respecto de los concretos instrumentos del planeamiento urbanístico, en virtud de la doctrina expresada en el artículo 72.1 TRLS, tampoco encuentran apoyo en la competencia estatal. De ahí que, en suma, la calificación como básica del artículo 97 TRLS sea en su integridad contraria al bloque de la constitucionalidad.

d) (Arts. 98, «Otras determinaciones»; 99.1 y 2, «Aplicación del aprovechamiento tipo y de las transferencias de aprovechamiento»; 100, «Inaplicación del aprovechamiento tipo»).

En términos similares a los recogidos en el epígrafe anterior se expresan los recurrentes contra los artículos citados en el encabezamiento. El Abogado del Estado ha esgrimido, sin embargo, otros títulos competenciales para la defensa de los preceptos impugnados. Así, respecto del artículo 98.3 TRLS (antes 35.3 Ley 8/1990) argumenta que podría ampararse, según la doctrina de la STC 152/1988, en el artículo 149.1.13.º CE, ya que su objeto es favorecer las viviendas de protección pública al permitir un aprovechamiento patrimonializable superior que compense las limitaciones inherentes a aquel régimen, como los precios máximos de venta y renta. En relación con el artículo 99.2 TRLS (antes 36.1 Ley 8/1990), sostiene que se limita a definir qué se entiende por «sustitución de la edificación» y prescribe que se sujeten al régimen propio de ésta las rehabilitaciones no obligatorias que tengan características y alcance equivalentes a la citada sustitución. El apartado 2 del artículo 99 TRLS enlaza con el 1.º —que condiciona la aplicación efectiva del aprovechamiento tipo en terrenos edificados a la sustitución de la edificación— y en cierta forma lo completa.

Por lo que hace, en primer término, a los apartados 1 y 2 del artículo 98 TRLS, que no hacen sino precisar —y desarrollar— el cálculo del aprovechamiento tipo establecido en los artículos 96 y 97 (98.1: determinación del uso característico; 98.2: terrenos destinados por el planeamiento a edificaciones o instalaciones de uso o servicio público), forzoso es concluir, con mayor razón si cabe, en la inconstitucionalidad de su calificación como básico por todo lo dicho respecto de tales preceptos, en relación con los citados artículos 96 y 97 TRLS.

Ciertamente, el artículo 98.3 TRLS, por otro lado, incide sobre el sector de la vivienda y la actividad promocional y una y otra pueden enmarcarse dentro de las facultades de dirección general de la economía que al Estado atañen en virtud del artículo 149.1.13.º CE (STC 152/1988), como recuerda la representación del Estado. Sin embargo, y como también hemos declarado en la misma sentencia 152/1988 (fundamento jurídico 2.º), el artículo 47 CE no constituye por sí mismo un título competencial autónomo en favor del Estado, sino un mandato o directriz que ha de informar la actuación de todos los poderes públicos (art. 53.3 CE), de modo que su consecución ha de instrumentarse «a través de», no «a pesar de» los sistemas de distribución de competencias.

La cuestión se contrae, pues, a determinar si el artículo 149.1.13.º CE puede dar cobertura a la previsión del artículo 98.3. En este sentido, conviene tener en cuenta que la doctrina de la STC 152/1988 (fundamento jurídico 2.º y 4.º) se refiere a un supuesto distinto —la regulación directa de ciertos instrumentos de financiación de actuaciones protegibles en materia de vivienda— al aquí contemplado. En efecto, como se dijo en aquella ocasión, la conexión del sector vivienda y la actividad promocional con la política económica general puede quedar suficientemente acreditada «en razón de la incidencia que el impulso de la construcción tiene como factor económico y, en especial, como instrumento generador de empleo» (fundamento jurídico 2.º), encontrándose, por tanto, justificada la regulación estatal de los correspondientes instrumentos de financiación cuando se trate con ello de «asegurar el mantenimiento de unas inversiones fundamentales desde el punto de vista de la política económica general que, en otro caso, se revelaría difícilmente viable» (fundamento jurídico 4.º). Doctrina reiterada en la STC 59/1995.

En nuestro caso no se pretende, sin embargo, canalizar determinados fondos estatales para la promoción de viviendas de protección pública, ni tam-

poco regular de forma directa o inmediata tal promoción. Muy al contrario, el objeto directo del artículo 98.3 TRLS es la regulación de uno de los elementos del aprovechamiento tipo, sin que su clara conexión con la promoción indirecta y mediata de viviendas de protección pública pueda tener la virtualidad de atraer hacia el artículo 149.1.13.º CE la regulación con carácter básico de la materia, máxime cuando las Comunidades Autónomas han asumido competencias sobre la ordenación del territorio, urbanismo y vivienda, título más directamente implicado que, en el presente caso, ha de prevalecer. Es evidente, además, que el artículo 98.3 TRLS establece determinadas prescripciones estrictamente urbanísticas (calificación de uso específico; asignación de un coeficiente de ponderación y sus reglas), con lo que invade la competencia urbanística que corresponde a las Comunidades Autónomas. De ahí que respecto del artículo 98.3 TRLS haya que concluir en igual sentido a como hemos hecho con el resto del precepto y, en consecuencia, debamos declararlo contrario al orden constitucional de competencias.

Tampoco pueden compartirse las alegaciones del Abogado del Estado en punto al artículo 99 (apartados 1 y 2), pues no son susceptibles de desvirtuar la doctrina sentada en relación con el cálculo del aprovechamiento tipo (arts. 96 y 97), máxime cuando aquí no se hace sino un desarrollo aún más pormenorizado.

Por otra parte, el artículo 100 TRLS carece de contenido material específico y, por consiguiente, no lesiona a estos efectos el orden constitucional de competencias. La Disposición Adicional primera a la que se refiere habrá de ser enjuiciada más adelante en el fundamento jurídico 41.º A).

25. (Capítulo III, «Elaboración y aprobación de los Planes»: Arts. 104.1 y 3; 109.1; 113.2; 124).

a) (Art. 104.1 y 3, «Planes de iniciativa particular»).

La Generalidad de Cataluña (recurso núm. 2481/90 contra el entonces artículo 13.1 Ley 8/1990) basa su impugnación contra el artículo 104.1 en un doble orden de motivos: de un lado, en que el Estado carece de todo título competencial para su regulación y, de otro, porque al ser una materia urbanística no puede tener carácter básico. Frente al artículo 104.3 TRLS (recurso núm. 2342/92) reproduce la misma motivación que la esgrimida contra el artículo 3.1 y siguientes TRLS. Las alegaciones del Abogado del Estado (Antecedentes núm. 22.H, artículo 13.1 Ley 8/1990, y núm. 35.D, art. 104.1 y 3 TRLS) se resuelven en afirmar la titularidad estatal por virtud del artículo 149.1.18.º CE, tanto en la regla de las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas que garanticen un tratamiento común a los administrados, cuanto, en lo que hace al último inciso del artículo 104.3 TRLS, en la legislación de expropiación forzosa. En suma, para la representación estatal se trata de normas básicas del régimen jurídico-administrativo del urbanismo que encuentran su justificación constitucional, en cuanto normas de carácter básico, en el reconocimiento genérico de la iniciativa privada y pública, pero distinta de la Administración urbanística, y en la necesidad de establecer el régimen general de los instrumentos precisos para dotar de efectividad a ese reconocimiento.

El apartado 1 del precepto impugnado permite que en la función pública urbanística colabore la iniciativa privada, pudiendo de tal forma los particulares, sean o no propietarios de terrenos sujetos a ordenación, intervenir en el procedimiento de elaboración de Planes para que el derecho a urbanizar,

cuya adquisición se condiciona a la aprobación del planeamiento preciso en cada clase de suelo (art. 24.1 del TRLS), no quede por entero a merced de la iniciativa de la Administración urbanística en el ejercicio de su potestad planificadora.

Se configura como facultad —a diferencia del apartado 2 que impone a los propietarios el deber de presentar los instrumentos de planeamiento cuando así lo disponga la legislación urbanística aplicable— de Entidades públicas y particulares la de redactar y someter a trámite de elaboración concretos y determinados instrumentos de planeamiento, tales como «los instrumentos de desarrollo del planeamiento general» que determine la legislación aplicable. Se acota el ámbito de la iniciativa privada en su función de colaboración a la formación de los Planes urbanísticos, en cuanto aquélla se constriñe a concretos instrumentos de planeamiento, excluyendo cualesquiera otros que la legislación autonómica pudiera incorporar, pues tan sólo los instrumentos de desarrollo del planeamiento general, es decir, los planes que en relación de subordinación desarrollan tanto Planes Generales Municipales como Normas Subsidiarias (art. 65.4 y 5 TRLS) quedan abiertos a la iniciativa privada. Viene así el precepto enjuiciado a zanjar la polémica en torno a si los particulares pueden o no redactar instrumentos de planeamiento general, plasmando en la regulación legal la solución negativa e imponiéndola, por el carácter básico que a la norma se asigna, a la legislación autonómica.

Pues bien, si la regulación de los Planes de ordenación urbana se inserta con naturalidad en la competencia material sobre urbanismo y ésta es exclusiva de las Comunidades Autónomas, ha de concluirse que se vulnera el orden competencial cuando el legislador estatal dispone no una llamada genérica a la iniciativa privada para colaborar en la formación de los instrumentos de planeamiento, sino qué concretos tipos de Plan son los que pueden ser objeto de redacción por los particulares, excluyendo de tal modo eventuales regulaciones autonómicas que respondieran a una más amplia o más restringida participación de la iniciativa privada en la formulación del planeamiento. El artículo 104.1 es, pues, contrario a la Constitución.

Juicio diferente merece, por el contrario, el apartado 3 del artículo 104 TRLS, que contiene ciertos criterios o principios procedimentales en sentido amplio, enderezados a hacer efectiva la participación de los particulares en la redacción de instrumentos de planeamiento, tales como la autorización administrativa previa y sus efectos —acceso a la información y las ocupaciones temporales que pudieran ser necesarias—, lo que constituye mero trasunto de la regulación contenida en el artículo 108.1 de la LEF, a cuya normativa se remite el precepto enjuiciado. Ha de añadirse que estas garantías —aunque no pertenezcan a la regulación directa del derecho de propiedad ni de los deberes que le son inherentes— son conexas al derecho de urbanizar, materia sobre la que el Estado puede legítimamente invocar su título competencial *ex* artículo 149.1.1.º CE. En virtud de la indicada doctrina debe declararse la conformidad con la Constitución del artículo 104.3.

b) (Art. 109.1, «Formulación del planeamiento general»).

La Generalidad de Cataluña entiende que este precepto invade su competencia en materia de urbanismo (cfr. arts. 3.1 y sigs. TRLS) porque obliga a los Ayuntamientos a formular los Planes Generales y las Normas Subsidiarias, incurriendo además en contradicción con el apartado 2 del artículo 109 TRLS, no básico, en el que se permite que los Ayuntamientos soliciten su formulación a la Comunidad Autónoma o a la Diputación. Para la representación del Esta-

do, por el contrario, el artículo 109.1 TRLS se ampara igualmente en las bases del régimen jurídico de la Administración pública y constituye además una garantía de la autonomía municipal en materia urbanística (art. 140 CE), enlazando con el artículo 25.2.d) de la Ley de Bases de Régimen Local.

La impugnación de los recurrentes del artículo 109.1 TRLS, en cuanto impone con carácter básico que sean los Ayuntamientos los que deban formular los Planes Generales y las Normas Subsidiarias —o los instrumentos que sustituyan a aquéllos según la legislación autonómica aplicable—, ha de tenerse por plenamente fundada. Es cierto, como alega la representación estatal, que el artículo 25.2.d) de la Ley de Bases de Régimen Local establece que el Municipio ejercerá competencias en las materias de ordenación, gestión y disciplina urbanística. Y también lo es que, como tenemos declarado en nuestra interpretación del artículo 2.2. de la misma Ley (STC 214/1989, fundamento jurídico 3.º), «las leyes básicas deberán decir qué competencias corresponden en una materia compartida a las Entidades locales por ser ello necesario para garantizarles su autonomía (arts. 137 y 140 CE)». Pero no lo es menos, como afirmábamos seguidamente en aquella sentencia, que ello no asegura por sí mismo que la ley básica estatal y sectorial —como en el presente caso— que tal cosa disponga, sea, sin más, constitucional, porque si excede de lo necesario para garantizar la autonomía local habrá invadido competencias autonómicas y será, por ello, inconstitucional (*ibidem*). Y, más en concreto, por lo que ahora interesa, hemos reiterado que es plenamente conforme con la Constitución el criterio básico adoptado por el artículo 2 de aquella Ley de remitir tal determinación al legislador sectorialmente competente por razón de la materia (STC 214/1989, fundamento jurídico 4.º). Como ya se ha visto, la competencia en materia de urbanismo pertenece sustancialmente a las Comunidades Autónomas (art. 148.1.3.º CE), sin que en este supuesto pueda el Estado invocar título competencial alguno que le permita determinar qué instrumentos de planeamiento han de formular los Ayuntamientos. Por tanto, el carácter básico del artículo 109.1 TRLS debe considerarse inconstitucional.

c) (Art. 113.2, «Tramitación de los Planes Directores Territoriales de Coordinación»).

El artículo 113.2 TRLS que establece el trámite de información pública y de audiencia a la Administración del Estado en aquellos asuntos que sean de su competencia, y a las Entidades locales afectadas, ha sido impugnado por la Generalidad de Cataluña por entender que impone trámites que, aunque lógicos, deben ser decididos desde la competencia urbanística. El Abogado del Estado defiende la constitucionalidad de este artículo en virtud del artículo 149.1.18.º CE pues a su juicio impone la indeclinable observancia de ciertas garantías procedimentales en la tramitación de los Planes Directores. Alega además que la información pública se asienta en el artículo 105.a) CE, dada la inequívoca naturaleza normativa de los citados planes.

El artículo 113.2 TRLS contiene una doble determinación: la información pública (se entiende que a los ciudadanos) y la audiencia a la Administración del Estado y a las Entidades locales afectadas. En punto a la información pública de los ciudadanos el artículo 113.2 TRLS constituye una reproducción expresa de lo que ya dispone el artículo 105.a) CE, aunque éste no determina en modo alguno cómo ha de satisfacerse tal garantía ni cuál sea la Administración que haya de asegurarla. En todo caso, y ello es lo relevante, el Estado ostenta competencias exclusivas para dictar normas de procedimiento administrativo común (art. 149.1.18.º CE), entre las que se incluyen aquellas garantías o dere-

chos procedimentales que hayan de respetarse para la formulación de las disposiciones administrativas que afecten a los ciudadanos. Aunque el legislador estatal podría haber dispuesto con carácter general y respecto de toda forma de planeamiento urbanístico la obligatoriedad de la garantía de la información pública al amparo del artículo 149.1.18.º CE, y no en relación con un concreto instrumento (el Plan Director) —cuya misma existencia depende de cada Comunidad Autónoma—, parece claro que la regulación que lleva a cabo el artículo 113.2 TRLS se enmarca en la competencia estatal *ex* artículo 149.1.18.º CE y es respetuosa con la materia urbanística, cuando no hace sino asegurar la existencia del trámite de información pública.

Igual conclusión cabe alcanzar, por otra parte, respecto de la garantía de la audiencia a la Administración del Estado en aquellos aspectos que sean de su competencia, pues resulta evidente que, por sí mismo, ello no supone extralimitación alguna desde el punto de vista del orden constitucional de competencias. Antes al contrario, del establecimiento de tal garantía no se deriva más que una participación de la Administración del Estado en la tramitación de un Plan Director que, nótese bien, puede incidir sobre competencias sectoriales del Estado con dimensión espacial o territorial, sobre funciones y servicios estatales. De este modo, no podrá aprobarse ningún Plan Director Territorial de Coordinación sin que el Estado pueda invocar las posibles invasiones de su esfera competencial o el menoscabo del principio de coordinación (art. 103.1 CE). Lo mismo es posible concluir, finalmente, respecto de las Entidades locales afectadas a las que se refiere el artículo 113.2 TRLS en su último inciso. No se puede olvidar que el artículo 2.1 de la Ley de Bases de Régimen local reconoce el derecho del municipio a la intervención en cuantos asuntos afecten directamente al círculo de sus intereses, como manifestación de la autonomía garantizada por el artículo 137 CE, como, por lo demás, ya ha tenido ocasión de expresar nuestra jurisprudencia en otros supuestos análogos (STC 149/1991, fundamento jurídico 7.º D).

d) (Art. 124, «Publicación»).

La Generalidad de Cataluña reprocha al artículo 124 TRLS una clara invasión de la competencia urbanística autonómica (cfr. *supra* arts. 3.1 y sigs. TRLS), señalando además que el apartado 2 otorga a los órganos con competencias urbanísticas facultades no previstas en la legislación anterior. El Abogado del Estado considera que el artículo 124 TRLS enlaza con el artículo 70.2 de la Ley de Bases de Régimen Local y queda claramente amparado en el artículo 149.1.18.º CE —como base del régimen jurídico administrativo que garantiza un tratamiento común a todos los administrados— en relación con el artículo 9.3 CE (principio de publicidad de las normas), dada la naturaleza normativa de los planes de urbanismo.

Ha de advertirse que en la argumentación del recurso de la Generalidad de Cataluña, por su carácter genérico, no es posible discernir cómo juegan las someras consideraciones impugnatorias que encabezan el listado de preceptos entre los que el aquí impugnado se encuentra y que se resuelven en un pretendido uso incorrecto del concepto de bases en cada caso concreto (cfr. *supra* arts. 3.1 y sigs. TRLS).

En el apartado 1.º del precepto impugnado se consideran los instrumentos de planeamiento desde la perspectiva formal del acto final que culmina el procedimiento de elaboración de aquéllos, en tanto que disposiciones administrativas, estableciendo la publicación de tales actos, es decir, de los acuerdos de aprobación definitiva de los planes urbanísticos, requisito —el de la

publicación— de eficacia, en los términos establecidos por el artículo 131 del propio TRLS. Esta exigencia de publicación tiene como respaldo el título competencial atribuido al Estado por el artículo 149.1.18.º CE, en relación con el principio constitucional de publicidad de las normas del artículo 9.3 CE, de tal manera que nada se opone a la correcta atribución de carácter básico que al artículo 124.1 efectúa la Disposición Final Unica, 1, del Real Decreto Legislativo 1/1992.

Por su parte, el apartado 3 del precepto, se sitúa en la más sustancial perspectiva de su contenido normativo propiamente tal, es decir, en lo que atañe a las normas urbanísticas y ordenanzas que han de incorporar tales instrumentos urbanísticos, remitiendo en cuanto a la publicación de las mismas al régimen de la legislación aplicable, que al menos en parte se halla en la actualidad constituido por la regulación efectuada por el artículo 70.2 de la LBRL, en la redacción dada al precepto por Ley 39/1994, de 30 de diciembre, inspirada en un propósito de incrementar las garantías de los ciudadanos en orden al más completo y efectivo conocimiento de los instrumentos de planeamiento. Conecta esta regulación también con el título competencial del artículo 149.1.18.º CE y, por consiguiente, su carácter básico respeta el bloque de la constitucionalidad.

No puede, en cambio, atribuirse carácter básico al apartado 2 del precepto enjuiciado. En primer término, ha de observarse que si los preceptos por los que se regula, en el TRLS, el silencio administrativo positivo, en cuanto modalidad de aprobación definitiva de los planes urbanísticos —arts. 114.3 y concordantes— no ostentan, en la terminología de la Ley, carácter básico, ni tampoco «de aplicación plena», no resulta coherente que se asigne carácter básico al aspecto instrumental de qué Entes públicos ostentan la facultad de publicar el plan aprobado mediante la técnica jurídico-administrativa del acto presunto. Es ésta una decisión que se incardina en la regulación del régimen de elaboración y aprobación de Planes, materia propia de la competencia que, como exclusiva, atribuyen en materia de ordenación del territorio y urbanismo, el artículo 148.1.3.º y los correspondientes Estatutos de Autonomía a las Comunidades Autónomas.

Para rechazar la calificación como norma básica de este apartado 2 procede añadir, siquiera sea a mayor abundamiento, que el legislador estatal incorpora aquí una determinada concepción sobre la naturaleza jurídica de los planes de ordenación a cuya aprobación concurren diversas Administraciones públicas, interviniendo en fases decisorias diferenciadas a través de unos actos de aprobación inicial y provisional, de un lado, y una resolución de aprobación definitiva, por otro, entendiendo implícitamente que ésta realiza un control de fiscalización o tutela sobre aquellas aprobaciones, normalmente atribuidas a Entes locales, concepción ésta sobre la que no cabe construir la determinación de los Entes públicos a los que incumbe la publicación, cuando ésta se produce mediante silencio administrativo positivo. Procede, en consecuencia, concluir que el artículo 124.2 del TRLS vulnera el orden constitucional de competencias

26. (Título III, «Planeamiento Urbanístico del Territorio». Capítulo IV, «Efectos de la aprobación de los Planes». Arts. 132, 133, 134, 135 y 137.5).

Con carácter previo, ha de advertirse que no es posible entrar en el enjuiciamiento de los artículos 132, 133, 134, sólo recurridos por la Diputación General de Aragón cuya impugnación incurre en el defecto de apoderamiento

ya señalado. Nuestro análisis se circunscribe, pues, a los artículos 135 y 137.5 impugnados por la Generalidad de Cataluña.

a) (Art. 135, «Deber de información»).

Para el recurrente, el deber de informar por parte de los Ayuntamientos a la Administración central invade la competencia urbanística y hace un uso incorrecto del concepto de bases, en los términos ya expuestos (cfr. *supra* arts. 3.1 y sigs. TRLS). Su constitucionalidad es defendida por el Abogado del Estado aduciendo que el artículo impugnado se asienta en el principio general de cooperación y coordinación que ha de presidir la acción administrativa, inherente a la estructura misma del Estado compuesto (SSTC 18/1982, fundamento jurídico 14.º; 91/1992, fundamento jurídico 2.º, entre tantas) y, competencialmente, encuentra su acomodo en el artículo 149.1.18.º CE.

Bajo la genérica rúbrica de «deber de información», el impugnado artículo 135 TRLS alberga dos proposiciones normativas de diverso significado. En efecto, el apartado 1 se inscribe en el ámbito de las relaciones interadministrativas, al imponer a los Ayuntamientos el deber de suministrar información al Estado sobre los Planes Generales de Ordenación Urbana definitivamente aprobados y una vez efectuada la publicación de las resoluciones aprobatorias, deber que se articula mediante la remisión al Ministerio de Obras Públicas y Transportes, de un ejemplar de cada Plan General aprobado. El designio inspirador de la norma no es otro sino el de asegurar los principios de coordinación y eficacia en la actuación de las Administraciones públicas, conforme al artículo 103.1 CE, y que implica, «la fijación de medios y de sistemas de relación que hagan posible la información recíproca» (STC 27/1987 y STC 227/1988). No existe, pues, respecto al precepto enjuiciado lesión del orden de competencias establecido por el texto constitucional y los Estatutos de Autonomía, pues el título competencial sobre las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas, del artículo 149.1.18.º CE, proporciona respaldo suficiente al legislador estatal para la imposición, con carácter materialmente básico, de un deber de información en los términos con que es configurado por la norma, plenamente justificado por la incidencia que las concretas previsiones urbanísticas contenidas en los Planes Generales de Ordenación Urbana pueden tener sobre las competencias estatales de carácter sectorial en el mismo territorio objeto de ordenación a través de dicho instrumento urbanístico. Con todo, debe advertirse que la referencia al Plan General de Ordenación Urbana es meramente instrumental, esto es, ha de ser interpretada no como de obligada existencia ni como un intento de definición de su régimen jurídico, sino como un mero mandato de remisión de una copia del planeamiento general de municipio a la Administración del Estado. Ha de mantenerse, en consecuencia, el carácter de norma básica que al artículo 135.1 asigna la Disposición Final Unica, 1, del TRLS.

Por lo que hace al apartado segundo del citado artículo 135 TRLS, debe admitirse por los mismos argumentos que la obligación de notificar es, en sí misma, plenamente respetuosa con el orden constitucional de competencias, en cuanto expresión de los principios que presiden las relaciones entre las Administraciones públicas y, en particular, del deber de facilitar a las demás Administraciones públicas la información que precisen sobre la actividad que desarrollen en el ejercicio de sus propias competencias así como del deber de prestar la cooperación y asistencia activa que las otras Administraciones pudieran recabar para el eficaz ejercicio de sus competencias [art. 4, letras c) y d), de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas

y del Procedimiento Administrativo Común]. La materia que subyace al artículo 135.2 TRLS se asienta, pues, en la competencia exclusiva del Estado sobre las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas (art. 149.1 18.º CE), competencia que no tiene por qué agotarse necesariamente en la fijación de unas bases expresadas de una vez por todas en una sola ley, sino que admite, sin desbordar por ello el concepto de lo básico, la determinación de bases relativas a un sector específico como es el urbanismo, sin que, por tanto, sea óbice al ejercicio de la competencia estatal el hecho de que los artículos 56.1 y 64 de la Ley de Bases de Régimen Local hayan establecido ya un deber genérico de comunicación de todos sus actos y acuerdos a la Administración estatal.

La redacción dada al artículo 135.2 TRLS merece el reproche de inconstitucionalidad, si se tiene en cuenta que no se ha limitado a establecer el deber de notificar la revisión o reforma del planeamiento al objeto de permitir, en su caso, el ejercicio de las competencias estatales que puedan verse afectadas, sino que, a través de ello, ha fijado reglas de procedimiento para las que carece de título competencial específico. En efecto, el artículo 135.2 TRLS impone a la Administración competente que le notifique a la del Estado la «iniciación del procedimiento», «en el plazo de un mes desde la adopción del correspondiente acuerdo por el Ayuntamiento», extremos éstos que, además de no ser necesarios en todo caso para garantizar la efectividad del deber de notificar y la eventual comparecencia de la Administración del Estado, no quedan a cubierto de título competencial alguno. Ha de concluirse, pues, por las razones antedichas, la inconstitucionalidad del artículo 135.2 TRLS.

b) (Art. 137.5, «Edificios fuera de ordenación»).

Idéntico reproche dirige el representante de la Generalidad al artículo 137.5 TRLS en el que se establece el derecho de retorno de los arrendatarios cuando el propietario decida demoler el edificio y reconstruirlo por no ser disconforme con el planeamiento la nueva edificación en el mismo solar (art. 137.4 TRLS).

No pueden prosperar los motivos de impugnación por cuanto el artículo 137.5 TRLS, como la Disposición Adicional Cuarta 3 TRLS a la que se remite, contiene una norma que se inserta en el régimen de la relación arrendaticia urbana (un derecho del arrendatario frente al propietario) y encuentra, por consiguiente, su cobertura en el artículo 149.1.8.º CE («legislación civil»; «bases de las obligaciones contractuales»), como sostiene acertadamente la representación estatal.

Por otra parte, y aunque el artículo 136, desde un criterio meramente numérico, debiera enjuiciarse aquí, no parece tener sentido hacerlo así, pues conecta con un grupo de preceptos relativos al derecho de superficie, que tienen su regulación sustantiva más adelante. Por ello, como además el artículo 136 sólo aborda incidentalmente la cuestión, parece lógico incluir su examen en el bloque de preceptos en los que se establece su régimen general (arts. 287-289).

H) TÍTULO IV DEL TRLS: «Ejecución del planeamiento»

27. (Título IV, «Ejecución del planeamiento». Capítulo I, «Disposiciones generales». Arts. 141, 143 y 144).

a) (Art. 141, «Competencias»).

Contra este artículo, reitera la Generalidad de Cataluña el reproche de que el legislador estatal ha hecho una utilización errónea del concepto de bases. Además de autoasignarse el Estado competencias en materia de urbanismo, afirma, el precepto impugnado no contiene nada que pueda considerarse básico para las Comunidades Autónomas, ni se justifica por ninguno de los títulos competenciales que el Texto Refundido invoca en su Disposición Final. Las alegaciones del Abogado del Estado (Antecedente núm. 35 D) se condensan en la afirmación de que su carácter materialmente básico descansa en el artículo 149.1.18.º CE, por cuanto, al margen de su perfección técnica, el artículo 141 TRLS establece que ninguna Administración tiene el monopolio de la ejecución urbanística y asegura la participación de los particulares, dejando a salvo la competencia de los órganos específicos.

El referido artículo dispone, en efecto, que la ejecución de los planes de ordenación corresponde al Estado, a las Comunidades Autónomas y a las Entidades locales «en sus respectivas esferas de actuación», «sin perjuicio de la atribución de competencias a órganos específicos» y con independencia también de la participación de los particulares en dicha ejecución «en los términos establecidos por la legislación aplicable». Puede decirse, por tanto, que el artículo 141 TRLS no realiza reordenación competencial alguna entre las diversas Administraciones implicadas, ni tampoco establece prescripciones materiales acerca de la forma en que deba hacerse efectiva la participación de los particulares, puesto que se remite a la legislación que sea en cada caso de aplicación. Desde esa perspectiva, se compadece con el concepto de bases, por lo que no cabe hacerle reproche alguno.

Desde una interpretación sistemática, ha de partirse del dato de que el precepto alude a la ejecución de planes de ordenación urbanística. Así las cosas debe negarse la competencia del Estado para dictar una norma tal, ya que se trata de una determinación que compete establecer al legislador autonómico, habida cuenta de que, en rigor, estamos ante la ejecución urbanística del planeamiento que se inserta sin dificultad en el ámbito material del urbanismo. Debe concluirse, por tanto, que es inconstitucional el artículo 141 TRLS.

Ello no empece, sin embargo, a que el Estado, en el ámbito de sus competencias, pueda esgrimir un título sectorial específico y distinto que le atribuya competencias de ejecución sobre otras materias que puedan resultar afectadas por el plan de ordenación, hipótesis por otra parte plausible habida cuenta del amplio alcance que los instrumentos de ordenación urbanística pueden albergar, al menos potencialmente, en relación con el uso del suelo, que excede, no sin frecuencia, de la ordenación de la ciudad en sentido estricto, para incidir sobre otras políticas sectoriales territoriales de la competencia exclusiva del Estado en virtud del artículo 149.1 CE (grandes obras públicas; ciertas infraestructuras, defensa y seguridad, etc.)

b) (Art. 143, «Excepciones a la actuación mediante unidades de ejecución»).

Con los mismos argumentos impugna la Generalidad de Cataluña el artículo 143 TRLS por entender que es a las Comunidades Autónomas a las que corresponde fijar cuándo procede o no la actuación mediante unidades de ejecución del planeamiento. La representación estatal alega, por el contrario, que este precepto no es sino una anticipación o resumen de la sistemática del Título IV del TRLS y tiene su cobertura en el artículo 149.1.18.º CE, siendo, por lo demás, competencialmente inocuo.

Ha de admitirse la impugnación, por cuanto el Estado carece aquí de todo título competencial para prescribir que la ejecución se realice mediante unidades de ejecución y, menos aún, cuándo procede la actuación a través de esta técnica urbanística. El legislador estatal puede, como hace el artículo 140 TRLS no impugnado, establecer que la ejecución del planeamiento garantice la distribución equitativa de los beneficios y cargas entre los afectados, así como el cumplimiento de los deberes de cesión correspondientes y costeamiento de la obra urbanizadora, en la medida en que ello entronca con el estatuto básico de la propiedad urbana amparado en el artículo 149.1.1.º CE en los términos ya expuestos. Pero no le incumbe determinar el instrumento, el procedimiento o la forma en que ha de llevarse a cabo la ejecución del planeamiento, cuestiones estas que corresponden a la competencia urbanística autonómica, sin perjuicio de que, como hemos dicho (art. 94 TRLS), pueda tomar como punto de referencia, sin sentar su régimen jurídico, las áreas de reparto o las unidades de ejecución para regular las condiciones básicas de las facultades y deberes urbanísticos que garanticen la igualdad. Desde esta perspectiva, en efecto, el artículo 140 TRLS conecta con lo que ya ha dispuesto el artículo 19 TRLS, entre otros, que encabeza la regulación de los derechos y deberes básicos de los propietarios, esto es, que la aprobación del planeamiento preciso según la clase de suelo determina el deber de los propietarios afectados de incorporarse al proceso urbanizador y edificatorio, en las condiciones y plazos previstos en el planeamiento o legislación urbanística aplicable. Desde ese momento los afectados quedan vinculados a los deberes urbanísticos básicos, cuyo cumplimiento les permitirá la sucesiva adquisición de las facultades urbanísticas (arts. 20 y 23 TRLS, entre otros). Pero el artículo 143 TRLS impugnado excede de la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio de la propiedad urbana y en el cumplimiento de los deberes, también básicos, ex artículo 149.1.1.º CE, cuando determina los supuestos en los que cabe establecer excepciones, sin que, para tal previsión normativa con pretensiones de norma básica, sean de aplicación los restantes títulos competenciales que invoca el Estado en la misma Disposición Final Unica del TRLS.

En otros términos, la ejecución del planeamiento pertenece a la competencia en materia de urbanismo siempre que sobre aquélla no incida un título competencial del Estado. En ese sentido, resulta lícito, en aras de una mínima coherencia interna en lo que hace a la arquitectura básica de la propiedad urbana y como consecuencia de la peculiar naturaleza convencional de ésta, que el Estado tome como punto de referencia, como ha quedado dicho, las unidades de ejecución como fórmula para hacer efectivas las facultades y deberes urbanísticos y los principios básicos que la impregnan, pero no su concreta regulación, como hace el artículo 143 TRLS que, en consecuencia, resulta contrario al orden constitucional de distribución de competencias.

c) (Art. 144.1, «Unidades de ejecución»).

El recurso de la Generalidad de Cataluña (núm. 2481/90, art. 31.1, Ley 8/1990) impugna el artículo 144 TRLS por los mismos motivos que el artículo 94.1 y 2 TRLS ya examinado, al igual que el recurso de la Diputación General de Aragón (núm. 2486/90 y 2341/92).

En principio, debe admitirse que el artículo 144.1 TRLS adolece del mismo exceso en su regulación que el artículo 94 TRLS. La previsión del artículo 144.1 TRLS no determina la forma en que haya de llevarse a cabo la ejecución del planeamiento, ni define las unidades de ejecución, lo cual puede

ser regulado por las Comunidades Autónomas, sino que su contenido fundamental se resuelve en establecer que su concreta delimitación debe permitir el cumplimiento conjunto de los deberes urbanísticos básicos de cesión, equidistribución y urbanización de la totalidad de su superficie. Para la delimitación de las unidades de ejecución, en el esquema legal que inspira el TRLS, parece importante que tengan la entidad suficiente para justificar la autonomía de su actuación, esto es, que en virtud de las cesiones obligatorias sea realmente posible la distribución equitativa de las cargas y beneficios que la urbanización trae consigo. Desde esta perspectiva, la materia tiene la cobertura competencial que al Estado otorga el artículo 149.1.1.º CE.

No obstante, para alcanzar tal conclusión habría de interpretarse la referencia hecha a las unidades de ejecución en un sentido puramente instrumental y accesorio, y, por consiguiente, perfectamente sustituible por las Comunidades Autónomas no sólo en cuanto a su denominación concreta o a la forma de delimitación de tales unidades, sino también a su existencia misma. El hecho de que al Estado le competa regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio del derecho de propiedad urbana (art. 149.1.1.º CE) no le legitima para prefigurar el modelo o sistema de ejecución urbanística. De ahí que hayan de entenderse las referencias hechas a las áreas de reparto (art. 94 TRLS) y a las unidades de ejecución (art. 144.1 TRLS) en el sentido más amplio posible, con carácter instrumental o, si se quiere, principal, en conexión con el artículo 140 TRLS, que es el que condensa o expresa el principio de la garantía de la distribución equitativa de cargas y beneficios. Las Comunidades Autónomas pueden establecer su propio sistema de ejecución del planeamiento urbanístico, respetando los principios y normas básicas que dimanen de los títulos competenciales del Estado (señaladamente, del art. 149.1.1.º CE), como postula el artículo 140 TRLS. El problema radica en que la literalidad del artículo 144.1 TRLS aquí impugnado mal se compadece con un entendimiento tan amplio, y, en consecuencia, no es susceptible de una interpretación conforme mediante un fallo interpretativo, por lo que ha de ser declarado contrario al bloque de la constitucionalidad el carácter básico que le asigna la Ley.

28. («Ejecución del planeamiento», Capítulo II, «Actuaciones mediante unidades de ejecución». Arts. 149.3; 150; 151.1 y 3; 154.2; 166.1.a), c) y e); 167; 176; 184.2).

a) (Art. 149.3, «Elección del sistema de actuación»).

Para los recurrentes (recursos núms. 2481/90 y 2486/90) este precepto no regula las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio del derecho de propiedad, sino que la garantía que establece se refiere a las relaciones entre los propietarios integrados en una unidad de ejecución, en la que el incumplimiento de unos no debe perjudicar a los otros, extremo que corresponde regular a la legislación urbanística autonómica.

Con todo, conviene notar que el artículo 149.3 TRLS es, en primer término, un precepto que establece unos contenidos mínimos que, como afirma expresamente, habrá de desarrollar y garantizar la legislación urbanística correspondiente. En segundo lugar, su contenido imperativo se resuelve en determinar, de un lado, que los plazos deben computarse desde la delimitación de la correspondiente unidad de ejecución y, de otro, que habrán de garantizarse a los propietarios no responsables del incumplimiento los derechos vinculados a la ejecución del planeamiento o a la valoración urbanística

establecida en esta Ley para los supuestos de expropiación como sistema de actuación. Por consiguiente, debe analizarse si el contenido básico del artículo 149.3 TRLS se ampara en las reglas 1 y 18 del artículo 149.1 CE.

Por lo que hace a la primera cuestión, si bien es cierto, como razona la representación del Estado, que la norma del cómputo es relevante para determinar la extinción o adquisición de importantes facultades —norma que conecta con el artículo 28.2 TRLS amparada en el artículo 149.1.1.º CE—, no lo es menos que carece el Estado de toda competencia para disciplinar las técnicas de ejecución urbanística y, por consecuencia, no tiene cobertura para fijar un plazo a contar desde el establecimiento de una técnica concreta de la que puede prescindir la legislación autonómica, sin que, en este punto, sea posible realizar una interpretación conforme. Por consiguiente, la regulación del plazo y la referencia a la unidad de ejecución no puede tener carácter básico.

En segundo término, la regla de la indemnidad de los propietarios que cumplan los deberes urbanísticos, pretende preservar el contenido económico apropiable del derecho al aprovechamiento urbanístico. Abstractamente considerada y desconectada del precepto en el que se encuentra inserta podría encontrar cobertura, en caso de expropiación como sistema de actuación, en el artículo 149.1.18.º CE al establecer para el cálculo de la indemnización el sistema de valoración de la misma Ley. No debe olvidarse, sin embargo, que en el contexto del artículo 149.3 TRLS y preceptos concordantes no es posible admitir una interpretación conforme sin forzar su tenor literal, puesto que define, como es obvio, el concreto instrumento en que esa regla ha de hacerse efectiva, esto es, las consecuencias o efectos de la expropiación como sistema de actuación urbanística, institución sobre la que, por lo demás, el Estado carece de competencias. Ha de declararse, pues, la inconstitucionalidad del artículo 149.3 TRLS.

b) (Art. 150, «Falta de ejecución imputable a la Administración»).

Para el recurrente (recurso núm. 2486/90) se trata de una materia de detalle típicamente urbanística, sin que el Estado ostente competencia alguna para su regulación.

Ha de rechazarse, sin embargo, tal impugnación, puesto que del mismo modo que el Estado, en virtud de la competencia exclusiva para regular las condiciones básicas de ejercicio del derecho de propiedad y del cumplimiento de los deberes dominicales, ha establecido la pérdida o no adquisición de determinadas facultades por incumplimiento de los deberes básicos, también puede lícitamente indicar que los propietarios conservarán sus derechos a iniciar o proseguir el proceso urbanizador y edificador —en cuyo curso se produce la progresiva adquisición de facultades— cuando el incumplimiento sea imputable a la Administración. En este sentido, evidentemente, se completa el estatuto básico del régimen jurídico de la propiedad urbana y el precepto impugnado encuentra su cobertura en el artículo 149.1.1.º CE.

c) (Art. 151.1 y 3, «Unidades de ejecución con exceso de aprovechamiento real»).

Ha de aceptarse la impugnación de los recurrentes cuando sostienen que, sin perjuicio de que la materia regulada en el artículo 151.1 y 3 TRLS caiga dentro de la esfera de la competencia autonómica, difícilmente puede encajar en el concepto de bases puesto que el propio artículo 152 TRLS —que regula el supuesto contrario, esto es, que el aprovechamiento real sea inferior al susceptible de apropiación— tiene atribuido un pretendido carácter supletorio

(recurso de la Generalidad de Cataluña núm. 2481/90), o cuando afirman que, más allá del legítimo establecimiento del principio general de distribución equitativa de beneficios y cargas derivados del desarrollo urbanístico (arts. 140, 144.1, 154.1, etc.) que al Estado corresponde en virtud de sus títulos competenciales, el precepto impugnado dispone medidas concretas de carácter urbanístico que exceden de tal principio general, por lo que invaden la competencia autonómica (recurso de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares núm. 2337/92).

Baste, en efecto, remitirnos a cuanto ya se ha dicho en relación con los artículos 143 y 144 TRLS para concluir que el artículo 151.1 y 3 TRLS es contrario al bloque de la constitucionalidad.

A mayor abundamiento, ha de rechazarse la alegación del Abogado del Estado en defensa del artículo impugnado en el sentido de que resulte amparado por el artículo 149.1.18.º CE (bases de régimen jurídico de las Administraciones públicas), a la luz de cuanto hemos declarado respecto del referido título competencial al enjuiciar el artículo 104 TRLS.

d) (Art. 154.2, «Distribución justa de beneficios y cargas»).

Por las mismas razones, ha de prosperar la impugnación del artículo 154.2 que formula el recurso de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, habida cuenta de que contiene una concreción del principio de distribución equitativa que no encuentra amparo en ningún título competencial del Estado.

No obstante, este precepto hace una referencia a los bienes de dominio y uso público que, para la representación estatal, constituye una regulación del régimen general del dominio público y, en consecuencia, se trataría de una base del régimen jurídico administrativo (art. 149.1.18.º CE). Conviene recordar, sin embargo, que según una doctrina que reiteradamente hemos sostenido (SSTC 77/1984, fundamento jurídico 3.º; 227/1988, fundamento jurídico 14.º; 103/1989, fundamento jurídico 6.º; 149/1991, fundamento jurídico 1.º) la titularidad del dominio público no es, en sí misma, un criterio de delimitación competencial y que, en consecuencia, la naturaleza demanial no aísla a la porción del territorio así caracterizado de su entorno, ni la sustrae de las competencias que sobre ese aspecto corresponden a otros entes públicos que no ostentan esa titularidad, sin perjuicio de que de ésta se deriven ciertas facultades, como también advertíamos en la STC 149/1991 (fundamento jurídico 1.º). En el presente caso, además, no se pretende regular unas potestades sobre los bienes demaniales de titularidad estatal que haya que preservar, sino que se trata de la gestión urbanística de bienes de dominio y uso público ya obtenidos, sea por cesión gratuita o no, es decir, no es la materia relativa al dominio público la que aquí ha de considerarse prevalente, sino la más específica del urbanismo y, en consecuencia, el título competencial que descansa en el artículo 148.1.3.º CE. El artículo 154.2 TRLS resulta, pues, contrario al orden constitucional de competencias.

e) [Art. 166.1 a), c) y e), «Reglas para la reparcelación»].

Los recurrentes impugnan el carácter básico de este artículo por entender que no se compadece con el concepto de norma básica, máxime cuando la letra a) establece como básico un criterio que los mismos propietarios pueden modificar mediante acuerdo unánime (recurso núm. 2342/92). Para el Abogado del Estado, sin embargo, las letras a) y c) del artículo 166.1 TRLS encuentran amparo en el artículo 149.1.1.º CE en relación con los artículos 33.1 y 2 y 47 CE en cuanto mínima garantía de igualdad básica de los propietarios sujetos a reparcelación —técnica de justo reparto de beneficios y

cargas—, en tanto que la letra *e*) del citado precepto más bien se asiste competencialmente en el artículo 149.1 18.º CE.

En primer término, no puede compartirse el argumento de la representación estatal en relación con la letra *a*) del artículo 166.1 TRLS, en virtud de cuanto ya hemos declarado respecto del título competencial que se residencia en el artículo 149.1.1.º CE. No resulta en modo alguno admisible, pues, una interpretación tan amplia del referido título estatal que cierre a las Comunidades Autónomas la posibilidad de fijar el régimen jurídico del derecho de propiedad urbana, pieza central de la materia urbanística, con respeto, claro está, de las condiciones básicas que al Estado incumbe establecer. Desde un plano más concreto, también hemos puesto de manifiesto que el artículo 149.1.1.º CE no puede amparar la configuración de técnicas concretas, por más que puedan incidir sobre la propiedad urbana, cuando exceden de la regulación de las condiciones básicas de las facultades y deberes fundamentales, como sucede, en los términos ya señalados, en relación con el aprovechamiento tipo (arts. 95, 96, 97, 98 y 99), las unidades de ejecución (arts. 143, 151.1 y 3) y, ahora, con la técnica de la reparcelación a la que se refieren las letras *a*) y *c*) del artículo 166.1 TRLS. No es suficiente, por tanto, que el artículo 166 TRLS pretenda hacer realidad el principio de distribución equitativa de cargas y beneficios en relación con las facultades dominicales para que tenga cobertura, sin más, en el artículo 149.1.1.º CE. Por el contrario, tal como hemos reiterado, la opción por un concreto instrumento o técnica urbanística —que no se desprenden necesariamente de las condiciones básicas— pertenece a la competencia sobre la materia urbanística.

La inconstitucionalidad de la calificación como norma básica no obedece a que los propietarios, por unanimidad, puedan establecer un criterio distinto al de la proporcionalidad —puesto que, al fin y al cabo, la distribución equitativa tiene a aquéllos por destinatarios y no es incongruente que prevalezca otro criterio cuando es unánime—, sino más bien a que el Estado carece de título competencial suficiente para su regulación al amparo del artículo 149.1 1.º CE.

Las letras *c*) y *e*) del artículo 166.1 TRLS inciden, sin duda, más directamente sobre los criterios de valoración que ha de contener el proyecto de reparcelación. El artículo 166.1.c) TRLS establece que las plantaciones, edificaciones, obras, instalaciones y mejoras habrán de valorarse con independencia del suelo, y su importe se satisfará al propietario interesado con cargo al proyecto en concepto de gastos de urbanización. El artículo 166.1.e) TRLS, por su parte, otorga un derecho a la indemnización para los supuestos que contempla y en los términos del artículo 241 TRLS.

Para enjuiciar estos dos preceptos, es preciso recordar que al Estado no le incumbe establecer y regular la reparcelación urbanística como técnica concreta de distribución equitativa de cargas y beneficios, por cuanto no encuentra cobertura en el título que le otorga el artículo 149.1.1.º CE. De otra parte, es cierto también que hemos reiterado que al Estado le compete regular la valoración a efectos expropiatorios (art. 149.1.18.º CE). Pero, en rigor, y a los efectos competenciales que al artículo 149.1.18.º CE interesan, no es la reparcelación una institución expropiatoria sobre la que haya de proyectarse el referido título estatal. En el diseño general del TRLS, se trata de una actuación, inserta en la fase de ejecución urbanística y, desde luego, en principio previa al nacimiento del derecho mismo, en la que no está presente el interés general de la misma forma que en la expropiación forzosa *stricto sensu*

(art. 33.3 CE), puesto que, por lo que aquí interesa, persigue materializar el aprovechamiento susceptible de apropiación de los particulares. De ahí se infiere que las letras *c)* y *e)* del artículo 166.1 TRLS tampoco pueden quedar amparadas por la competencia estatal sobre expropiación forzosa y, en consecuencia, constituyen disposiciones contrarias al bloque de la constitucionalidad.

f) (Art. 167, «Efectos del acuerdo aprobatorio de la reparcelación»).

El Estado puede, desde luego, en virtud de su título competencial 149.1.8.º CE, regular los efectos civiles (transmisión, subrogación y afectación real) que se anudan a los proyectos de reparcelación. Lo que no puede, sin embargo, es vincular dichos efectos civiles a un determinado momento procedimental concreto y a una técnica urbanística concreta de la ejecución del planeamiento, como hace el artículo 167 al asociar aquellos efectos al «acuerdo aprobatorio del proyecto de reparcelación», ni tampoco establecer la afectación de determinados terrenos a concretas finalidades (patrimonio del suelo y usos previstos en el planeamiento) que se encuadran en la materia típicamente urbanística. Por esta razón, ha de estimarse el precepto inconstitucional por contrario al orden de competencias.

g) (Art. 174.2, «Liberación de expropiaciones»).

Se impugna el carácter de «aplicación plena» de este precepto que le atribuye la Disposición Final Unica, segunda, TRLS, en virtud del artículo 149.1.8.º y 18.º CE. La Generalidad de Cataluña impugna el artículo 174.2 TRLS por entender que regula materia propiamente urbanística deslegitimando cualquier normativa urbanística.

Si se entiende que la liberación ex artículo 174.2 TRLS sólo está conectada al incumplimiento de los deberes básicos a que se refiere el artículo 149.1.1.º CE, preciso será concluir que el precepto impugnado resulta contrario al orden constitucional de competencias. En efecto, como hemos reiterado, desde el artículo 149.1.1.º CE no se pueden imponer conductas a la Administración competente, bien sean para expropiar o, como aquí, para impedir o prohibir el recurso a la técnica expropiatoria. En este ámbito, el artículo 149.1.1.º CE sólo autoriza al legislador estatal a que establezca, en su caso, la causa de expropiar, y no, como pretende el artículo 174.2 TRLS, a determinar cuándo es preceptiva o cuándo está prohibida. Si le está vedado imponerla, porque no puede sino limitarse a la definición, tampoco podrá prohibirla.

Si, por el contrario, y desde una interpretación sistemática, se concluye que la liberación constituye una técnica ligada a la expropiación como sistema de ejecución urbanística, ajena, por tanto, al cumplimiento de los deberes básicos, con mayor razón habrá de concluirse en su inconstitucionalidad, puesto que, en tal hipótesis, el Estado no podría siquiera establecer la causa de expropiar —que sigue a la competencia material, según sabemos— y, menos aún, disciplinar su utilización. En consecuencia, ha de declararse la inconstitucionalidad del artículo 174.2 TRLS.

h) (Art. 176, «Incumplimiento del propietario de bienes liberados»).

Ha de tenerse por plenamente fundada la impugnación del recurrente (recurso núm. 2342/92) cuando afirma que este precepto sólo podría considerarse norma básica si se remitiera a los deberes básicos establecidos en la Ley, pero no en cuanto que en la resolución liberatoria pueden señalarse otros deberes al margen de los anteriores. En efecto, del tenor literal del artículo 176 TRLS se infiere que incluye tanto los deberes que la Ley misma esta-

blece, cuanto las condiciones que la resolución pueda fijar. En la medida en que el Estado no tiene competencias sobre la expropiación como sistema de actuación, ni puede invocar la convergencia de otro título competencial —como hace el art. 173 TRLS—, ha de concluirse necesariamente en la invasión competencial del artículo 176 TRLS cuando establece la expropiación o la vía de apremio ante el incumplimiento de los deberes establecidos en la resolución liberatoria y, con ello, la del entero precepto puesto que nada puede añadir ya a la expropiación por incumplimiento de la función social de la propiedad y, en concreto, de los deberes legales básicos que el propio TRLS reconoce. Además, y en coherencia con cuanto se ha señalado en la presente sentencia, tampoco desde el artículo 149.1.1.º CE podrían imponerse conductas a otras Administraciones, como la obligación de expropiar —tal como pretende el precepto aquí impugnado—, sino, en su caso, tan sólo la determinación de una causa de expropiar, que puede ser utilizada o no. En conclusión, pues, el artículo 176 TRLS es contrario a la Constitución.

i) (Art. 184.2, «Incumplimiento de las obligaciones por el adjudicatario»).

El apartado 2.º del artículo 184 TRLS dispone que el adjudicatario del programa de actuación urbanística «queda sujeto a las medidas de expropiación o venta forzosa por incumplimiento de los deberes previstos en esta Ley». Ciertamente es que el Estado carece de competencias para regular tales programas así como para su adjudicación misma y, en consecuencia, no podría anudar ciertos efectos o consecuencias jurídicas a una institución cuya regulación no le compete. Ahora bien, en el precepto considerado no se hace sino asegurar la igualdad en el cumplimiento de los deberes básicos del estatuto de la propiedad urbana que gravan con carácter objetivo el suelo, cualquiera que sea su titular (art. 149.1.1.º CE), y garantizar que uno de los instrumentos a su servicio —la expropiación o venta forzosa por incumplimiento de la función social (art. 149.1.18.º CE)— no se vea desplazado por el mero recurso a una técnica urbanística que corresponde establecer a las Comunidades Autónomas, como aquí ocurre con la adjudicación de programas de actuación urbanística.

Sin forzar la inteligencia literal y sistemática del precepto, es posible entender, como el propio representante del Gobierno de las Islas Baleares reconoce, que el adjudicatario queda sujeto a las medidas de expropiación o venta forzosa por incumplimiento de los deberes básicos inherentes al estatuto de la propiedad amparados en el artículo 149.1.1.º CE, pero no de cualesquiera otras obligaciones que aquél haya contraído mediante convenio. Desde ese punto de vista, hay que reconocer que el artículo 184.2 TRLS queda amparado por la competencia estatal *ex* artículo 149.1.1.º CE, como ha quedado dicho.

29. (Título IV, «Ejecución del planeamiento». Capítulo IV, «Obtención de terrenos dotacionales». Arts 203 y 205).

a) (Art. 203, «Ocupación directa»).

Salvo en su apartado 1, el artículo 203 TRLS es una mera reproducción del artículo 59 de la Ley 8/1990, impugnado tanto por la Generalidad de Cataluña como por la Diputación General de Aragón (antecedentes núms. 7.H y 10.C, respectivamente, y reproducidos en los recursos núms. 2341 y 2342/92 contra el artículo 203 TRLS). En síntesis, el motivo de la impugnación se resuelve en afirmar que su contenido es puramente de gestión urbanística y corresponde determinarlo a las Comunidades Autónomas. Aduce asimismo la Generalidad

de Cataluña que tiene establecida de forma diversa la obtención de terrenos dotacionales, regulación que luego ha pasado al Texto Refundido aprobado por el Decreto Legislativo 1/1990, de 12 de julio, sobre legislación vigente en materia urbanística en Cataluña, y que ha demostrado su eficacia desde entonces.

Para dilucidar, a los efectos de la disputa competencial aquí planteada, si estamos ante una técnica de gestión urbanística cuya regulación corresponde al legislador autonómico, en virtud de su competencia exclusiva sobre urbanismo, o nos encontramos ante una modalidad de la expropiación forzosa aplicada en el ámbito urbanístico, es decir, ante una variante o modalidad de la expropiación común o general, hemos de examinar no sólo el artículo 203 en su integridad sino también el artículo 204 TRLS, que viene a completar la regulación dirigida a la obtención de terrenos dotacionales, sin abono de justiprecio en metálico.

Si bien no cabe desconocer que se entrelazan en la regulación de los mencionados preceptos notas características de las técnicas de urbanismo o de la gestión urbanística y elementos propios de la expropiación forzosa, ha de entenderse, a nuestro limitado propósito, que predomina la configuración de una singular modalidad expropiatoria. En efecto, por la denominada ocupación directa se produce, respecto a terrenos afectados por el planeamiento a dotaciones públicas (que no hayan de ser objeto de cesiones obligatorias y gratuitas), es decir, terrenos sin aprovechamiento lucrativo para su propietario también denominados «de aprovechamiento cero», la transmisión coactiva de la titularidad dominical de tales terrenos a las Administraciones urbanísticas actuantes para adscribirlos a los usos y servicios públicos que motivaron su afectación en el Plan de ordenación. La vinculación de destino que éste dispuso se hace así efectiva, trasladando la titularidad dominical de manos privadas a la de Entes públicos, traslación que se realiza de forma coactiva, y que se produce con una doble singularidad: *a)* de una parte, la ocupación se realiza sin previo pago del justiprecio, al igual que ocurre en la expropiación de urgencia (art. 52 y concordantes de la LEF), y *b)* de otra, que el justiprecio no consiste aquí en el abono de una indemnización dineraria como equivalente económico del terreno ocupado, sino en la adjudicación al propietario del aprovechamiento urbanístico patrimonializado para que lo haga efectivo en una unidad de ejecución con exceso de aprovechamiento real. Esta última característica aproxima esta modalidad expropiatoria a la prevista en el artículo 217 TRLS, por la que unilateralmente la Administración expropiante puede satisfacer el justiprecio mediante la adjudicación de terrenos equivalentes, situados en la misma área de reparto que el expropiado.

Se sigue de lo anterior que es apreciable en la ocupación directa la existencia de alguna de las notas inherentes a la estructura esencial de la potestad administrativa expropiatoria: una privación singular y coactiva de derechos patrimoniales mediante la sustitución por su equivalente económico o indemnización (el aprovechamiento urbanístico correspondiente), y a través de un procedimiento formal, al que después aludiremos.

Ha de añadirse asimismo que en virtud de lo dispuesto en el artículo 204.2 del TRLS, la ocupación directa es susceptible de transformarse o reconducirse a una propia o común expropiación forzosa, a instancia del propietario expropiado, si transcurren los plazos previstos en dicho precepto sin que se produzca la aprobación definitiva del instrumento redistributivo de la unidad de ejecución excedentaria, que permita al propietario ocupado hacer efectivo en

ésta su aprovechamiento urbanístico. Esta posibilidad de reconducción a la expropiación pone de relieve que, en lo que aquí interesa, no nos hallamos en presencia de una simple técnica de gestión urbanística arbitrada por el legislador estatal, sino ante una determinación legal para habilitar una modalidad expropiatoria, como alternativa a la expropiación, cuya aplicación y regulación procedimental queda en manos del legislador autonómico, tal como señala el artículo 203.3 TRLS.

Al asimilarse la ocupación directa a la categoría de la expropiación forzosa, el Estado se halla legitimado, *ex artículo 149.1 18.º*, para establecer ciertas garantías expropiatorias con carácter de mínimo, sin perjuicio de que las Comunidades Autónomas puedan instrumentar las normas específicas del procedimiento que sean proporcionadas a la singularidad de la clase de expropiación de que se trate. Dichas reglas garantizadoras mínimas previstas en el artículo 203.3 TRLS vienen a coincidir, sustancialmente, con las contenidas en el procedimiento general o común de la expropiación forzosa contenido en la LEF y en su Reglamento ejecutivo, por lo que dicho apartado también encuentra cobertura en el título competencial del artículo 149.1.18.º CE.

Así, por lo que se refiere a la regla 1.ª, la publicación de la relación de terrenos y propietarios afectados no es sino fiel trasunto de la publicación del acuerdo de necesidad de ocupación, que ha de incorporar tal relación de inmuebles y de afectados, conforme determinan los artículos 20 y 21.2 de la LEF; asimismo la necesidad de notificación que dicha regla 1.ª, *in fine*, dispone, viene también exigida por el procedimiento general expropiatorio en los mencionados preceptos de la LEF, datos éstos a los que se añade en el caso de la ocupación directa, y precisamente en función de su singularidad, el del aprovechamiento urbanístico correspondiente a cada propietario y la unidad o unidades de ejecución donde podrán materializar aquel derecho. La regla 3.ª, que dispone el seguimiento de las actuaciones con el Ministerio Fiscal es idéntica básicamente a la contenida en el artículo 5.1 de la LEF, y finalmente, la regla 2.ª, se corresponde con la formalización documental de las actas (previas a la ocupación y de pago y ocupación) que legitiman a la Administración expropiante para la ocupación de los inmuebles expropiados.

Debe notarse, por último, que el apartado 1 del artículo 203 TRLS se limita a describir una técnica para anudarle, caso de ser utilizada, determinadas garantías. No pretende, en otras palabras, definir legalmente los supuestos en que cabe hacer uso de esta especie expropiatoria mediante la definición de la *causa expropriandi* que, como hemos reiterado, es una competencia que sigue a la competencia material, aquí reconducible a la de urbanismo, sino tan sólo hacer una referencia instrumental a los fines aludidos.

Los apartados 4, 5 y 6 del artículo 203 TRLS establecen unas reglas registrales inmobiliarias que, a juicio del representante estatal, encontrarían su amparo en el artículo 149.1.8.º CE, en cuanto es competencia exclusiva del Estado la materia de ordenación de los registros.

Ciertamente, corresponde al Estado en exclusiva, por virtud del precepto constitucional últimamente mencionado, determinar los actos inscribibles en el Registro de la Propiedad, los efectos y las operaciones registrales. La citada competencia permite al legislador estatal fijar con carácter general, para los supuestos en que se realicen operaciones jurídicas como las aquí contempladas, ciertas consecuencias o efectos, como la garantía de certificación. Por ello, debe concluirse que el artículo 203 TRLS en su totalidad se acomoda al orden constitucional de distribución de competencias.

b) (Art. 205, «Cesión obligatoria y gratuita de dotaciones en unidad de ejecución»).

El motivo de impugnación aducido por la Generalidad de Cataluña frente al artículo 203 se reproduce igualmente ante el artículo 205 (recurso núm. 2481/90 contra el art. 61, Ley 8/1990). El Abogado del Estado, sin embargo, esgrime argumentos específicos en defensa del precepto impugnado en virtud del artículo 149.1.18.º CE (Antecedente núm. 22.H, art. 61).

Para precisar el debate procesal, ha de notarse, en primer término, que el recurso de la Diputación General de Aragón (núm. 2341/92) incurre en el ya reiterado defecto de apoderamiento (fundamento jurídico 3.º B), que el recurso de la Generalidad de Cataluña número 2342/92 se remite a las alegaciones contenidas en su escrito (recurso núm. 2481/90) contra el artículo 61 de la Ley 8/1990, al igual que el Abogado del Estado cuyas alegaciones respecto del ahora artículo 205 TRLS, igualmente se remiten a las ya realizadas en defensa del artículo 61 Ley 8/1990, con olvido, ambas partes, de que el artículo 205 TRLS no es una mera reproducción del artículo 61, aunque con una sistemática distinta (61.2 ha pasado al 205.1 TRLS, 61.3 al 205.2 TRLS, y 61.1 al 205.3 TRLS), como, por lo demás, ocurre con otros muchos artículos del Texto Refundido que ya hemos enjuiciado. De este modo queda así delimitada la cuestión planteada. Por otra parte, para la representación estatal, el apartado 1 y 2 —que declaran la cesión obligatoria y gratuita de los terrenos afectos a dotaciones locales y precisan el momento en el que se produce la transmisión—, quedarían amparados en el artículo 149.1.1.º CE porque inciden directamente en determinados derechos de propiedad, y no sólo en el artículo 149.1.18.º CE. El artículo 205.3 encontraría su cobertura en el artículo 149.1.18.º CE en la medida en que, al garantizar la afectación de los terrenos dotacionales no obtenidos por expropiación, constituye una base del régimen jurídico-administrativo.

Ha de rechazarse la impugnación relativa al primer apartado del artículo 205 TRLS, en la medida en que se trata de un precepto que conecta inmediatamente con el deber básico de cesión de terrenos destinados a dotaciones públicas (art. 20.1.a TRLS), amparado por el artículo 149.1.1.º CE, en los términos allí indicados (cfr. fundamento jurídico 17.º b).

Los apartados 2 y 3 del artículo 205 TRLS, por el contrario, establecen cuándo y cómo se producen las cesiones obligatorias y gratuitas, lo que pertenece a la competencia de las Comunidades Autónomas en materia de urbanismo, a la luz de cuanto se ha dicho. Sin embargo, el Estado puede fijar ciertas garantías respecto de la forma de articularse la cesión a los fines previstos en el artículo 149.1.1.º CE, operación ésta ajena a lo que disponen los apartados 2 y 3 del artículo 205 TRLS. En suma, pues, debe declararse que el artículo 205.1 TRLS es conforme con la Constitución y que los apartados 2 y 3 del mismo precepto son contrarios al orden constitucional de distribución de competencias.

30. (Título IV y Título V. Arts. 199.1.b y 2.b; 202.1-4; 204; 206; 207, «Sobre la obtención de terrenos dotacionales y disposiciones generales en materia de supuestos de expropiación forzosa»).

Frente a estos artículos se discute la aplicación plena que les atribuye la Disposición Final Única, segunda, del TRLS, por virtud de los artículos 149.1.8.º y 18.º CE. El recurso de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares sostiene que los artículos 199.1.b y 2.b, 206 y 207 TRLS no constituyen

contenido propio de la competencia en materia de expropiación forzosa, sino utilización instrumental de la expropiación y ocupación directa como sistema de ejecución urbanística, o como expropiación-sanción, por lo que corresponde a las Comunidades Autónomas la decisión acerca de los supuestos en que debe utilizarse. En parecidos términos, la Generalidad de Cataluña (recursos núms. 2481/90 y 2342/92) sostiene que los artículos 206 y 207 son de la competencia autonómica porque en virtud de la doctrina de la STC 37/1987 son las Comunidades Autónomas y no el Estado las que ostentan la potestad de definir legalmente los supuestos en que cabe hacer uso del instrumento expropiatorio mediante la definición de la *causa expropriandi*. Contra el artículo 202.4 TRLS (recurso núm. 2481/90) alega, por relación con otros preceptos de los que pretendió su declaración como no básicos (arts. 32 y 203.2-6 TRLS, antes 38 y 59 Ley 8/1990), que invade la competencia urbanística. La Diputación General de Aragón impugna los artículos 199.1.b y 2.b, 202.1-4 y 204 TRLS por considerar que implican no una regulación institucional de la expropiación forzosa o de la ocupación directa, sino su utilización instrumental y la configuración de la causa de expropiar.

En suma, se debate la opción del legislador estatal al calificar de «aplicación plena» la técnica expropiatoria y la ocupación directa y, en concreto, la definición de la *causa expropriandi* que por inscribirse en el ámbito de una competencia sectorial autonómica no corresponde al Estado establecer. No obstante este alegato, lo cierto es que tales preceptos contienen una compleja regulación que incide sobre variados aspectos que conviene deslindar oportunamente.

Con carácter preliminar, obligado es dar por reproducido ahora cuanto se ha señalado al enjuiciar los artículos 203 y 205 TRLS, éstos de carácter básico, y en particular la doctrina relativa al artículo 149.1.1.º CE.

En primer término, ha de darse la razón a los recurrentes cuando impugnan el artículo 199.1.b y 2.b TRLS porque, en este supuesto, en efecto, se configura la expropiación como un instrumento necesario —dado el carácter «pleno» y excluyente del precepto—, lo cual es radicalmente incompatible con el sistema de reparto competencial, de conformidad con lo que hemos declarado. El Estado carece de competencias para establecer cuál o cuáles sean las vías necesarias e indisponibles para obtener terrenos dotacionales —que es la materia sobre la que se pretenden imponer unos concretos medios— al tiempo que su competencia *ex* artículo 149.1.18.º CE no alcanza más allá de la fijación de las garantías expropiatorias —también en su variante urbanística—. La regulación de la causa de expropiar para la obtención de terrenos dotacionales y la definición de la ocupación directa corresponde a las Comunidades Autónomas.

El Abogado del Estado en su defensa alega que lo que pretende el artículo 199.1.b y 2.b TRLS no es sino asegurar la disponibilidad del instrumento expropiatorio —en alternativa con la ocupación directa— para obtener terrenos destinados a sistemas generales en suelo urbano y a dotaciones públicas de carácter local, reconociendo que enuncian genéricas causas de expropiar. Y es justamente esa regulación la que resulta inconstitucional por extralimitación competencial, sin que enerve tal conclusión el hecho de que el artículo impugnado, como señala la representación estatal, no impida a las Comunidades Autónomas la definición de otras causas de expropiar dentro de sus competencias, puesto que el problema no radica en que no se deje espacio para la normación autonómica, sino, más precisamente, en que el Estado

carece de competencias para dictar con carácter básico o «pleno» una causa de expropiar cuando no tiene competencias sobre la materia o sector, como en el presente caso, para regular la obtención de terrenos dotacionales ni, como hemos declarado, para definir la ocupación directa.

En lo que al artículo 202, apartados 1 a 4, TRLS concierne, debe declararse la inconstitucionalidad del precepto en virtud de los siguientes argumentos:

1) En primer término, se trata no de regular la expropiación sino de determinar la obtención de terrenos dotacionales que no deben ser cedidos gratuitamente; estamos, pues, en el ámbito urbanístico, con referencia a técnicas urbanísticas tales como dotaciones excluidas de unidades de ejecución.

2) En realidad, no se pretende aquí regular una garantía expropiatoria o alguna singularidad de la expropiación urbanística, sino la dimensión temporal de la ejecución del planeamiento en cuanto al momento en que los sistemas generales y las dotaciones locales de suelo urbano deban pasar a manos públicas. Para ello se parte, implícitamente, de que los mecanismos coactivos de obtención —expropiación u ocupación directa— deben estar previstos en el programa de actuación de los Planes Generales, imponiendo así un concreto modelo urbanístico a las Comunidades Autónomas (202 1, inciso final).

3) Por tanto, no puede servir de título habilitante el del artículo 149.1.18 CE de legislación sobre expropiación, pues no es tal la materia objeto de normación, sino que se establecen las consecuencias de la inactividad administrativa respecto a la no ejecución en plazo del Plan General en suelo urbano, con determinación de plazos concretos y de procedimiento administrativo para lograr la expropiación a instancia del propietario, aspectos éstos —procedimiento y sus plazos— que pertenecen a la competencia urbanística sustantiva. Todo ello sin perjuicio, además, de la clara conexión del artículo 204.4 TRLS con el artículo 32 TRLS, que le hace acreedor de la misma censura. En suma, pues, el artículo 202, apartados 1 a 4, del TRLS es contrario al orden constitucional de distribución de competencias.

Ello no empece, sin embargo, a que el Estado por virtud de sus competencias del artículo 149.1.1 CE pueda establecer garantías en favor de los particulares frente a la inactividad expropiatoria de las Administraciones competentes en materia de urbanismo.

Finalmente, y por virtud de cuanto se ha dicho, la impugnación del artículo 206.1 TRLS ha de tenerse por plenamente fundada —a excepción de la relativa a la letra f) del apartado 1— en la medida en que establece —además con un pretendido carácter excluyente o pleno— diversas causas de expropiar en materia urbanística, sin que en los referidos supuestos (con la salvedad de la expropiación por incumplimiento de la función social de los deberes básicos que conforman la propiedad urbana: artículo 149.1.1.º CE) quepa apreciar ningún otro título estatal convergente. El hecho de que la letra g) del artículo 206.1 («los demás supuestos legalmente previstos») permita añadir nuevas causas de expropiar a las Comunidades Autónomas no empece a su inconstitucionalidad por vicio de incompetencia, como parece pretender la representación del Estado. Ciertamente es, como éste alega, que las Comunidades Autónomas no tienen tampoco el monopolio para definir legalmente las causas de expropiar —hemos reiterado que el artículo 149.1.1.º CE legitima al Estado para definir las—, pero no lo es menos que, con carácter general, será a las Comunidades Autónomas a las que corresponda establecerlas en virtud de sus propias competencias y, en el precepto impugnado, no es posible identificar título estatal capaz de oponerse a la competencia urbanística autonó-

mica. Ha de admitirse que los supuestos expropiatorios y sus respectivos procedimientos y garantías se encuentran estrechamente entrelazados, hasta el punto de que ciertas especies expropiatorias no sólo requieren ya procedimientos específicos, sino también garantías también ajustadas a su naturaleza.

De ahí se infiere que, a pesar del deslinde competencial (las garantías expropiatorias en manos del Estado, de un lado, y la definición de la causa de expropiar reservada al que ostente la competencia material, de otro) al Estado le es lícito establecer por coherencia con sus competencias exclusivas sobre las garantías expropiatorias las causas de expropiar cuando no ostente la competencia material o sustantiva, como hace, en efecto, la Ley de Expropiación Forzosa de 1954. Pero, en tales hipótesis, la definición estatal de una *causa expropriandi* sobre una materia sobre la que no tenga competencias (obras públicas; valor artístico, histórico o arqueológico, etc.) no será sino un simple punto de referencia para identificar o establecer, en su caso, las garantías expropiatorias específicas que una determinada clase de expropiación pueda merecer (urbanística; obras públicas; ocupación temporal, etc.), pero la causa de expropiar en sí misma nunca podrá tener carácter indisponible para las Comunidades Autónomas.

Por su parte, el artículo 206.2 TRLS dispone que la expropiación para los fines previstos en las letras *d)* y *e)* del apartado 1 del mismo artículo será posible antes del planeamiento parcial en suelo urbanizable programado, y en los supuestos de la letra *e)*, sólo si el destino fuera la construcción de viviendas, requerirá su inclusión en el correspondiente programa de actuación pública. Las dos reglas tienen en común regular la influencia del planeamiento en el ejercicio de la potestad expropiatoria. De ahí que no encuentran cobertura en el artículo 149.1 18.º CE y constituyan una determinación de procedimiento perfectamente disponible y su carácter de aplicación «plena» sea inconstitucional.

Por lo que hace a la expropiación por incumplimiento de la función social de la propiedad (art. 206.1.f y 207), esta definición de *causa expropriandi*, sólo se justifica en virtud de la competencia material para establecer deberes básicos amparados por el artículo 149.1.1º CE, no cualquier incumplimiento de los deberes que el TRLS establece. Habrá de interpretarse, pues, en cada caso, si estamos ante el incumplimiento de un deber básico en el sentido de aquellos que al Estado incumbe fijar *ex* artículo 149.1.1.º CE.

Con todo, el artículo 207 TRLS, a diferencia del artículo 206.1.f) TRLS que se reduce a la fijación de la *causa expropriandi*, establece la expropiación por incumplimiento de la función social con carácter imperativo («se aplicará», dice el precepto), por lo que, a la luz de cuanto se ha dicho y en coherencia con otros preceptos del TRLS de cuya inteligencia se desprende el mencionado carácter obligatorio, no puede admitirse su conformidad constitucional. Baste recordar, en efecto, que el Estado puede establecer como causa de expropiar el incumplimiento de los deberes básicos amparados en el artículo 149.1.1.º CE, sean éstos en su dimensión temporal (cumplimiento intempestivo), o espacial (violación de la terminante prohibición de nacimiento de propiedad urbana). Lo que no puede, sin embargo, es imponer conductas a la Administración competente, con apoyo en el artículo 149.1.1.º CE. En consecuencia, pues, el artículo 206.1 f) TRLS es conforme con el orden constitucional de competencias y el artículo 207 TRLS, por el contrario, es inconstitucional.

Los artículos 199.1.b y 2.b; 206.1 (a excepción de la letra f), y 206.2, son contrarios al orden constitucional de competencias. El artículo 202, párrafos 1 a 4, TRLS es también inconstitucional.

I) TÍTULO V DEL TRLS: «Expropiaciones y régimen de venta forzosa»

Sin perjuicio de que en el fundamento jurídico anterior, por razones de sistemática interna, haya sido oportuno introducirnos en el enjuiciamiento de los preceptos de cabecera del Título V (arts. 206 y 207 TRLS), procedemos seguidamente al examen de los restantes artículos impugnados que se localizan en el referido Título.

31. (Arts. 220.1, 221, «Sobre procedimiento de tasación conjunta y de expropiación individual»).

Los artículos 220.1 y 221 TRLS han sido objeto de impugnación por la Generalidad de Cataluña por entender que estos preceptos no pueden ser considerados de aplicación plena ya que materialmente no responden a un título competencial exclusivo del Estado. Su contenido supone una indebida vinculación de las actuaciones de los órganos autonómicos a la decisión normativa estatal, vulnerando el orden competencial fijado en los artículos 149.1.18.º CE y 10.1.1 EAC.

No puede desconocerse que el Capítulo III del Título V, en el que se insertan los preceptos impugnados, pretende regular diversos procedimientos expropiatorios (de tasación conjunta e individual). En concreto, artículo 220.1 TRLS atribuye el efecto implícito de declarar la urgente ocupación a la resolución autonómica que apruebe el expediente de tasación conjunta, con lo que ello significa de merma de garantías para el expropiado y de facilidad para la acción administrativa; el artículo 221 TRLS contiene ciertas garantías para los expropiados en procedimiento individual en relación con la legislación general de expropiación forzosa, así como su justificada excepción.

No se trata aquí de la fijación de una *causa expropriandi*, que incumbe a quien ostente la competencia material, sino de un procedimiento expropiatorio. Como se ha insistido, el Estado ostenta una competencia general sobre la expropiación forzosa, que no se limita a lo básico (art. 149.1.18.º CE) y que comprende la determinación de las garantías expropiatorias. Ahora bien, ello no significa que pueda establecer y predeterminar en detalle todas las garantías que rodean a la institución, sean en más o en menos (aquí claramente en menos), de cualquier especie expropiatoria y en todos los sectores del ordenamiento. Más allá de su competencia para regular la expropiación con carácter general, el legislador estatal ha de considerar los títulos competenciales sectoriales en juego, con los que deberá articularse. Por ello, cuando el sector de que se trate sea de la exclusiva competencia autonómica, las peculiaridades que merezcan las expropiaciones especiales sólo podrán ser establecidas, en su caso, con un marcado carácter principal o mínimo y en cuanto sean expresión de las garantías procedimentales generales. En otros términos, a la regulación del procedimiento expropiatorio especial le es aplicable en buena medida la doctrina sobre el reparto competencial del procedimiento administrativo, esto es, que se trata de una competencia adjetiva que sigue a la competencia material o sustantiva, con respeto, claro está, de las normas generales atinentes al procedimiento expropiatorio general que al Estado le

corresponde establecer y sin perjuicio también de que no se le pueda negar de raíz la posibilidad de fijar alguna norma especial en cuanto expresión o modulación de las normas procedimentales generales.

Así las cosas, la regulación de los preceptos impugnados excede notablemente de tal carácter mínimo o principal y, en consecuencia, los artículos 220.1 y 221 TRLS deben ser declarados inconstitucionales.

32. (Título V, «Expropiaciones y régimen de venta forzosa». Arts. 227.1; 228. 3 y 4).

a) (Art. 227.1, «Venta forzosa por incumplimiento de deberes urbanísticos»).

El Estado puede establecer la expropiación o la venta forzosa, según hemos reiterado, frente al incumplimiento de aquellos deberes básicos para cuya regulación sí tiene competencias al amparo del artículo 149.1.1.º CE. Pero el artículo aquí impugnado hace, en realidad, algo más. De un lado, impone a la Administración competente la utilización de estos instrumentos, siendo así que, como ya nos consta, desde el artículo 149.1.1.º CE no puede el Estado exigir a otras Administraciones determinadas conductas. De otro, y al margen de la completa remisión a la legislación autonómica aplicable, el segundo párrafo del artículo 227.1 TRLS dispone que la indemnización al propietario por la venta forzosa habrá de hacerse «por el valor correspondiente al grado de adquisición de facultades urbanísticas», extremo éste que encuentra clara cobertura en la competencia estatal para determinar el justiprecio (art. 149.1.18.º CE) de unas facultades, además, cuyas condiciones básicas compete regular.

En consecuencia, pues, el primer inciso del artículo 227.1 TRLS es contrario al sistema constitucional de distribución de competencias. El segundo párrafo, por el contrario, resulta conforme con la Constitución («La venta forzosa, en los supuestos en los que proceda de conformidad con lo dispuesto en esta Ley, se realizará a través del procedimiento que se determine en la legislación aplicable, indemnizándose al propietario por el valor correspondiente al grado de adquisición de facultades urbanísticas»).

b) (Art. 228.3 y 4, «Edificaciones ruinosas e inadecuadas»).

Este precepto se refiere a la valoración de los terrenos con edificaciones ruinosas o inadecuadas. Para la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, el artículo 228.3 y 4 TRLS invade la competencia autonómica en virtud de los mismos argumentos aducidos en relación con los artículos 27, 32 y 59 TRLS, que ya hemos analizado, y a los que, en efecto, cabe remitirse para la resolución de la presente impugnación, en particular al artículo 59.1 y 2 TRLS.

Ciertamente, entre las condiciones básicas que garanticen la igualdad, el Estado puede establecer ciertos deberes de conservación de los edificios, como establece el artículo 228.1, en su primer párrafo. Por las mismas razones expuestas al examinar el artículo 30 TRLS, con el que el precepto ahora considerado guarda una clara relación, debe admitirse en principio la posibilidad de que el Estado establezca, como reacción ante el incumplimiento de un deber amparado en la regla 1.ª del artículo 149.1 CE, una reducción como la prevista en el artículo 228.3 TRLS. Sin embargo, no todo el artículo 228.3 TRLS admite una interpretación conforme por su referencia al aprovechamiento tipo, inciso que no es compatible con el orden constitucional de competencias.

El artículo 228.4 TRLS, por su parte, se limita a configurar *ob rem* el régimen del artículo 228, y, como acertadamente alega el Abogado del Esta-

do, tiene su cobertura en el artículo 149.1.8.º CE por su evidente incidencia sobre el tráfico jurídico-privado.

En conclusión, pues, el apartado 3.º del artículo 228 TRLS es conforme al orden constitucional de distribución de competencias, salvo su inciso «según el aprovechamiento tipo vigente al tiempo de la tasación», en tanto que su apartado 4.º resulta constitucional.

J) TÍTULO VI DEL TRLS. «Supuestos indemnizatorios»

33. (Art. 237, «Indemnización por alteración del planeamiento»; art. 238, «Indemnización por alteración del planeamiento, con derecho a edificar»; art. 239, «Indemnización por vinculaciones singulares»; art. 241, «Cláusula residual de indemnización»).

Los motivos de impugnación que resultan de las alegaciones de los recurrentes (recursos núms. 2481/90 frente a los arts. 86-89 Ley 8/1990; núm. 2342/92, contra los que los reproducen y además contra 237.2, 238.2, 239.2; núm. 2486/90 y 2341/92, así como el núm. 2337/92) se sintetizan en tres consideraciones: primero, corresponde a la legislación urbanística autonómica la determinación de los supuestos de indemnización; segundo, la materia no debe encuadrarse como perteneciente al ámbito relativo a la dinámica del «sistema de responsabilidad de las Administraciones públicas», por no concurrir los supuestos estructurales para ello, puesto que, además, la competencia estatal no puede absorber un sector específico que pertenece a la disponibilidad autonómica; y, tercero, la generalidad con que están redactados estos preceptos no responde a lo que deba ser la regulación del derecho de los particulares a ser indemnizados por cualquier lesión que padezcan en sus bienes o derechos, reconocido en el artículo 106.2 CE (Antecedentes núms. 7 H; 10.C; 25.C; 28.C; 31.B).

En primer término, no puede compartirse este último argumento, habida cuenta de que precisamente la nota de generalidad de esos preceptos responde a la estructura de una regulación básica que se resuelve en contenidos mínimos o incompletos según los casos, susceptibles de desarrollos diversos. Es evidente que el reproche de generalidad, por sí mismo, no puede determinar la inconstitucionalidad de los artículos impugnados por su carácter básico.

La regulación contenida en los preceptos enjuiciados establece los casos en que la Administración urbanística viene obligada a indemnizar a los propietarios afectados en virtud de la alteración (modificación o revisión) del planeamiento, materia ésta que encaja plenamente en el régimen de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, atribuida al Estado por el artículo 149.1.18 CE.

El artículo 149.1.18.º CE no puede excluir que, además de esa normativa común que representa el sistema de responsabilidad para todo el territorio, las Comunidades Autónomas puedan establecer otros supuestos indemnizatorios en concepto de responsabilidad administrativa, siempre que, naturalmente, respeten aquellas normas estatales con las que en todo caso habrán de coheretarse y sirvan al desarrollo de una política sectorial determinada. En ese sentido, la eventual regulación de nuevos supuestos indemnizatorios en el ámbito de las competencias exclusivas autonómicas constituye una garantía —indemnizatoria— que se superpone a la garantía indemnizatoria general que al Estado compete establecer.

Por último, es evidente el paralelismo que guarda esta figura (art. 106.2 CE) con la expropiatoria (art. 33.3 CE), ambas recogidas a efectos competenciales en el artículo 149.1.18.º CE, y modalidades de un mismo género: la garantía patrimonial del ciudadano. Supuestos indemnizatorios, sea a título de responsabilidad administrativa o de expropiación forzosa, que no siempre cabe distinguir fácilmente (pues desde la perspectiva constitucional bien podrían calificarse también de expropiatorios algunos de los supuestos contemplados en los arts. 237 y sigs. TRLS), pero que, en todo caso, encuentran su cobijo, en los términos indicados, en el artículo 149.1.18.º CE.

A resultados de cuanto antecede, cabe concluir que los preceptos impugnados son conformes al orden constitucional.

K) TITULO VII DEL TRLS: «Intervención administrativa en la edificación y uso del suelo, y disciplina urbanística»

34. (Arts. 242.1 y 6; 246.2; 248; 249; 253.3; 254.2).

a) (Art. 242.1 y 6, «Actos sujetos a licencia»)

El artículo 242.1 y 6 TRLS, relativo a los actos sujetos a licencia urbanística, ha sido objeto de impugnación, igualmente, por su carácter básico. La Generalidad de Cataluña impugna el apartado 1.º del artículo 242 en virtud del cual «todo acto de edificación requerirá la preceptiva licencia municipal», puesto que, aduce, por muy lógica que sea esa regulación, corresponde dictarla a quien tenga la competencia en materia urbanística, advirtiéndole que no se impugna el siguiente artículo, el 243, que es donde se establece la competencia de los entes locales para otorgar las licencias.

Hemos de situar la actividad edificatoria, en cuanto actividad final a la que han de incorporarse los propietarios de suelo tras la correspondiente urbanización, en el contexto del sistema que el legislador estatal ha diseñado como estatuto básico de la propiedad urbana, desde su competencia *ex* artículo 149.1.1.º CE. En tal sentido, el acto de edificación implica la materialización sobre un determinado terreno —solar— del aprovechamiento urbanístico patrimonializado por el titular dominical de aquel, de tal manera que el acto autorizatorio de la licencia municipal no es sino el modo de control o intervención administrativa para fiscalizar si se ha producido la adquisición de dicha concreta facultad urbanística, cual es el «derecho a edificar», cumpliendo así la licencia no sólo la finalidad de comprobar si la edificación proyectada se ajusta al Plan y a la legislación urbanística sino también, como prescribe el artículo 242.4, para las actuaciones asistemáticas, si el aprovechamiento proyectado se ajusta al susceptible de apropiación.

No puede entenderse el precepto enjuiciado desconectado del artículo 33 TRLS en cuanto éste dispone que «el otorgamiento de la licencia determinará la adquisición del derecho a edificar, siempre que el proyecto presentado fuera conforme con la ordenación urbanística aplicable». Situado en este contexto legal, el artículo 242.1 TRLS al exigir con carácter preceptivo la licencia para «todo acto de edificación» responde a la lógica interna de la regulación de las condiciones básicas que garantizan la igualdad en el ejercicio de los derechos de la propiedad urbana (derecho a edificar), regulación que al Estado compete en virtud del artículo 149.1.1.º CE. Ello explica que el apartado 1, objeto de nuestro enjuiciamiento, aluda exclusivamente a actos de edificación, y no a los restantes supuestos de usos del suelo y del subsuelo.

que, en cuanto no se ordenan directamente a materializar el aprovechamiento urbanístico, no pueden ampararse en el invocado título competencial del Estado.

Es otro, sin embargo, el título competencial en juego respecto del apartado 6 del artículo 242 TRLS. Este precepto, en atención a su contenido se encuadra en la competencia del Estado sobre las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (art. 149.1.18 CE) por lo que debe rechazarse la impugnación esgrimida en punto al artículo 242.6 TRLS. Regulación que ha venido a recogerse en la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

b) (Art. 246.2, «Ordenes de ejecución por motivos turísticos o culturales»).

El artículo 246.2 TRLS es impugnado por la Generalidad de Cataluña por entender que pertenece a lo que denomina «función urbanística». El tenor literal del precepto impugnado y su misma ubicación sistemática, sin embargo, ponen de relieve que se trata de regular el «deber de conservación», como inherente a la propiedad urbana, esto es, un deber que constituye una expresión de la función social de esta forma de propiedad. Sobre ese deber de conservación genérico, el precepto en cuestión añade e incorpora la perspectiva del patrimonio histórico, íntimamente unida con frecuencia a la de la propiedad urbana. El artículo 246.2 TRLS regula el deber genérico de la propiedad urbana monumental de soportar el coste económico de las obras de conservación y reforma siempre que no supere el límite del indicado deber de conservación que le corresponda, a partir del cual la ejecución de las obras correrá a cargo de la Entidad que lo ordene. En otras palabras, el objeto del precepto es fijar las condiciones básicas del ejercicio del derecho de propiedad urbana y monumental obligando a su titular a soportar el coste económico de la conservación, siempre que no se rebase el límite razonablemente exigible por virtud de la función social (art. 33.2 y 53.1 CE).

A efectos del orden constitucional de distribución de competencias, este tema se reconduce, pues, a la regulación del derecho de propiedad privada (art. 149.1.1.º CE) y no a la genérica función urbanística (art. 148.3 CE). En realidad, el artículo 246.2 TRLS conecta inmediatamente con el artículo 21 TRLS que establece los deberes básicos de uso, conservación y rehabilitación. Sobre el propietario de toda clase de terrenos y construcciones pesa el deber básico de mantenerlos en condiciones de seguridad, salubridad y ornato público y quedarán sujetos igualmente a las normas sobre protección del medio ambiente y de los patrimonios arquitectónicos y arqueológicos, y sobre rehabilitación urbana (art. 21.1 TRLS). Finalmente, dispone que el coste de las obras necesarias para hacer efectivos tales deberes será sufragado por los propietarios o la Administración, en los términos que establezca la legislación aplicable (art. 21.2 TRLS). Salta a la vista que se limita a formular unos deberes genéricos y mínimos que habrán de ser colmados por la legislación sectorial aplicable dictada en el marco del sistema competencial en materias como patrimonio histórico o medio ambiente, entre otras. Es evidente, pues, que el artículo 21 TRLS —ubicado en la Sección 1.ª del Capítulo III, sobre régimen del suelo urbano y urbanizable— y, con conexión con éste, el artículo 246.2 TRLS aquí impugnado, quedan a cubierto por las condiciones básicas a las que se refiere el artículo 149.1.1.º CE.

Por otra parte, el artículo 246.2 TRLS en cuanto establece la existencia de un límite o frontera entre aquellos deberes de conservación que son manifes-

tación de la función social (art. 33.2 CE) y aquellos otros que desbordan las exigencias de aquella y, por consiguiente, están sujetos a indemnización (art. 33.3 CE), entronca también con la competencia estatal en materia de expropiación forzosa en punto a la indemnización (art. 149.1.18.º CE), al apuntar la divisoria entre las obras no indemnizables (por estar contenidas dentro del deber de conservación que les corresponda en virtud de la función social), de aquellas otras que, excediendo de lo que le es exigible al propietario, sirven directamente al interés general, como afirma el precepto, y tienen, en consecuencia, impacto materialmente expropiatorio. En efecto, la distinción a la que implícitamente el artículo 246.2 en conexión con el artículo 21.2 TRLS hace referencia entre intervención delimitadora del contenido del derecho (art. 33.2 CE) e injerencia expropiatoria (art. 33.3 CE) supone el reconocimiento de que el legislador, al delimitar en el presente caso los deberes inherentes a la propiedad urbana en aras de la función social (art. 33.2 CE), puede establecer, en virtud del interés general (aquí, por motivos turísticos o culturales; artículo 246.1 TRLS), obligaciones y cargas con efectos materialmente expropiatorios por ser susceptibles de privar de toda rentabilidad económica o utilidad privada al derecho de propiedad, desbordando, en consecuencia, el contenido esencial del dominio y surgiendo entonces el deber de indemnizar (SSTC 227/1988, fundamento jurídico 11.º; 170/1989, fundamento jurídico 8.º, etc.). Ciertamente, no quiere ello decir que sea el legislador estatal el único obligado o competente para fijar los supuestos indemnizatorios o la divisoria entre la delimitación del contenido y la ablación del mismo, pues ello es una obligación (art. 33.3 CE) que pesa sobre cualquier legislador (como se infiere, entre otras, de las SSTC 37/1987 ó 170/1989), pero es evidente que en el caso del artículo 246.2 TRLS no hace sino reconocer un deber básico, (art. 149.1.1.º CE) y apuntar cuándo su cumplimiento da derecho a indemnización (art. 149.1 18.º).

c) (Art. 248, «Obras de edificación sin licencia o sin ajustarse a sus determinaciones en curso de ejecución»; art. 249, «Obras terminadas sin licencia o sin ajustarse a sus determinaciones»).

Los recursos de la Generalidad de Cataluña y de la Diputación General de Aragón reproducen argumentos similares a los ya expuestos en relación con los artículos 38 y siguientes TRLS (y los correspondientes de la Ley 8/1990), con los que el artículo 248 y 249 TRLS guardan una evidente relación, por entender que no es sino la pura disciplina urbanística lo que el precepto impugnado pretende regular con carácter básico.

Ha de comenzarse por recordar que la mera calificación legal o doctrinal de «disciplina urbanística», como ha quedado dicho, no constituye un criterio definitivo, sino la materia o materias que esos preceptos encierran a efectos competenciales. En ese sentido, preciso es admitir que los artículos 248 y 249 TRLS tienen por objeto inmediato la restauración de la legalidad urbanística, no la regulación de las condiciones básicas de ejercicio de las facultades que integran el derecho de propiedad urbana, aunque sin duda inciden sobre él, a diferencia de la regulación de los artículos 38 y siguientes del TRLS en la que, entre otros aspectos, se pretende establecer las condiciones básicas de adquisición y pérdida del derecho a la edificación, las condiciones para materializar el mismo *ius aedificandi*.

Por el contrario, el mismo encabezamiento de la Sección Tercera («Protección de la legalidad urbanística») del Capítulo I del Título VII resulta bien elocuente en el sentido de que los preceptos en cuestión no persiguen, cuando

menos de forma directa, regular el ejercicio del derecho de propiedad urbana en sus elementos más básicos, sino la reacción del ordenamiento por infracción de la legalidad urbanística, bien determinando que el órgano municipal competente acuerde la suspensión inmediata de la ejecución de las obras (art. 248), bien disponiendo las medidas municipales posibles cuando la obra ilegal ya está terminada (art. 249). Por lo que hace al primero de los preceptos impugnados, cabe concluir que no tiene otro propósito que establecer los requisitos subjetivos y objetivos, el procedimiento de suspensión y los efectos que se siguen de su posible legalización. En cuanto al segundo, se llega a idéntico resultado, puesto que lo que se contempla en esta otra forma de infracción del ordenamiento jurídico (obras ya terminadas sin licencia o sin ajustarse a sus determinaciones) no son sino las medidas que habrá de tomar el Ayuntamiento para preservar la legalidad objetiva, disponiendo también los requisitos, el procedimiento a que ha de sujetarse y sus efectos. No es, pues, el artículo 149.1.1.º CE el que puede dar cobertura a estos preceptos. Importa subrayar, a mayor abundamiento, que, sin duda, los artículos 248 y 249 TRLS se encuentran, como hemos apuntado y advierten las partes, íntimamente ligados a los artículos 37 y 38 y siguientes TRLS, pero mientras éstos constituyen un correlato directo del derecho a la edificación apurando la cobertura que le presta el artículo 149.1.1.º CE, como ya notábamos, aquellos otros —los arts. 248 y 249 TRLS—, sin embargo, van más lejos estableciendo las concretas medidas de reacción que la Administración urbanística ha de adoptar, su procedimiento y efectos, cuestiones éstas que, en principio, encajan en la competencia material urbanística. Desde otra perspectiva, puede decirse que mientras los artículos 38 y siguientes TRLS sientan los principios generales (la no patrimonialización de las edificaciones sin licencia e incompatibles con el planeamiento; la posible legalización de las no amparadas en licencia pero compatibles con el planeamiento, etc.), los artículos 248 y 249 TRLS los desarrollan pormenorizadamente, desbordando entonces la competencia estatal. No concurriendo, por lo demás, otra competencia de titularidad estatal, forzoso es concluir en la evidente inconstitucionalidad de los artículos impugnados por vicio de incompetencia.

d) (Art. 253.3, «Suspensión de licencias y paralización de obras», y art. 254.2, «Revisión de licencias u órdenes de ejecución»).

Igual reproche dirige el recurso de la Generalidad de Cataluña (núm. 2342/92, con remisión también al núm. 2481/90) a los artículos 253.3 y 254.2 TRLS. El recurso de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, por su parte, impugna los mismos preceptos por su conexión con el artículo 40 TRLS, también impugnado, y al que aquéllos expresamente se remiten.

No obstante, en los preceptos impugnados no concurren las circunstancias advertidas en los artículos 248 y 249 TRLS, recogidas en el epígrafe anterior, esto es, los artículos 253.3 y 254.2 TRLS no desarrollan los principios generales del artículo 40 TRLS, al que se remiten, y cuya constitucionalidad hemos declarado en virtud de las razones allí expuestas, con la excepción del apartado 3.º del artículo 40 TRLS, sino que se limitan a hacer una simple remisión. El artículo 40 TRLS establece una regla general (la no patrimonialización del derecho a la edificación cuando la licencia sea posteriormente declarada ilegal) y sus efectos básicos (notificación al Registro de la Propiedad; criterios de valoración; la expropiación o venta forzosa cuando no se hubiere adquirido el derecho al aprovechamiento urbanístico, etc.), mientras que el artículo 253.3 TRLS no hace sino recordar la aplicabilidad, obvia por

otra parte, del artículo 40 TRLS en el supuesto de que se anule la licencia, por lo que no cabe apreciar invasión competencial alguna. En conclusión, pues, la remisión del artículo 253.3 TRLS corre la misma suerte que la del artículo 40 TRLS, con las salvedades allí realizadas, señaladamente, la declaración de inconstitucionalidad del artículo 40.3 TRLS.

El artículo 254.2 TRLS, sin embargo, aunque no desarrolle o concrete el citado artículo 40 TRLS, hace extensiva su aplicación a los supuestos en que se anule la licencia en un procedimiento de revisión cuando el contenido de la licencia u orden de ejecución incurra manifiestamente en alguna de las infracciones graves definidas en el TRLS, de acuerdo con los procedimientos previstos en los artículos 102 a 106 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. El contenido específico del artículo 254.2 TRLS se resuelve, pues, en explicitar que la anulación —no sólo en sede jurisdiccional— de la licencia u orden de ejecución con los requisitos y en los supuestos en él contemplados produce los efectos que el artículo 40 TRLS establece, con la excepción del apartado 3.º.

Para que esta concreta forma de reparación o restablecimiento de la legalidad urbanística no invada la competencia urbanística autonómica ha de hacerse una interpretación restrictiva, consistente en entender que no podrá ser cualquier infracción urbanística grave la que pueda legitimar la aplicación del artículo 254.2 TRLS, sino tan sólo aquellas infracciones graves de deberes básicos sobre cuya regulación el Estado ostente algún título competencial, esto es, la infracción grave de los deberes básicos inherentes a la propiedad urbana y, en particular, los que acompañan al derecho a la edificación (art. 37.1 TRLS).

En suma, pues, ha de concluirse en la constitucionalidad del artículo 254.2 TRLS así entendido y en la conformidad del artículo 253.3 TRLS con el bloque de la constitucionalidad, con la salvedad en uno y otro supuesto de que en la remisión hecha al artículo 40 TRLS debe tenerse en cuenta que su apartado 3.º ha sido declarado inconstitucional.

35. (Arts. 254.1 y 299).

El Letrado de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares impugna estos preceptos exclusivamente en cuanto se refieren tan sólo a «...esta Ley», en vez de «a la ley», ya que si el título habilitante para el Estado en relación con la revisión de oficio de licencias u órdenes de ejecución (art. 254.1) o la resolución de peticiones (art. 299) es la del procedimiento administrativo «común», no puede vincularse únicamente a la Ley estatal, sino a la ley en general. La cuestión resultaría especialmente clara en el caso del artículo 254.1 TRLS al referirse a las infracciones urbanísticas graves que, obviamente, corresponde determinar a las Comunidades Autónomas competentes. En parecidos términos, se pronuncia el recurso de la Generalidad de Cataluña, insistiendo en que la concreta formulación de estos preceptos excluye completamente la legitimación de la normativa autonómica que, por otra parte, debe ser la única aplicable.

Al margen de cuanto acabamos de afirmar respecto del artículo 254.2 TRLS y su carácter básico, hemos de ocuparnos ahora del apartado 1.º del artículo del que se ha predicado el carácter de «aplicación plena», al objeto de determinar si el Estado ostenta la competencia exclusiva. Como ya hemos declarado, más allá de las normas de procedimiento administrativo «común», la regulación de los procedimientos administrativos «especiales» ha de seguir

a la competencia principal. Es evidente que el artículo 254.1 TRLS establece una norma de procedimiento accesoria o adjetiva a la cuestión sustantiva cual es la relativa a los deberes urbanísticos. Ello no empece, claro está, a la vigencia y aplicabilidad generales, y también en el ámbito urbanístico, de las normas básicas reguladoras del procedimiento administrativo común (hoy recogidas en el Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, arts. 102 a 106). De ahí se infieren dos consecuencias interpretativas, por lo que ahora importa: de un lado, que el Estado sólo puede añadir en el ámbito urbanístico nuevas normas de procedimiento cuando ostente alguna competencia material; de otro, que en este caso la «materia» de que se trata son las condiciones básicas a que se refiere el artículo 149.1.1.º CE que, en ningún caso, como hemos insistido, autorizan a imponer conductas a la Administración, prohibición que abiertamente sobrepasa el precepto ahora enjuiciado cuya razón de ser no es, conforme a su propio tenor literal, el establecimiento de alguna norma de procedimiento —antes al contrario, se remite a la legislación de procedimiento común—, sino precisamente obligar a la revisión de las licencias u órdenes de ejecución, cuando además tal institución ha sido configurada con carácter potestativo en la legislación de procedimiento administrativo común (art. 103 de la Ley 30/1992).

En cuanto al segundo precepto concierne, ciertamente se incurriría en una contradicción si se entendiera como de aplicación excluyente cuanto dispone el artículo 299 TRLS y, por consiguiente, insusceptible de desarrollo y, por ende, impositivo de que las Comunidades Autónomas establecieran análogo deber de resolver peticiones fundadas en otra ley, máxime cuando el único título competencial que ampara al citado artículo es el del procedimiento administrativo común (art. 149.1.18.º CE). Los recurrentes cuestionan más bien este último extremo, a saber: que si el título estatal es el procedimiento administrativo común, el artículo 299 TRLS no puede vincularse únicamente a la ley estatal, sino a la ley, en general.

La referencia a «con arreglo a esta Ley», es del todo impropia, no ya sólo por el predicado carácter básico que hay que atribuirle, sino porque en virtud del artículo 42.1 de la Ley 30/1992 todas las Administraciones y Entidades de Derecho Público tienen el deber de resolver, cualquiera que sea el sector material, también el urbanístico, sobre el que operen. Si a ello se une que no admite una interpretación conforme que sea respetuosa con la competencia urbanística, resulta obligado concluir en la inconstitucionalidad de ese inciso.

Ha de declararse, pues, la inconstitucionalidad de la referencia a «con arreglo a esta Ley» del artículo 299 TRLS.

L) TÍTULO VIII DEL TRLS: «Instrumentos de intervención en el mercado del suelo»

36. (Arts. 277; 278.1; 280.1; 282.2; 284.3; 285; 286).

Las alegaciones de las partes en lo que al Patrimonio Municipal del Suelo se refiere resultan bien escasas. Ni la representación estatal —que invoca el artículo 149.1.18.º (antecedentes núms. 22.H y 35.D)—, ni los recurrentes hacen referencia alguna al título competencial que descansa en el artículo 149.1.13.º CE y que, sin duda, resulta de obligado análisis con carácter previo.

Como ya hemos declarado (entre otras, SSTC 152/1988, fundamento jurídico 2.º; 95/1986; 213/1994), «dentro de la competencia de dirección de la actividad económica general tienen cobijo también las normas estatales que fijen las líneas directrices y los criterios globales de ordenación de sectores económicos concretos, así como las previsiones de acciones y medidas singulares que sean necesarias para alcanzar los fines propuestos dentro de la ordenación de cada sector.. Este razonamiento es también aplicable al sector de la vivienda y, en particular, dentro del mismo, a la actividad promocional, dada su más estrecha relación con la política económica general, en razón de la incidencia que el impulso de la construcción tiene como factor del desarrollo económico y, en especial, como factor generador de empleo». Si ello es así en relación con la construcción de viviendas, con mayor razón cuando se trata de la política del suelo en su sentido más amplio, por su impacto directo sobre la política económica general. De ahí que sea difícil negarle al Estado, *ex* artículo 149.1.13.º CE, toda competencia para fijar algunos criterios generales, cuando sólo el asentamiento de actividades industriales y empresariales y la construcción de viviendas tienen una repercusión de gran magnitud sobre la entera economía general.

El problema radica, sin embargo, en determinar el alcance de esa competencia cuando, como es el caso, incide sobre una competencia autonómica sectorial, porque, como hemos reiterado, «cuando el Estado se apoya en un título tan genérico como es el de bases y coordinación de la planificación de la actividad económica frente a la competencia exclusiva... de las Comunidades Autónomas, no puede, salvo cualificadas excepciones, continuar operando con todos los instrumentos de los que disponía con anterioridad a la descentralización del mismo, incidiendo continua y diariamente en una materia que ha quedado ampliamente fuera de su competencia...» (STC 213/1994, fundamento jurídico 10.º)

Por lo que aquí interesa, tal inteligencia restrictiva del artículo 149.1.13.º CE cuando afecta a la competencia urbanística de las Comunidades Autónomas ha de verse complementada además por una interpretación finalista o teleológica, de modo que tan sólo aquellas normas básicas que respondan efectiva y estrictamente a la planificación general de la actividad económica podrían encontrar cobijo en el referido título, que impide la producción de normas que, aunque relacionadas con esa planificación general, no guarden esa inmediata y directa relación con la dirección de la economía. Desde esta perspectiva, podría encontrar cobertura en el citado título estatal la mera determinación de la existencia de una figura como la que contempla el artículo 276 TRLS. Centrada así la cuestión, procede examinar seguidamente los preceptos impugnados, sin perjuicio de la eventual concurrencia de otros títulos competenciales.

En primer término, conviene advertir que los artículos 277 y 278.1 TRLS impugnados regulan la adquisición de bienes para el Patrimonio Municipal del Suelo y, en concreto, los bienes que lo integran y las reservas de terrenos, respectivamente. A la luz de la doctrina sentada, ha de ser atendida la impugnación del artículo 277, puesto que la concreción con carácter básico de cuáles hayan de ser los bienes que lo integran no responde ya de forma inmediata y directa a la planificación general de la actividad económica, sino que constituye, por el contrario, una regulación detallada que ha de quedar a la libre configuración de las Comunidades Autónomas, sin que, en este caso, quepa apreciar la concurrencia de ningún otro título competencial en favor del Estado.

Por su parte, el artículo 278.1 TRLS regula las reservas de terrenos de posible adquisición para el Patrimonio Municipal del Suelo. Ciertamente, este precepto contiene una norma meramente permisiva o habilitante que faculta al planeamiento para prever reservas de terrenos que sirvan para la constitución o ampliación del Patrimonio citado, como alega la representación estatal, pero, como ha quedado dicho, el Estado carece de la cobertura competencial suficiente para dotar a la norma en cuestión de carácter básico, puesto que ni tiene cobijo en el artículo 149.1.13.º CE, ni menos aún, en el artículo 149.1.18.º CE.

El artículo 280.1 TRLS, en cuanto dispone que los bienes integrantes del Patrimonio Municipal del Suelo se destinarán a la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública o a otros usos de interés social, conecta con el artículo 276 TRLS, no impugnado, y responde al concepto de norma básica directamente vinculada a la planificación de la actividad económica general (art. 149.1.13.º CE) en relación con la vivienda (art. 47 CE). En ese sentido, resulta elocuente el carácter no básico del apartado 2 del mismo artículo, tampoco impugnado, que concreta y desarrolla el principio general del destino de aquellos bienes.

Han de prosperar, sin embargo, las impugnaciones deducidas contra los artículos 282.2, 284.3, 285 y 286 TRLS, relativos todos ellos a las cesiones de terrenos integrantes del Patrimonio, puesto que la regulación de su régimen jurídico se aparta ya de la finalidad inmediata amparada por el artículo 149.1.13.º CE. Tampoco es compatible el argumento del Abogado del Estado, para el que los preceptos en cuestión —al regular las bases del régimen jurídico de las cesiones de bienes pertenecientes al patrimonio municipal del suelo— encontrarían una doble cobertura constitucional por encuadrarse en el «régimen jurídico administrativo básico del urbanismo» y en las bases del Régimen local (arts. 80.2 de la Ley de Bases de Régimen Local; 79.2 del Texto Refundido de Régimen Local de 18 de abril de 1986). Con independencia de cuanto hemos dicho ya sobre los límites de la competencia estatal en relación con el Patrimonio Municipal —doctrina que invalida por sí sola los preceptos impugnados—, conviene rechazar expresamente esa argumentación, habida cuenta de que, como también hemos reiterado, ni el Estado ostenta título suficiente para establecer un «régimen jurídico-administrativo básico del urbanismo», ni la específica regulación, pretendidamente básica, del régimen de cesiones que los artículos del TRLS ahora impugnados contienen entronca con los artículos 80.2 de la Ley de Bases de Régimen Local y 79.2 del Texto Refundido de Régimen Local citado, como parece sugerir la representación pública. En suma, el artículo 280.1 es conforme con el bloque de la constitucionalidad y los artículos 277, 278.1, 282.2, 284.3, 285 y 286 están viciados de incompetencia y, en consecuencia, son inconstitucionales.

37. (Art. 278.4, «Reservas de terrenos. Expropiación»).

Este precepto ha sido impugnado por su carácter de «aplicación plena» atribuido por la Disposición Final Unica, dos, del TRLS, en virtud del artículo 149.1.8.º y 18.º CE.

Los Letrados de la Diputación General de Aragón y de la Generalidad de Cataluña consideran que este artículo establece un supuesto expropiatorio, una causa de expropiar, sobre una materia en la que el Estado carece de competencias.

Cierto es que el Estado no ostenta competencias sustantivas sobre la materia y, por consiguiente, no puede definir una *causa expropriandi*. No obs-

tante, en el caso planteado, el problema reside en indagar si el artículo 278.4 TRLS establece realmente una causa de expropiar o una garantía expropiatoria. De acuerdo con su tenor literal, la delimitación de un terreno como reserva para el Patrimonio Municipal implicará la declaración de utilidad pública y la necesidad de ocupación a efectos expropiatorios. Si el Estado, como ha quedado dicho, no puede establecer la expropiación como instrumento para obtener bienes que integren aquel Patrimonio, tampoco podrá determinar que la delimitación del terreno implique la declaración de utilidad pública. En contra de lo que sostiene la representación estatal, ha de concluirse que, en este caso, no entra dentro de la competencia del Estado establecer hipótesis en las que un determinado acto tiene por efecto implícito el cumplimiento de las dos primeras fases del procedimiento expropiatorio global (declaración de utilidad pública o interés social y necesidad de ocupación) porque ello entraña definir el régimen jurídico de la causa de expropiar, por lo que ha de acogerse la tesis de los recurrentes y declarar la inconstitucionalidad del precepto

38. (Arts. 136.2, 287.2 y 3, 288.3 y 289, «Sobre el derecho de superficie»).

La Comunidad Autónoma de las Islas Baleares considera que el artículo 136.2 TRLS debería haberse limitado a excluir de los supuestos que contempla el régimen especial de arrendamientos rústicos y urbanos, como ámbito de su competencia en materia de legislación civil, pero el resto del apartado constituye una norma de contenido urbanístico por lo que su declaración como de aplicación plena vulnera el orden constitucional de distribución de competencias. La Generalidad de Cataluña impugna los artículos 136.2, 287.2 y 3, 288.3 y 289 TRLS por entender que la regulación del derecho de superficie ha sido configurada siempre desde la normativa urbanística. A ello añade que el artículo 136.2 TRLS tiene un contenido manifiestamente urbanístico al referirse a la demolición o desalojo de las obras o usos autorizados con carácter provisional.

La primera cuestión consiste en determinar si los preceptos impugnados encuentran cobijo en el artículo 149.1 8.º CE. Importa comenzar por el motivo de impugnación aducido por el Letrado de la Generalidad de Cataluña acerca de la tradicional regulación en el marco del urbanismo del derecho de superficie, porque pone de manifiesto de forma explícita un argumento recurrente que ha estado presente en muchas de las impugnaciones deducidas contra el TRLS y que consiste en sostener que el «contenido tradicional» —de los últimos decenios— del Derecho Urbanístico constituiría una suerte de «título atributivo de competencias», de modo que al corresponderle a las Comunidades Autónomas el urbanismo, según el bloque de la constitucionalidad, se le habrían atribuido también todos los contenidos que esa legislación venía regulando.

Una tal concepción, además de «petrificar» o «congelar» el contenido, por definición cambiante en cada tiempo y lugar, del Derecho Urbanístico, desconocería el entero orden constitucional de competencias al otorgarle a la regla del artículo 148.1.3.º CE, en relación con la legislación urbanística entonces vigente, un valor absoluto susceptible de desplazar y anular los restantes criterios y títulos competenciales que integran el sistema.

Desde una perspectiva sistemática, sin embargo, es evidente que la regulación del derecho de superficie, al margen de que, en efecto, se haya convertido en una institución típicamente urbanística, se enmarca en la legislación

civil que, en virtud del artículo 149.1.8.º CE, corresponde al Estado establecer. Por ello, los artículos 287.2 y 3, 288.3, y 289 TRLS (reconocimiento del derecho de superficie; su tráfico jurídico-privado; y su extinción) son conformes al orden constitucional de competencias, sin que quepa apreciar en su regulación extralimitación alguna.

El artículo 136.2 TRLS se encuentra amparado en la competencia exclusiva del Estado sobre legislación civil (art. 149.1.8.º CE), sin que se aprecie en su concreta regulación invasión alguna de las competencias urbanísticas, si se tiene en cuenta que la extinción de los arrendamientos y derechos de superficie resulta ser una consecuencia del carácter precario de las autorizaciones sujetas a revocación sin indemnización, tal como dispone, por otra parte, el apartado 1 del mismo artículo. Desde esta perspectiva, la regla que sienta el precepto impugnado supone, en lo que aquí interesa, una exclusión del régimen arrendaticio que ha de quedar a cubierto por la referida competencia exclusiva del Estado. El artículo 136.2 TRLS resulta, pues, conforme con el orden constitucional de competencias.

39. (Art. 296, «No inscripción registral»).

El artículo 296 ha sido impugnado por la Generalidad de Cataluña con el argumento de que la regulación de los derechos de tanteo y retracto que contiene el TRLS tiene calificación de normativa supletoria. Como este artículo se refiere a las notificaciones reguladas precisamente en normas de carácter supletorio no podría ser calificado como de aplicación plena.

En rigor, la cuestión que debemos enjuiciar consiste en determinar si, en el presente caso, el Estado puede invocar un título competencial suficiente para dictar el precepto impugnado. La conclusión, en virtud de lo dispuesto en el artículo 149.1.8.º CE se impone por sí sola, puesto que es al Estado al que compete establecer qué actos son inscribibles en el Registro de la Propiedad y sujetar su inscripción, como hace el artículo 296 TRLS, al previo cumplimiento de ciertos requisitos, razón por la cual ha de declararse conforme con el bloque de la constitucionalidad el precepto impugnado.

40. (Art. 300, «Administración demandada en subrogación»).

La Generalidad de Cataluña sostiene en su impugnación los mismos argumentos que esgrimió contra los artículos 220.1 y 222 TRLS, cuestionando la pretendida aplicabilidad plena de un artículo, el 300 TRLS, que no es de la competencia exclusiva del Estado.

Sin entrar en la calificación de «aplicación plena» que el legislador atribuye al artículo 300 TRLS, lo que debemos enjuiciar es si el Estado ostenta o no título competencial que ampare dicho precepto.

La impugnación debe rechazarse, pues es claro que en atención a su contenido el precepto cuestionado se encuadra en el ámbito de la competencia estatal en materia de procedimiento administrativo común (art. 149.1.18 CE).

M) DISPOSICIONES ADICIONALES Y TRANSITORIAS DEL TRLS

41. (Disposiciones adicionales primera, tercera, cuarta, séptima y octava).

En este extremo —al igual que en otras alegaciones ya examinadas— los recurrentes han expuesto sus motivos de impugnación de forma no siempre sistemática, tanto por las remisiones y alegaciones complementarias que ha-

cen los recursos números 2341 y 2342/92 respecto de los 2486 y 2481/90, cuanto por los reproches comunes que a todas las Disposiciones Adicionales impugnadas se formulan en capítulo específico y, además, con carácter previo o preliminar, en otros pasajes de sus alegaciones en relación con el concepto de bases que aquéllas habrían encarnado.

En primer término, preciso es identificar sintéticamente cuáles sean los motivos generales —aunque no comunes, en todo caso— de impugnación deducidos por los tres recurrentes contra todas o algunas de las Disposiciones Adicionales indicadas, sin perjuicio de las consideraciones específicas que respecto de cada una hayan podido verse: primero, estos preceptos, a juicio de los recurrentes, se refieren a materias con un contenido marcadamente urbanístico y su normación le está vedada al Estado; segundo, es a las Comunidades Autónomas a las que, en su caso, corresponde decidir acerca de la aplicabilidad de las normas urbanísticas generales, ya sea en relación con la población o respecto de las particularidades que puedan presentar los plazos, operación que no corresponde realizar al Estado y, mucho menos, en virtud del artículo 149.1.1.º CE; tercero, no se compadecería con el concepto de norma básica su aplicación supletoria en defecto de planeamiento.

A estos tres motivos de impugnación, ha de añadirse, sin embargo, como ya ha quedado apuntado, un reproche general que ha estado latente, de forma más o menos explícita, en otras alegaciones de los recurrentes. No obstante, como pese a su generalidad tal reproche se centra en la Disposición Adicional primera, al examinar ésta le daremos la adecuada respuesta.

a) (Disposición Adicional primera, «Especialidades de aplicación de la Ley»).

En realidad, se limita a establecer reglas sobre la vigencia de ciertos preceptos del TRLS determinando que no se aplican por igual a todos los municipios. En unos se aplica en su integridad (apartados 1 y 2) y, en los demás, sólo en parte (en la parte que dispone el apartado 3). Pero la Disposición Adicional primera en cuestión no altera por sí misma el carácter que la Disposición Final Unica haya atribuido a cada uno de los preceptos del TRLS. Las únicas categorías que la reiterada Disposición Adicional utiliza son las de «aplicación íntegra» o «general» y «aplicación parcial» o «limitada» de ciertas normas del TRLS que dicen relación a determinaciones sobre la vigencia territorial del texto legal según la población de los municipios y, por consecuencia, no inciden sobre las relaciones entre los ordenamientos estatal y autonómicos. La Disposición impugnada, pues, no introduce innovación material alguna y, por tanto, permanece inalterada.

De esta disposición se deriva para el propietario de suelo un régimen —básico— ciertamente diferente, aunque no radicalmente diverso. No cabe tachar de irrazonable este tratamiento diferenciado en razón de un factor como el del número de habitantes del Municipio, puesto que una lectura sistemática del Texto Refundido permite inferir que ha optado por un régimen jurídico más detallado respecto de aquellos municipios que, por su censo de población, se presume que ofrecen condiciones más favorables —técnicas y financieras— para llevar a efecto la gestión urbanística en condiciones idóneas y con las adecuadas garantías.

Ha de admitirse, pues, la posibilidad de que las normas dictadas por el legislador estatal *ex* artículo 149.1.1.º CE, lejos de un riguroso uniformismo, puedan razonablemente introducir regulaciones o tratamientos diversificados en presencia de elementos o factores objetivos, como pudiera ser en el caso,

el poblacional, siempre, claro está, dentro del ámbito de sus competencias. No podría, por ello, tacharse de inconstitucional un modo de regulación así configurado. Lo que hemos de verificar, partiendo de esta premisa, es si la Disposición Adicional primera objeto de nuestro enjuiciamiento obedece y se ajusta a tal criterio o si, por el modo concreto en que ha operado la aplicación en el territorio nacional del texto legal, se ha apartado del mismo, desbordando así el ámbito del título competencial en que ampara esta normación (art. 149.1.1.º CE).

Pues bien, la aplicación general o íntegra de la ley, incluidas las normas relativas a las áreas de reparto, cálculo del aprovechamiento tipo y la determinación del aprovechamiento urbanístico patrimonializable del artículo 27.1 y 2 del TRLS, se produce respecto de los municipios en los que, por razones objetivas, se presume que deben incorporar a la gestión urbanística todos los mecanismos del esquema legal previsto, lo que se predica de los municipios capitales de provincia, los de población superior a cincuenta mil habitantes y aquellos otros de los entornos metropolitanos delimitados por las Comunidades Autónomas. Desde esta perspectiva, la determinación aplicativa del texto legal puede considerarse efectuada en el ámbito competencial que al Estado le atribuye el artículo 149.1.1.º CE, por lo que no cabe oponer tacha de inconstitucionalidad al apartado 1 de la Disposición Adicional primera objeto de impugnación. No obstante lo cual, las referencias que hace este apartado a la «delimitación de áreas de reparto, cálculo del aprovechamiento tipo y definición del aprovechamiento susceptible de apropiación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 27.1 y 2» han de correr la misma suerte que los preceptos a los que se remite y, por consiguiente, deben ser declaradas inconstitucionales.

Por el contrario, la aplicación de la ley, en los términos en que se efectúa por los apartados 2 y 3, éste en su primer párrafo, no viene directamente dispuesta por el propio legislador estatal desde su competencia *ex* artículo 149.1.1.º CE, sino que tal determinación —que comporta la coexistencia en el territorio nacional de dos diversos regímenes jurídicos de la propiedad urbana— se atribuye *expressis verbis* a las Comunidades Autónomas, no en razón de criterios objetivos sino con base en criterios de pura y simple oportunidad en cuanto entregados a la libre decisión de los Entes autonómicos. Parece, por tanto, obligado concluir que no encajan en la competencia de regulación de las condiciones básicas las normas que tal remisión contienen, toda vez que sin fundamento objetivo alguno defieren su aplicación a criterios de oportunidad, es decir, sin previa sujeción a parámetros objetivos preestablecidos en la propia normación estatal.

Si a lo anterior se añade que la regulación objeto de aplicación general o parcial tiene como referencia elementos y técnicas urbanísticas (áreas de reparto, aprovechamiento tipo) contenidos en el artículo 27 TRLS, declarado inconstitucional, debe alcanzarse igual conclusión para la Disposición ahora impugnada.

Por lo que concierne al segundo párrafo del apartado 3 de la Disposición adicional en examen, ha de considerarse, en línea con lo antes razonado, que la declaración de inaplicabilidad del mecanismo expropiatorio (o de su fórmula alternativa de la venta forzosa) como respuesta o reacción jurídica a los supuestos de incumplimiento de plazos para urbanizar y edificar, que se dispone respecto de los municipios de población inferior a veinticinco mil habitantes, puede quedar excepcionado por los respectivos Ayuntamientos me-

diente la adopción de acuerdos expresos para aplicar dicha *causa expropriandi* en la totalidad o parte del término municipal. Queda así virtualmente eliminado el mecanismo de cierre en que consiste la expropiación por incumplimiento de los deberes urbanísticos básicos; de tal manera que mientras unos propietarios quedan sometidos a la reacción jurídica expropiatoria, otros no se hallarán sujetos a la misma. Y siendo ello así, la igualdad en el cumplimiento de los deberes constitucionales que está en la base del título competencial del Estado (art. 149.1.1.º CE) no resulta en modo alguno garantizada.

Se impone, en consecuencia, declarar la inconstitucionalidad de la Disposición Adicional primera en su totalidad.

b) (Disposición Adicional tercera, «Reglas especiales para Entidades y Sociedades Públicas»).

Lo que aquí se cuestiona no es la modulación de los plazos en sí —según que la actuación de las Sociedades o Entidades Públicas sea urbanizadora o edificatoria—, sino, más bien, que sea el Estado el que decida sobre las particularidades, en cuanto a los plazos, de tales Sociedades o Entidades en el respectivo territorio autonómico. Es importante subrayar que, aunque se trate de determinar la esfera de vigencia personal del TRLS, como afirma el Abogado del Estado, constituye un supuesto bien diverso al que contempla la Disposición Adicional primera, puesto que aquí no se decide sobre la vigencia territorial de determinadas normas básicas, sino que se establece una nueva regulación material —una particular forma de computar los plazos—, razón por la que no es dable compartir el argumento del representante estatal en el sentido de que la Disposición Adicional tercera se justificaría en razón de los mismos títulos que la primera.

Esta es, por el contrario, una regulación que no compete al Estado establecer con carácter básico, habida cuenta de que no posee título suficiente para ello. Las excepciones o particularidades que, en este sentido, quiepa establecer caen bajo la competencia urbanística de las Comunidades Autónomas, por lo que esta norma básica, al establecer uniformemente tal modulación, resulta viciada de incompetencia. Ciertamente, al Estado le está atribuida la regulación de las condiciones básicas de ejercicio del derecho, en los términos señalados. Pero, en relación con Sociedades o Entidades Públicas —esto es, no con ciudadanos—, no puede pretender también la regulación uniforme de esas condiciones básicas. Si el Estado considera oportuna su posible sujeción a unas reglas específicas, habrá de limitarse a abrir esa posibilidad de modulación o excepcionalidad, sin fijar ni concretar cuáles hayan de ser esos plazos.

c) (Disposición Adicional cuarta, «Realojamiento y retorno»).

Esta Disposición, por contraste con las hasta ahora enjuiciadas, no plantea excepción alguna sobre la vigencia de las normas que el TRLS contiene, sino que establece una regulación material sobre el derecho de realojo y retorno, derecho que, a juicio de la recurrente, compete disciplinar a la Comunidad Autónoma.

La cuestión se contrae, pues, a determinar si el Estado tiene algún título competencial para dictar esta norma básica. El apartado 1 garantiza el derecho al realojo de los ocupantes legales afectados por el desalojo como consecuencia de la expropiación obligando a la Administración expropiante o al beneficiario de la expropiación a poner a su disposición viviendas en venta o alquiler. El apartado 2, por su parte, establece, para el supuesto de que se actúe por otro sistema en unidades de ejecución, que los ocupantes legales no

tendrán derecho al realojo cuando en correspondencia con su aportación de terrenos hayan de resultar adjudicatarios de aprovechamientos de carácter residencial superiores a noventa metros cuadrados o los que pudiera fijar, como superficie máxima, la legislación protectora de viviendas.

Ha de darse la razón al Abogado del Estado cuando invoca el artículo 149.1.18.º CE (expropiación forzosa) para justificar el carácter básico del apartado 1 de esta Disposición adicional. La obligación de proporcionar alojamiento en los supuestos en los que se actúa por expropiación representa, en efecto, una garantía común de los administrados que al Estado le compete establecer en virtud de cuanto ya hemos señalado.

Juicio distinto merece el apartado 2, párrafo primero, de la misma Disposición adicional cuarta en la medida en que ya no encaja en el concepto de norma básica, habida cuenta de que incide sobre un terreno material —la ejecución del planeamiento— sobre el que, en principio, el Estado carece de competencias, a no ser que concurre otro título competencial distinto, lo que no es el caso. La diferencia de este supuesto con el que contempla el apartado 1 estriba en que aquí no se pretende garantizar un derecho del particular frente a una actuación expropiatoria; antes al contrario, su objeto es justamente negarlo, cerrando por completo la regulación del derecho, cuestión ésta que corresponde a las Comunidades Autónomas determinar. En esta sede, pues, el Estado podría, en su caso, establecer como norma básica una garantía mínima de carácter compensatorio, para aquellos supuestos en los que si bien no se actúa por expropiación los ocupantes legales se ven privados de sus viviendas. En cambio, este apartado, en su primer párrafo, no establece garantía alguna, ni siquiera por vía negativa, sino que se introduce abiertamente en el ámbito de lo que no es mínimamente exigible —de libre disposición de las Comunidades Autónomas— y, por ende, incurre en inconstitucionalidad por vicio de incompetencia. La misma suerte ha de correr necesariamente el párrafo segundo del apartado 2 que no constituye sino una expresión o consecuencia del párrafo primero.

El apartado 3 se refiere al derecho de retorno regulado en la legislación arrendaticia, ejercitable frente al dueño de la nueva edificación cualquiera que sea éste, debiendo el propietario garantizar el alojamiento provisional de los inquilinos hasta que sea posible el retorno. Respecto de este punto ostenta el Estado un evidente título competencial ex artículo 149.1.8.º CE, ya que establece una norma materialmente civil, atinente al tráfico jurídico privado.

d) (Disposición Adicional séptima, «Comisión Central del Territorio y Urbanismo»).

Esta Disposición ha sido impugnada por el órgano ejecutivo de la Generalidad de Cataluña en virtud de diversas consideraciones: porque, a su juicio, no es correcto calificarla de norma básica; porque el Estado carecería de toda competencia urbanística y de ordenación del territorio —lo que le impide crear órganos consultivos sobre esta materia—, y, en fin, porque la citada Comisión no tiene «antecedentes legales» y su creación representa un inconstitucional exceso en el uso de la delegación.

Con todo, han de compartirse en esencia los argumentos aducidos en su defensa por el Abogado del Estado. En primer término, y por lo que hace al último motivo de impugnación, la Comisión Central del Territorio y del Urbanismo tiene un evidente «antecedente» en la Comisión Central de Urbanismo que regulaban los artículos 210 y 211 del TRLS de 1976. En segundo lugar, no cabe sostener, como pretende la Generalidad, que el Estado carezca

de toda competencia en materia de urbanismo y ordenación del territorio, puesto que ha quedado suficientemente razonado que ostenta ciertos títulos que convergen sobre la materia. No es posible, pues, negarle al Estado la posibilidad de crear un órgano consultivo, cuando además las funciones que la Disposición en cuestión le atribuye están evidentemente relacionadas con competencias estatales. Las competencias urbanísticas que aparecen en la discutida Disposición Adicional Séptima son inequívocamente estatales, por lo que ningún quebrantamiento del orden constitucional y estatutario se produce porque el Estado establezca un órgano consultivo en el que, por lo demás y como subraya la representación estatal, participan las Comunidades Autónomas.

El Abogado del Estado reconoce, en tercer lugar, la dificultad de explicar la calificación como básica de la citada Disposición y le da la razón al Abogado de la Generalidad cuando observa que carece de todo sentido el plural desarrollo autonómico de esta base. No es compatible, sin embargo, la conclusión de la representación estatal de que el carácter básico de la Disposición no merezca la tacha de inconstitucionalidad, pues es evidente, y así lo admite el Abogado del Estado, que no encaja en el concepto de norma básica. Cuestión distinta es que no por ello deba ser invalidada ya que, a su juicio, «debería considerarse de aplicación plena, aunque en realidad trasciende uno y otro concepto, cuyo sentido más propio se alcanza sólo en conexión con posibles competencias autonómicas».

Es evidente la impropiedad técnica de tal denominación en el caso planteado, puesto que, si lo que se quiere afirmar es tan sólo que el Estado ejerce una competencia propia que, por su naturaleza, no es susceptible de desarrollo alguno por las Comunidades Autónomas o que excluye toda normación autonómica, resulta equívoca una calificación que implica una connotación relacional o de articulación de ordenamientos, lo que, sin embargo, no es óbice para la validez de la norma.

En suma, aunque se haya calificado como básica la Disposición adicional séptima, no es contraria al orden constitucional de competencias, al tratarse de una norma estatal reguladora de un órgano propio, expresión de su potestad autoorganizatoria.

e) (Disposición Adicional octava, «Regímenes forales»).

Para la Comunidad Autónoma recurrente este precepto tampoco presenta un contenido material que pueda ser calificado de norma básica para las Comunidades Autónomas. Para el Abogado del Estado, sin embargo, está bien declarada como básica puesto que contiene una valiosa directriz para el legislador vasco y navarro y nada impide, por otro lado, una norma básica con ámbito territorial restringido a una o dos Comunidades Autónomas que gozan de un singular régimen en materia tributaria.

Las alegaciones del representante estatal han de tenerse por plenamente fundadas. En efecto, y tal como hemos razonado respecto la Disposición adicional primera, encaja en el concepto de base la existencia de ciertas modulaciones, mientras no falte el elemento relacional o de articulación de ordenamientos que es inherente a la norma básica, elemento que, como hemos visto, no está presente en la Disposición Adicional séptima y sí, en cambio, en la que ahora enjuiciamos, por lo que no puede prosperar la impugnación del recurrente. A mayor abundamiento, si el TRLS establece normas básicas, también habrán de ser básicas las que maten o confirmen la aplicación de esas normas básicas en relación con una o varias Comunidades

Autónomas, en virtud de los títulos competenciales en juego y de las circunstancias concurrentes.

42 (Disposiciones Transitorias primera, cuarta, quinta, sexta, 1 y 4, y octava).

El recurso número 2342/92 impugna las Disposiciones Transitorias primera, 1, 2 y 4, cuarta, quinta, sexta, 1, y octava del TRLS por su conexión con las Disposiciones Transitorias primera, quinta, sexta, cuarta, 1, y Adicional novena, respectivamente, de la Ley 8/1990, impugnadas por el recurso 2481/90. Asimismo el recurso número 2342/92 extiende su impugnación a la Disposición Transitoria primera, 3, por su conexión directa con los restantes puntos de la misma que corresponden a la impugnada Disposición Transitoria primera de la Ley 8/1990; y a la Disposición Transitoria sexta, 4, sobre adaptación de las Normas Subsidiarias municipales en su primera revisión y en coherencia con la impugnación de la Disposición transitoria cuarta de la Ley 8/1990.

Por su parte, el recurso número 2341/92 interpuesto por el Gobierno aragonés impugna la Disposición Transitoria sexta, 1, del TRLS, en correspondencia con la impugnación deducida en su recurso número 2486/90 contra la Disposición Transitoria cuarta, 1, de la Ley 8/1990 (las demás impugnaciones contra otras Disposiciones Transitorias del TRLS incurrir en el vicio de apoderamiento ya reseñado; lo cual no obsta, sin embargo, para su enjuiciamiento por haber sido impugnados por los restantes recurrentes).

Con todo, las alegaciones de ambos recurrentes se ciñen a atacar las citadas Disposiciones por su conexión con los restantes preceptos del TRLS declarados básicos, sin más identificación, por lo que resulta obligado remitirse a cuanto ya hemos expuesto respecto de los artículos enjuiciados que se encuentran en íntima relación con las Disposiciones Transitorias del TRLS ahora impugnadas. Y es evidente que las remisiones habrán de seguir la misma suerte que lo declarado respecto de los preceptos remitidos.

En consecuencia, han de tenerse por contrarios a la Constitución los apartados 2 y 4 de la Disposición Transitoria primera, no así el apartado 1.º, y también inconstitucionales en virtud de los mismos argumentos la Disposición Transitoria cuarta y la Disposición Transitoria quinta, apartado 2.º, último párrafo («En todo caso, como valor mínimo del suelo se entenderá el resultante de la aplicación del 85 por 100 del aprovechamiento tipo vigente al tiempo de la valoración»). Igualmente, es contraria al sistema constitucional de distribución de competencias la Disposición Transitoria sexta, 1 y 4.

El recurso interpuesto por el Gobierno balear, sin embargo, tan sólo aparentemente introduce algunos elementos nuevos de consideración contra las mismas Disposiciones Transitorias; pero, en realidad, sus alegaciones se reducen —en esencia— a formular un reproche genérico o en bloque frente a éstas por su relación con los preceptos del TRLS que ya hemos analizado. Es importante subrayar cuanto hemos señalado de esta sentencia en lo que hace a la carga argumental de los recurrentes a efectos impugnatorios y a la necesidad de razonar jurídicamente frente a la calificación de una norma como básica, déficit que, en el presente caso, no puede ser suplido por este Tribunal, puesto que de sus alegaciones no es posible deducir cuál o cuáles son las concretas pretensiones deducidas o si persigue la impugnación de algún elemento nuevo que eventualmente hubieran podido introducir las citadas Disposiciones Transitorias, siendo insuficiente su descalificación global por contener «determinaciones claramente urbanísticas».

Sólo es posible identificar una pretensión en el recurso de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares que dirige contra la Disposición Transitoria octava relativa al suelo urbano en Planes sin adaptar por imponer como básico no sólo una necesaria aprobación de la delimitación del suelo urbano, sino las reglas a que ésta deba someterse. En cuanto al primer punto, debe precisarse que el Estado puede, desde luego, disponer que las prescripciones básicas sean atendidas desde el momento de la entrada en vigor de la ley (como hace, v.gr., la Disposición Transitoria primera del TRLS). Lo que no puede, sin embargo, es introducirse en las técnicas o instrumentos concretos a través de los cuales deba articularse esa efectividad, como pretende el primer párrafo de la Disposición aquí impugnada, al señalar que «requerirá la aprobación de la delimitación del suelo urbano».

Igual conclusión se alcanza respecto de la determinación de las concretas reglas a las que habrá de someterse la aprobación de la delimitación del suelo urbano, pues es éste un tema que escapa también a las competencias estatales, máxime si tenemos en cuenta que los preceptos a los que se remite (expresamente, art. 10.a; implícitamente, 118.3.a TRLS, entre otros) no tienen carácter básico ni pueden tenerlo. Obligado es concluir, pues, en la inconstitucionalidad por incompetencia de la Disposición Transitoria octava.

VOTO PARTICULAR

Que formula el Magistrado don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera a la sentencia recaída en los recursos de inconstitucionalidad número 2.477/90 y acumulados.

No voy a exponer mis discrepancias de la solución dada a ciertos problemas menores en una sentencia tan extensa como la presente. En estos casos la coincidencia total es prácticamente imposible. Me limitaré, por ello, a recoger ahora lo que manifesté en la deliberación del Pleno en torno a cuatro cuestiones principales: 1) La validez de la prórroga de la delegación legislativa; 2) La inconstitucionalidad de las disposiciones supletorias; 3) La competencia del Estado en materia de urbanismo; 4) La interpretación expansiva del título estatal del artículo 149.1 1.ª CE

1.º Sobre la validez de la prórroga de la delegación legislativa.

En las deliberaciones del Pleno se consideraron dos cuestiones en torno a la validez de la prórroga de la delegación legislativa, efectuada por la Disposición Final 5.ª de la Ley 31/1991, en relación con la Disposición Final 2.ª de la Ley 8/1990:

Primera cuestión: La posible inconstitucionalidad de la delegación al no ajustarse a las exigencias del artículo 82 CE

Segunda cuestión: Adecuación del cauce utilizado para realizar la delegación, es decir, la Ley de Presupuestos Generales del Estado.

Sin embargo, la sentencia sólo trata la última cuestión [fundamento jurídico 2.º.b)].

A mi juicio, y así lo expuse en el Pleno, el vicio de inconstitucionalidad más grave es el que puede atribuirse a la redacción de la Disposición Final 5.ª de la Ley 31/1991. Allí no se contiene una delegación conforme a lo establecido en el artículo 82 CE. Mi argumentación, que ahora reproduzco, fue la siguiente:

A) Hay que partir de la naturaleza de la potestad que el Gobierno ha ejercido para aprobar el Real Decreto Legislativo 1/1992. Se trata de una potestad legislativa que, en virtud de la delegación de las Cortes Generales, ejerce el Gobierno para dictar normas con rango de Ley (art. 82.1 CE). La titularidad de la potestad legislativa corresponde a las Cortes Generales (art. 66.2 CE), en tanto que el Gobierno ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria (art. 97 CE). Sin embargo, en casos de extraordinaria y urgente necesidad, el Gobierno podrá dictar disposiciones legislativas provisionales que tomarán la forma de Decretos-leyes (art. 86.1 CE) y, por delegación expresa y sometida a estrictos requisitos, el Gobierno ejerce la potestad de dictar normas con rango de Ley (art. 82 CE).

Recordamos estos postulados básicos de nuestro Ordenamiento constitucional para advertir de la importancia de llevar a cabo la delegación de la potestad legislativa en el Gobierno de una forma rigurosa por parte de las Cortes Generales. Se trata de una habilitación de gran calado que constituye una excepción en la atribución de potestades en el Estado de Derecho. Pues bien, la precisión y la minuciosidad en el cumplimiento de la Constitución faltan en la Disposición Final 5.ª de la Ley 31/1991.

B) Reza así esta Disposición:

«El Gobierno podrá hacer uso de la autorización establecida en la Disposición Final segunda de la Ley 8/1990, de 25 de julio, para aprobar el texto refundido de las disposiciones estatales vigentes, sobre suelo y ordenación urbana, durante los seis primeros meses de 1992».

A la vista del texto transcrito pudiera entenderse que en él no se contiene una regulación material, sino que lo único que la Disposición hace es fijar un nuevo plazo a una anterior delegación legislativa cuyo término temporal se había cumplido. De esta forma parece interpretar la sentencia el sentido y alcance de la Disposición Final 5.ª, que solamente analiza de pasada y a fin de enjuiciar el cauce utilizado, o sea, la Ley de Presupuestos.

Pero sostener que la delegación legislativa, concedida por una Ley de 25 de julio de 1990, podría reactivarse, o hacerla renacer, por otra Ley (de Presupuestos o no) de 31 de diciembre de 1991, transcurrido con exceso el plazo de un año fijado en la primera, es una operación inconstitucional, en mi opinión.

El artículo 82.3 CE resulta claro y terminante, como tiene que ser para cumplir los requisitos de rigurosidad y exactitud de toda delegación legislativa:

«La delegación legislativa habrá de otorgarse al Gobierno de forma expresa para materia concreta y con fijación del plazo para su ejercicio. La delegación se agota por el uso que de ella haga el Gobierno mediante la publicación de la norma correspondiente. No podrá entenderse concedida de modo implícito o por tiempo indeterminado. Tampoco podrá permitir la subdelegación a autoridades distintas del propio Gobierno».

La delegación caduca al cumplirse el plazo establecido para su ejercicio, en este caso caducó en el mes de julio de 1991. La Constitución nos dice que no cabe la delegación «por tiempo indeterminado».

La Disposición Final 5.ª de la Ley 31/1991 podría haber acordado una nueva delegación legislativa a favor del Gobierno, cumpliendo todo lo exigido por el artículo 82.3 CE. Si así se hubiese hecho, nada tendríamos ahora que objetar. Sin embargo, lo que en esa Disposición Final 5.ª se lleva a cabo es

una autorización al Gobierno para hacer uso de la autorización establecida en la Disposición Final 2.ª de la Ley 8/1990, ya caducada. A mi entender, la decisión de resucitar a un muerto, como es reactivar una delegación caducada, puede ser ingeniosa, pero, desde luego, resulta inconstitucional.

C) Respecto a la segunda cuestión que se planteó en la deliberación del Pleno (y que, como hemos dicho, es la única que se aborda en la sentencia), o sea, la utilización de la Ley de Presupuestos como soporte de la delegación legislativa, la solución adoptada supone un cambio en la doctrina de este Tribunal Constitucional, tan claramente expuesta en la STC 76/1992. Si entonces se consideró que era inconstitucional la modificación de un precepto de la Ley General Tributaria (art. 130), relativo a la ejecución forzosa de las deudas tributarias que implica entrada en domicilio, por considerar que carecía de «vinculación suficiente» con la función constitucional de la Ley de Presupuestos, mi opinión es que la aprobación por el Gobierno del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana (materia ajena a la propia de una Ley de Presupuestos) estuvo viciada de inconstitucionalidad, dado el vehículo utilizado para efectuar la delegación, o sea, la Ley de Presupuestos.

A pesar del loable esfuerzo de la sentencia para convencernos de que la Disposición Final 5.ª «no es una Disposición que por sí misma contenga una regulación material», mi posición personal sigue estando con la severa doctrina de este Tribunal, contenida en la mencionada Sentencia de 14 de mayo de 1992.

Pero la inconstitucionalidad más grave, según antes dije, hay que apreciarla en el contenido de la Disposición Final 5.ª de la Ley 31/1991, redactada incumpliendo claramente los requisitos del artículo 82.3 CE.

2.º Sobre la inconstitucionalidad de las disposiciones supletorias.

La sentencia aplica la doctrina de la STC 118/1996, relativa a la supletoriedad. En consecuencia, procede a la declaración de inconstitucionalidad de 177 artículos del TRLS (Pronunciamiento 2.º del fallo). En el Voto Particular a la STC 118/1996 apunté mis reservas a esa interpretación de la supletoriedad, que ahora expongo de una forma más minuciosa.

Ante todo, hay que advertir que las diversas concepciones de la supletoriedad se apoyan, consciente o inconscientemente, en una de dos posibles maneras de ver y de entender el Estado de las Autonomías. O se piensa, de conformidad con lo afirmado en los artículos 1.2 y 2 CE, que la soberanía nacional, de una Nación común e indivisible, reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado, cuya Constitución reconoce y garantiza la autonomía de las Comunidades, o se aboga, fuera de la Constitución, por una soberanía compartida por el Estado y por las Comunidades Autónomas.

Para los defensores de la primera concepción del Estado de las Autonomías, sólo hay un ordenamiento jurídico [«España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político» (art. 1.1 CE)], correspondiendo la caracterización de infraordenamientos, o de ordenamientos dentro del Estado, a los de las Comunidades Autónomas. El artículo 149.3 encaja sin dificultad en esa idea del Estado diseñado por la Constitución de 1978. «Las materias no atribuidas expresamente al Estado por esta Constitución podrán corresponder a las Comunidades Autónomas, en virtud de sus respectivos Estatutos. La competencia sobre las materias que no se hayan asumido por los Estatutos de Autonomía correspon-

derá al Estado, cuyas normas prevalecerán, en caso de conflicto, sobre las de las Comunidades Autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas. El derecho estatal será, en todo caso, supletorio del derecho de las Comunidades Autónomas».

Para quienes no aceptan la soberanía, única e indivisible, o defienden abiertamente la cosoberanía, la supletoriedad del derecho estatal es algo inaceptable *a radice*, o que debe entenderse de un modo que la prive prácticamente de contenido. Ya advertí en mi Voto Particular a la STC 118/1996 que la doctrina de aquella sentencia suponía la desfiguración del Estado de las Autonomías y la apertura a la implantación del modelo federal, «o, acaso, confederal», añado ahora.

La doctrina de la STC 118/1996, recogida en ésta de la que estoy discrepando, se construye sobre la base de los siguientes elementos, según queda expuesto, esencialmente, en el fundamento jurídico 6.º de aquella:

A) La supletoriedad es una «función referida al conjunto del ordenamiento jurídico, cuyo valor supletorio debe obtenerse por el aplicador del Derecho a través de las reglas de interpretación pertinentes, incluida la vía analógica, y no ser impuesta directamente por el legislador desde normas especialmente aprobadas con tal exclusivo propósito, para incidir en la reglamentación jurídica de sectores materiales en los que el Estado carece de todo título competencial que justifique dicha reglamentación» (Es lo que se había afirmado en la STC 147/1991, fundamento jurídico 7.º).

B) Están viciadas de incompetencia las normas que «el Estado dicte con el único propósito de crear Derecho supletorio del de las Comunidades Autónomas en materias que sean de la exclusiva competencia de éstas, lo cual no es constitucionalmente legítimo cuando todos los Estatutos de Autonomía atribuyen a las Comunidades Autónomas la competencia como exclusiva y en un mismo grado de homogeneidad» (Se repite también lo dicho en la STC 147/1991, fundamento jurídico 7.º).

C) Asimismo están viciadas de incompetencias las normas que el Estado dicte con el carácter de derecho «meramente supletorio allí donde ostente competencias en la materia, v.gr., para regular lo básico», esto es, cuando la materia es compartida, puesto que el Estado ha de poder «invocar algún título específico que le habilite en concreto para establecer la reglamentación de que se trate, sin que (...) pueda invocar como tal la cláusula de supletoriedad», que no constituye «una cláusula universal atributiva de competencias para legislar sobre cualesquiera materia a favor del Estado» (STC 118/1996, fundamento jurídico 5.º). En efecto, «si para dictar cualesquiera normas precisa el Estado de un título competencial específico que las justifique, y la supletoriedad no lo es, esa conclusión ha de mantenerse en todo caso. Por lo tanto, tampoco en las materias en las que el Estado ostenta competencias compartidas puede, excediendo el tenor de los títulos que se las atribuye y penetrando en el ámbito reservado por la Constitución y los Estatutos a las Comunidades Autónomas, producir normas jurídicas meramente supletorias, pues tales normas, al invocar el amparo de una cláusula como la supletoriedad que, por no ser título competencial, no puede dársele, constituyen una vulneración del orden constitucional de competencias».

D) La inconstitucional trae causa de que «la regla de la supletoriedad no constituye una cláusula atributiva de competencias» (STC 118/1996, fundamento jurídico 6.º). Es una regla dirigida al aplicador del Derecho, no al

Estado: «la supletoriedad del Derecho estatal ha de ser inferida por el aplicador del Derecho autonómico, mediante el uso de las reglas de interpretación pertinentes» (STC 118/1996, fundamento jurídico 6.º). Esto obedece a que «el presupuesto de aplicación de la supletoriedad que la Constitución establece no es la ausencia de regulación, sino la presencia de una laguna detectada como tal por el aplicador del Derecho» (STC 118/1996, fundamento jurídico 8.º).

Los dos elementos esenciales sobre los que se monta esta doctrina son los que hemos apuntado en último lugar: por un lado, la cláusula del artículo 149.3 CE no es atributiva de competencias y, por otro lado, es una cláusula dirigida al aplicador del Derecho autonómico. Más aún, precisamente porque es una cláusula dirigida al aplicador del Derecho autonómico, el Estado carece de competencias para dictar normas meramente supletorias. El Derecho estatal es supletorio, no porque lo diga el propio Estado, sino porque lo considere así el aplicador del Derecho autonómico.

La no aceptación, por mi parte, de esta interpretación de la supletoriedad del Derecho estatal es la que me obliga a formular el Voto Particular. Yo no creo que el artículo 149.3 CE deba valorarse en términos similares a los que la doctrina civilista utiliza para ponderar los artículos 4.3 y 13.2 del C.C. El primero de ellos establece que «las disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias en las materias regidas por otras leyes»; el otro precepto dispone: «En lo demás, y con pleno respeto a los derechos especiales o forales de las provincias o territorio en que están vigentes, regirá el Código Civil como derecho supletorio, en defecto del que lo sea en cada una de aquéllas, según sus normas especiales».

Es manifiesto que el Código Civil y, en particular, los preceptos indicados no conceden ni al Estado ni a las provincias o territorios forales competencia alguna. Se dirigen al aplicador del Derecho especial o foral para que «en defecto» de lo dispuesto en estas normas, se apliquen las normas del Código Civil. Ahora bien, ¿este razonamiento es aplicable a la Constitución y al artículo 149.3 CE? En mi opinión no, por las siguientes razones:

1.ª Como afirmó la STC 147/1991, la supletoriedad es una «función referida al conjunto del ordenamiento jurídico», no a una concreta norma jurídica estatal. Es decir, se refiere a la relación entre ordenamientos jurídicos, el estatal y el autonómico. Por lo tanto, debemos distinguir esta función del ordenamiento estatal de la posible existencia de una competencia para crear normas supletorias.

No pueden ser confundidos estos dos cometidos. A mi juicio, el artículo 149.3 CE se refiere al primer cometido, a la función de supletoriedad del ordenamiento jurídico estatal. No atribuye, al Estado, *expressis verbis*, ninguna competencia para crear normas supletorias. En definitiva, la supletoriedad es una función del conjunto del ordenamiento jurídico estatal con independencia del alcance de la competencia estatal o autonómica. No es, ni puede ser, ningún título competencial, sino una consecuencia añadida a las competencias estatales, o más exactamente, un efecto de la naturaleza del ordenamiento estatal, así como del carácter de subordenamiento del autonómico.

Aquí radica, en mi opinión, uno de los extremos más confusos y equivocados de la STC 118/1996, cuya doctrina vuelve a consagrarse ahora, en la sentencia que suscita este Voto discrepante. Mi tesis es que el Estado no precisa de ningún título competencial para dictar normas de carácter suple-

torio. La supletoriedad es del ordenamiento estatal, no emana de una competencia ni de una norma. Es la consecuencia derivada del ejercicio por parte del Estado de sus potestades para la inserción de sus preceptos en el seno de un ordenamiento que despliega respecto del autonómico esa función de suplencia a la que se refiere el artículo 149.3 CE, en atención a que se trata del ordenamiento del Estado, o sea, de España (art. 1.1 CE).

Por otro lado, debemos distinguir entre las causas de la aplicación supletoria del ordenamiento estatal y los modos o maneras de creación de las normas estatales de aplicación supletoria.

2.ª La «aplicación» supletoria del ordenamiento estatal por parte del «aplicador del Derecho autonómico» puede producirse en dos supuestos de índole distinta. Primero, ante una laguna normativa; segundo, ante la inexistencia de legislación autonómica (anomia), como consecuencia del inejercicio de la competencia autonómica.

En el primer supuesto, la supletoriedad estatal es una supletoriedad de segundo grado, ya que el ordenamiento autonómico es ordenamiento (aunque integrado en el ordenamiento del Estado) y, como tal, colma sus lagunas, cuando le es posible, acudiendo al resto de las normas integrantes de dicho ordenamiento. Ningún problema debe plantearse con relación a esta aplicación.

El segundo supuesto (anomia autonómica) crea más dificultades. Muy difícilmente se puede integrar la anomia acudiendo, en primer grado, al propio ordenamiento jurídico autonómico. Es evidente que el aplicador debe intentarlo. Sin embargo, cuando se trata de la ausencia de una completa ordenación, la aplicación de otras normas del mismo ordenamiento tiene unos efectos muy limitados e incluso inexistentes. En estos casos, la supletoriedad del ordenamiento estatal está justificada, podemos decir que es incluso imprescindible.

3.ª En los supuestos de anomia autonómica y de aplicación supletoria del ordenamiento estatal (materialmente) en primer grado, son irrelevantes la materia y la competencia, porque, en todo caso, el «derecho-ordenamiento estatal» será de aplicación supletoria. Ahora bien, ese ordenamiento estatal estará integrado por normas de «aplicación plena» o por normas «básicas», fruto del ejercicio por el Estado de sus competencias exclusivas y básicas, respectivamente. ¿Puede el Estado dictar normas de aplicación supletoria? Podemos dar por supuesto que siempre el entero ordenamiento estatal es un ordenamiento de aplicación supletoria, en cualquier ámbito o materia, sea de competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas o compartidas, porque así lo dispone el artículo 149.3 CE y así se corresponde con la naturaleza y función de dicho ordenamiento. Sin embargo, una respuesta más matizada a la pregunta planteada exige distinguir entre la hipótesis de una materia que sea objeto de competencia exclusiva y la hipótesis de materia de competencia compartida.

4.ª Si la materia es de la competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas, la STC 118/1996 sostiene que sería inconstitucional que el Estado pudiera dictar normas supletorias, porque el Estado carecería de competencia. Ahora bien, la STC 147/1991 expone una doctrina menos radical —de la que lamentablemente no se hace eco la presente sentencia— a los efectos de precisar cuándo es procedente desautorizar las normas supletorias estatales en este supuesto de que las Comunidades Autónomas cuentan con competencias exclusivas:

«Será, por consiguiente, ilegítima, por invasión competencial, aquella ordenación estatal de materias que hayan sido deferidas por los Estatutos de Autonomía a la competencia exclusiva de todas y cada una de las respectivas Comunidades Autónomas y en relación con las cuales el Estado no invoque algún título propio que le permita dictar normas generales sobre dichas materias, puesto que la asunción de competencias exclusivas confiere a las Comunidades Autónomas, no sólo el poder de oponerse a que las normas del Estado incidan en esas materias sometidas a su competencia exclusiva con alcance de aplicación directa, sino que también atribuyen a las Comunidades decidir si tales materias deben ser sometidas, por su parte, a reglamentación específica y en qué momento debe hacerse, lo cual las legitima para negar a dichas normas estatales alcance supletorio, especialmente, cuando en ellas se establecen mandatos prohibitivos que, a pesar de su pretendido valor supletorio, resultan de aplicación directa, mientras que la Comunidad Autónoma no decida someter la materia a reglamentación propia. Negarles dicha legitimación es tanto como imponerles, en contra de su voluntad, unas normas estatales en materias sobre las cuales el Estado no invoca título competencial distinto a la regla de la supletoriedad que no es, según se deja dicho, atributiva de competencias» (fundamento jurídico 7.º).

Esta doctrina no niega que el Estado pueda dictar normas de aplicación supletoria en caso de materia de competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma. Exige, *a sensu contrario*, que el Estado invoque algún título propio que le permita dictar normas generales sobre dichas materias. El Estado, si cuenta con tales títulos para incidir sobre la materia de la exclusiva competencia autonómica, afectándole de algún modo, puede dictar normas supletorias.

5.ª Si la competencia sobre la materia ha sido objeto de distribución, creo que la STC 118/1996 va demasiado lejos, contradiciendo anteriores pronunciamientos del TC. Sostiene la citada sentencia que «si para dictar cualesquiera normas precisa el Estado de un título competencial específico que las justifique, y la supletoriedad no lo es, esa conclusión ha de mantenerse en todo caso. Por tanto, tampoco en las materias en las que el Estado ostenta competencias compartidas puede, excediendo el tenor de los títulos que se las atribuye y penetrando en el ámbito reservado por la Constitución y los Estatutos a las Comunidades Autónomas, producir normas jurídicas meramente supletorias, pues tales normas, al invocar el amparo de una cláusula como la supletoriedad que, por no ser título competencial, no puede dársele, constituyen una vulneración del orden constitucional de competencias» (fundamento jurídico 6.º).

Ahora bien, no debe olvidarse que la supletoriedad es una función del ordenamiento estatal y que esa función se cumple sin necesidad de habilitación de competencia de tipo alguno. Así lo establece el artículo 149.3 CE y así se deduce de la naturaleza y función del ordenamiento estatal.

Más matizada era la la STC 214/1989, de 21 de diciembre (fundamento jurídico 30.º):

«En realidad, la Junta de Galicia no tiene en cuenta el hecho de que al Estado se le haya atribuido la competencia exclusiva para fijar las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas, en nada le imposibilita —todo lo contrario— para poder establecer un marco normativo general regulador del «régimen local», ya que el Derecho estatal es, en todo caso, suple-

torio del Derecho de las Comunidades Autónomas (art. 149.3 CE). Es evidente, pues, que la mera habilitación legal para que pueda dictarse esa normativa global o de conjunto ninguna lesión de las competencias de la Comunidad Autónoma de Galicia conlleva. No hay tampoco «uniformización» alguna del régimen local, porque con ello no se produce desapoderamiento competencial alguno de las Comunidades Autónomas. Antes bien, con ello el Estado atiende a una exigencia fundamental, que no es otra que la de prevenir un marco normativo general que venga a cubrir no sólo las consecuencias resultantes de los diferentes niveles competenciales existentes en la materia entre unas y otras Comunidades, sino también la simple inactividad normativa que transitoriamente, o no, pueda producirse en aquellas Comunidades Autónomas con competencia para desarrollar las normas básicas estatales. Serán pues, las normas autonómicas que, ajustándose a las bases estatales, vayan dictándose, las que, en todo caso, desplazarán en su aplicabilidad directa o eficacia territorial a esas otras normas estatales no básicas dictadas al amparo de la Disposición final primera de la LRBRL».

Mientras que en el ámbito de la competencia exclusiva, la Comunidad Autónoma puede decidir, dentro de ciertos límites, ejercer o no su competencia, no debe suceder lo mismo cuando se trata de una materia compartida porque, en este caso, se le estaría reconociendo a la Comunidad Autónoma un poder para neutralizar la competencia estatal a través del inejercicio de la competencia para el desarrollo y ejecución de la ordenación básica establecida por el Estado. La STC 214/1989 atina al observarlo; en cambio, la STC 118/1996 omite cualquier referencia sobre este extremo, ya que sólo analiza el problema desde la perspectiva autonómica.

6.ª La supletoriedad es una función que cumple el ordenamiento estatal respecto del autonómico al servicio de bienes y valores constitucionales, como son la igualdad y la seguridad jurídica. Además, la posibilidad de que el Estado pueda dictar normas supletorias es un refuerzo de la garantía de que las competencias estatales no se vean impedidas de cumplir sus fines como consecuencia del inejercicio por parte de las Comunidades Autónomas de las suyas. Ciertamente, la intensidad de esa garantía debe modularse en función del alcance de la competencia estatal y su proyección sobre la autonómica. Será menor cuando la competencia es incidental respecto de la competencia exclusiva autonómica, pero será más intensa cuando se trate de una competencia compartida. No es concebible que la competencia estatal pueda ser neutralizada por el inejercicio por parte de la Comunidad Autónoma de las suyas.

7.ª La STC 118/1996 parece pretender salvaguardar, no tanto las competencias autonómicas (pues tal violación no podría darse en ningún caso), como la supuesta soberanía del aplicador del Derecho a la hora de integrar la laguna o inexistencia normativa. Diríase que es preferible que éstos «decidan» antes de que el Estado legisle. La seguridad jurídica queda como un valor secundario, o inexistente, frente al «plusvalor» de la «decisión» o de la «soberanía» del «aplicador del Derecho». En definitiva, frente a la seguridad jurídica respaldada por la supletoriedad del legislador estatal se prefiere el «decisionismo» o el «constructivismo» normativo del aplicador del Derecho.

8.ª La doctrina de la STC 118/1996 no garantiza la igualdad de los españoles. Esto es particularmente manifiesto en el caso de que la competencia sobre la materia estuviera compartida. Si el legislador estatal legisla sobre lo básico y las Comunidades Autónomas no ejercen sus competencias sobre su desarrollo, además de no ejercer la función ejecutiva en estos casos, según

parece, el aplicador del Derecho debería sustituir al legislador y al Gobierno autonómico hasta tanto estos ejerzan sus competencias, pero ello supone que la ordenación resultante es la del caso concreto, lo que no garantiza suficientemente la igualdad de todos los españoles.

En el supuesto, por ejemplo, de la materia urbanística, sólo una Comunidad Autónoma (Cataluña) cuenta con una ordenación completa de la materia, con capacidad, por lo tanto, para desplazar la legislación supletoria estatal. En los demás casos, de no existir esta última legislación, la estatal, ¿cómo se integraría la ausencia de norma autonómica? ¿Los Ayuntamientos procederían, a través de sus planteamientos, a integrar la ordenación en materia de propiedad en la ordenación urbanística? ¿Se asegura así la igualdad básica de los españoles en el ejercicio de sus derechos?

9.ª y última razón de mi discrepancia con la doctrina de la supletoriedad que acoge la presente sentencia: La STC 118/1996 olvidó cuál es la vertebración de nuestro Estado de las Autonomías, basado en el principio de que la autonomía de las Comunidades Autónomas sólo tiene sentido dentro de la unidad del Estado (art. 2 CE) y que se predica de entidades (parciales) que constituyen las piezas de la «organización territorial» del Estado (art. 137 CE). Por tanto, existe un único Estado (España) que tiene como correlato un único ordenamiento jurídico. Ya transcribí al respecto el artículo 1.1 CE. En ese único ordenamiento se insertan los ordenamientos de las Comunidades Autónomas, en cuanto partes del mismo. Desde esta perspectiva, y sólo desde ésta, se puede entender que el ordenamiento estatal pueda operar «en todo caso» (art. 149.3 CE), como un derecho supletorio.

En la sentencia de la mayoría, finalmente, se aprecia la inconstitucionalidad de la disposición que declara el carácter supletorio de determinados preceptos y, además, se decide que éstos son también inconstitucionales. En la línea argumental de la sentencia (que yo no comparto) tal vez hubiera sido menos desacertado anular la disposición que califica de supletorios a ciertos preceptos y dejar que sean los Jueces y Tribunales los que decidan si los preceptos así calificados deben regir o no, según los casos, como derecho supletorio. Al determinar que son inconstitucionales se hace imposible que, apreciada una laguna, el órgano judicial pueda suplirla, pues el derecho estatal habrá desaparecido. Con la solución adoptada resulta imposible toda distinción entre la desregulación y las lagunas, pues éstas siempre deberán interpretarse como resultado de una voluntad desreguladora. Aun faltando la voluntad expresa de no regular, el vacío normativo será equivalente a la intención de no dictar normas.

La supletoriedad debe ser apreciada por el Juez. El legislador no ha de imponerle cuándo debe aplicar supletoriamente el derecho del Estado, pero debe producir normas a las que el Juez pueda acudir cuando, encontrándose ante una laguna, le sea preciso colmarla.

3.º Sobre la competencia del Estado en materia de urbanismo.

1. En el Preámbulo de la Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo, se afirma: «Esta Ley pretende, en el ámbito de las competencias constitucionales del Estado, modificar (...) el régimen hasta ahora vigente sobre los derechos y deberes de los propietarios del suelo afectado por el proceso de urbanización y edificación, si bien no en su totalidad, sino limitándose a la fijación de las condiciones básicas que aseguran la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los mencionados derechos y deberes, al tiempo que se delimita, con el mismo carácter

básico, la función social de la propiedad, de acuerdo con lo previsto en el artículo 149.1.1.ª, en relación con el artículo 33.2 de la Constitución». El legislador es consciente de la debilidad del título o títulos de los que se sirve. «La delimitación constitucional de competencias —afirma— parece impedir que el Estado apruebe una nueva Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana con el mismo o similar contenido al del texto refundido actualmente vigente, con pretensión de aplicación plena, ya que su regulación supondría una manifiesta invasión de las competencias autonómicas en materia de ordenación del territorio y urbanismo». Estas dudas se basan en el tenor literal del artículo 148.1.3.ª CE que atribuye a las Comunidades Autónomas competencias sobre la materia «ordenación del territorio, urbanismo y vivienda». Los Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas incluyen esta competencia entre las que la Comunidad asume a título de exclusiva. Es cierto que esta exclusividad no puede ser interpretada de tal manera que sea obstáculo al ejercicio de las competencias que al Estado corresponden. Ahora bien, el conflicto competencial es distinto —y por tanto reclama soluciones distintas— según se produzca, por un lado, entre competencias autonómicas y estatales exclusivas, o, por otro lado, entre competencias que, respecto de un ámbito determinado, ocupan una posición central, tangencial o incidental a la materia. A este segundo grupo pertenece el conflicto que hoy resolvemos.

Las Comunidades Autónomas tienen una competencia centrada en la materia (ordenación del territorio, urbanismo y vivienda). En cambio el Estado, al menos, una competencia incidental o tangencial (el régimen jurídico de la propiedad urbana). Sin perjuicio de lo dudoso de este título, esta inicial apreciación nos debe conducir a una cierta prevención en el modo o forma de resolver el conflicto. Prevención o cautela que debe traducirse en la conveniencia de que la resolución del mismo no se haga acudiendo a la solución más fácil de reconstruir el título competencial estatal en una suerte de competencia sobre las bases de la materia (el urbanismo). La incidencia de títulos competenciales estatales sobre materias de las Comunidades Autónomas y el cómo integrarlas en un todo coherente, es un problema no resuelto ni en la doctrina ni en la jurisprudencia. Tal vez porque estamos ante un problema que no tiene solución jurídica, sino política. Es necesario el ejercicio cooperativo de las respectivas competencias, con lealtad para con el otro sujeto y para con el conjunto del sistema. Las competencias no pueden ejercerse en soledad, como si el titular de las mismas no formase parte de un sistema, de un ordenamiento, en suma, de un Estado.

Nos encontramos ante uno más de estos supuestos difíciles de resolver. El Estado alega, por de pronto, un título competencial dudoso, pero, en todo caso, incidental o tangencial a la materia. Las Comunidades Autónomas, otro, centrado en la materia. ¿Cómo resolver este conflicto?

A mi juicio, la solución tiene dos fases. En primer lugar, debemos precisar qué es el urbanismo y, en segundo lugar, cómo ha distribuido la Constitución las competencias sobre esa materia.

2. La palabra urbanismo procede de la latina *urbs-urbis* (ciudad). De acuerdo con este significado etimológico, el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española recoge la siguiente definición: «Conjunto de conocimientos relativos a la creación, desarrollo, reforma y progreso de las poblaciones según conviene a las necesidades de la vida humana». De acuerdo con una definición descriptiva ya clásica, el urbanismo es la ciencia que se ocupa de la ordenación y desarrollo de la ciudad, persiguiendo, con la ayuda de

todos los medios técnicos, determinar la mejor situación de las vías, edificios e instalaciones públicas y de las viviendas privadas, de modo que la población se asiente en forma cómoda, sana y agradable. Ahora bien, cuando la Constitución se refiere en el artículo 148 1.3.ª al urbanismo, no está considerando la Ciencia urbanística. Se está refiriendo al urbanismo como hecho social, ordenado por los poderes públicos para producir un resultado: la calidad de vida (Preámbulo y el artículo 45 de la Constitución). Desde esta perspectiva, el urbanismo, como objeto de la ciencia y de los poderes públicos atiende a la ordenación y desarrollo de la ciudad para alcanzar una digna calidad de vida. Como objeto de una política, el urbanismo tiene, por un lado, que servir a unos objetivos constitucionales (arts. 46 y 47 CE) y, por otro lado, respetar un derecho constitucional: la propiedad (art. 33 CE).

La política pública dirigida a la ordenación y desarrollo de la ciudad para alcanzar la calidad de vida debe velar por la utilización racional de todos los recursos naturales («con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente»: art. 45.2 CE) y debe, además, promover las condiciones necesarias y establecer las normas pertinentes para hacer efectivo el derecho de todos los españoles a disfrutar de una vivienda digna, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación, de tal modo que la comunidad participe en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos (art. 47 CE). Así pues, los poderes públicos han de garantizar —regulándolo— la utilización racional del suelo para: a) proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente, y b) hacer efectivo el derecho de todos los españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. La antítesis que pudiera observarse en los objetivos no es tal. La Constitución habla siempre de utilización del suelo. Utilización por y para el hombre (calidad de vida), pero sin quebranto más allá de lo razonable del medio ambiente (utilización racional), lo que hoy se condensa en el principio de desarrollo sostenible (que el uso que ahora hacemos de los recursos naturales no impida o dificulte el uso que de esos mismos recursos puedan y quieran dar las generaciones futuras). La racionalidad de la utilización viene dada por la sostenibilidad del uso, en los términos que hemos indicado.

Junto a estos principios, la Constitución sienta otros particularmente relevantes para lo que ahora nos interesa. El artículo 47 CE establece que los poderes públicos deben, a fin de alcanzar los objetivos indicados, regular la utilización del suelo de acuerdo con el interés general de impedir la especulación. Además, se añade, «la comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos». Quiere decirse, aunque indirectamente, que si hay especulación y existe plusvalía derivada de la acción urbanística de los entes públicos, uno de los elementos básicos del urbanismo —como hecho social y objeto de la política de los poderes públicos— es la propiedad del suelo. Si con el suelo puede especularse y pueden generarse plusvalías, podemos deducir que el constituyente estaba pensando en un modelo «privado» del urbanismo: en un urbanismo de mercado, basado en la propiedad. Sólo respecto de este suelo tiene sentido lo que establece el precepto constitucional cuando se refiere a una suerte de superposición —a modo de ordenación o regulación— de lo público para reconducir el uso del suelo hacia la satisfacción del interés general y así impedir la especulación.

El derecho de propiedad se nos presenta como el instituto que junto con la intervención pública definen los ejes centrales del urbanismo. Simplifican-

do podemos decir que, a la vista de lo que nuestra Constitución establece, el urbanismo es propiedad y es acción de los poderes públicos. Ahora bien, no son dos pilares colocados en pie de igualdad. A los poderes públicos se les encomienda la tarea de que «regulen» la propiedad «de acuerdo con el interés general para impedir la especulación». Los constituyentes son conscientes —por una elemental evidencia histórica— de que la propiedad inmobiliaria abandonada a su propia suerte deriva hacia la especulación, o sea, hacia la patrimonialización de rentas no derivadas de la puesta en producción del propio suelo, sino de la acción de la sociedad y, en particular, de los entes públicos. No es circunstancial que la especulación se asocie con la retención del suelo, con el «no hacer nada», la espera, la inactividad.

El urbanismo, propiedad y «regulación» de los poderes públicos, en los términos utilizados por la Constitución, pero regulación para, por un lado, proteger y mejorar la calidad de vida, y por otro lado, hacer efectivo el derecho a disfrutar de una vivienda.

Cuando la Constitución atribuye a las Comunidades Autónomas el urbanismo, ¿qué es lo que atribuye? ¿Cuál es el alcance de esta competencia?

3. El urbanismo —como objeto de la actuación de los poderes públicos— es la política de ordenación y desarrollo de la ciudad: «regula» la utilización del suelo para, como ya nos consta, por un lado, proteger y mejorar la calidad de vida, y por otro lado, hacer efectivo el derecho a disfrutar de una vivienda. Esto se traduce en lo siguiente

a) El urbanismo es una política de los poderes públicos competentes, o sea, las Comunidades Autónomas (art. 148.1.3.ª CE).

b) Esta política tiene como fines, por un lado, proteger y mejorar la calidad de vida, y por otro lado, hacer efectivo el derecho a disfrutar de una vivienda.

c) El instrumento de esta política es la regulación de la utilización del suelo al servicio del interés general y para impedir la especulación.

Por tanto, la competencia en materia de urbanismo supone, necesariamente, la regulación de la utilización del suelo y, lo que eso implica, la regulación de la propiedad. De esto eran conscientes los constituyentes cuando atribuyeron a las Comunidades Autónomas la competencia que comentamos; además, se apoya en un hecho notorio: el urbanismo siempre ha supuesto regulación de la propiedad. El artículo 76 del antiguo Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del suelo y ordenación urbana (aprobado por Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril) establecía que «las facultades del derecho de propiedad se ejercerán dentro de los límites y con el cumplimiento de los deberes establecidos en esta Ley, o, en virtud de la misma, por los Planes de Ordenación, con arreglo a la clasificación urbanística de los predios». Se diga como se diga, el urbanismo es y ha sido siempre «regulación de la utilización del suelo», esto es, regulación de la propiedad del suelo. Y a las Comunidades Autónomas les compete la regulación de dicha utilización y, por consiguiente, la regulación de la institución jurídica en virtud de la cual esa utilización se produce, o sea, la propiedad.

4. Sentado lo anterior, debemos interrogarnos ahora sobre cómo el Estado puede incidir o afectar la competencia autonómica definida en los términos expuestos. En la sentencia se dice lo siguiente: «...ha de afirmarse que la competencia autonómica exclusiva sobre urbanismo ha de integrarse sistemáticamente con aquellas otras estatales que, si bien en modo alguno podrían

legitimar una regulación general del entero régimen jurídico del suelo, pueden propiciar, sin embargo, que se afecte puntualmente a la materia urbanística (establecimiento de las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio del derecho de propiedad urbana, determinados aspectos de la expropiación forzosa o de la responsabilidad administrativa). Pero ha de añadirse, a renglón seguido, que no debe perderse de vista que en el reparto competencial efectuado por la CE es a las CCAA a las que se ha atribuido la competencia exclusiva sobre el urbanismo, y por ende es a tales Entes públicos a los que compete emanar normas que afecten a la ordenación urbanística, en el sentido más arriba expuesto» (fundamento jurídico 6.ºb).

Esta afectación puntual se produce por la vía del ejercicio del Estado de su competencia definida en el artículo 149.1.1.º CE. La sentencia sostiene que «el indicado título competencial sólo tiene por objeto garantizar la igualdad de las condiciones de ejercicio del derecho de propiedad urbana y en el cumplimiento de los deberes inherentes a la función social», pero no, en cambio, la ordenación de la ciudad, el urbanismo entendido en sentido objetivo. «Habrá que distinguir, pues, aquellas normas urbanísticas que guardan una directa e inmediata relación con el derecho de propiedad (ámbito al que se circunscribe el art. 149.1.1.º CE) y del que se predicen las condiciones básicas, de aquellas otras que tienen por objeto o se refieren a la ordenación de la ciudad, esto es, las normas que, en sentido amplio, regulan la actividad de urbanización y edificación de los terrenos para la creación de ciudad» (fundamento jurídico 9.ºb).

Sin perjuicio de lo que más adelante se indicará respecto del título competencial alegado, la sentencia construye su opinión sobre la base de que es posible distinguir entre estatuto de la propiedad urbana y urbanismo. De tal manera que el Estado puede regular sobre el contenido básico y primario de dicha propiedad sin interferir en la materia urbanismo, o sea, sin que el Estado se convierta, en consecuencia, en legislador urbanístico, aunque sólo sea en lo básico. Esta loable pretensión choca con la realidad material de las cosas y con el propio significado profundo de lo que es el urbanismo, como ya hemos indicado. Además, choca con los propios términos utilizados por la CE cuando lleva a cabo la distribución de competencias. En efecto, la interpretación que la sentencia realiza convierte al Estado en legislador básico en materia de urbanismo, en contradicción, por un lado, con un título competencial que sólo habilita una incidencia tangencial (*ex* art. 149.1.1.º CE) y, por otro lado, en contra de la atribución que la CE y los Estatutos de Autonomía efectúa en exclusiva a las CCAA de la materia urbanística.

Este conflicto con la realidad (material e institucional) y con la propia distribución de competencias, conduce a que la sentencia se vea obligada más adelante a abandonar el criterio inicialmente sentado en los términos ya indicados. Este abandono se produce por dos vías. La primera vía es la del decisionismo voluntarista. Ante la imposibilidad de distinguir en cada caso qué preceptos caen en el ámbito de la competencia estatal y cuáles otros en el de las CCAA, dado que no cabe distinguir entre estatuto de la propiedad urbana y ordenación urbanística, la sentencia considera que un precepto cae en un ámbito, y otro precepto, relativo a cuestión próxima o similar, cae en el otro ámbito. Expondremos luego, a título de ejemplo, algunas de las contradicciones en las que, a mi juicio, incurre la sentencia.

La segunda vía es la de que el único criterio realmente operativo para calibrar la inconstitucionalidad de las normas, una vez descartada la posibi-

lidad de distinguir entre normas relativas a la propiedad y las urbanísticas, es el de la densidad normativa o el grado de detalle del precepto.

A) Las contradicciones en que incurre la sentencia producto del decisionismo voluntarista.

Se declaran inconstitucionales los siguientes preceptos —referidos directamente al «régimen urbanístico de la propiedad del suelo» (título primero)—, que establecen: el aprovechamiento urbanístico susceptible de apropiación (art. 27), las formas de concreción del aprovechamiento urbanístico (art. 29.1), la reducción del derecho al aprovechamiento urbanístico en actuaciones sistemáticas (art. 30.1) y asistemáticas (art. 31.1 y 2), el aprovechamiento atribuible en expropiaciones no motivadas por incumplimiento de deberes urbanísticos (art. 32), no adquisición del derecho a edificar (art. 34), los plazos para la edificación (art. 35.1), los efectos de la extinción del derecho a edificar (art. 36.2), las consecuencias que se anudan a la edificación sin licencia e incompatible con el planeamiento (art. 38.2 y 3), la sujeción a expropiación o venta forzosa del terreno en caso de que el propietario no hubiera adquirido el derecho al aprovechamiento urbanístico cuando solicitó la licencia anulada (art. 40.3), las consecuencias de la inactividad de la Administración en caso de incumplimiento de los deberes urbanísticos (art. 42.1, 2 y 3).

En cambio, no son inconstitucionales —en algunos casos no fueron objeto de impugnación por los recurrentes, lo que en nada es contradictorio con lo que queremos indicar—: la clasificación del territorio municipal en suelo urbano, urbanizable y no urbanizable (art. 3.2.c), la función social de la propiedad (art. 5), la no indemnizabilidad por la ordenación (art. 6), la participación en las plusvalías y reparto equitativo (art. 7), la utilización conforme a la ordenación territorial y urbanística (art. 8), la clasificación del territorio en suelo urbano, urbanizable o en su caso apto para urbanizar y no urbanizable (art. 9.1), el destino del suelo no urbanizable (art. 15), la prohibición de fraccionamientos en suelo no urbanizable contrarios a la legislación agraria o en otra aplicable (art. 16.1), las áreas de especial protección en el suelo no urbanizable (art. 17), el deber de los propietarios afectados de incorporarse al proceso urbanizador y edificatorio (art. 19), los deberes legales de uso, conservación y rehabilitación (art. 21), la inmodificación de la situación del titular de la finca como consecuencia de su enajenación (art. 22), las facultades urbanísticas de la propiedad (art. 23), la adquisición y extinción del derecho a urbanizar (arts. 24 y 25), la adquisición del derecho al aprovechamiento urbanístico (art. 26), la adquisición y no adquisición del derecho a edificar (arts. 33 y 34), así como los efectos de su extinción (art. 36.1), la adquisición del derecho a la edificación (art. 37), el régimen de la edificación sin licencia e incompatible con el planeamiento (art. 38.1), la licencia ilegal y expropiación o venta forzosa (art. 40), así como, por último, la edificación con exceso de aprovechamiento (art. 41).

Veamos algunas de las contradicciones que yo percibo:

a) Se declaran constitucionales varios artículos por entenderse que forman parte del estatuto básico de la propiedad urbana. A pesar del tenor literal del precepto, la sentencia considera que «el artículo 149.1.1.^a CE ... autoriza ... la fijación de algunas de las finalidades que guardan una directa e inmediata relación con los derechos y deberes constitucionales en juego». Así, considera que las finalidades indicadas guardan relación con lo dispuesto en

los artículos 33.2, 47 y 128.1 CE. Es evidente que existe tal conexión. Ahora bien, lo que no es tan evidente es que la misma justifique y legitime la competencia del Estado para establecer esa conexión y declarar que la acción urbanística debe cumplir los fines expuestos. Es manifiesto que todos los poderes públicos están sujetos a la Constitución (art. 9.1 CE). No significa esto que basta cualquier conexión con la Constitución para que el Estado se vea legitimado para dictar una ordenación, particularmente en ámbitos materiales como el urbanismo que a las CCAA les compete (art. 148.1.3.º CE). Es más, las CCAA al ejercer sus competencias deben procurar alcanzar esos fines precisamente porque los impone la Constitución, sin necesidad de la intermediación del Estado.

Los otros artículos enumeran las clases de suelo (urbano, urbanizable y no urbanizable). La sentencia afirma que «sin esa clasificación previa que ...encaja en el artículo 149.1.1.ª CE, no sería posible regular condición básica alguna del ejercicio del derecho de propiedad urbana que aquel precepto reserva al Estado, puesto que constituye la premisa, a partir del cual se fijan tales condiciones básicas». Ciertamente, esto es así. Ahora bien, deben ser tres clases o sólo dos, o una. Acaso se confunde la operación clasificatoria del suelo (asignar al suelo las distintas clases establecidas en la Ley) con la misma operación que efectúa el legislador de fijar que son dos o más clases las que el planificador debe aplicar (a través de la primera operación) sobre el suelo físico correspondiente. Ciertamente, la primera operación es imprescindible. Ahora bien, que sean dos o más clases las que el legislador establezca, eso ya escapa al título competencial del Estado. En coherencia con la doctrina de la sentencia, el Estado puede legislar sobre el derecho de propiedad urbana, por tanto podría delimitar los criterios en virtud de los cuales el suelo puede ser «clasificado» como urbano, pero nada más.

b) Se tachan de inconstitucionales la prohibición de las parcelaciones urbanísticas, pero no así las contrarias a la legislación agraria u otra, como si una y otra, de acuerdo con el criterio sentado por la sentencia, no delimitasen negativamente el derecho de propiedad. Si la legislación agraria delimita negativamente el derecho de propiedad, también la legislación urbanística lo hace. Por tanto, quien regula el derecho en positivo también lo regula en negativo.

c) Se tacha de inconstitucional la concreción del derecho al aprovechamiento urbanístico (arts. 27 y 29), pero no así el deber de destinar efectivamente los terrenos y construcciones al uso en cada caso establecido por el planeamiento urbanístico (art. 21).

d) Se tacha de inconstitucional las consecuencias de la falta de adquisición del derecho a edificar (art. 34), pero se considera constitucional el cómo se adquiere ese mismo derecho (art. 33), así como los efectos de su extinción (art. 36).

e) Se tacha de inconstitucional que el propietario pueda solicitar nueva licencia en caso de que no hubiese transcurrido el plazo para solicitarla (art. 38.2), pero no que la edificación realizada sin licencia, o sin ajustarse a sus condiciones e incompatible con el planeamiento vigente, sea demolida sin indemnización (art. 38.1). En puridad, si se busca la igualdad parece que debe buscarse tanto en lo negativo (la demolición) como en lo positivo (la posibilidad de solicitar licencia). Más aún, si la edificación sin licencia es compatible con el planeamiento, cabe la legalización mediante el procedimiento de solicitar licencia (art. 39). Por tanto, vemos lo artificioso de la distinción. Sólo el estatuto básico de la propiedad urbana es competencia del

Estado, ¿por qué el propietario de la edificación ilegal incompatible con el planeamiento no puede solicitar licencia y, en cambio, el de la compatible con el planeamiento sí puede? ¿Estamos ante urbanismo o ante propiedad?

f) Se tacha de inconstitucional la concreción de la consecuencia de que el propietario titular de una licencia ilegal anulada en caso de que no hubiera adquirido el derecho al aprovechamiento (art. 40.3), pero no cuando la edificación se realice sin licencia o sin ajustarse a sus condiciones e incompatible con el planeamiento (art. 38.1). En el primer caso, se dispone la expropiación del terreno o su venta forzosa; en el segundo caso, la demolición sin indemnización.

En definitiva, la sentencia se basa en una tesis que, en su aplicación concreta, genera confusión. Resulta artificiosa la distinción entre estatuto básico de la propiedad urbana y urbanismo. El urbanismo supone necesariamente regulación de la propiedad. Precisar cuándo un precepto forma parte de uno u otro ámbitos, es una tarea que conduce a soluciones discutibles. Discutibles porque el criterio manejado lo es. Esto conduce a que el fallo deba basarse en la mayor o menor «densidad normativa» de la regulación estatal.

B) El criterio realmente operativo que maneja la sentencia es el de la densidad normativa.

Ante la inadecuación del criterio empleado, la sentencia acude a otro criterio «operativo», el grado de detalle de la norma estatal. El reproche de inconstitucionalidad al legislador estatal se basa en que invade la competencia autonómica en materia urbanística en atención no ya a su distinta naturaleza, sino al dato «cuantitativo» del «detalle», la «densidad normativa», la «concreta y extensa regulación legal», la «concreta expresión legal» de la regulación estatal. Así, por ejemplo, sobre la base de este criterio la sentencia declara inconstitucional el art. 27 TRLS [«.en primer lugar, por el carácter fijo y no mínimo tanto de la determinación del aprovechamiento urbanístico susceptible de apropiación por los propietarios, como implícitamente de la recuperación por la comunidad de las plusvalías urbanísticas; en segundo lugar, porque tal determinación la establece acudiendo a un complejo entramado de concretas técnicas urbanísticas (áreas de reparto, aprovechamiento tipo), que pertenecen a la competencia exclusiva en materia de urbanismo de las Comunidades Autónomas (art. 148.1 3.º CE)]. También se declara inconstitucional el artículo 29.1 TRLS. Se afirma lo siguiente: «No es, pues, la materia de fondo —pautas o criterios acerca de la concreción del aprovechamiento urbanístico—, sino su concreta y extensa regulación legal, tanto del presupuesto de hecho como de sus efectos jurídicos, consecuencia de la refundición, la que no se ajusta al orden constitucional de competencias».

Si la regulación estatal incurre en tales vicios, se produce, según parece, la transmutación de la materia. de estatuto básico de «propiedad urbana» se convierte en «urbanismo». Esta es una muestra de que la distinción resulta inadecuada. El urbanismo es regulación de la propiedad inmobiliaria. La pretensión de que el urbanismo no supone regular la propiedad, o que la propiedad del suelo urbano puede regularse separadamente del urbanismo, conduce al decisionismo. La utilización del criterio de la sentencia confirma que entre «estatuto básico de la propiedad urbana» y «urbanismo» no existe diferencia de sustancia, como inicialmente parecía querer sostenerse.

4.º La interpretación expansiva del título estatal del artículo 149.1.1.ª CE y su transformación en un título que convierte al legislador estatal en una

suerte de legislador básico en materia del estatuto jurídico de la propiedad urbana.

1. La sentencia elabora una construcción interpretativa del título competencial contenido en el artículo 149.1.1.^a CE. Esta construcción, en su vertiente de «delimitación positiva de la competencia estatal», podemos resumirla en los siguientes ítem:

a) La competencia estatal *ex* artículo 149.1.1.^a CE se proyecta sólo sobre los derechos constitucionales en sentido estricto:

El artículo 149.1.1.^a CE habilita al Estado para regular —como título autónomo, no residual o subsidiario— las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el disfrute de los «derechos constitucionales en sentido estricto, así como los deberes básicos» (fundamento jurídico 7.^ob), por lo que el Estado no puede formular, respecto de estos derechos y deberes, un «régimen jurídico acabado y completo» (fundamento jurídico 7.^ob).

b) La competencia estatal *ex* artículo 149.1.1.^a CE se refiere a las condiciones básicas para garantizar la igualdad:

«...al Estado le compete regular las “condiciones básicas” que garanticen la “igualdad” de todos los propietarios del suelo en el ejercicio de su derecho de propiedad urbana, esto es, la “igualdad básica” en lo que se refiere a las valoraciones y al régimen urbanístico de la propiedad del suelo» (fundamento jurídico 8.^o).

c) La competencia estatal *ex* artículo 149.1.1.^a CE habilita al Estado para regular el contenido básico y primario del derecho de propiedad, además de aquellas otras cuestiones que guardan una relación necesaria e inmediata con dicho contenido.

«Una comprensión sistemática del entero orden competencial induce a concluir, de acuerdo con nuestra jurisprudencia, que las “condiciones básicas” hacen referencia al contenido primario (STC 154/1988) del derecho, a las posiciones jurídicas fundamentales (facultades elementales, límites esenciales, deberes fundamentales, prestaciones básicas, ciertas premisas o presupuestos previos...)» (fundamento jurídico 8.^o) «Dentro de esas “condiciones básicas” cabe entender incluidos asimismo aquellos criterios que guardan una relación necesaria e inmediata con aquéllas, tales como el objeto o ámbito material sobre el que recaen las facultades que integran el derecho . los deberes, requisitos mínimos o condiciones básicas en que ha de ejercerse un derecho... los requisitos indispensables o el marco organizativo que posibilitan el ejercicio mismo del derecho...» (fundamento jurídico 8.^o). Por tanto, al Estado le compete establecer «la regulación del contenido básico y primario del derecho de propiedad, en la medida en que afecte a las condiciones básicas de su ejercicio» (fundamento jurídico 9.^oa). Sin embargo, «el referido título competencial no habilita por sí mismo para que el Estado pueda regular cualquier circunstancia que, de forma más o menos directa, pueda incidir sobre la igualdad en el ejercicio del derecho» (fundamento jurídico 9.^oa).

d) Sin embargo, la competencia estatal *ex* artículo 149.1.1.^a CE no habilita al Estado con una competencia urbanística, que sigue correspondiendo a las Comunidades Autónomas.

«El indicado título competencial sólo tiene por objeto garantizar la igualdad de las condiciones de ejercicio del derecho de propiedad urbana y en el

cumplimiento de los deberes inherentes a la función social, pero no, en cambio, la ordenación de la ciudad, el urbanismo entendido en sentido objetivo. ...Habrá que distinguir, pues, aquellas normas urbanísticas que guardan una directa e inmediata relación con el derecho de propiedad (ámbito al que se circunscribe el art. 149.1.1.^a CE) y del que se predicen las condiciones básicas, de aquellas otras que tienen por objeto o se refieren a la ordenación de la ciudad, esto es, las normas que, en sentido amplio, regulan la actividad de urbanización y edificación de los terrenos para la creación de ciudad» (fundamento jurídico 9.^ob).

e) Por tanto, la competencia estatal *ex* artículo 149.1.1.^a CE habilita al Estado para regular determinados aspectos del estatuto jurídico de la propiedad urbana.

«...cabe admitir que la adquisición del contenido urbanístico susceptible de apropiación privada, su valoración, o los presupuestos previos —o delimitación negativa— para que pueda nacer el derecho de propiedad urbana, por ejemplo, son elementos que, en principio, pueden considerarse amparados por la competencia estatal que se localiza en el artículo 149.1.1.^a CE (...). Al mismo tiempo, el Estado tiene competencia para fijar las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el cumplimiento de los deberes constitucionales y, en consecuencia, para regular los deberes básicos que sean inherentes a cada manifestación del dominio» (fundamento jurídico 10.^o).

2. Esta doctrina —expuesta en su misma secuencia— no nos resulta convincente y, además, debemos alertar sobre sus consecuencias.

a) No nos resulta convincente porque fuerza la interpretación del título competencial. El artículo 149.1.1.^a CE habilita al Estado la competencia para «la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales». Eso es lo que dice el texto constitucional. En cambio, la versión de la sentencia se mueve entre la afirmación de principio y general de que ese título habilita una competencia estatal en los términos que el precepto utiliza y la afirmación específica y concreta de que dicho título habilita al Estado la competencia para regular «el contenido básico y primario del derecho de propiedad», contenido que se identifica con las «condiciones básicas» de ese derecho y que es necesario regular para garantizar la igualdad de todos los españoles.

El artículo 149.1.1.^a CE no es un título que postula —como ha llegado a sostenerse— una suerte de común denominador garantizador de las condiciones básicas de los derechos y deberes que se resuelve en primer término y ante todo, en una cierta homogeneidad, en lo que hace al contenido básico, de las posiciones jurídico-constitucional en sentido técnico-jurídico (derechos constitucionales *stricto sensu*), ni es una regla de reparto de competencias en cuanto a la regulación de los derechos y deberes constitucionales. Pero tampoco es un título que habilita al Estado para legislar sobre el contenido «primario y básico» del derecho de propiedad como si de un legislador básico se tratase. No es posible interpretar el precepto de tal manera que se construya otro distinto. Además, sentado este precedente respecto del derecho de propiedad, se plantea el interrogante de por qué el Estado se convierte en legislador básico sólo respecto de este derecho y no sobre los demás derechos constitucionales *stricto sensu*. Ciertamente, admitida la «excepción» y no justificada por qué es una excepción, no existe obstáculo alguno para que el artículo 149.1.1.^a CE se trans-

forme en una suerte de regla competencial de reparto en la regulación de los derechos y deberes constitucionales, de tal modo que el Estado puede legislar sobre lo básico o primario de los derechos y deberes constitucionales. Esta interpretación puede conducir a un vaciamiento del sistema de la distribución de competencias llevada a cabo por la Constitución. ¿Acaso con este criterio el Estado no ganaría una posición competencial desde la que podría incidir (con la intensidad que la sentencia admite) sobre cualquier ámbito o materia de la competencia de las Comunidades Autónomas en las que estuviera presente un derecho o deber constitucional?

A mi juicio, la Constitución dice que el Estado puede regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes. Nada afirma respecto de que pueda regular el contenido básico o primario de estos mismos derechos y deberes constitucionales. Más bien parece referirse a las condiciones *ad extra* del derecho, no a su contenido (lo que podríamos denominar como sus condiciones *ad intra*). Esta interpretación se ve reforzada por las siguientes ideas:

a) Entendemos que el artículo 149.1.1.^a CE se refiere a las condiciones de disfrute, y no al contenido, del derecho constitucional. Si tenemos en cuenta que le compete al Estado la regulación del contenido de los derechos constitucionales de la Sección 1.^a, Capítulo II, Título I de la CE (SSTC 76/1983, 67/185), ya que debe llevarse a cabo a través de una Ley Orgánica (art. 81 CE), se produciría una redundancia si entendiéramos que el Estado puede regular el contenido básico o primario del derecho tanto por la vía del artículo 81 como por la del 149.1.1.^a CE. Ahora bien, podría considerarse que esa habilitación competencial opera respecto de los derechos constitucionales, como el de propiedad, que no forma parte de la citada sección. En este caso, podría contra-argumentarse preguntando por qué hay que interpretar que la referencia a los derechos constitucionales se debe entender hecha en favor sólo de estos últimos derechos y no todos los derechos constitucionales. Además, el precepto pretende habilitar al Estado con un instrumento para garantizar la igualdad de los españoles en el ejercicio de los derechos constitucionales, todos los derechos constitucionales, no se entiende por qué debe hacerlo sólo respecto de los derechos que no forman parte de la citada sección 1.^a.

b) Sería un contrasentido considerar que el artículo 53.1 CE obliga al legislador a respetar el contenido esencial de los derechos constitucionales, pero en cambio el artículo 149.1.1.^a CE le habilita para regular el contenido básico o primario, o sea, su contenido esencial, en este caso, el del derecho de propiedad. Por tanto, desde esta perspectiva, la tesis de la sentencia resulta discutible y acaso peligrosa.

c) La jurisprudencia del TC ha sido especialmente prudente en la interpretación del artículo 149.1.1.^a CE. Tras insistir en que las condiciones básicas de igualdad no exigen un tratamiento jurídico uniforme de los derechos y deberes de los ciudadanos en todo el territorio del Estado (STC 150/1990), hemos afirmado (STC 152/1988) respecto del derecho a disfrutar de una vivienda —competencia autonómica como la urbanística—:

«Por lo que se refiere el artículo 149.1.1.^a, éste faculta al Estado para regular las condiciones no ya que establezcan, sino que garanticen la igualdad sustancial de los españoles en el ejercicio de los derechos constitucionales. Pero esta función de garantía básica en lo que atañe al derecho a disfrutar de una vivienda digna, es la que puede y debe desempeñar el Estado al instru-

mentar sus competencias sobre las bases y coordinación de la planificación económica del subsector vivienda y sobre las bases de ordenación del crédito. En otros términos, como declaramos en nuestra STC 146/1986, de 25 noviembre, «la persecución del interés general —en este caso, el relativo a la garantía de un vivienda adecuada para todos los españoles— se ha de materializar «a través de», no «a pesar de» los sistemas de reparto de competencias articulados en la CE» (fundamento jurídico 3.º), de manera que la promoción de la igualdad sustancial y la acción estatal destinada al efecto «debe desplegarse teniendo en cuenta las peculiaridades de un sistema de autonomías territoriales» (fundamento jurídico 4.º).

También hemos afirmado (STC 87/1985), con relación a las normas sancionadoras de las CCAA:

«Las Comunidades Autónomas pueden adoptar normas administrativas sancionadoras cuando, teniendo competencia sobre la materia sustantiva de que se trate, tales disposiciones se acomoden a las garantías constitucionales dispuestas en este ámbito del derecho sancionador (art. 25.1 CE, básicamente), y no introduzcan divergencias irrazonables y desproporcionadas al fin perseguido respecto del régimen jurídico aplicable en otras partes del territorio (art. 149.1.1.ª)». «La norma sancionadora autonómica habrá de atenerse a lo dispuesto en el artículo 149.1.1.ª CE, de modo que no podrá introducir tipos ni prever sanciones que difieran, sin fundamento razonable, de los ya recogidos en la normación válida para todo el territorio. Y también es cierto que el procedimiento sancionador habrá de atenerse al «administrativo común», cuya configuración es de exclusiva competencia estatal (art. 149.1.18 CE). Pero, dentro de estos límites y condiciones, las normas autonómicas podrán desarrollar los principios básicos del ordenamiento sancionador estatal, llegando a modular tipos y sanciones —en el marco ya señalado—, porque esta posibilidad es inseparable de las exigencias de prudencia o de oportunidad, que pueden variar en los distintos ámbitos territoriales. Por lo que aquí importa, y ya que lo impugnado es la modificación en las sanciones, puede decirse que la norma autonómica no infringirá lo dispuesto en el artículo 149.1.1.ª si se limita a sancionar, aunque de distinto modo, una conducta también considerada ilícita en el ordenamiento general y si tal sanción se proyecta sobre un bien (el reconocido en el artículo 38 CE, en este caso) que no es distinto del también afectado por el derecho sancionador estatal, sin llegar a afectar a otros derechos constitucionalmente reconocidos».

Por último, respecto de las garantías básicas de la igualdad del uso del castellano, hemos considerado (STC 82/1986):

«El Estado puede regular, si lo considera oportuno, las garantías básicas de la igualdad en el uso del castellano como lengua oficial ante todos los poderes públicos, así como las garantías del cumplimiento del deber de conocimiento del castellano, entre las que se halla la obligatoriedad de la enseñanza en ese idioma, a que este Tribunal se refirió en su sentencia 6/1982, de 22 febrero». «Pero no cabe entender que este título competencial habilite al Estado para regular, con carácter general, siquiera en sus aspectos básicos, la cooficialidad de las lenguas españolas distintas del castellano y su consiguiente utilización por los poderes públicos o el derecho al uso de las otras lenguas españolas oficiales por los particulares. Interpretar el artículo 149.1.1.ª, con el alcance que le otorga el Abogado del Estado, equivaldría a vaciar de con-

tenido las competencias lingüísticas asumidas por las Comunidades Autónomas según sus Estatutos de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3.2 de la Constitución».

Esta jurisprudencia ha precisado que el título del artículo 149.1.1.^a CE habilita para regular las condiciones no el contenido de los derechos constitucionales. Así, por ejemplo, ha admitido su utilización para limitar la competencia autonómica en materia sancionadora o lingüística, pero no se ha servido de este título para regular en lo básico el estatuto de dicha potestad ni de dichas competencias lingüísticas. Lo más importante es que, frente a un supuesto, la materia relativa a la vivienda, la jurisprudencia de la sentencia 152/1988 no admitió la posibilidad de que el Estado, sirviéndose del artículo 149.1.1.^a CE, pudiera regular el contenido básico o primario del derecho a la vivienda.

En definitiva, el artículo 149.1.1.^a CE debe ser interpretado a la luz de lo dispuesto en el artículo 139 CE. En este artículo se dispone, por un lado, que todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado y, por otro lado, que ninguna autoridad podrá adoptar medidas que directa o indirectamente obstaculicen la libertad de circulación y establecimiento de las personas y la libre circulación de bienes en todo el territorio español. En relación con este artículo, el artículo 149.1.1.^a CE habilita al Estado con una competencia para que regule las condiciones o circunstancias básicas o necesarias que asegure la materialización de estos resultados, en definitiva, garantizar la efectiva realización, en su dimensión territorial, del principio-derecho a la igualdad del artículo 14 CE. En ningún caso, esta competencia tiene por qué traducirse en la habilitación de una competencia para regular el contenido del derecho, sino sólo las circunstancias indispensables para que se dé la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos constitucionales.

b) La doctrina analizada requiere mayor meditación. Si el Estado es competente, por obra del artículo 149.1.1.^a CE, para legislar el contenido «básico y primario» del derecho de propiedad, lo que lo convertiría materialmente en una suerte de legislador básico, por extensión debemos admitir que también puede legislar en esta condición respecto de cualquier derecho constitucional, tanto los de la sección primera como los de la sección segunda del capítulo II del Título I de la Constitución. Esta conversión está llamada a provocar importantes repercusiones, que no podemos dejar de indicar. Por un lado, supone, como ya hemos dicho, que el contenido esencial de los derechos constitucionales, vedado al legislador, podría ser objeto de regulación por obra de la vía abierta por el artículo 149.1.1.^a CE. Por otro lado, si nos centramos en los derechos de la sección segunda (los de la primera, por su misma naturaleza y la distribución de competencias, parece que no cabe duda acerca de la competencia estatal, en particular por obra del artículo 81 CE y la exigencia de ley orgánica), la doctrina de la sentencia podría conducir a habilitar al Estado a legislar las bases del régimen jurídico de cada uno de esos derechos y deberes. Ciertamente, a la vista de la distribución de competencias puede decirse que respecto de esos mismos derechos y deberes el Estado ya ejerce similar competencia. Por tanto, la nueva doctrina es innecesaria, salvo en dos supuestos: la propiedad y la libertad de empresa. Precisamente, en dos supuestos que, por sus propias características, tienen una importante vis expansiva. Pensemos en la libertad de empresa. Si el Estado tiene la competencia que la sentencia le atribuye, queda habilitado para dictar una legislación

básica de garantía de la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de ese mismo derecho. Aquí se vuelven a plantear los problemas que nos encontramos respecto de la propiedad y el urbanismo, qué es una y cuál es otra; qué es libertad de empresa y cuál es la actividad económica singular. Dicho de otra manera, se plantearía el problema de distinguir la institución aisladamente considerada (el derecho), de la institución operando en un sector o ámbito concreto. Distinción harto difícil cuando la institución (el derecho) es actividad.

c) Por otro lado, ¿por qué sólo los derechos del capítulo II? ¿qué impide considerar los «derechos» del capítulo III? No nos referimos a los principios rectores sino a aquellos derechos expresamente consignados en los preceptos de este capítulo. No podemos olvidar que el Tribunal Constitucional en su STC 152/1988, ya legitimó una interpretación extensiva de este calibre. En efecto, en materia de vivienda consideró que el Estado, sobre la base del artículo 149.1.1.ª CE en relación con el artículo 47 CE, tiene una competencia para establecer una política de garantía básica del derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada a través de ayudas con cargo exclusivamente a los presupuestos generales del Estado (política de vivienda de protección oficial). Por tanto, si se considera que el artículo 149.1.1.ª CE es un título competencial que permite al Estado regular los derechos constitucionales, nada impide que entre esos derechos se pueda incluir los derechos constitucionales *expressis verbis* a los que aluden algunos preceptos del capítulo III (derecho a la protección de la salud, artículo 43; derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado, artículo 45; derecho a disfrutar de una vivienda, artículo 47). Además, por qué sólo los derechos constitucionales *expressis verbis*, en realidad cuando la Constitución recoge en los preceptos del Capítulo III obligaciones de los poderes públicos no está reconociendo derechos a los ciudadanos. En definitiva, la doctrina de la que discrepamos tiene una fuerza expansiva de incalculable alcance.

d) Por último, la prevención que manifestamos frente a la posibilidad de considerar el título del artículo 149.1.1.ª CE como atributivo de una competencia autónoma, no residual o secundaria, se sitúa en la línea tradicional de este Tribunal Constitucional.

3. A mi juicio, si el objetivo es garantizar la igualdad de los españoles en el ejercicio del derecho de propiedad existen otros caminos para llegar a la meta. En primer lugar, la igualdad está garantizada desde el momento en que se halla constitucionalizada en el artículo 14 CE. Desde esta perspectiva, el TC puede controlar cualquier ejercicio de la competencia autonómica que pudiera tacharse de discriminatorio por introducir diferencias injustificadas o arbitrarias. En segundo lugar, el Estado puede valerse de un título competencial expreso, el del artículo 149.1.8.ª CE, para establecer un sustrato común al estatuto jurídico de la propiedad. No compartimos la afirmación —formulada de pasada— contenida en la sentencia de la mayoría según la cuál este título se refiere a la vertiente ius privatista de la propiedad y que no alcanza a la vertiente pública de la misma. Sin embargo, esta afirmación debe ser matizada. Por un lado, no puede decirse que lo público en el ámbito de la propiedad sea ajeno a la legislación civil, basta examinar lo relativo a las propiedades especiales incluido en el Código Civil. Por otro lado, hay que recordar que uno de los principios constitucionalmente configuradores de la propiedad es su función social, con independencia de su cauce de formalización (legislación civil o urbanística).

Firmo este Voto Particular con el respeto que me merece la opinión mayoritaria del Pleno, lamentando no compartir, en este caso, tan autorizado parecer.

Publíquese este Voto en el «Boletín Oficial del Estado».

Madrid, a veinte de marzo de mil novecientos noventa y siete.

* En el apartado de Dictámenes y Notas de este mismo número puede verse un resumen y comentario de esta sentencia.

F. C. D.

II. Resoluciones de la Dirección General

Por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA,
JORGE REQUEJO LIBERAL
y JESÚS GONZÁLEZ GARCÍA

DECLARACION DE OBRA NUEVA GANANCIAL POR EL MARIDO. PARA EL ACCESO AL REGISTRO DE LA OBRA NUEVA —ELEMENTO FISICO QUE COMPLETA LA DESCRIPCION DE LA FINCA— ES SUFICIENTE QUE UNO DE LOS TITULARES DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES HAGA LA DECLARACION OPORTUNA. (RESOLUCIÓN DE 21 DE FEBRERO DE 1995. BOE DE 12 DE ABRIL DE 1995.)

RESOLUCION de 21 de febrero de 1995, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Madrid don Gerardo Muñoz de Dios, frente a la negativa del Registrador de la Propiedad número 2 de Talavera de la Reina a inscribir una escritura de declaración de obra nueva, en virtud de apelación del recurrente

En el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Madrid don Gerardo Muñoz de Dios, frente a la negativa del Registrador de la Propiedad número 2 de Talavera de la Reina a inscribir una escritura de declaración de obra nueva, en virtud de apelación del recurrente.

Hechos.—I. El 16 de febrero de 1994 fue autorizada por el Notario de Madrid don Gerardo Muñoz de Dios una escritura pública por la que el compareciente, don Aureliano Martín Jiménez, mayor de edad, casado con doña María del Carmen del Fresno Sánchez, interviniendo en su propio nombre, declaró que sobre la parcela número 298 del polígono 2 de la urbanización «Serranillos Playa», en términos de San Román de los Montes (Toledo), de la que es dueña la sociedad conyugal formada por él y su mencionada esposa, contando al efecto con la correspondiente licencia municipal y certificado final de obra —que se unieron a la matriz— tiene construido a expensas de su sociedad conyugal un edificio destinado a vivienda unifamiliar que, a efectos de su inscripción en el Registro de la Propiedad como obra nueva, procedió a describir.

II. Presentada copia de dicha escritura en el Registro de la Propiedad número 2 de los de Talavera de la Reina, fue calificada con la siguiente nota: «Suspendida la inscripción del precedente documento, por aparecer la finca inscrita con carácter ganancial a nombre de don Aureliano Martín Jiménez y

su esposa doña María del Carmen del Fresno Sánchez, y no acreditarse el consentimiento de dicha señora conforme a lo establecido en el artículo 93.2 del Reglamento Hipotecario. Talavera de la Reina, 4 de abril de 1994.—El Registrador.—Hay una firma ilegible».

III. Por el Notario autorizante de la escritura se interpuso recurso gubernativo frente a la calificación obtenida en la nota transcrita fundándose en los siguientes argumentos: Que la parquedad de la nota no permite saber cuál es la postura de la Registradora sobre la disyuntiva entre actos de administración o de disposición, siendo difícil de encajar en la misma un acto de modificación hipotecaria como la obra nueva que, por su parte, califica como de neutro; que en realidad con la obra nueva se trata tan sólo de adecuar el contenido del Registro a la realidad extrarregional, teniendo naturaleza meramente descriptiva como lo revelan los artículos 208 de la Ley Hipotecaria y 308 de su Reglamento, aspecto que se agudiza desde la Ley de 26 de julio de 1980 (*sic*) cuando exige para otorgar la escritura de obra nueva justificar la licencia correspondiente y acompañar certificación del Arquitecto autor del proyecto, lo que tiñe aún más a la declaración de obra nueva de un aspecto meramente descriptivo como lo confirma el artículo 94.2 del Reglamento Hipotecario. Que es lógico exigir el consentimiento de ambos cónyuges cuando se trata de actos dispositivos o de administración que impliquen gravamen como los arrendamientos por seis o más años, pero no para una declaración de obra nueva que, aunque se considere acto de administración, tan sólo persigue la adecuación del Registro a la realidad; que la naturaleza de la sociedad de gananciales como comunidad germánica permite el otorgamiento unilateral por: a) *A sensu contrario* la doctrina de la Resolución de 20 de febrero de 1969 que ponía el énfasis en la correspondencia del aportante en la comunidad; b) Las Resoluciones de 8, 11 y 26 de febrero de 1987 y 4 de marzo y 27 de septiembre de 1978 sobre adquisición por uno de los cónyuges de bienes gananciales. Apela, finalmente, a la voluntad del legislador de facilitar la adecuación del Registro a la realidad extrarregistral.

IV. La Registradora advierte en su informe cómo la nota recurrida señala que la finca sobre la que se declara la construcción de la obra nueva aparece inscrita «a nombre de marido y mujer con carácter ganancial», siendo ambos cónyuges titulares registrales, supuesto al que es aplicable en orden a inscribir actos de modificación hipotecaria el requisito del artículo 93.2 del Reglamento Hipotecario, que se realice por ambos cónyuges o por uno de ellos con el consentimiento del otro, y no el artículo 94.2 que permite la inscripción de aquellos actos, aún siendo unilaterales, cuando la finca figure inscrita a nombre de uno solo de los cónyuges, aunque conste que ha adquirido para la sociedad conyugal. Que el Código Civil, tras la reforma llevada a cabo por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, ha establecido como principio general en su artículo 1.375 no sólo el de la codisposición de los bienes gananciales, sino también el de la coestión de los mismos. Y que si bien es cierto que ese principio tiene varias excepciones, en especial por lo que se refiere a los actos de administración de los bienes que aún siendo gananciales figuren a nombre de uno tan solo de los cónyuges (art. 1.384), esta norma se inscribe en la órbita de las relaciones externas. Que el Reglamento Hipotecario en su adaptación al nuevo marco legal del régimen económico matrimonial ha precisado la forma en que han de realizarse las inscripciones de adquisiciones por personas casadas en régimen de gananciales, y según la forma en que aparezcan practicadas tales inscripciones se condiciona la posterior de los actos inscri-

bibles en relación con ellos, lo que en aplicación del artículo 18 de la Ley Hipotecaria condiciona la práctica de los asientos. Entiende que el artículo 93.2 del Reglamento Hipotecario obedece al artículo 1.375 del Código Civil y el 94.2 del mismo Reglamento al artículo 1.384 del Código. Que la doctrina de esta Dirección General invocada por el recurrente no viene al caso, aparte de ser anterior a la reforma del Código Civil y el Reglamento Hipotecario, y que la apelación a la Ley de Reforma de Régimen Urbano y Valoración del Suelo, más que resaltar el carácter meramente descriptivo de la declaración de obra nueva pone de relieve la relevancia que esa declaración tiene en orden tanto a la realidad de la misma como a su licitud y legalidad. Concluye que los argumentos del recurrente, si bien utilizables de *lege ferenda*, no se corresponden con la legalidad vigente, que ha sido la aplicada en la nota de calificación.

V. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha dictó auto en el que, tras un detenido análisis de la vigente normativa hipotecaria y de las posiciones de la doctrina científica, desestimó el recurso confirmando la nota de calificación como solución más acorde con el contenido vigente de todo el ordenamiento jurídico y por ajustarse a los principios básicos que regulan la adquisición de derechos, los que configuran nuestro sistema hipotecario y al general de gestión conjunta derivado de los que establecen la igualdad entre los cónyuges.

VI. El recurrente apeló la anterior resolución insistiendo en el carácter neutro de la declaración de obra nueva, no encuadrable en los actos de disposición o administración, y la posibilidad legal de que la misma se haga constar en el Registro por declaración del contratista, algo incompatible con su calificación como acto de codisposición o coadministración.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 271, 353, 358, 1.359, 1.375 y 1.384 del Código Civil; 6, 8, 9, 20, 110 y 208 de la Ley Hipotecaria; 36, 37, 38, 40 y 41 del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbanística; 51, 93, 94 y 308 del Reglamento Hipotecario, y la Resolución de 20 de febrero de 1969.

1. La única cuestión que debe abordarse en este recurso hace referencia a si es inscribible la escritura de declaración de obra nueva otorgada únicamente por uno de los cónyuges casados en régimen de gananciales, con expresa manifestación de que la constitución la ha realizado a expensas de la sociedad conyugal, cuando la finca sobre la que se ha llevado a cabo figura inscrita a nombre del mando y la mujer con carácter ganancial.

2. Desde el punto de vista urbanístico la obra nueva requiere para ser inscrita en el Registro de la Propiedad el cumplimiento inexcusable de ciertas condiciones, y desde el punto de vista del Derecho Civil, la construcción presupone que la hayan precedido determinadas relaciones contractuales entre el constructor y terceras personas. Ahora bien, una vez realizada la obra, su acceso al Registro de la Propiedad tiene lugar como la simple constatación de un hecho, con independencia de los contratos que lo hayan originado. Desde el punto de vista hipotecario, las obras nuevas, lo mismo que las plantaciones de una finca rústica, no pasan de ser un elemento físico que completa la descripción registral de la finca. Sólo así cobra sentido la posibilidad de que aquéllas puedan inscribirse por su descripción en los títulos referentes al inmueble, es

decir, como simple complemento a otro título inscribible. Así lo permite, junto a la escritura correspondiente de declaración de obra nueva, el artículo 208 de la Ley Hipotecaria, desarrollado por el artículo 308 de su Reglamento.

3. Es, pues, perfectamente posible que en el otorgamiento de un título declarativo del dominio, ajeno a toda idea de administración o disposición, se aproveche la ocasión para completar la descripción del solar (cfr. art. 308.1.º del Reglamento Hipotecario), haciendo constar la obra nueva en él construida. Esta concepción del edificio, como simple elemento descriptivo de las fincas urbanas, es la que subyace en las normas reguladoras de las circunstancias en las inscripciones extensas (cfr. arts. 9 de la Ley Hipotecaria y 51.3.º del Reglamento Hipotecario) y es también la que explica la extensión objetiva de la hipoteca a los edificios ya existentes en la finca hipotecada (art. 110.1.º de la Ley Hipotecaria). De este último precepto se deduce, en efecto, que es indiferente que en el momento de constitución e inscripción de la hipoteca la finca urbana gravada conste inscrita en el Registro sin especificación del edificio ya entonces levantado, porque también en este caso la hipoteca alcanza a la construcción, de modo que la situación de hecho se sobrepone al contenido del Registro y la obra se configura como un elemento accesorio de la finca urbana inscrita, respecto del cual es el aspecto fáctico, no el jurídico, el decisivo.

4. La obra nueva declarada en la escritura no supone en este caso alteración ninguna en el régimen jurídico del inmueble ganancial, pues sigue teniendo este carácter tanto el solar como la edificación (cfr. art. 1.359 del Código Civil), siendo ajenos al Registro los problemas sobre eventuales reembolsos entre el patrimonio común y los privativos de uno y otro cónyuge por los desequilibrios económicos de los valores satisfechos a costa de esos patrimonios.

5. Por lo tanto, si la obra nueva es estimada por la legislación hipotecaria como una circunstancia de hecho y no implica en el ámbito civil cambio en la titularidad de la finca afectada, el acceso de la misma al Registro de la Propiedad ha de estar facilitado, bastando que uno de los titulares de la sociedad de gananciales haga la declaración oportuna. El artículo 94.2 del Reglamento Hipotecario respalda esta conclusión cuando señala que serán inscribibles las declaraciones de obra nueva realizadas «por sí solo por el titular registral». Independientemente de la solución a que deba llegarse para los otros actos incluidos en el apartado 2 de ese artículo, es claro que si, según se ha indicado, la obra nueva es la constatación de un hecho, su acceso al Registro de la Propiedad queda al margen del régimen civil sobre los actos de disposición y de administración de los bienes gananciales y ha de bastar para la inscripción la declaración unilateral de uno de los titulares registrales, que así lo solicita (cfr. art. 6 de la Ley Hipotecaria). El principio de tracto sucesivo consagrado en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria no es suficiente para llegar a exigir el consentimiento conjunto de ambos cónyuges, puesto que no hay alteración ninguna en la situación dominical de la finca inscrita, sino que sólo se completa la descripción física de ésta.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar el auto apelado y la calificación del Registrador.

Madrid, 21 de febrero de 1995.—El Director general, *Julio Burdiel Hernández*.

Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha.

COMENTARIO

A veces se olvidan las grandes categorías de la Parte General del Derecho Civil, que son esenciales para resolver los problemas de la práctica diaria, porque «toda Teoría, salvo la Teoría de la Teoría, es una práctica».

En dicha Parte General existe la conocida distinción entre hechos jurídicos, como sucesos o acontecimientos meramente naturales, y actos jurídicos, como sucesos producidos por actos humanos. Y dentro de éstos, cabe a su vez distinguir entre actos jurídicos en sentido estricto, en que interviene la voluntad del hombre para generarlos (la voluntad es la génesis del acto), pero los efectos son *ex lege* y no *ex voluntate*; y por otro lado, los negocios jurídicos, en que la voluntad crea el acto y es portadora de sus efectos, junto a la ley, y en que, además, se produce una autorregulación vinculante de intereses (BETTI).

Dentro de los actos jurídicos en sentido estricto, existe toda una serie de actos jurídicos que suponen exteriorizaciones de voluntad, de ciencia, de dar conocimiento o de sentimiento; y hay también otra serie de actos que son simplemente ejecuciones o realizaciones, y no meras declaraciones, y se denominan actos reales.

En este último grupo hay que incluir las obras nuevas y las consiguientes declaraciones de las mismas.

La declaración de obra nueva es la declaración de voluntad de propietario por la que formaliza documentalmente la ejecución de una obra nueva ya construida, en construcción o en proyecto.

No se trata de negocio jurídico, sino de la formalización de un acto jurídico, ya que los efectos son *ex lege* y carece de la nota propia de los negocios jurídicos relativa a la «autorregulación de intereses», a diferencia de la constitución en régimen de propiedad horizontal.

Dentro de los actos jurídicos, la realización de obra o edificación constituye uno de los llamados «actos reales», porque no se trata de una exteriorización de voluntad, de ciencia o de sentimiento, como ocurre en otros actos jurídicos en sentido estricto, sino de una ejecución o realización, al igual que la conmixción, la especificación o la ocupación. Es un acto voluntario, pero los efectos se producen *ex lege*, y concretamente son los efectos derivados de la accesión, que variarán según se trate de ejecución o realización de edificaciones en finca propia o ajena o en finca privativa o ganancial.

Esto por lo que se refiere a la realización de la edificación en sí. Y por lo que se refiere a la declaración de realización de esa edificación, consiste simplemente en la «formalización» de ese acto real y que por ello ha de reunir los mismos requisitos que el acto real a que se refiere.

Debe ser formalizada por quien sea propietario del terreno y en tal sentido es un acto de riguroso dominio.

No están legitimados para ello:

— Los titulares de derechos reales, salvo el titular del derecho de superficie, cuyo contenido es precisamente edificar sobre o bajo suelo ajeno. Respecto al titular del derecho de vuelo, al implicar modificación en elementos comunes, requerirá el consentimiento de los demás dueños, planteándose únicamente el problema del valor que ha de darse al otorgamiento de la facultad para que efectúe la declaración él solo en el futuro, que si no viene acompañada de una determinación de cuotas o reglas para su determinación

automática no parece factible que tenga efectos la concesión de tal facultad por la implicación de la obra nueva con la propiedad horizontal.

— En caso de comunidad de bienes se requiere el consentimiento unánime de todos los copropietarios (art. 397 CC).

Esto es evidente tratándose de comunidades ordinarias entre extraños (que no sean marido y mujer) y también en el supuesto de comunidad entre cónyuges en *pro indiviso* por tratarse del régimen de separación de bienes.

Una antigua Resolución de la DGRN de 19 de diciembre de 1917 entendió que podía ser realizada por cualquiera de los copropietarios, pero se trata de una resolución dictada cuando todavía no estaban vigentes los actuales preceptos sobre inscripción de declaración de obra nueva dentro de los preceptos de inmatriculación, y lo consideró como una mera circunstancia descriptiva o de hecho.

La Resolución de la DGRN de 20 de febrero de 1969 puso las cosas en su sitio, y en base a los artículos 397, 361 y antiguo 1.404 CC exigió el consentimiento unánime de todos los copropietarios como algo que afecta a los derechos de los comuneros para conocimiento de los interesados y de terceros.

El problema se ha vuelto a plantear recientemente, si bien sólo respecto a una declaración de obra nueva sobre bienes gananciales en la Resolución de 21 de febrero de 1995. Dicha resolución, aun estando inscrita la finca a nombre de ambos cónyuges, considera que puede formalizar y obtener la inscripción en el Registro uno solo de los cónyuges sin necesidad de consentimiento del otro.

Para ello argumenta, en primer lugar, que se trata de un «elemento físico que completa la descripción de la finca», y de ahí que se pueda hacer constar por su descripción en los títulos referentes al inmueble.

Pero evidentemente, no se trata de un mero «elemento descriptivo», como podrían ser los linderos o la rectificación de superficie, sino que es un nuevo «objeto jurídico» que cambia la configuración física de la finca y no constituye una mera descripción fáctica de la finca.

La prueba es que no se incluye en los artículos 9.1.ª a 4.ª del Reglamento Hipotecario, sino que su regulación está en los artículos 208 de la Ley Hipotecaria y 308 de su Reglamento, lo que demuestra que estamos ante un elemento, según se ha venido reconociendo unánimemente, que tiene «sustancia inmatriculadora», en el sentido de que ingresa en el Registro un objeto o elemento de la finca que antes no existía. Nada de esto tiene que ver con los meros cambios descriptivos de naturaleza, linderos o rectificación de superficie, por lo que la equiparación que pretende la resolución supone desconocer el carácter de «acto real» o de «ejecución» que tiene la obra nueva y, consiguientemente, la formalización de la misma.

La mera posibilidad, reconocida en los artículos 208 LH y 308 RH de que pueda hacerse constar en el Registro la declaración de obra nueva por su descripción en los títulos referentes al inmueble en nada cambia la cuestión, pues si se admite la declaración de obra nueva como título específico ningún obstáculo podría haber para que pudiera hacerse constar aprovechando cualquier otro título o acto jurídico. Pero esto no afecta a la naturaleza jurídica de la obra nueva ni de la declaración de obra nueva, sino al medio o forma de hacer constar en el Registro que no requiere expediente de dominio ni acta de notoriedad, a diferencia de la inmatriculación de fincas propiamente dichas o de los excesos de cabida. Esto es lo que significa el citado artículo 208 de la LH, y no que

la obra nueva sea un mero dato físico sin consecuencias jurídicas. La resolución confunde los términos del precepto. Este habla de «descripción de la obra nueva» y no de que la obra nueva sea un elemento meramente descriptivo. La obra nueva se describe, pues, en todo acto jurídico siempre hay una descripción, pero ello no significa equipararlo a los meros datos descriptivos físicos a los que se refieren los artículos 9.1.^a LH y 51, reglas 1.^a a 4.^a, del Reglamento Hipotecario, pues se encuentra en el Título relativo a inmatriculaciones y no a circunstancias meramente descriptivas o de hecho.

La resolución de la DGRN señala un segundo argumento, y es que la hipoteca se extiende a los edificios ya existentes en la finca cuando fueron hipotecados. En primer lugar, no se ve por qué se alude a los edificios ya existentes cuando las declaraciones de obra nueva pueden referirse tanto a edificios ya existentes como proyectados o en construcción, en los que también se plantean los requisitos de constancia de la declaración de obra nueva en el Registro y exigen pacto expreso para que la hipoteca se extienda a ellos, e incluso la hipoteca no puede extenderse a ellos cuando las obras han sido costeadas por un tercer poseedor. Y en todo caso, aquí no se plantea el problema de una constitución de hipoteca en que, lógicamente, han de intervenir ambos cónyuges y no uno solo, pues la hipoteca sería nula, sino que se trata de la ejecución de una obra por uno de los cónyuges y la formalización e ingreso en el Registro de la misma.

Seguidamente la resolución utiliza un tercer argumento, que es el actual artículo 1.359 CC, según el cual las edificaciones o plantaciones realizadas sobre finca ganancial son gananciales, sin perjuicio de los reembolsos dinerarios entre cónyuges, que al ser de carácter personal no afectan a la inscripción.

Pero la resolución olvida que el artículo 1.359 CC es un precepto relativo a la «determinación de si el bien —la edificación— es ganancial o privativa», es decir, «naturaleza de los bienes» (Sección segunda: de los bienes privativos y comunes), y no a la «legitimación para realizar actos jurídicos», que está contenida en disjuntos artículos, en la «Sección cuarta» y, concretamente, en los artículos 1.375 a 1.390, de los cuales los fundamentales en este caso son los artículos 1.375 y 1.384 CC, que parece que se olvidan, y cuyo texto es el siguiente:

«Art. 1.375.—En defecto de pacto en capitulaciones, la gestión y disposición de los bienes gananciales corresponde conjuntamente a los cónyuges, sin perjuicio de lo que se determina en los artículos siguientes».

La realización de una obra sobre el terreno ganancial y la formalización de la misma constituye un acto de gestión que ha de ser realizado por ambos cónyuges y no por uno solo de ellos.

«Art. 1.384.—Serán validos los actos de administración de bienes y los de disposición de dinero o títulos valores realizados por el cónyuge a cuyo nombre figuren o en cuyo poder se encuentren».

Este último precepto parte de que «figurando en el Registro algún bien inmueble sólo a nombre de un cónyuge» porque fuera de él el que el intervino exclusivamente en la compra, dicho cónyuge figura como «único titular», está legitimado para continuar realizando actos de administración sobre dicho bien.

En base a este precepto 1.384 CC, el artículo 94.2 del Reglamento Hipotecario permitió la inscripción de una serie importante de actos, entre los que incluye no sólo actos reales como la obra nueva, sino también negocios jurí-

dicos, como la constitución en régimen de propiedad horizontal, y actos de riguroso dominio, como las modificaciones de entidades hipotecarias, con la intervención exclusiva del titular registral.

La resolución de la DGRN que comentamos, al citar este artículo 94.2 como «argumento» a su favor, desconoce totalmente su coordinación con el artículo 1.384 CC y con los restantes apartados del artículo 94, pues no se trata de un precepto que desconozca la titularidad real o sustantiva de los bienes —que evidentemente son siempre gananciales—, sino que se refiere a aquellos bienes, es decir, solares, que figuran en el Registro formalmente a nombre de uno solo de los cónyuges, que es el supuesto del artículo 1.384 CC, y respecto a los cuales es posible que un cónyuge pueda realizar actos y obtener la inscripción en el Registro a nombre de los dos cónyuges, pero sin que ello permita desnaturalizar la normativa derivada del artículo 1.384 CC para que todo acto de gestión o de administración pueda ser realizado por uno solo de los cónyuges, ni siquiera cuando el resultado de ese acto sea ventajoso para ambos cónyuges, pues una cosa es la naturaleza del bien resultante (problema del art. 1.359 CC) y otra la legitimación de un cónyuge para realizar y obtener la inscripción de un acto (problema de los arts. 1.375 y 1.384 CC y 94.2 del Reglamento Hipotecario).

Por tanto, cuando el artículo 94.2 RH alude al «titular registral» se está refiriendo al supuesto concreto del artículo 1.384 CC. Pero en todo caso, siguiendo el juego de la propia resolución, cuando la finca está inscrita a nombre de ambos cónyuges «el titular registral» son «ambos cónyuges» y no uno solo, pues el precepto no dice «cualquiera de los cónyuges», sino «el titular registral», que aquí son dos. La salvedad que la propia resolución hace respecto a otros actos enumerados en el artículo 94.2 (constitución de propiedad horizontal, modificación de entidades hipotecarias) revela que ella misma se asusta de las consecuencias a que llega y que no es convincente su argumentación a través del artículo 94.2, pues si lo fuera se aplicaría en cadena a todos los supuestos contenidos en dicho artículo, lo que la propia resolución deja en cuestión.

Seguidamente la resolución cita el artículo 6 de la Ley Hipotecaria para tratar de apuntalar su extraña argumentación del artículo 94.2 RH, confundiendo claramente los principios de rogación y de consentimiento. Aquí no estamos ante un problema de rogación o «solicitud de inscripción» de un documento ya formalizado y consentido, que es a lo que se refiere el artículo 6 de la Ley Hipotecaria, sino a la configuración misma del título inscribible, es decir, al consentimiento respecto al acto jurídico realizado (legitimación). No se puede confundir «rogación» con «legitimación». La prueba es que «rogación» la tiene incluso el presentante o gestor del documento (art. 39 del Reglamento Hipotecario), por lo que, utilizando la «lógica» de la resolución, el consentimiento para la formalización de la obra nueva podría darlo incluso un mero gestor encargado de la ulterior presentación del documento en el Registro, lo que no hace falta decir que raya con el absurdo.

Las implicaciones que la declaración de obra nueva tiene actualmente también con el Urbanismo, según el Texto Refundido de la Ley del Suelo, con posibilidad de demolición sin indemnización si no se hace adecuadamente, e incluso de expropiación incluyendo el terreno, exige, además, extremar las precauciones respecto al consentimiento de los titulares registrales para su otorgamiento, salvo el caso excepcional en que esté permitido el otorgamiento unilateral, como el de los artículos 1.384 CC y 94.2 RH.

Por las consecuencias que tendría la argumentación de esta resolución, por mucho que ella las trate de salvar o evitar, respecto a la inscripción de otros actos jurídicos (modificación de entidades hipotecarias, constitución en régimen de propiedad horizontal), y respecto a otras comunidades de bienes (comunidad ordinaria, comunidad *pro indiviso* entre cónyuges en régimen de separación de bienes), se estima oportuno olvidar rápidamente la doctrina de esta resolución, producida sin duda en un momento de «horas bajas» de la DGRN, recordando que las resoluciones de la DGRN no constituyen «fuente del Derecho» y que obligan «no por razón de su imperio, sino por imperio de su razón», y que no pueden vulnerar preceptos que sí constituyen fuentes del Derecho, como son los citados artículos 1.375 y 1.384 del Código Civil y el artículo 94.2 del Reglamento Hipotecario. Por todo lo cual convendría que en la correspondiente nota calificadora fueran citados dichos preceptos como base de la calificación registral al amparo del artículo 18 de la Ley Hipotecaria para que se pudiera replantear nuevamente la cuestión ante la DGRN.

JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA

PERMUTA DE SOLAR POR PISO FUTURO.—POSIBILIDADES DE INSCRIPCIÓN DE LOS PISOS EN CONSTRUCCIÓN. (RESOLUCIÓN DE 16 DE MAYO DE 1996. BOE DE 12 DE JUNIO DE 1996.)

Hechos —I. El 27 de noviembre de 1991, mediante escritura pública otorgada ante don Antonio Martín García, Notario de Málaga, doña María Gracia Pérez Cansino segrega de una finca de su propiedad (tierra de riego con frutales en el pasaje de las Chorreras, al partido de Huertas Altas, del término municipal de Alhaurín el Grande), de extensión superficial 44 áreas 52 centiáreas 14 decímetros 41 centímetro cuadrados, la parcela de terreno descrita como «solar con fachada principal a la avenida de Gerald Brenan, haciendo esquina con calle Céspedes, procedente de la tierra de riego en el paraje de las Chorreras, al partido de Huertas Altas, en la urbanización denominada «De los Naranjos», que ocupa una extensión superficial de 641 metros 82 decímetros cuadrados», y permuta esta parcela segregada con la entidad promotora «Atabal, Sociedad Anónima», por medio del representante de ésta por cinco fincas que estarán integradas en el edificio que sobre la finca permutada construirá dicha entidad, y que en la escritura se describen, estipulándose en la citada escritura: «Cuarta. Sobre la finca adquirida por permuta la entidad promotora «Atabal, Sociedad Anónima», ajustándose al proyecto realizado por el Arquitecto don José Guerrero Solano, se propone construir el edificio en el que estarán integradas las cinco fincas antes descritas. Quinta. La entidad promotora «Atabal, Sociedad Anónima», por medio de su representante, se obliga a entregar a doña María Gracia Pérez Cansino las cinco fincas que adquiere en esta escritura de permuta en el plazo de dieciocho meses, a contar desde el día de hoy. La indicada entrega se verificará mediante el otorgamiento de la correspondiente acta notarial de entrega y cumplimiento de obligación.... Sexta. El permutante, promotora «Atabal, Sociedad Anónima», por medio de su representante, se obliga a realizar la escritura de declaración de obra nueva y división horizontal del edificio en que se encuentran integradas las fincas que en esta escritura adquiere doña María Gracia Pérez Cansino, a fin de que las mismas queden debidamente inscritas en el Registro

de la Propiedad. Séptima. Las fincas se permutan libres de cargas y de arrendatarios, y al corriente en el pago de impuestos, contribuciones y arbitrios....»

El mismo día y ante el mismo Notario, la entidad promotora «Atabal, Sociedad Anónima», otorga escritura de declaración de obra nueva en construcción y división en régimen de propiedad horizontal del edificio construido sobre la parcela adquirida, el cual aparece integrado, entre otros elementos privativos, por cinco fincas cuyas descripciones coinciden íntegramente con las que dicha entidad permutó con la recurrente.

Las dos escrituras anteriormente citadas se presentan en el Registro de la Propiedad de Coín el día 29 de noviembre de 1991, practicándose la inscripción de dominio de la parcela segregada a favor de la promotora «Atabal, Sociedad Anónima», el día 2 de diciembre de 1991, y con la misma fecha se practica una segunda inscripción de obra nueva en construcción y división horizontal del edificio construida, así como la primera inscripción separada de cada uno de los pisos y locales resultantes, todas ellas a favor de la entidad promotora referida

II. Presentada nuevamente la escritura de segregación y permuta en el Registro de la Propiedad de Coín, con el objeto de que se inscriba a favor de la recurrente las cinco fincas adquiridas por permuta, fue calificada con la siguiente nota «No se practica operación alguna en cuanto al precedente documento en lo que toca a la adquisición por parte de la mercantil promotora «Atabal, Sociedad Anónima», porque mediante primera copia de este propio documento ya fue inscrita al folio 177 del libro 287 de Alhaurín el Grande, finca número 22.247, inscripción 1.ª, con fecha 2 de diciembre de 1991; y en cuanto a la adquisición por parte de doña María de Gracia Pérez Cansino, por ser necesaria el acta notarial de entrega que prescribe la cláusula quinta de dicho documento. Coín, a 12 de abril de 1993 —La Registradora, *Nieves Ozamiz Fortis*».

III. El Procurador de los Tribunales don Rafael García Valdecasas García Valdecasas, en nombre de doña María Gracia Pérez Cansino, interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, y alegó: 1.º Que es evidente que nos encontramos ante un contrato relativo al dominio sobre bienes inmuebles (art. 1 de la Ley Hipotecaria). 2.º Que según la doctrina la permuta es un contrato principal consensual, bilateral, oneroso, conmutativo y traslativo de dominio (art. 2.1.º de la Ley Hipotecaria). Que resulta evidente que se trata de un título traslativo del dominio. 3.º Que hay que analizar si el contrato contenido en la escritura pública objeto de la calificación existe como tal contrato, por lo que analizando la escritura a la luz de los artículos 1.254 y 1.261 del Código Civil hay que señalar que el consentimiento consta en la escritura de segregación y permuta y que el objeto del contrato que interesa son las fincas permutadas, las cuales existen en la realidad registral, según los certificados del Registro de la Propiedad que se acompañan al recurso. 4.º Que el referido contrato es un contrato de permuta (art. 1.538 del Código Civil), traslativo de la propiedad que se rige, en todo lo que no se halle específicamente determinado en este título, por las disposiciones concernientes a la venta (arts. 1.541 y 1.450 del Código Civil). Que *a sensu contrario* de lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley Hipotecaria, si los títulos referentes al mero o simple hecho de poseer no serán inscribibles, las obligaciones referentes al mero o simple hecho de poseer que aparezcan en los títulos no serán obstáculo para su inscripción.

IV. La Registradora de la Propiedad, en defensa de su nota, informó: 1.º Que el objeto del recurso parece estar en la necesidad o no del otorgamiento

del acta notarial exigido por las partes en la cláusula quinta de la escritura calificada, en cuya acta se haría constar la entrega de las fincas por parte de la promotora. Que de los artículos 1.255, 1.256, 1.258 y 1.261 del Código Civil se infiere que la voluntad de las partes, pactada en escritura pública, es esencial en materia de obligaciones y contratos, y en el asunto que se trata esa voluntad de las partes es el otorgamiento de un acta notarial para hacer constar la entrega de los pisos. Que la recurrente alega que se trata de un contrato de permuta y que no es necesario ningún comportamiento posterior de las partes para que el contrato se entendiera perfeccionado. Que es demasiado simplista encasillar el referido contrato como de permuta. En este sentido hay que citar las Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 1984, 2 de enero de 1976 y 4 de mayo de 1978, en que los contratos del tipo al que aquí se estudia los considera como contratos innominados y atípicos, que entran dentro del concepto genérico de cesión onerosa, recibándose una contraprestación, y que tiene elementos aislados de diversos contratos tipificados por nuestra legislación. Que la doctrina mayoritaria los ha considerado como permuta, pero tampoco faltan quienes consideran que se trata de una comunidad o un crédito refaccionario, una sociedad, un contrato de cuentas en participación o un negocio parciario. 2.º Que aun admitiendo que se trata de una permuta, es un contrato sobre una cosa futura que está admitido en el artículo 1.271 del Código Civil. Que es un contrato consensual cuyo objeto consiste en una cosa futura, por lo que los únicos efectos que tendrá limitados serán los intrínsecos de la misma, que se producirá en el momento mismo pactado por las partes. Está claro que si la inscripción se hubiera realizado sin haber pedido el acta notarial se habría actuado con ligereza y sin justificación jurídica, atribuyendo al contrato, por sí solo, una eficacia no querida por las partes. 3.º Que problema distinto, pero conectado con el anterior, es el modo de asegurar el cumplimiento de las obligaciones contraídas en la escritura, cuestión que está íntimamente unida a si la relación jurídica que tratamos tiene carácter real u obligacional, todo ello desde el punto de vista registral. Es, pues, aconsejable el establecimiento de una condición resolutoria expresa que tendrá acceso al Registro por vía del artículo 11 de la Ley Hipotecaria. Que en el caso que se estudia no se estableció ninguna garantía para salvaguardar los derechos de la propietaria del solar, y 4.º Que, supuesto lo anterior, se concluye afirmando que la calificación recurrida respetó escrupulosamente la voluntad de las partes, que quisieron dar al contrato los efectos estipulados y no más. Que el contrato fue calificado de permuta, pero ya se ha visto que se trata realmente de un contrato atípico, de cesión de un solar con la contraprestación de una cosa futura que se obliga a entregar al cesionario y sin que dicha obligación esté garantizada con condición resolutoria o hipoteca, que le hubiere dado trascendencia real. Que si las propias partes interesadas exigían un acta notarial como requisito para la perfección del contrato, no puede aceptarse que ahora, unilateralmente, una de ellas pretenda obviar dicha exigencia para conseguir la inscripción. Que otra cosa será que para conseguir la entrega y el reconocimiento de su derecho haya de acudir a los Tribunales de Justicia.

V. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía confirmó la nota de la Registradora fundándose en que es necesario el acta notarial de entrega que prescribe la cláusula quinta de la escritura y en los artículos 609, 1.005 y 1.462 del Código Civil.

VI. El Procurador recurrente apeló el auto presidencial, manteniéndose en sus alegaciones, y añadió: 1.º Que el Código Civil exige la tradición para la ad-

quisición de derechos reales, pero no debemos olvidar: *a)* Que la propia Ley Hipotecaria admite la inscripción del título donde no se contempla la tradición (art. 14 del Reglamento). *b)* Que el Registro de la Propiedad no es constitutivo de derechos. *c)* Que lo que se solicita es la impugnación de la calificación registral. 2.º Que la calificación no es conforme a Derecho, pues si la protección jurídica del cedente de los terrenos (recurrente) no viene establecida ya con trascendencia real por las partes en el documento que sirve de soporte al contrato, lógicamente no puede tener acceso al Registro. 3.º Que a la recurrente le asiste el derecho dimanante del artículo 1.526 del Código Civil, que si se refiere a un inmueble surtirá efecto contra tercero desde la fecha de su inscripción en el Registro. Y 4.º Que la recurrente por virtud del contrato ha adquirido el derecho de propiedad de los inmuebles a que el mismo se refiere, pues en otro caso ningún sentido tendría el artículo antes citado.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 392, 609, 1.095, 1.289, 1.462, 1.538 del Código Civil; 1, 2, 8, 9, 20, 38, 40, 220 de la Ley Hipotecaria, 21.1.º de la Ley de Propiedad Horizontal, 16.2.º del Reglamento Hipotecario y las Resoluciones de 5 de diciembre de 1982 y 18 de abril de 1988.

1. En el supuesto de facto del presente recurso concurren los siguientes elementos definidores:

a) El recurrente celebró contrato de permuta en escritura pública autorizada el 27 de noviembre de 1991 en la que, entre otras estipulaciones, se pactó lo siguiente: 1. La recurrente «permuta determinada parcela con la entidad promotora «Atabal, Sociedad Anónima», ... por las cinco fincas que a continuación se mencionarán, que estarán integradas en el edificio que sobre la parcela permutada construirá dicha entidad, cuyas fincas responden a las siguientes descripciones: ...; 4. Sobre la finca adquirida por permuta la entidad promotora «Atabal, Sociedad Anónima», ajustándose a (determinado proyecto) se propone construir el edificio en que estarán integradas las cuatro fincas antes descritas; 5. La entidad promotora «Atabal, Sociedad Anónima», se obliga a entregar a la recurrente las cinco fincas que adquiere en esta escritura de permuta en el plazo de dieciocho meses, a contar desde hoy. La indicada entrega se verificará mediante el otorgamiento de la correspondiente acta notarial de entrega y cumplimiento de obligación. ...; 6. El permutante, promotora «Atabal Sociedad Anónima», se obliga a realizar la escritura de declaración de obra nueva y división horizontal del edificio en que se encuentran integradas las fincas que en esta escritura adquiere la recurrente...; 7. Las fincas se permutan libres de cargas y arrendamientos...

b) El mismo día y ante el mismo Notario (número inmediatamente posterior) la entidad promotora «Atabal, Sociedad Anónima», otorga escritura de declaración de obra nueva en construcción y división en régimen de propiedad horizontal del edificio construido sobre la parcela adquirida, el cual aparece integrado, entre otros elementos privativos, por cinco fincas cuyas descripciones coinciden íntegramente (número del piso o local en el edificio, cuota, linderos, etc.) con las que esa entidad permutó con la recurrente.

c) Estas dos escrituras se presentan en el Registro de la Propiedad el día 29 de noviembre de 1991, practicándose una primera inscripción de dominio

de la parcela segregada a favor de la promotora «Atabal, Sociedad Anónima», el día 2 de diciembre de 1991, y con la misma fecha una segunda inscripción de obra nueva en construcción y división horizontal del edificio construido, así como la primera inscripción separada de cada uno de los pisos y locales resultantes, todas ellas a favor de la entidad promotora «Atabal, Sociedad Anónima».

d) Presentada nuevamente la escritura de permuta antes referida el día 23 de marzo de 1993 con el objeto de que se inscriban a favor de la recurrente las cinco fincas adquiridas por permuta, el Registrador suspende la inscripción mientras no se aporte el acta notarial de entrega a que se aludía en la cláusula 5ª de dicha escritura.

2. Si se tiene en cuenta que aunque el contrato de permuta aparezca configurado en nuestro Código Civil como un contrato que precisa de la tradición para que se opere el traspaso dominical (arts. 1.538, 609 y 1.095 CC), le es igualmente aplicable la tradición instrumental prevista en el artículo 1.462.2 del Código Civil (cfr. art. 1.541 CC); la cuestión debatida consistirá en decidir si en el concreto negocio realizado puede estimarse que en favor de la recurrente se ha operado ya, desde el momento del otorgamiento de la escritura de permuta y por efecto de ese mismo otorgamiento, el juego traditorio respecto de los cinco pisos o locales que ella adquiriría o si, por el contrario, la tradición y el consiguiente traspaso dominical quedan claramente diferidos a un momento posterior. el del acta notarial de entrega.

Prescindiendo por ahora de las especiales características de los bienes que una de las partes —el constructor— da en permuta, de los términos del negocio celebrado no resulta concluyente la exclusión respecto de ellos del efecto traditorio inherente a la escritura pública. Ciertamente la cláusula 5ª, en cuanto alude a una obligación de entrega que se cumplirá mediante el otorgamiento de acta notarial de entrega y cumplimiento de la obligación, parece confirmar esa exclusión; ahora bien, si se tiene en cuenta que la escritura pública puede equivaler a la entrega a los efectos de tener por realizada la transmisión dominical, aun cuando no provoque igualmente el traspaso posesorio, de modo que a pesar de la transmisión del dominio puede no estar completamente cumplida la obligación de entrega, y que en la escritura calificada se reitera (en las cláusulas 5ª y 6ª) la expresión: «las cinco fincas que en esta escritura adquiere la recurrente», difícilmente podrían negarse en el caso debatido el efecto traditorio inherente al otorgamiento de la escritura pública respecto de esas cinco fincas que adquiere la recurrente si las mismas estuviesen totalmente construidas en el momento del otorgamiento de aquella, ese deber de entrega que se difiere durante un plazo de dieciocho meses y que ha de cumplirse por medio de acta notarial, más deberá valorarse como la regulación del modo en que ha de cumplirse una obligación de entregar una cosa ya ajena al deudor que como exclusión inequívoca (tal como exige el párrafo 2.º del art. 1.462 CC), por cuanto es indudable el efecto traditorio sobre el solar permutado por la recurrente.

3. Corresponde analizar ahora si por las especiales características del derecho adquirido por una de las partes permutantes pueden alterarse las anteriores conclusiones sobre la efectividad del juego traditorio respecto de tales derechos. En este sentido, debe tenerse en cuenta que el piso o local de un edificio a construir es un objeto jurídico complejo y en proceso de transformación, en cuanto que de presente implica la participación, por la cuota que se asigne al piso en la comunidad recayente sobre el solar, comunidad

que no es la ordinaria del Código Civil, sino una comunidad con su propia normativa rectora (cfr. art. 392.II CC) encaminada a regular el desenvolvimiento de la construcción prevista (quién ha de realizarla, a costa de quién, etc.); con la terminación de la obra, las participaciones en esta comunidad especial darán paso a la aplicación sobre el edificio resultante del régimen de propiedad horizontal y a la conversión en aquella cuota inicial en la propiedad separada del piso o local correspondiente; la edificación accede al derecho que tiene el adquirente del piso o local en edificio anterior a medida que avanzan las obras, y el deber de entrega que en la escritura de permuta se difiere durante un plazo de dieciocho meses y que ha de cumplirse por medio de acta notarial deberá valorarse como la regulación del modo en que ha de cumplirse la obligación de entregar por quien tiene la obligación de construir sobre el solar. El derecho que se adquiere por quien compra un piso o local en un edificio a construir tiene, pues, el carácter de un verdadero y actual derecho real, y nada obsta a su adquisición, y desde el mismo momento de su celebración, en virtud de uno de los contratos traslativos del dominio si este se otorga en escritura pública (cfr. arts. 609 y 1.462 CC).

4. Por otra parte, reconocido el carácter de verdadero y actual derecho real del piso o local en edificio a construir han de examinarse ahora las posibilidades de su reflejo registral inmediato. En este sentido, ha de señalarse que si el párrafo 5.º del artículo 8 de la Ley Hipotecaria impide la apertura del folio registral independiente en tanto no se haya inscrito el régimen de propiedad horizontal sobre todo el edificio (lo que, a su vez, queda supeditado al comienzo de la construcción —cfr., art. 8 4.º LH—), nada obsta a su inscripción inmediata en el folio abierto a la finca aunque todavía figure registralmente como solar, antes al contrario, avalan tal inscripción: el carácter real del derecho cuestionado (arts. 1, 2 y 9.3.º LH); la posibilidad de consignar en el folio abierto al solar los pisos meramente proyectados (art. 8 4, párrafo 2.º, *in fine*, LH); la admisión de la inscripción, aun antes de iniciarse la construcción, de los concretos acuerdos jurídico-reales entre los copropietarios del solar sobre el régimen de aquella y del edificio resultante (cfr. arts. 392.II CC, 2 LH, 21.1.º LPH, 8.4.º LH y 16.2.º RH y RRDGRN de 5 de diciembre de 1982 y 18 de abril de 1988). Además, y de conformidad con lo anteriormente apuntado, una vez iniciada la construcción e inscrito el régimen de propiedad horizontal sobre el todo, esa inscripción del piso o local a construir en el folio abierto al solar determinará que la primera inscripción del elemento privativo cuya descripción coincida íntegramente con el piso o local ha de practicarse directamente a favor del adquirente respectivo.

7. La aplicación de la anterior doctrina al supuesto debatido no puede aparecer obstaculizada por el hecho de que la contraprestación por la adquisición de esos cinco pisos sea la cesión del propio solar sobre el que ha de realizarse la edificación en el que aquéllos se integran; aun cuando en tal hipótesis pudiera resultar más adecuado, la celebración de un negocio atípico, *do ut des*, por el que el dueño de la parcela que retiene sobre ella el derecho sobre cinco pisos o locales a cuya construcción se compromete la otra parte contratante, y da a éste derechos (comunidad) sobre la parcela que le permitieran hacerse dueño exclusivo de los restantes pisos del edificio que se compromete a construir, nada obsta a la validez del negocio tal como ha sido configurado, esto es, como un negocio de permuta (si bien con ciertas particularidades que lo singularizan), por el que una de las partes cede íntegramente el suelo a la otra y ésta, a cambio, asume la obligación de realizar

determinadas edificaciones y transfiere inmediatamente a aquélla el derecho a cinco pisos o locales del edificio convenidos; las respectivas prestaciones son posibles, lícitas y perfectamente determinadas, sin que la imposible simultaneidad teórica del intercambio suelo-piso obstaculice la inmediata eficacia traditoria que respecto de todos los bienes intercambiados tiene el negocio al estar otorgado en escritura pública.

8. Queda, por último, la cuestión de si inscritos a favor del constructor todos los pisos y locales del edificio construido, puede practicarse una segunda inscripción de los cinco pisos y locales objeto de la permuta a favor del cedente en virtud de ese mismo título. Puede pensarse que los principios registrales de legitimación, tracto y salvaguardia judicial de los asientos registrales (cfr. arts. 1, 20, 38, 40 y 220 LH) impiden esta segunda inscripción, toda vez que a favor del permutante promotor se inscribió en pleno dominio la totalidad del solar (sin que en el folio respectivo constaran como carga, gravamen o coparticipación en esa titularidad dominical los derechos que adquiría o retenía la recurrente), lo cual, a su vez, determinó que por él solo se declarara e inscribiera el régimen de propiedad horizontal y a su favor se extendieran los primeros asientos de cada uno de los pisos resultantes. Ahora bien, tales obstáculos son sólo aparentes, pues la inscripción en parcial de un negocio en modo alguno puede impedir la inscripción en un momento posterior de los efectos jurídico-reales entonces omitidos siempre que la situación registral no haya variado respecto de la existente al practicarse el primer asiento. En definitiva, lo que se pretende es inscribir esos cinco pisos a favor de otra persona en virtud de una transmisión otorgada por el propio constructor y titular registral actual, con la única particularidad de que dicho negocio traslativo es anterior a la inscripción a favor del transmitente de los bienes transmitidos.

Esta Dirección General ha acordado confirmar el recurso en los términos de los anteriores considerandos, revocando el auto y la nota.

Madrid, 16 de mayo de 1996.—El Director general, *Julio Burdiel Hernández*.

Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.

COMENTARIO

En aquellas materias que no están reguladas por el Derecho positivo resulta mucho más eficaz atenerse a las distintas posibilidades que ofrece la realidad social que a las elucubraciones propias del cielo de los conceptos.

Esto es lo que ocurre en materia de prehorizontalidad, y concretamente respecto a la transmisión de propiedad e inscripción de pisos a construir por título de permuta de suelo por pisos futuros.

Nadie discute que los pisos proyectados de un edificio en construcción son inscribibles, conforme al artículo 8, número 4, de la Ley Hipotecaria. Nadie discute tampoco que la inscripción a favor de los adquirentes de pisos en construcción es una medida muy deseable como protección de los consumidores inmobiliarios, pues permite el acceso de las titularidades al Registro en un momento especialmente peligroso para los adquirentes, en que pueden existir embargos o ejecuciones hipotecarias para el constructor del edificio y en que permite que quede definido el derecho de propiedad de los adquirentes de pisos futuros como garantía de los mismos.

Lo que se puede discutir es el momento de adquisición de la propiedad del piso futuro y las distintas posibilidades que ofrece la realidad social y la voluntad de los interesados sobre este problema. No caben fórmulas matemáticas o uniformes, sino que es cuestión a decidir en cada caso concreto, según las modalidades que se hayan estipulado por los interesados, conforme al principio de autonomía de la voluntad y a las normas legales sobre tradición real y tradición instrumental.

No cabe en esta materia que un órgano ajeno a la voluntad de las partes trate de sustituir su propia voluntad con una interpretación imperativa partiendo de la configuración de lo que en principio es un *ius ad rem* como derecho real definitivo en todo caso.

La práctica ofrece soluciones diferentes según los casos y no pueden darse soluciones conceptuales ajenas al sentir de los interesados.

Así, cabe que la voluntad de las partes sea adquirir la propiedad del piso futuro ya en el momento en que se constituye la finca en propiedad horizontal. Pero para ello ha de estipularse expresamente en base a la tradición instrumental de la escritura de permuta sin que de la escritura resulte lo contrario, conforme al artículo 1462.2.º CC.

Pero hay otros muchos supuestos en que los interesados no pretenden que se transmita la propiedad hasta que no se formalice una escritura o acta notarial de entrega de los pisos una vez construidos en las condiciones pactadas. Ello puede deberse, bien a la desconfianza hacia el constructor, desconfianza que no permite dar el visto bueno anticipadamente a una construcción proyectada, o bien a no querer correr con los riesgos inherentes a la condición de propietario en ese período intermedio, o bien a no querer formar parte de una propiedad horizontal con atribución de cuotas de propiedad y de gastos en elementos comunes hasta que la totalidad del edificio o del piso esté construido. Incluso no hay que descartar, porque es un caso vivido en la práctica, que los interesados cambien el piso proyectado por otro de común acuerdo, y en este caso no quieren que se interprete como una transmisión de propiedad entre las partes, sino como un pacto de concreción del piso futuro anterior a la adquisición de la propiedad.

Ante esta pluralidad de posibilidades, parece mucho más *«prudente»* la posición mantenida por la Registradora en el caso concreto que la posición de la Dirección General de los Registros y del Notariado en la presente resolución.

Hay que observar que en la escritura de permuta se pactó expresamente que para la entrega de los pisos futuros se precisaría un acta de entrega. Así, es pacto de la escritura, tal como lo recoge la propia resolución de la DGRN, que *«la entidad promotora se obliga a entregar a la recurrente las cinco fincas que adquiere en esta escritura de permuta en el plazo de dieciocho meses, a contar desde hoy. La indicada entrega se verificará mediante el otorgamiento de la correspondiente acta notarial de entrega y cumplimiento de obligación...»*.

¿Qué finalidad puede tener el acta de entrega si no es la tradición instrumental del piso? La finalidad de mero traspaso posesorio se cumple en la práctica con la entrega de llaves o con la ocupación material del piso. El acta notarial de entrega más bien está relacionada con la tradición instrumental del piso.

Por ello, ante este pacto expreso, es mucho más seguro y coherente, dada la finalidad de presunción de exactitud y de seguridad jurídica del Registro de la Propiedad, exigir una aclaración sobre la voluntad de las partes acerca de

la inscripción de los pisos y adquisición de la propiedad de los mismos, y si no hay una voluntad clara exigir el acta notarial de entrega resultante de la voluntad de las partes, tal como exigió la Registradora en su nota calificadora y el Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.

En cambio, resulta inadecuado presumir sin más una adquisición de propiedad del piso futuro en la misma escritura de permuta en base a la tradición instrumental del artículo 1.462.2.º CC, sin exigir una aclaración de la voluntad de las partes cuando este precepto exceptúa de la tradición instrumental el caso en que de la escritura resulte claramente lo contrario, que precisamente podía resultar al prever expresa y claramente un acta notarial de entrega de los pisos, y la posibilidad, también prevista en la escritura, de que la entidad permutante pudiese otorgar por sí misma la escritura de declaración de obra nueva y división horizontal del edificio en que se encuentran integradas las fincas. Ante esos pactos, resulta aventurado deducir que la tradición instrumental no explicitada, que se trata de la adquisición de propiedad derivada de la tradición instrumental, cuando más bien esto requeriría una mención expresa y tajante dada la naturaleza futura de los pisos a adquirir.

Si a todo ello se une, según resulta del fundamento 8.º, que todos los pisos y locales estaban ya inscritos a nombre de la entidad promotora, se comprenderá que no cabe una rectificación del Registro sin consentimiento de los interesados cuando no hay base para pensar que se trate de un mero error material.

Por todo ello, de nada nos vale la lucubración doctrinal que hace la resolución DGRN sobre la supuesta tradición instrumental y sobre el supuesto *«derecho real del piso o local del edificio a construir»* en este caso concreto, como si todos los casos de permuta de solar por piso futuro cupieran en una única fórmula conceptual, olvidando las diferentes interpretaciones que pueden resultar de cada caso concreto.

Quizá me equivoque y se considere por la doctrina que esta Resolución de la DGRN de 16 de mayo de 1996 marca época sobre la naturaleza jurídica del derecho sobre el piso futuro, aunque tampoco supone ninguna novedad, y creo que las declaraciones de la misma, que en un plano conceptual o de libro son inobjetables, no se acomodan al caso concreto, en que, quíerase o no, la situación real y el negocio jurídico pactado no revelan claramente una voluntad traditoria de la propiedad del piso futuro, sino más bien todo lo contrario.

En definitiva, creemos que, evidentemente, el piso futuro puede ser configurado como finca registral ya en presente. Pero la titularidad dominical de ese piso futuro (inscribible a nombre del dueño del terreno o de los asignatarios de los pisos futuros) dependerá de los pactos negociales de cada caso concreto, no cabiendo que la Dirección General de los Registros y del Notariado supla la voluntad dudosa y discutible de las partes con declaraciones doctrinales uniformes sobre la naturaleza conceptual del piso futuro.

Y si el que escribe estas notas ha vivido problemas reales en esta materia acerca de la discusión sobre el momento de adquisición de propiedad del piso futuro, se cree en la obligación de advertir sobre la prudencia con que hay que tratar esta delicada cuestión de la adquisición de propiedad del piso futuro, sin dejarse llevar por el cielo de la jurisprudencia de conceptos, que puede resultar muy bonita para una conferencia doctrinal, pero quizá alejada de la realidad en el caso concreto. Y si a todo lo dicho se añaden los problemas de liquidación del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, que quizá no se hayan producido todavía en el negocio de

permuta respecto al piso futuro, si se alega en la carta de pago que está pendiente de acta de entrega, o al menos el Impuesto de Actos Jurídicos Documentados que lleva consigo la escritura o acta de entrega, o incluso los Impuestos sobre el Patrimonio y sobre la Renta, la cuestión podría llegar a ser todavía más grave. Pero en este comentario lo que interesa es la verdadera voluntad de las partes plasmada en el negocio jurídico de permuta y no la presumida voluntad de ella por un órgano ajeno a las partes, sin exigir una aclaración sobre una voluntad al menos dudosa y discutible, y ahora ya, en el caso concreto de la resolución, contraria a lo que resultaba de los asientos registrales que están bajo la salvaguardia de los Tribunales, mientras no se desvirtúen por los interesados o por los propios Tribunales.

JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA
Registrador de la Propiedad

AL SER LA OBLIGACION CONTRAIDA UNICA POR VOLUNTAD DE LOS CONTRATANTES Y PERFECTAMENTE DETERMINADA EN TODOS SUS ASPECTOS DEFINIDORES, DICHA UNIDAD NO SE DESTRUYE POR LA CREACION DE LA GARANTIA HIPOTECARIA QUE NO LA CUBRE EN SU TOTALIDAD, POR LO QUE AL NO HABER INDEFINICION ALGUNA EN EL DERECHO REAL CONSTITUIDO SE HAN CUMPLIDO LAS EXIGENCIAS DEL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD Y NO PROCEDE CONFIRMAR EL DEFECTO RECURRIDO DE INDETERMINACION DE LA OBLIGACION GARANTIZADA. (RESOLUCIONES DE 2 Y 3 DE ENERO DE 1996 BOE DE 23 DE FEBRERO DE 1996.)

RESOLUCION de 2 de enero de 1996, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por don Joaquín García Suárez, en nombre de la Caja de Ahorros de Asturias, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Oviedo número 4 a inscribir una escritura de préstamo hipotecario en virtud de apelación del recurrente.

En el recurso gubernativo interpuesto por don Joaquín García Suárez, en nombre de Caja de Ahorros de Asturias, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Oviedo número 4 a inscribir una escritura de préstamo hipotecario en virtud de apelación del recurrente.

Hechos.—I. El día 10 de junio de 1994, mediante escritura pública autorizada por el Notario de Oviedo don Oscar López del Riego, la Caja de Ahorros de Asturias otorgó un préstamo con garantía hipotecaria a favor de «Escayolas, Techos e Insonorizaciones, Sociedad Limitada», y «Proyectos, Instalaciones y Decoración Asturias, Sociedad Limitada».

II. Presentada la anterior escritura en el Registro de la Propiedad de Oviedo número 4 fue calificada con la siguiente nota (sólo se transcriben los defectos recurridos): «Suspendida la inscripción de la hipoteca pactada en el precedente documento por los siguientes defectos: 1.º Pactarse la hipoteca para garantizar la devolución de una parte del principal de un préstamo (18.631.340 pesetas de un total de 23.000.000 de pesetas), sin especificarse cuáles son los plazos de amortización de dicha porción garantizada, lo cual contraviene los principios hipotecarios de accesoriedad y especialidad al dejar indeterminado el tiempo de pago de la obligación que se garantiza con las

repercusiones que ello tiene en materias como el momento en que es posible la ejecución de la hipoteca, la prescripción de la acción hipotecaria o el momento en que el deudor puede exigir la cancelación de la hipoteca.... 5.º Se advierte, a los efectos de la estipulación decimonovena y de la utilización de esta hipoteca en el mercado hipotecario, que no se ha acreditado en el Registro la tasación de la finca hipotecada con los requisitos prevenidos en el artículo 37 del Real Decreto 685/1982, de 17 de marzo (modificado por el Real Decreto 1289/1991, de 2 de agosto), advertencia que se consignaría, en su caso, en la inscripción. Los defectos 1.º y 5.º son subsanables, afectando el primero a la inscripción de la totalidad del documento y el segundo sólo a la estipulación decimonovena. Los demás defectos son insubsanables y afectan a las estipulaciones a que se refieren. Contra la anterior nota cabe recurso gubernativo ante el Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Asturias en el plazo de cuatro meses desde su fecha y, en ulterior instancia, ante la Dirección General de los Registros y del Notariado. Oviedo, a 2 de febrero de 1995.—El Registrador, *Manuel Ballesteros Alonso*.

III. Don Joaquín García Suárez, Subdirector general de la Caja de Ahorros de Asturias, en representación de dicha entidad, interpuso recurso gubernativo contra los defectos anteriormente citados de la nota de calificación, y alegó: 1.º Que de las estipulaciones de la escritura queda totalmente claro: a) Que el préstamo es de 23.000.000 de pesetas; b) Que dicho principal está garantizado con hipoteca hasta 18.631.340 pesetas; c) Que el tercero que acuda al Registro sabe que la responsabilidad de esa finca por principal es de 18.631 340 pesetas; d) Que los garantes solidarios responden de la totalidad de las obligaciones del préstamo, pudiendo la prestamista ejecutar tal garantía dirigiéndose contra los bienes de tales garantes, y e) Que en caso de que la prestamista ejecute primeramente la hipoteca en procedimiento hipotecario nunca podrá obtener más allá de las cantidades aseguradas por dicha hipoteca, respondiendo entonces los garantes solidarios de la diferencia existente entre lo obtenido en dicha ejecución y la totalidad de la deuda. 2.º Que dichos pactos no contravienen los principios de especialidad y de accesoriedad, pues las obligaciones garantizadas están perfectamente especificadas. 3.º Que el deudor hipotecario, acreditando el pago del capital asegurado con hipoteca y sus accesorios podrá exigir la cancelación de la hipoteca y, asimismo, el tercero que satisfaga dicha responsabilidad hipotecaria. 4.º Que en caso de impago de parte del principal y de sus accesorios, el acreedor podrá exigir por procedimiento hipotecario cuanto se le adeude hasta el límite de las cantidades aseguradas con hipoteca, y si no obtuviera el total adeudado podrá repercutir la diferencia a los garantes solidarios. 5.º Que de lo anterior se deduce que tales pactos no afectan a materias tales como el momento en que es posible la ejecución ni a la prescripción de la acción hipotecaria. 6.º Que en lo que se refiere al defecto quinto, es preciso señalar que el artículo 37 del Real Decreto 685/1982, en su redacción actual del Real Decreto 1289/1991, regulador del Mercado Hipotecario junto con la Ley 2/1981 no contiene aspectos registrales de los préstamos hipotecarios en relación con los bienes hipotecados, correspondiendo la competencia de la inspección del cumplimiento de las normas de tasación y el control de funcionamiento de las entidades o servicios de tasación al Banco de España, tal como señala en el artículo 40.5 del citado Real Decreto.

IV. El Registrador de la Propiedad, en defensa de su nota, informó: A) Que en cuanto al defecto señalado en la nota de calificación con el número

1, hay que decir: 1.º Que la operación que se realiza en la escritura calificada es la de garantizar con una hipoteca la devolución de una parte del capital de un préstamo. 2.º Que la nota de calificación no niega que dicha operación sea legal y posible en nuestro ordenamiento y que el único defecto que dicha nota opone a la escritura es el subsanable de que no se han determinado en ella los plazos de amortización de la porción de la deuda total que se ha querido garantizar con la hipoteca. 3.º Que nadie discutiría que si lo que la hipoteca garantizase fuese la totalidad de la deuda, sería necesario determinar en la escritura el momento en que el deudor ha de haber pagado, puesto que tiene indudable relevancia, como el momento en que la hipoteca puede ser ejecutada o el cómputo de los plazos de prescripción de la acción hipotecaria. Esto conforme a los artículos 9, 12, 153, 154 y 157 de la Ley Hipotecaria. Además, así se deduce de las Resoluciones de 4 de julio de 1984 y 22 de marzo de 1988, entre otras. 4.º Que no se ve qué argumentos pueden darse para discutir tal exigencia en el caso que no se produzca esa coincidencia cuando lo que se garantiza es la devolución de una parte del principal. Los motivos para exigir aquella concreción son los mismos. 5.º Que en el caso de que lo garantizado por la hipoteca sea la devolución de una porción del capital prestado, interesa saber el «cuándo», el momento en que el deudor debe haber devuelto esa concreta porción de capital, y según lo pactado en la escritura, lo que interesa saber es cuál de las 120 cuotas de amortización a abonar en cada uno de los últimos ciento veinte meses del plazo pactado mediante las que se realiza la devolución del total del préstamo son las garantizadas por la hipoteca. 6.º Que, por otra parte, no puede estimarse cumplido el principio de determinación en cuanto al factor temporal de la obligación garantizada por la hipoteca por el hecho de que en la escritura quede claro que el plazo del préstamo es de diez años, pues ese plazo es el del préstamo total, pero indudablemente sólo está garantizada por la hipoteca una porción de él; y como la devolución del dinero prestado se pacta que se vaya haciendo en cuotas mensuales, es claro que llegará un momento anterior a la terminación de estos diez años en que el deudor ya habrá pagado una cifra similar a la garantizada por la hipoteca. Lo que importa, para que el principio de determinación quede cumplido en el caso que nos ocupa, es saber si la obligación garantizada ya se ha extinguido por su cumplimiento o si todavía no se ha extinguido, e importa mucho saber ese dato desde el primer momento y a los efectos de la inscripción de la hipoteca, que es un derecho real esencialmente accesorio a la obligación que garantiza. Pues de lo contrario se llegaría a una especie de «hipoteca flotante en el tiempo», análoga a aquella hipoteca flotante sobre un conjunto de obligaciones que censuraría la Resolución de 23 de diciembre de 1987. 7.º Que se pueden plantear numerosos problemas prácticos si se admite la hipoteca parcial que se pretende constituir sin complementarla con los requerimientos de la nota. 8.º Que la falta de determinación del tiempo de cumplimiento de los plazos de amortización a los que la garantía hipotecaria se extiende puede tener repercusiones en la ejecución de la hipoteca. 9.º Que la falta que la nota denuncia sí supone contravención de los principios hipotecarios de accesoriedad y de determinación por cuanto al quedar sin concretar a qué porción temporal del préstamo se refiere la garantía hipotecaria queda sin definir del todo cuál es la obligación garantizada. 10. Que la escritura deja las cosas determinadas en cuanto al «cuánto», pero no en cuanto al «cuándo», y ello supone, al fin, indeterminación del «qué». 11. Que la hipoteca no está determinada en cuanto a los datos temporales. Y 12. Que la

analogía entre el caso del artículo 119 de la Ley Hipotecaria y el de la hipoteca del presente recurso es más aparente que real, y sólo habría paralelismo si la suma de las responsabilidades de las fincas fuese menor que el principal de la obligación garantizada. B) Que en cuanto al defecto señalado con el número 5 de la nota de calificación: 1.º Que el punto 5 de la nota de calificación más que un defecto es una advertencia 2.º Que parece que el recurrente no ha leído los Reales Decretos que regulan el Mercado Hipotecario y la Ley 2/1981 al afirmar que no contiene aspectos registrales. 3.º Que el artículo 7 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, que regula el Mercado Hipotecario, establece que para que un crédito hipotecario pueda ser movilizado mediante la emisión de los títulos regulados en esta Ley los bienes hipotecados deberán haber sido tasados; y continúa diciendo que el Ministerio de Economía regulará la forma en que debe constar la tasación efectiva. El artículo 28 del Real Decreto 685/1982 establece que los bienes hipotecados deberán haber sido tasados con anterioridad a la emisión de los títulos, y si han sido tasados antes del otorgamiento de la escritura de hipoteca se hará constar así en la escritura y en la inscripción de hipoteca, y el artículo 37 del mismo Real Decreto establece quién ha de firmar el informe técnico de tasación. 4.º Que el Registrador debe pedir que se le acredite en forma la tasación a efectos del mercado hipotecario para hacerla constar en el Registro y, en caso de que no se le acredite, ha de hacer constar esa no acreditación en la inscripción de hipoteca como una advertencia en cumplimiento de lo prevenido en el artículo 434, párrafo cuarto, del Reglamento Hipotecario, dado que es algo que puede tener trascendencia futura para la calificación registral de otros documentos relativos a la movilización de la hipoteca en el Mercado Hipotecario. 5.º Que no es indiferente para el Registrador el que la tasación se haya efectuado en forma o no, sino que es asunto que va a condicionar presentes o futuras actuaciones suyas. 6.º Que la necesidad de acreditar el Registrador que la tasación se ha realizado en la forma que la Ley previene se puede fundar en el argumento de que en los Libros de Registro no deben constar como ciertas más que las circunstancias que han sido acreditadas, y caso de que algún dato resulte de la mera manifestación debe advertirse así en el asiento correspondiente, y 7.º Que no es admisible argumentar que el control de los requisitos que la legislación exige para la movilización de las hipotecas corresponde al Banco de España. El Registrador está obligado a desempeñar su función por la totalidad de la legislación vigente y no puede practicar asientos cuando del propio Registro resulta que los requisitos que la Ley exige no se han cumplido.

V. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias confirmó la nota del Registrador fundándose en lo alegado por éste en su informe.

VI. El recurrente apeló el auto presidencial, manteniéndose en sus alegaciones, y añadió: Que ni el auto del Tribunal Superior ni el Registrador apoyan la tesis mantenida en otro extremo que en una posible indeterminación de la obligación garantizada. Que los pactos que constan en la escritura no afectan, como dice el Registrador, a materias tales como el momento en que es posible la ejecución, puesto que desde la primera peseta impagada el acreedor podrá ejecutar, con las consecuencias de obtener en dicha ejecución hasta el límite de las cantidades aseguradas, teniendo que ejecutar la garantía personal solidaria para reintegrarse de la diferencia, si la hubiere. Ni tampoco afecta a la prescripción de la acción hipotecaria, puesto que su cómputo debe hacerse desde el vencimiento del préstamo total concedido. Que en cuanto al defecto 5.º, hay

que señalar que es cosa muy distinta la tasación a los efectos de subasta y otra muy distinta a los efectos de la titulización o movilización del préstamo en el mercado hipotecario, cuestiones que confunde el auto apelado.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 1.091, 1.157, 1.169, 1.255, 1.753 y 1.860 del Código Civil, y 9, 12, 119, 122 y 153 de la Ley Hipotecaria.

1. Constituida hipoteca en garantía al pago de parte de un préstamo, el Registrador suspende la inscripción por entender que al no especificarse la cuota o plazos de amortización correspondientes a la cantidad garantizada, ni concretarse que los intereses garantizados son exclusivamente los devengados por dicha parte se produce una indeterminación de la obligación garantizada contraria al principio de especialidad y determinación del préstamo hipotecario.

2. Dicho defecto no puede ser confirmado; siendo única la obligación contraída (cfr. art. 1.753 del Código Civil) dicha unidad no puede ser desconocida por el solo hecho de que se establezca una garantía hipotecaria que no la cubre en su totalidad. Este carácter parcial de la garantía hipotecaria no provoca inexcusablemente el fraccionamiento del crédito garantizado en dos obligaciones distintas e independientes —una con garantía y otra sin ella—, sujetas cada una a un régimen jurídico diferenciado, la obligación sigue siendo única si así la han configurado expresamente los contratantes y esta unidad presidirá su ulterior desenvolvimiento jurídico y su extinción (vid. arts. 1.091, 1.157, 1.169 y 1.255 del Código Civil).

3. La única significación del carácter parcial de la garantía (al igual que ocurre en la hipótesis del art. 119 de la Ley Hipotecaria, respecto de cada una de las fincas hipotecadas) se produce exclusivamente en el propio juego de ésta; en caso de ejecución del bien hipotecado, el actor sólo podrá detraer el precio de remate obtenido, hasta una parte igual al máximo de responsabilidad fijado; del mismo modo, si el tercero poseedor quiere evitar la ejecución de ese bien, únicamente deberá desembolsar esa cantidad máxima, aunque quede parcialmente insatisfecho el crédito; el tercer poseedor podrá, como en el caso a que se refiere el artículo 124 de la Ley Hipotecaria, pedir la cancelación de la hipoteca si pagó la parte del crédito que garantizaba la finca.

4. De lo anterior se deduce, ciertamente, que el incumplimiento de cualquier parte de la obligación, por mínima que sea, puede determinar la ejecución del bien gravado; pero ello que es un efecto inherente a la propia indivisibilidad de la hipoteca (vid. arts. 1.860 del Código Civil y 122 de la Ley Hipotecaria) en conexión con la unidad de la obligación, no produce indeterminación alguna en el derecho real constituido, pues el crédito garantizado quedó perfectamente determinado en todos sus aspectos definidores (titular, importe, plazo, tipo de interés, forma de amortización, etc.), dándose completa satisfacción a las exigencias del principio de especialidad (arts. 9 y 12 de la Ley Hipotecaria). Por lo demás debe señalarse cómo el propio artículo 153 de la Ley Hipotecaria prevé la posibilidad de garantía parcial del saldo, sin que ello exija el fraccionamiento de la obligación garantizada, y que esa posibilidad de garantía parcial es típica de toda hipoteca de máximo.

5. En cuanto al segundo defecto recogido bajo el número de la nota de calificación, ninguna decisión debe adoptarse toda vez que el mismo Registra-

dor en su informe aclara que no se trata de un defecto, sino de una advertencia de que no se ha acreditado la tasación, lo que habría de consignarse en la inscripción caso de llegar a practicarse ésta.

Por todo ello esta Dirección General ha acordado estimar el recurso interpuesto revocando el auto apelado.

Madrid, 2 de enero de 1996.—El Director general, *Julio Burdiel Hernández*.

Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Asturias.

RESOLUCION de 3 de enero de 1996, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por don Joaquín García Suárez, en nombre de la Caja de Ahorros de Asturias, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Oviedo número 1 a inscribir una escritura de préstamo hipotecario en virtud de apelación del recurrente.

En el recurso gubernativo interpuesto por don Joaquín García Suárez, en nombre de la Caja de Ahorros de Asturias, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Oviedo número 1 a inscribir una escritura de préstamo hipotecario en virtud de apelación del recurrente.

Hechos.—I. El día 29 de abril de 1994, mediante escritura pública autorizada por el Notario de Oviedo don Oscar López del Riego, la Caja de Ahorros de Asturias otorgó un préstamo con garantía hipotecaria a favor de don Jesús Antonio Álvarez Díaz y esposa.

II. Presentada la anterior escritura en el Registro de la Propiedad de Oviedo número 1, fue calificada con la siguiente nota (solamente se transcribe el defecto objeto del recurso):

«Presentado el documento que precede, por cuarta vez, el 24 de enero de 1995, según asiento 1186 del diario 139. Examinado y calificado, se suspende la inscripción solicitada por los siguientes defectos: 1. En la estipulación primera se dispone un «préstamo hipotecario» por un importe principal de 6 250.000 pesetas, y en la estipulación undécima, sin justificación aparente, se constituye la «hipoteca» exclusivamente en garantía de la cantidad de 4.550.000 pesetas de dicho principal. Al asegurarse con la hipoteca únicamente una parte del principal del préstamo, sin especificar las «cuotas» o «plazos de amortización» correspondientes a dicha cantidad, y sin concretar que los intereses garantizados son exclusivamente los devengados por dicha parte, se produce una indeterminación de la obligación garantizada con la hipoteca, contraria al principio de especialidad y determinación registral del «préstamo hipotecario», que sería la única parte del contrato accesible al Registro, con total separación de la parte no garantizada con la hipoteca, que por tener sólo una garantía personal del deudor no tendría acceso al Registro. Ambas partes del préstamo deben quedar definidas en todos sus elementos esenciales por tener régimen distinto, una como «préstamo hipotecario» y otra como préstamo meramente «personal», con efectos distintos, que inciden en la imputación de pagos a una o a otra parte, cesión del crédito (art. 149 de la Ley Hipotecaria), subrogación o asunción de la deuda por un tercero, ejecución de la garantía real, prescripción de la acción hipotecaria (art. 128 de la Ley Hipotecaria) o en la cancelación de la hipoteca por pago de la cantidad exclusivamente garantizada con la misma, con efectos no sólo para la parte prescinatoria, sino también respecto de terceros adquirentes en su caso... El primer

defecto es subsanable mediante la determinación de los requisitos esenciales de la parte que constituye el «préstamo hipotecario». Los demás defectos son insubsanables, si bien quedan exclusivamente a las estipulaciones a que se refieren. No se ha solicitado anotación de suspensión. Contra esta calificación puede interponerse recurso ante el excelentísimo señor Presidente del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias en el plazo de cuatro meses desde su fecha, y en ulterior instancia ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 66 de la Ley Hipotecaria y 112 y siguientes del Reglamento Oviedo, 2 de febrero de 1995.—El Registrador, *Manuel Figueiras Dacal*».

III Don Joaquín García Suárez, en representación de la Caja de Ahorros de Asturias, interpuso recurso gubernativo contra el defecto anteriormente citado de la nota de calificación, y alegó: 1.º Que según la estipulación undécima, la parte prestataria constituye hipoteca sobre una finca registral en garantía de 4.550.000 pesetas de principal. En la estipulación primera se recoge el principal del préstamo, que es de 6.250.000 pesetas. En la estipulación vigesimosexta se establece que los señores que allí se relacionan prestan su aval solidario con los deudores. La Caja queda expresamente facultada para decidir la ejecución prioritaria de la garantía que prefiera caso de decidir la ejecución, en primer lugar, de la hipotecaria; los garantes responderán solidariamente por la diferencia entre lo obtenido en la ejecución hipotecaria, deducidos gastos y el saldo total que el préstamo presente. 2.º Que de la redacción de las estipulaciones que se reproducen en el fundamento anterior queda totalmente explícito y claro que: a) Que el préstamo es de 6.250 000 pesetas; b) Que dicho principal está garantizado con hipoteca hasta 4.550.000 pesetas; c) Que el tercero que acuda al Registro sabe que la responsabilidad de esa finca por principal es de 4.550.000 pesetas; d) Que los garantes solidarios responden de la totalidad de las obligaciones del préstamo, pudiendo la prestamista ejecutar tal garantía dirigiéndose contra los bienes de tales garantes; e) Que en caso de que la prestamista ejecute primeramente la hipoteca en procedimiento hipotecario, nunca podrá obtener más allá de las cantidades aseguradas por dicha hipoteca, respondiendo entonces los garantes solidarios de la diferencia existente entre lo obtenido en dicha ejecución y la totalidad de la deuda. 3.º Que no puede calificarse que tales pactos contravienen los principios de especialidad y determinación registral, pues las obligaciones garantizadas están perfectamente especificadas y la hipoteca que las garantiza cumple perfectamente el carácter accesorio de la misma y queda determinado claramente a los efectos registrales. 4.º Que el deudor hipotecario, acreditando el plazo del capital asegurado con hipoteca y sus accesorios, podrá exigir la cancelación de la hipoteca al haberse extinguido las obligaciones aseguradas; asimismo, el tercero que satisfaga dicha responsabilidad hipotecaria podrá exigir la cancelación de la hipoteca. 5.º Que en el caso de impago de parte del principal y de sus accesorios, corresponda aquél desde el principio de la deuda, o ya satisfecha parte de ella o en resto de la deuda, el acreedor podrá exigir por procedimiento hipotecario cuanto se le adeude hasta el límite de las cantidades aseguradas con hipoteca, y si no obtuviera el total adeudado podrá repercutir la diferencia a los garantes solidarios. 6.º Que de lo expuesto se deduce que tales pactos no afectan a la prescripción de la acción hipotecaria puesto que su cómputo debe hacerse desde el vencimiento del préstamo total concedido.

IV. El Registrador de la Propiedad, en defensa de su nota, informó: 1.º Que tal como reconoce el recurrente, la responsabilidad hipotecaria no se

corresponde con el total principal del préstamo, sino que la hipoteca se constituye en garantía de una cantidad menor. Que no es posible aceptar las alegaciones del recurrente puesto que la hipoteca es la única garantía del préstamo que puede tener acceso al Registro, sin que pueda acceder al mismo la garantía personal de los avalistas. 2.º Que la hipoteca con derecho real de garantía actúa en dos fases: la preventiva y la ejecutiva, y es algo más que un mero derecho de realización de valor. Que partiendo de la consideración del crédito hipotecario como figura jurídica autónoma, lo cierto es que la hipoteca nace con el crédito garantizado, se modifica cuando se modifica el crédito (art. 144 de la Ley Hipotecaria) y muere con él. Por consiguiente, fuera del supuesto de la hipoteca «de máximo», en la hipoteca ordinaria o de tráfico la cuantía de la responsabilidad real o hipotecaria coincide con el importe del débito garantizado. Si sólo se garantiza con la hipoteca parte del préstamo, sin especificar dicha parte, en realidad se está garantizando todo él. Sería como una hipoteca flotante sobre todas las cuotas del préstamo total, y el impago de cualquiera de las 141 cuotas de amortización puede dar lugar al vencimiento anticipado, con ejecución hipotecaria, según se dice en la escritura calificada. Que hay que destacar lo que dicen las Resoluciones de 20 de marzo, 23 y 26 de octubre de 1987, y las Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 1944 y 12 de marzo de 1991. Que fijada conforme a la jurisprudencia citada la extensión de la hipoteca y redactada la suscripción en igual forma, todo lo inscrito y sólo ello afectará a los terceros que contraen fundándose en el contenido del Registro. Que se puede concluir que los principios de publicidad y de especialidad registral están reñidos con la tesis que admitiera una falta de especificación del crédito y el derecho real. Por consiguiente, en toda inscripción de hipoteca es preciso que consten no sólo las circunstancias normales de toda inscripción, sino también las circunstancias especiales del derecho real de hipoteca, y la más importante es la determinación precisa de la «obligación garantizada». En las hipotecas ordinarias o de tráfico, el crédito garantizado debe constar en el Registro con todas sus particularidades y queda unido registralmente a la hipoteca, de tal forma que, ante tercero, la fe pública cubre el crédito y se presume *iure et de iure* que el Registro es exacto en lo que se refiere al complejo «crédito-hipoteca». 3.º Que en el caso que se estudia, en la escritura calificada no se determina con precisión cuál es la parte del préstamo que queda garantizado con la hipoteca, cuáles son sus cuotas de amortización, ni cuándo tendrá lugar su vencimiento final, con la precisión que permita conocer con exactitud la parte de la obligación garantizada con la hipoteca, como si fuera una obligación específica, distinta de la parte no garantizada hipotecariamente, que sólo constituirá una «obligación con garantía personal», no inscribible, y no sólo en interés del deudor, sino también por los terceros adquirentes de la finca, que se subrogan en la responsabilidad hipotecaria y, sobre todo, los que adquieren la finca con la carga de la hipoteca. Que la hipoteca es un derecho real de constitución registral, de inscripción constitutiva (arts. 1.875 del Código Civil y 145 de la Ley Hipotecaria), regido por los principios de publicidad, especialidad y determinación registral, que en la hipoteca tiene una aplicación rigurosa como ha establecido la Dirección General de los Registros y del Notariado en numerosas resoluciones. 4.º Que no es argumento el del artículo 119 de la Ley Hipotecaria, pues sólo existe una finca en la escritura calificada. Pero como dicen los autores, en caso de ser varias las fincas hipotecadas la distribución es únicamente de la garantía hipotecaria, pero no del crédito, que continúa siendo indivisible a

menos que el acreedor consienta expresamente en la división (art. 123 de la Ley Hipotecaria). Unicamente se puede dar lo establecido en el artículo 221 del Reglamento Hipotecario como una excepción a la indivisibilidad del crédito. 5.º Que los principios hipotecarios de publicidad y de especialidad excluye de la inscripción cualquier supuesto de contradicción entre el «valor» del derecho real y el «importe» de la obligación asegurada; por lo mismo que no cabe «un crédito hipotecario por valor superior al de la finca hipotecada, tampoco puede constituirse una hipoteca en garantía de un crédito superior al importe de la responsabilidad» 6.º Que el préstamo o crédito hipotecario es un derecho de contorno definido que debe agotar registralmente toda la realidad extrarregistral y no puede ser «troceado» arbitrariamente para inscribir únicamente una parte del mismo, sin que dicha parte constituya por sí sola «un crédito hipotecario» independiente. No cabe que esté indeterminada la obligación garantizada, provocando confusión al tercer adquirente y al que consulte el Registro. Para cubrir esas indeterminaciones o imprecisiones están las hipotecas de máximo, que constituyen otra especial forma de garantía inmobiliaria. Que, por último, de llegar a inscribirse el préstamo hipotecario con garantía de la hipoteca parcial, según las estipulaciones consignadas en la escritura calificada, se producirían los siguientes efectos contrarios a todo lo indicado y, por tanto, contrarios a los principios registrales de especialidad y publicidad registral: 1. Se induciría a la confusión de la publicidad registral. 2. Se podría llegar al absurdo de que garantizando con la hipoteca una cantidad mínima se estaría garantizando en la realidad la totalidad de una obligación muy superior, con total negación de la publicidad registral. 3. Que al no ser una hipoteca de renta se trata de una hipoteca flotante que ha sido rechazada por numerosas resoluciones precisamente por ser contraria al principio de especialidad o determinación registral. Que todo ello produciría en el Registro, si la inscripción llegara a practicarse, una indeterminación de la obligación asegurada con la hipoteca que no es la totalidad del préstamo, sino únicamente una parte del mismo. Que de todos los razonamientos expuestos se deduce la necesidad de que en la inscripción del derecho real de hipoteca se determine con toda precisión la «obligación garantizada», y en el caso que se estudia debe especificarse también con toda precisión, no sólo cuantitativamente, la parte del préstamo garantizado hipotecariamente, sin «cuotas» y su vencimiento final, de tal forma que dicha parte quede convertida en una obligación determinada por sí misma, con entera separación de la otra parte u obligación no garantizada con la hipoteca.

V. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias confirmó la nota del Registrador fundándose en lo alegado por éste en su informe.

VI. El recurrente apeló el auto presidencial, manteniéndose en sus alegaciones, y añadió: Que ni el auto del Tribunal Superior ni el Registrador apoyan la tesis mantenida en otro extremo que en una posible indeterminación de la obligación garantizada. Que los pactos que constan en la escritura no afectan, como dice el Registrador, a materias tales como el momento en que es posible la ejecución, puesto que desde la primera peseta impagada el acreedor podrá ejecutar, con las consecuencias de obtener en dicha ejecución hasta el límite de las cantidades aseguradas, teniendo que ejecutar la garantía personal solidaria para reintegrarse de la diferencia, si la hubiere. Ni tampoco afecta a la prescripción de la acción hipotecaria, puesto que su cómputo debe hacerse desde el vencimiento del préstamo total concedido.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 1.091, 1.157, 1.169, 1.255, 1.753 y 1.860 del Código Civil, y 9, 12, 119, 122 y 153 de la Ley Hipotecaria.

1. Constituida hipoteca en garantía de pago de parte de un préstamo, el Registrador suspende la inscripción por entender que al no especificarse la cuota o plazos de amortización correspondientes a la cantidad garantizada, ni concretarse que los intereses garantizados son exclusivamente los devengados por dicha parte, se produce una indeterminación de la obligación garantizada contraria al principio de especialidad y determinación del préstamo hipotecario.

2. Dicho préstamo no puede ser confirmado; siendo única la obligación contraída (cfr. art. 1.753 del Código Civil), dicha unidad no puede ser desconocida por el solo hecho de que se establezca una garantía hipotecaria que no la cubre en su totalidad. Este carácter parcial de la garantía hipotecaria no provoca inexcusablemente el fraccionamiento del crédito garantizado en dos obligaciones distintas e independientes, una con garantía y otra sin ella, sujetas cada una a un régimen jurídico diferenciado; la obligación sigue siendo única si así la han configurado expresamente los contratantes y esta unidad presidirá su ulterior desenvolvimiento jurídico y su extinción (*vid.* arts. 1.091, 1.157, 1.169 y 1.255 del Código Civil).

3. La única significación del carácter parcial de la garantía (al igual que ocurre en la hipótesis del art. 119 de la Ley Hipotecaria respecto de cada una de las fincas hipotecadas) se produce exclusivamente en el propio juego de ésta; en caso de ejecución del bien hipotecado el actor sólo podrá detraer el precio de remate obtenido hasta una parte igual al máximo de responsabilidad fijado; del mismo modo, si el tercero poseedor quiere evitar la ejecución de ese bien, únicamente deberá desembolsar esa cantidad máxima, aunque quede parcialmente insatisfecho el crédito; el tercer poseedor podrá, como en el caso a que se refiere el artículo 124 de la Ley Hipotecaria, pedir la cancelación de la hipoteca si pagó la parte del crédito que garantizaba la finca.

4. De lo anterior se deduce, ciertamente, que el incumplimiento de cualquier parte de la obligación, por mínima que sea, puede determinar la ejecución del bien gravado; pero ello, que es un efecto inherente a la propia indivisibilidad de la hipoteca (*vid.* arts. 1.860 del Código Civil y 122 de la Ley Hipotecaria) en conexión con la unidad de la obligación, no produce indeterminación alguna en el derecho real constituido, pues el crédito garantizado quedó perfectamente determinado en todos sus aspectos definidores (titular, importe, plazo, tipo de interés, forma de amortización, etc.), dándose completa satisfacción a las exigencias del principio de especialidad (arts. 9 y 12 de la Ley Hipotecaria). Por lo demás, debe señalarse cómo el propio artículo 153 de la Ley Hipotecaria prevé la posibilidad de garantía parcial del saldo, sin que ello exija el fraccionamiento de la obligación garantizada, y que esa posibilidad de garantía parcial es típica de toda hipoteca de máximo.

Por todo ello esta Dirección General ha acordado estimar el recurso interpuesto revocando el auto apelado.

Madrid, 3 de enero de 1996.—El Director general, *Julio Burdiel Hernández*.

Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Asturias.

COMENTARIO

La nota fundamental que diferencia el planteamiento del Registrador en su nota de calificación y posterior informe con respecto al contenido de la resolución comentada radica en la consideración que hace el primero de la hipoteca como ordinaria, por lo que vincula de forma especial la hipoteca que se pretende constituir a la obligación que se garantiza, mientras que la Dirección General la considera como una hipoteca de máximo en la que la obligación garantizada tiene un desarrollo más independiente de lo que resulta de la inscripción de la hipoteca.

La hipoteca de máximo, como hipoteca de seguridad que es, rompe el vínculo de intimidad que arrastra la hipoteca ordinaria y permite la garantía hipotecaria de obligaciones cuya vida discurre ajena al Registro de la Propiedad, pero cuyos elementos fundamentales han quedado perfectamente definidos en el momento de su constitución. En este caso, además, la vida de la obligación se sabe perfectamente por los cauces que puede desarrollarse, lo que no es óbice para su garantía parcial a través del derecho real de hipoteca.

Quizá el problema radica en saber cuándo estamos en presencia de una hipoteca ordinaria o de máximo, si es necesario definirla expresamente a la hora de su constitución con fórmula sacramental, como pensaba don JERÓNIMO GONZÁLEZ, o basta con que concurren los elementos que nos definen a una u otra para su efectiva constitución como tales. No existe una definición legal de la hipoteca de máximo, aunque sí está admitida de forma general, y desarrollada para algunos supuestos especiales en la legislación hipotecaria, como es el caso del artículo 153 para la hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito.

En algunos comentarios a esta misma resolución, observo que después del resumen de su contenido se añade entre paréntesis la validez de la constitución de esta clase de hipotecas, en garantía de parte del importe de la obligación «(siempre que se configure como hipoteca de máximo)», cuando esta nota característica no resulta expresamente del contenido de la propia resolución, sino que resulta más bien del análisis del supuesto de hecho del recurso, que permite llegar a la conclusión de que es válida su constitución porque reúne los requisitos de la hipoteca de máximo, aunque de forma expresa no se haya constituido como tal.

Hay que pensar, a la vista de esta resolución, que la Dirección General se aparta un poco de los estrechos cauces de la íntima accesoriedad entre la hipoteca y la obligación garantizada, y permite con esta línea un más amplio reflejo en el Registro de la Propiedad, a través de la institución de la hipoteca, de lo que son las necesidades actuales del crédito territorial, sin que ello suponga ninguna innovación, pues es precisamente la figura de la hipoteca de seguridad, de creación germánica, pero cuyo espíritu, sobre todo a través de la hipoteca en garantía de obligación futura, la institución destinada a cubrir este espacio y que recoge desde su redacción nuestra Ley Hipotecaria.

La obligación que se garantiza por la hipoteca tiene perfectamente definidos su existencia y cuantía y no será preciso acudir a medios extrahipotecarios para su determinación; sin embargo, se aparta de la hipoteca ordinaria en una sola nota que es el máximo de responsabilidad hipotecaria o parte del valor de la finca que en su día podrá dedicarse a la extinción del crédito o, como en este caso, de parte del mismo. Se limita la garantía pero no el

crédito, de manera que el tercer adquirente no tendrá duda sobre el importe de que responde la finca, cumpliéndose así el principio de especialidad.

Pone especial énfasis el Registrador, en su informe ante el recurso planteado, en la necesidad de determinar el «cuándo» de la devolución del capital que se garantiza, y ello viene motivado por la necesidad que para él existe de determinar las diferentes cuotas objeto de garantía, como si fuera el pago de las mismas lo que realmente se asegura, cuando la realidad es que lo que es objeto de garantía hipotecaria es el préstamo, concebido como una sola obligación a satisfacer en un solo plazo (diez años) mediante diferentes pagos; y de esa total obligación de pago la hipoteca sólo garantiza parte de su importe, con independencia de que dicha porción coincida o no con varias de las cuotas. Si consideramos que la hipoteca se establece en garantía de todas y cada una de las cuotas de forma separada al préstamo, es cuando sí estaríamos en presencia de la «hipoteca flotante» a que se refiere en su informe el propio Registrador y que trata la Resolución de 23 de diciembre de 1987.

Como argumento práctico podemos imaginar que la hipoteca se ha constituido sobre esta finca y otra más en garantía de la devolución del total importe de la obligación garantizada distribuido entre ambas. Si con posterioridad se cancela la hipoteca que gravaba la otra finca, por el motivo que sea, basta el mero consentimiento del artículo 82 de la Ley Hipotecaria, nos encontraríamos válidamente con la misma situación que ahora se rechaza por constituirse *ab initio* en garantía de parte de un crédito, que no es más que una forma práctica de observar la aplicación del artículo 119 que alega el recurrente, y con razón desde mi particular punto de vista.

El Registrador al suspender por no determinarse expresamente cuáles de las cuotas quedan garantizadas con la hipoteca está indirectamente pidiendo la división del préstamo en dos obligaciones distintas: una, la que alcanza el importe que cubre la hipoteca, y otra, el resto no garantizado, cuando ni siquiera tiene por qué coincidir el importe garantizado con la suma de parte de las cuotas en que se ha de amortizar el préstamo. No estamos en presencia de dos obligaciones distintas, es una sola cuyo cumplimiento se garantiza sólo en parte a través de la hipoteca.

Cuando se garantizan los intereses de un préstamo, limitándolos a una cuantía determinada, se está constituyendo una hipoteca de máximo sin definirla expresamente como tal, y con arreglo a lo pactado los intereses devengados pueden superar con mucho a los garantizados, pero por eso se exige la determinación de los periodos concretos de interés que han de quedar cubiertos con la hipoteca.

JORGE REQUEJO LIBERAL
Registrador de la Propiedad

DISOLUCION DE SOCIEDAD ANONIMA POR NO ADECUAR CAPITAL EL 31-12-95, DISPOSICION TRANSITORIA SEXTA DE LA LEY DE SOCIEDADES ANONIMAS: LA NORMA CUESTIONADA NO DECLARA LA EXTINCION DE LA PERSONALIDAD DE LAS SOCIEDADES ANONIMAS QUE A 31-12-95 NO TENGAN EL CAPITAL MINIMO, SINO EXCLUSIVAMENTE SU DISOLUCION DE PLENO DERECHO Y LA CANCELACION DE OFICIO DE LOS ASIENTOS, FORMULA DE MECANICA REGISTRAL QUE RESPETA DE MODO TRANSITORIO DICHA PERSONALIDAD, POR LO QUE DEBE

CONFIRMARSE LA DENEGACION ACORDADA POR EL REGISTRADOR MERCANTIL RESPECTO DE LA AMPLIACION DE CAPITAL PRESENTADA EL 31-12-96, SIN EXAMINAR AHORA SI ES O NO POSIBLE REACTIVAR LA SOCIEDAD. (RESOLUCIONES DE 5 DE MARZO, 29 Y 31 DE MAYO Y 5 DE JUNIO DE 1996. BBOO DE 8 DE MARZO, 19, 27 Y 28 DE JUNIO DE 1996.)

RESOLUCION de 5 de marzo de 1996, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por don Rafael de Tena Regodón, como Presidente del Consejo de Administración de la sociedad «Alteso, Sociedad Anónima», contra la negativa del Registrador Mercantil de Madrid número 2 a inscribir dos escrituras de ampliación de capital social de una sociedad anónima.

En el recurso gubernativo interpuesto por don Rafael de Tena Regodón, como Presidente del Consejo de Administración de la sociedad «Alteso, Sociedad Anónima», contra la negativa del Registrador Mercantil de Madrid número 2 a inscribir dos escrituras de ampliación de capital de una sociedad anónima.

Hechos.—I. El día 14 de septiembre de 1989, ante el Notario de Madrid don Luis Sanz Rodero, la sociedad «Alteso, Sociedad Anónima», otorgó escritura de elevación a público de los acuerdos sociales adoptados por la Junta General Extraordinaria de accionistas, celebrada el día 20 de junio de 1989, de los que hay que señalar el referente a la ampliación del capital social de la compañía de 300.000 pesetas en 5.000.000 de pesetas. Posteriormente, el día 25 de marzo de 1994, ante el Notario de Madrid don Gregorio Blanco Rivas, la citada entidad otorgó escritura de elevación a público de los acuerdos sociales adoptados por la Junta Universal y el Consejo de Administración de la sociedad, en sus reuniones de fechas 26 de junio de 1992 y 31 de enero de 1994, entre los que hay que destacar el concerniente a la ampliación del capital social de 5.000.000 de pesetas a 10.000.000 de pesetas.

II. Presentadas ambas escrituras en el Registro Mercantil de Madrid, fueron calificadas con las siguientes notas: Escritura de 14 de septiembre de 1989: «Presentada nuevamente el día 3 de enero de 1996, se deniega la inscripción del precedente documento por haber quedado disuelta de pleno derecho esta sociedad y cancelados los asientos, de conformidad con la disposición transitoria 6.2 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre. Se encuentra presentada en este Registro la Adaptación de Estatutos a la nueva Ley, otorgada en Madrid el 25 de marzo de 1994, con el número 641, con nota igualmente de denegación. Madrid, 19 de enero de 1996.—El Registrador, Manuel Casero Mejías».

Escritura de 25 de marzo de 1994 «Presentada nuevamente el día 3 de enero de 1996, se deniega la inscripción del precedente documento por haber quedado disuelta de pleno derecho esta sociedad y cancelados los asientos, de conformidad con la disposición transitoria 6.2 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre. Se encuentra presentada en este Registro la ampliación de capital, otorgada en Madrid el 14 de septiembre de 1989, con el número 4.209, con nota igualmente de denegación. Madrid, 19 de enero de 1996.—El Registrador, Manuel Casero Mejías».

III. Don Rafael de Tena Regodón, como Presidente del Consejo de Administración de la sociedad «Alteso, Sociedad Anónima», interpuso recurso de

reforma contra las anteriores notas de calificación, y alegó: Que la escritura de elevación a público de acuerdos, de fecha 14 de septiembre de 1989, fue presentada en el Registro Mercantil el día 11 de enero de 1996, aunque se aportó junto con la que a continuación se cita el día 3 de enero de 1996. Que la escritura de elevación de acuerdos sociales sobre ampliación de capital, de fecha 25 de marzo de 1994, fue presentada en el Registro Mercantil de Madrid el día 3 de mayo de 1994, con fecha anterior a la que establece la disposición transitoria 6.2 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas; y, posteriormente, fue nuevamente presentada el día 3 de enero de 1996, ya que fue devuelta en su primera presentación por no haber sido presentada la escritura de 14 de septiembre de 1989. Que las escrituras fueron presentadas por segunda vez al Registro Mercantil, para su inscripción, en fecha 3 de enero de 1996, y es cuando se comunican las calificaciones que se recorren. Que en este caso las escrituras fueron presentadas con fecha anterior a las indicadas en la disposición transitoria 6.2 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, y, tal como puede comprobarse por los asientos correspondientes, la escritura en que consta el acuerdo de aumentar el capital social hasta el mínimo legal se presentó con fecha 3 de mayo de 1994, por lo que se entiende que no se incumple la legislación vigente aplicable a este tipo de sociedades. Que la sociedad no está extinguida ni cancelada, pues la citada disposición transitoria no ordena cancelar ni liquidar la sociedad, sino los asientos.

Que, por último, se solicita que en el caso de que el Registrador mantenga literalmente las notas de calificación se remita el recurso gubernativo a la Dirección General de los Registros y del Notariado.

IV. El Registrador Mercantil de Madrid número 2 acordó mantener en su integridad las notas recurridas, remitiendo el expediente para su resolución a la Dirección General de los Registros y del Notariado, tal como solicita expresamente el recurrente, e informó: 1. Que la escritura de adaptación, en la que se elevaba el capital de 5 a 10 millones de pesetas, fue presentada por primera vez el 3 de mayo de 1994, no inscribiéndose por faltar un aumento de capital previo. Que volvió a presentarse, con fecha 3 de enero de 1996, en unión del aumento de capital previo (escritura de 1989). Que dicha escritura previa no se presentó formalmente hasta el 11 de enero de 1996, con fecha posterior a 31 de diciembre de 1995, según la disposición transitoria 6.2 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas. 2. Que la primera cuestión a examinar es si, conforme a lo expresado en la citada disposición transitoria, es suficiente haber sido objeto de presentación el documento con anterioridad a 31 de diciembre de 1995 o, por el contrario, dicho asiento de presentación ha de estar vigente el día 31 de diciembre. Que se considera que el hecho de que el asiento de presentación de la escritura de adaptación no estuviese vigente el 31 de diciembre de 1995 es suficiente para aplicar lo dispuesto en la disposición transitoria 6.2, y en el supuesto examinado; además, es evidente que uno de los títulos necesarios para que la sociedad tenga 10.000.000 de pesetas de capital fue presentado por primera vez con posterioridad al 31 de diciembre de 1995. 3. Que alega el recurrente que la sociedad no ha quedado ni extinguida ni cancelada, por lo que en el supuesto de revocación de las notas de calificación procedería la inscripción de las escrituras. Que el precepto legal como sancionador debe interpretarse restrictivamente y, en consecuencia, la sociedad simplemente ha quedado disuelta pero no extinguida, sin que

proceda en este recurso examinar la situación jurídica nada clara en que queda la citada sociedad. Que es igualmente cierto que la hoja registral no ha quedado cancelada, sino los asientos, lo que no es lo mismo, por aplicación del mandato legal.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 4 del Código Civil; 228 del Código de Comercio; 144, 162, 261, 265, 272, 274, 277, 278 y 280.a) y disposición transitoria 6.2 de la Ley de Sociedades Anónimas; 121.b) y 123 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada; 55 y 80 del Reglamento del Registro Mercantil, y 108 y 436 del Reglamento Hipotecario.

1. Presentadas en el Registro Mercantil el día 3 de enero de 1996 dos escrituras de ampliación de capital social de determinada sociedad anónima (en la primera se amplía el capital de 300 000 a 5.000.000 de pesetas y en la segunda de 5.000.000 a 10.000.000 de pesetas), el Registrador deniega la inscripción por estimar que con arreglo a la disposición transitoria 6.2 de la Ley de Sociedades Anónimas esa sociedad está disuelta de pleno derecho y han sido cancelados de oficio los asientos registrales respectivos. Se da la circunstancia de que la segunda de las escrituras referidas en la que se amplía el capital de 5.000.000 a 10.000.000 de pesetas había sido ya presentada en el Registro Mercantil el 3 de mayo de 1994, suspendiéndose en aquella ocasión su despacho al no estar inscrito previamente el anterior aumento de capital, de modo que el que constaba registralmente era el originario de 300.000 pesetas.

La cuestión planteada consiste, pues, en dilucidar el concreto alcance del mandato normativo constituido en la disposición transitoria referida, lo que, dado su contenido sancionador, debe estar presidido por un criterio interpretativo estricto (cfr. art. 4 del Código de Comercio).

2. La finalidad de la norma es clara: La desaparición de la sociedad anónima preexistente a la nueva Ley de Sociedades Anónimas que a partir del 31 de diciembre de 1995 no hubiere ampliado su capital por encima del mínimo legal; ahora bien, es obvio que esta desaparición no puede imponerse de forma radical en un momento determinado, con desconocimiento de las múltiples relaciones jurídicas en las que la entidad puede estar interesada. Es por eso que la norma cuestionada no declara la extinción inmediata de la personalidad de las sociedades anónimas afectadas a partir de la fecha señalada, sino exclusivamente su disolución de pleno derecho, expresión ya acuñada por el legislador (*vid.* art. 261 de la Ley de Sociedades Anónimas), que respeta la persistencia de esa personalidad jurídica pero de un modo transitorio, pues excluye la posibilidad de contraer nuevas obligaciones y hacer nuevos contratos (cfr. arts. 267 y 272 de la Ley de Sociedades Anónimas y 228 del Código de Comercio) e impone la apertura del proceso liquidatorio encaminado a la conclusión ordenada de las relaciones jurídicas pendientes.

3. Lo anterior en modo alguno se contradice con la previsión adicional contenida en dicha norma que impone al Registrador la cancelación inmediata y de oficio de los asientos registrales relativos a la sociedad; es cierto que en los supuestos normales se prevé que dicha cancelación seguirá a la conclusión del proceso liquidatorio y aprobación del balance final de la sociedad (cfr. arts. 274 y 278 de la Ley de Sociedades Anónimas), pero ni hay base legal para inferir de tal previsión que la cancelación de asientos implica la extin-

ción de la personalidad jurídica, ni tal extinción puede anticiparse al agotamiento de todas las relaciones jurídicas pendientes de la sociedad [cfr. arts. 274.1, 277.2.1.c), 280.a) de la Ley de Sociedades Anónimas; 121.b) y 123 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, y 228 del Código de Comercio y la propia disposición transitoria 6.2 de la Ley de Sociedades Anónimas]. La cancelación de los asientos registrales de una sociedad (que no es sino una fórmula mecánica registral para consignar una vicisitud de la sociedad, bien que se considera terminada la liquidación, bien la que ahora es impuesta legalmente de la disolución de pleno derecho) puede preceder a la definitiva extinción de la personalidad de la sociedad (tanto en los supuestos normales de disolución si al formularse la solicitud del artículo 278 de la Ley de Sociedades Anónimas no hubieran sido tenidas en cuenta determinadas relaciones jurídicas pendientes de la sociedad, como en el caso de la disposición transitoria comentada), y en consecuencia, tal situación registral no puede ser considerada como obstáculo a la práctica de eventuales asientos posteriores que la subsistencia de la personalidad jurídica implique y que sean compatibles con la transitoriedad y finalidad liquidatoria de esa subsistencia, y todo ello sin prejuzgar ahora si es o no posible acordar la reactivación de la sociedad.

4. Definido el alcance de la disposición transitoria 6.ª de la Ley de Sociedades Anónimas, y concretamente su afecto a declarar la disolución de pleno derecho, se alega por el recurrente que en el caso debatido no es aplicable tal sanción por cuanto una de las escrituras de ampliación había sido ya presentada con anterioridad al 31 de diciembre de 1995. La literalidad del precepto, ciertamente, parece excluir de su ámbito el supuesto cuestionado; sin embargo, la interpretación lógica y sistemática del precepto conduce a su aplicación, sin que por ello pueda entenderse vulnerada la exigencia de interpretación estricta dado su carácter sancionador; por una parte, si el precepto se refiere a la presentación, se debe a que la fecha de los asientos registrales, a todos los efectos legales, es la del asiento de presentación del título respectiva en el libro diario (art. 55 del Reglamento del Registro Mercantil), y a fin de excluir toda duda sobre las ampliaciones presentadas antes del 31 de diciembre de 1995, aunque inscritas después pero durante la vigencia del asiento de presentación; por otra, es doctrina reiterada de este centro que los asientos registrales una vez caducados carecen de todo efecto jurídico, en especial cuando se trata del asiento de presentación que, una vez caducado, se cancela de oficio y la nueva presentación del documento dará lugar a un nuevo asiento, refiriéndose a la fecha de éste su prioridad, así como la fecha del asiento definitivo que en su día se practique (cfr. arts. 80 del Reglamento de Registro Mercantil y 108 y 436 del Reglamento Hipotecario); en fin, porque desde los respectivos otorgamientos (14 de septiembre de 1989 y 25 de marzo de 1994) se estaba incumpliendo la obligación legal de inscripción de los títulos respectivos (cfr. arts. 144 y 162 de la Ley de Sociedades Anónimas).

Esta Dirección General entiende que procede confirmar el acuerdo y nota del Registrador.

Madrid, 5 de marzo de 1996.—El Director general, *Julio Burdiel Hernández*.

Sr. Registrador Mercantil de Madrid número 2.

Se plantea la misma cuestión y los fundamentos jurídicos son idénticos en las siguientes resoluciones posteriores: Resoluciones de 12, 13, 21, 22, 25 y 27

de noviembre; 2, 4, 5, 12 y 13 de diciembre de 1996, y 8, 9, 10 y 13 de enero de 1997. Publicadas en los *Boletines Oficiales del Estado* de 17 y 27 de diciembre de 1996, 21 y 31 de enero y 10 de febrero de 1997.

COMENTARIO

Como es sabido, la Dirección General de los Registros ha dictado diversas resoluciones acerca de la aplicación de la disposición transitoria 6.^a de la Ley de Sociedades Anónimas; todas ellas en el sentido de negar la inscripción de las escrituras de aumento de capital o de transformación en sociedad limitada, presentadas en el Registro Mercantil con posterioridad a la fecha límite de 31 de diciembre de 1995, considerando a tales sociedades como disueltas de pleno derecho.

Tanto la Resolución de 5 de marzo de 1996, primera de todas ellas, como las posteriores, de fechas 29 y 31 de mayo y 5 de junio del corriente año de 1996, sin perjuicio de confirmar la nota denegatoria del Registrador, apuntan alguna posibilidad de reactivar estas sociedades disueltas; muy tímidamente la primera de las citadas, y con mayor amplitud las posteriores.

Es de resaltar que todas estas resoluciones vienen a ser literalmente idénticas en sus fundamentos de Derecho. La de 5 de marzo contiene un fundamento 4.º, relativo a la caducidad de los asientos de presentación, que no se reproduce en las posteriores; en las tres últimas los fundamentos son idénticos.

En algunas de dichas decisiones (5 de marzo y 5 de junio) se trata de inscribir aumentos de capital; en otras (29 y 31 de mayo), las escrituras versan acerca de la transformación en sociedad limitada. Generalmente las escrituras se presentaron alguna vez en el Registro antes del 31 de diciembre de 1995, pero fueron calificadas como defectuosas, caducando los asientos de presentación. En todos los supuestos hay un denominador común: cuando ya se presenta un título válido e inscribible ha vencido ese plazo fatal, de modo que las resoluciones se limitan a la aplicación de la disposición transitoria 6.^a de la Ley denegando la inscripción, sin entrar en las peculiaridades propias de cada caso.

I. SITUACION JURIDICA DE ESTAS SOCIEDADES

1. Naturaleza jurídica de las sociedades afectadas

Son sociedades anónimas, disueltas de pleno derecho y en estado de liquidación.

El hecho de existir escrituras —no inscritas en el Registro Mercantil— relativas a la transformación en otro tipo social o al aumento del capital no altera esa naturaleza jurídica. Excusamos la discusión teórico-doctrinal en torno al carácter constitutivo o no de la inscripción; de todas las resoluciones dictadas hasta la fecha se desprende claramente que las escrituras no inscritas no surten efectos y, por tanto, las sociedades que están inscritas bajo la forma de anónimas continúan teniendo dicha forma y por aquella Ley se rigen, por más que se haya otorgado —pero no inscrito— la escritura de transformación en sociedad limitada.

Tales sociedades han quedado disueltas y están en liquidación por no haber alcanzado a tiempo el capital mínimo legal. Aunque se hayan efectuado los desembolsos del capital y otorgado las escrituras de aumento, la falta de inscripción en momento oportuno determina la ineficacia de la operación y la consiguiente obligación de restituir las aportaciones a los socios —incluso con intereses— por parte de la sociedad (*vid.* el art. 162 de la Ley de Sociedades Anónimas)

2. Carácter de las sanciones impuestas

Para decirlo en pocas palabras: se trata de sociedades afectadas por una sanción que consiste en la disolución de pleno derecho. La causa de esa sanción es un hecho irrevocable: ha llegado el 1 de enero de 1996 sin haber alcanzado el capital mínimo legal que se exige para las sociedades inscritas en el Registro Mercantil bajo la forma de anónima.

Otra sanción colateral consiste en que la responsabilidad por las deudas sociales, que la disposición transitoria 3.^a impuso ya a los administradores, desde la fecha de 30 de junio de 1992, no sólo se mantiene, sino que se amplía a otros gestores sociales (gerentes, directores, liquidadores) por las deudas «*contraídas o que se contraigan en nombre de la sociedad*». Interesa destacar que esta sanción impuesta a los gestores tiene carácter autónomo y es consecuencia del incumplimiento de su obligación de instar oportunamente la disolución y ordenada liquidación de la sociedad, que también se contempla en el artículo 262 5, y es trasunto, a su vez, de la regla general contenida en el artículo 133 y concordantes de la Ley.

Respecto a la naturaleza de las sanciones impuestas, consideramos que tienen carácter irrevocable: en cuanto a la disolución de pleno derecho, basta la simple lectura de la disposición transitoria 6.^a para deducir que la disolución se basa en una causa que no se puede eliminar porque consiste en un hecho fatal: el transcurso de un plazo, cuyo vencimiento determina con carácter automático «...*quedarán disueltas de pleno derecho*...» ese efecto disolutorio.

La reactivación presupone el previo cese de la causa que motivó la disolución; si dicha causa consiste en el transcurso de un plazo, estamos ante un imposible jurídico. Cabría, naturalmente, dotar de efectos retroactivos a los intentos de cumplir la obligación mediante las escrituras no inscritas, pero las cuatro resoluciones dictadas hasta la fecha lo han descartado.

En cuanto a la responsabilidad de los administradores y demás gestores sociales, reiteramos que es trasunto de diversas normas generales recogidas en otros lugares de la Ley y consideramos que se mantiene en todo caso por tratarse de una norma dictada para proteger a los terceros del peligro que supone la infracapitalización de la sociedad, porque cuando contratan con una entidad que ostenta en el tráfico la forma de anónima suponen la posesión de un determinado capital mínimo, y la institución registral existe —ante todo— para proteger esta legítima expectativa y no para dar cobijo a quienes operan sin tener bienes para responder de sus deudas.

Cabe plantearse el cese de esta responsabilidad especial a partir de la inscripción del capital mínimo legal o del cambio de forma o tipo, pero no creemos susceptible de discusión su irretroactividad. No es exactamente una cuestión de índole registral, pero no está de más advertirlo: la inscripción de esta hipotética reactivación no purga responsabilidades anteriores.

II. LA CONTINUIDAD DE LA SOCIEDAD

1. El problema de la reactivación

1. *Alcance de la doctrina formulada por la Dirección General*—Todas las resoluciones dictadas hasta ahora contienen un párrafo final insinuando la posibilidad de que las sociedades disueltas de pleno derecho, por aplicación de la disposición transitoria 6.ª de la Ley de Sociedades Anónimas, puedan ser reactivadas. Las tres últimas coinciden literalmente, diciendo: «... *todo ello sin prejuzgar ahora si, como parece deducirse de la interpretación conjunta de los artículos 261 de la Ley de Sociedades Anónimas (que prevé otro supuesto de disolución de pleno derecho) y 251 del mismo texto legal, así como de la inexistencia en esta Ley de un precepto similar al artículo 106.2 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, es posible acordar la reactivación de la sociedad anónima disuelta por aplicación de la disposición transitoria 6.ª de la Ley de Sociedades Anónimas, máxime si es por acuerdo unánime de todos los socios...*»

Lo primero que debemos manifestar es que este párrafo con que se vienen rematando dichas resoluciones no llega siquiera al rango de *obiter dicta*; hasta ahora ninguna está juzgando un caso de reactivación de sociedades disueltas por aplicación de la disposición transitoria 6.ª y, por tanto, no existe propiamente jurisprudencia sobre la materia. No obstante, y ante la amplia difusión que viene alcanzando la tesis de la reactivación, no podemos por menos de aventurar nuestra opinión, discrepando, respetuosa pero firmemente, de que ésta sea la solución adecuada para las sociedades que, por desconocimiento o desidia, no han regularizado a tiempo su situación, tanto por razones de forma como de fondo.

Discrepamos en cuanto a la forma porque, ante todo, para plantear con el deseable rigor la reactivación de las sociedades disueltas por aplicación de la disposición transitoria 6.ª se precisa contemplar los diversos supuestos que efectivamente traten de esa cuestión. Cuando se sustancien recursos acerca de un título presentado a inscripción que contenga acuerdos en tal sentido, será el momento de decidir acerca de las numerosas dudas que suscita esa posibilidad, que —no lo olvidemos— carece de toda regulación legal en sede sociedad anónima.

Aunque sea, por tanto, completamente prematuro pronunciarse, creemos poder anticipar que la solución de reactivar las sociedades no podrá aplicarse indiscriminadamente a todas las afectadas por dicha norma, debiendo estudiarse individualmente cada supuesto, determinando en qué circunstancias y bajo qué condiciones se puede reactivar aquella sociedad en particular: si hay acuerdo unánime de todos los socios, y, sobre todo, la forma de proceder si existen acreedores. Problemas son todos ellos que exigen un tratamiento diferenciado en cada caso.

Desde el punto de vista jurídico-formal, las resoluciones de la Dirección General en materia de recursos gubernativos no pueden legislar: resuelven el caso concreto y a dicho supuesto se ciñe la doctrina que contienen. Son muy numerosas las veces que el Centro Directivo llama al orden a quienes intervienen en los recursos, recordándoles que éstos se limitan a las cuestiones directamente relacionadas con el contenido de la nota de calificación (arts. 59.1 y 68 del Reglamento del Registro Mercantil). Esto no es un capricho del legislador reglamentario ni un exceso de formalismo, sino una manifestación

del llamado «principio de contradicción», considerado como esencial en cualquier Derecho ordenador de los procedimientos, sean jurisdiccionales, contenciosos o de otro tipo.

Esto no quiere decir, naturalmente, que la Dirección General de los Registros carezca de potestad legislativa, que la tiene, pudiendo hacer uso de ella dictando circulares, instrucciones, etc., que quizá sean un medio más idóneo de afrontar los problemas que aquí nos ocupan. Si se dictan normas generales en este sentido, los Registradores deberemos aplicarlas, correspondiendo a los Tribunales la tarea de pronunciarse acerca de la validez intrínseca de la operación realizada y, en su caso, depurar las responsabilidades en que hayan podido incurrir los gestores de las sociedades reactivadas.

En conclusión, se nos antoja un tanto arbitrario el deseo de extraer de esta frase que remata las últimas resoluciones sobre sociedades disueltas una solución, la reactivación generalizable sin más para todos los casos que van a presentarse, o querer fundamentar la posibilidad de reactivar dichas sociedades en los argumentos meramente apuntados en aquéllas, a pesar de los términos categóricos de las disposiciones transitorias 3.ª, 4.ª y 6.ª. Supuesto que fuera posible reactivar estas sociedades, se precisaría la promulgación de una norma general que, contemplando los diversos casos, ordenase o autorizase a proceder en tal sentido.

2. *Posibilidad legal de la reactivación.*—En cuanto al fondo de la doctrina expuesta, nos parece muy débil el argumento insinuado en el sentido de que, como en la Ley de Sociedades Anónimas no hay norma equivalente al artículo 106 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, que expresamente prohíbe reactivar las sociedades disueltas de pleno derecho, hay que entender que el legislador de las anónimas permite dicha reactivación. Las tantas veces citadas disposiciones transitorias de la Ley de Sociedades Anónimas determinan claramente lo contrario cuando se trata de sociedades disueltas por no haber aumentado su capital hasta el mínimo legal, porque no se limitan a establecer su disolución, sino que además ordenan cancelarlas de oficio; no lo olvidemos.

Por otra parte, querer generalizar por vía de interpretación *a contrario* la falta de una norma que prohíba reactivar las sociedades disueltas de pleno derecho, llegando a extraer la conclusión de que está permitida, no es aceptable: ni en la Ley de Sociedades Anónimas ni en el Reglamento del Registro Mercantil aparece ninguna referencia a la reactivación de las sociedades disueltas. La palabra reactivación (u otro término de raíz similar) no figura ni una sola vez en todo el articulado de dichos cuerpos legales.

Ciertamente, la Ley de Sociedades Anónimas no contiene ninguna norma que genéricamente prohíba la reactivación, y en principio (1) nada se opondría a ella; pero esto no significa que sea posible aplicarla de manera indiscriminada. Creemos que de las disposiciones transitorias citadas resulta con toda claridad el propósito del legislador de excluirla en casos como los que aquí nos ocupan.

(1) La reciente **Resolución de 8 de noviembre de 1995** se mostró contraria a la posibilidad de reactivar una sociedad anónima disuelta de pleno derecho por haber transcurrido el plazo de duración previsto por los socios fundadores. No olvidemos que en los casos que nos ocupan la disolución de pleno derecho es una sanción impuesta expresamente por incumplimiento de una norma legal imperativa.

A mayor abundamiento, la reactivación supone el previo cese de la causa de disolución, y lo que dice la tantas veces citada disposición transitoria 6.^a es que: «*las sociedades que a la fecha de 31 de diciembre de 1995 no hubieran presentado en el Registro Mercantil la escritura o escrituras en las que consten el acuerdo de aumentar el capital social hasta el mínimo legal... quedarán disueltas de pleno derecho, cancelando inmediatamente de oficio el Registrador los asientos correspondientes.*», de modo que, a menos que pensemos en la posibilidad de retroceder en el tiempo, no se alcanza a ver por ninguna parte cómo puede cesar la causa de disolución.

El presupuesto de hecho de la sanción contemplada en la norma consiste en el transcurso de un plazo —que finaliza el 31-12-1995— sin haberse asentado en el Libro Diario un título que recogiera el acuerdo de aumento de capital hasta el mínimo legal; o, en su caso, la transformación en otro tipo social que admita una cifra menor. Llegado dicho término sin presentarse tal documento, o caducado el asiento de presentación correspondiente sin haberse subsanado los defectos, la causa de disolución se convierte en irrevocable. Todas las resoluciones dictadas sobre la materia lo afirman categóricamente: «*La finalidad de la norma (DT 6.^a) es clara: la desaparición de la sociedad anónima preexistente a la nueva Ley de Sociedades Anónimas que a partir del 31 de diciembre de 1995 no hubiere ampliado su capital por encima del mínimo legal.*»

Una cosa es que la Dirección General, en una interpretación correctora digna de todo elogio, haya sabido encajar el cumplimiento de la sanción impuesta a estas sociedades: la disolución de pleno derecho con la necesidad de liquidarlas de manera ordenada, señalando que la cancelación de asientos no siempre implica la extinción de la personalidad jurídica, dejando subsistente ésta y abierto el Registro para dichos fines, permitiendo otorgar e inscribir las operaciones estrictamente encaminadas a la liquidación de las mismas; y otra muy distinta es forzar la interpretación hasta el punto de llegar a unas conclusiones abiertamente contradictorias con la finalidad explícita de la norma objeto de interpretación.

3. *A modo de conclusión.*—A nuestro juicio, una norma plenamente abrogatoria de los efectos de la tantas veces citada disposición transitoria 6.^a precisaría tener rango de Ley; por vía reglamentaria o de promulgación de normas de inferior rango jerárquico parece dudoso que pueda brindarse una solución general al problema.

El legislador, por su parte, ha expresado de forma constante su voluntad de extinguir las sociedades anónimas que no hayan alcanzado el capital mínimo: primeramente con la Ley 19/1989, de 25 de julio, y con el Texto Refundido de 22 de diciembre de 1990 (Real Decreto Legislativo 1564/1989) después, y, finalmente, con la Ley 2/1995, de 23 de marzo, reguladora de las Sociedades de Responsabilidad Limitada. Como es sabido, esta última introdujo diversos cambios en la citada disposición transitoria tantas veces citada en el sentido de excluir de sus efectos a dichas sociedades limitadas, pero en lo que a las anónimas se refiere la norma que decreta la disolución de pleno derecho se ha mantenido invariada.

Una matización final: el cuarto fundamento de Derecho de la primera de las resoluciones dictadas sobre la materia resuelve en sentido negativo la retroacción de efectos atribuible hipotéticamente a la presentación de las escrituras de aumento o transformación, de modo que aunque existían tales acuerdos —documentados en escritura pública presentada en fecha anterior

al 31 de diciembre de 1995— no se admite su inscripción si se presentan después de tal fecha.

No puede considerarse significativo que las resoluciones posteriores —idénticas en todo lo demás— no reproduzcan también este fundamento (2), pues aparte de que existen diferencias en los hechos y alegaciones de los correspondientes recursos que justifican esa falta de mimetismo, es completamente innecesario reproducir una doctrina que, emanando directamente del principio de prioridad y apareciendo expresamente consagrada en los artículos 80 del Reglamento del Registro Mercantil y 108 y 436 del Reglamento Hipotecario, ha sido objeto de constantes referencias en numerosas resoluciones. El silencio que guardan las últimas decisiones del Centro Directivo en torno a los efectos de la presentación, con anterioridad al 31 de diciembre de 1995, de escrituras de aumento o transformación no creemos que augure cambios en esta doctrina. Por otra parte, el texto de la norma legal: «*Si antes del 31 de diciembre de 1995 las sociedades anónimas no hubieran presentado en el Registro Mercantil...*» excluye la atribución de efectos retroactivos a la escritura, situando el centro de gravedad en la presentación en el Registro.

4. *Responsabilidad de los gestores de estas sociedades.*—No debe olvidarse que, debido al juego de las disposiciones transitorias 3.^a y 6.^a, en relación con los artículos 133, 262 y concordantes, los administradores y liquidadores de las sociedades que nos ocupan responden de manera personal, ilimitada y solidaria de las deudas sociales, y ello —según la disposición transitoria 3.^a— desde el 30 de junio de 1992, limitándose la disposición transitoria 6.^a a reforzar dicha sanción, diciendo que: «*.. subsistirá la responsabilidad personal y solidaria de administradores, gerentes, directores generales y liquidadores por las deudas contraídas o que se contraigan en nombre de la sociedad...*», extendiendo por tanto dicha responsabilidad también a los gerentes y directores generales por las deudas que «*se contraigan*» en nom-

(2) Dicho fundamento cuarto, de la **Resolución de 5 de marzo de 1996**, dice literalmente: «... Definido el alcance de la disposición transitoria 6.^a de la Ley de Sociedades Anónimas y concretado su efecto a declarar la disolución de pleno derecho, se alega por el recurrente que en el caso debatido no es aplicable tal sanción por cuanto una de las escrituras de ampliación había sido ya presentada con anterioridad al 31 de diciembre de 1995. La literalidad del precepto, ciertamente, parece excluir de su ámbito el supuesto cuestionado; sin embargo, la interpretación lógica y sistemática del precepto conduce a su aplicación, sin que por ello pueda entenderse vulnerada la exigencia de interpretación estricta dado su carácter sancionador; por una parte, si el precepto se refiere a la presentación se debe a que la fecha de los asientos registrales a todos los efectos legales es la del asiento de presentación del título respectivo en el Libro Diario (art. 55 del Reglamento de Registro Mercantil), y a fin de excluir toda duda sobre las ampliaciones presentadas antes del 31 de diciembre de 1995, aunque inscritas después pero durante la vigencia del asiento de presentación; por otra, es doctrina reiterada de este Centro que los asientos registrales una vez caducados carecen de todo efecto jurídico, en especial cuando se trata del asiento de presentación, que una vez caducado se cancela de oficio y la nueva presentación del documento dará lugar a un nuevo asiento, refiriéndose a la fecha de éste su prioridad, así como la fecha del asiento definitivo que en su día se practique (cfr. arts. 80 del Reglamento de Registro Mercantil y 108 y 436 del Reglamento Hipotecario), en fin, porque desde los respectivos otorgamientos (14 de septiembre de 1989 y 25 de marzo de 1994) se estaba incumpliendo la obligación legal de inscripción de los títulos respectivos (cfr. arts. 144 y 162 de la Ley de Sociedades Anónimas).

bre de la sociedad en caso de que ésta siguiera operando pese a estar disuelta de pleno derecho.

Téngase en cuenta, finalmente, que el hecho de inscribir una dudosa y discutible reactivación puede causar serias perturbaciones de la seguridad jurídica y lesionar gravemente la institución registral, porque los acreedores de la sociedad pueden simplemente desconocerla, exigiendo el pago de las deudas sociales a los gestores. Si a esto añadimos la situación de infracapitalización en que viven muchas pequeñas sociedades y la frecuente circunstancia de coincidir las personas de los socios con los gestores de las mismas, veremos que inscribir una reactivación puede causarles graves e inesperados perjuicios, de modo que quien acude al Registro para gozar del beneficio de la limitación de responsabilidad puede encontrarse con que obtiene todo lo contrario. En este tema son los Tribunales de Justicia los únicos que tienen la palabra.

2. La fusión de las sociedades disueltas

1. *Planteamiento general.*—Nos sugiere esta posibilidad el otro argumento planteado por las resoluciones comentadas, que propugna una interpretación conjunta de los artículos 251 y 261 de la Ley de Sociedades Anónimas. El primero de ellos permite que las sociedades en liquidación participen en procesos de fusión, mientras que el segundo no excluye esta posibilidad para las «disueltas de pleno derecho».

A nuestro juicio, la fusión sería la solución más ortodoxa y aconsejable para las entidades que no han regularizado a tiempo su situación, permitiendo conservar la empresa explotada por dicha sociedad con la deseable seguridad jurídica, y ello por varios argumentos:

1.º No hay nada en las normas contempladas hasta ahora que se oponga a las diversas formas y modalidades posibles de fusión de estas sociedades, bien sea propia, por absorción o por cesión global (3) de activo y pasivo.

2.º Existe un precedente jurisprudencial: la citada Resolución de 8 de noviembre de 1995, que admitió la fusión de una sociedad disuelta de pleno derecho (por haber vencido el plazo de duración por el que se constituyó) reconociendo derecho de separación a los socios disidentes del acuerdo social.

3.º La sociedad no adaptada se extingue; cesan los problemas que plantea su situación irregular.

4.º Quedan perfectamente fijados los problemas de responsabilidad por las deudas sociales, ya que:

- a) Los acreedores tienen el plazo de un mes para oponerse a la fusión o a la cesión global de activo y pasivo; transcurrido éste, o pagados o afianzados sus créditos, se tienen por conformes con el cambio de

(3) Según las **Resoluciones de 22 de junio de 1988 y 21 de noviembre de 1989**, cabe la cesión global de activo y pasivo, debiendo observarse en la misma los mismos requisitos de publicidad y garantías de cara a terceros y acreedores, que son propios de la fusión. Este supuesto, que aparece mencionado, pero no regulado en la Ley de Sociedades Anónimas (art. 266), queda reconducido en la práctica a una modalidad simplificada de la fusión.

deudor: las deudas que tuviera la sociedad disuelta de pleno derecho se imputan a la nueva sociedad resultante de la fusión o a la absorbente.

- b) En cuanto a la responsabilidad de los gestores de la sociedad disuelta por las deudas de ésta anteriores a la fusión, a nuestro juicio subsiste (en cualquier caso lo resolverán los Tribunales), pero lo que parece estar claro es que extinguida debidamente aquella sociedad no habrá responsabilidad personal por deudas posteriores a dicha fusión, extremo que no resulta nada claro en caso de intentar la reactivación pura y simple.

5.º Inscrita la fusión, la empresa podrá operar con toda seguridad en el tráfico: es una sociedad nueva que sucede a la anterior en las deudas que tuviera, sin duda, pero con limitación de responsabilidad y en una situación jurídica perfectamente regular.

Creemos, para concluir, que es posible reconducir la interpretación de las resoluciones objeto del presente comentario en el sentido apuntado de reactivar la empresa por vía de fusión de la sociedad disuelta de pleno derecho mejor que reactivar directamente la sociedad en sí misma.

2. *Formas de poner en práctica la fusión.*—Dicha fusión puede llevarse a cabo de varias maneras; la más práctica parece ser por vía de absorción de la sociedad disuelta de pleno derecho, ya sea por otra preexistente, ya por parte de otra creada al efecto. También cabe la posibilidad de ceder globalmente el activo y pasivo de la sociedad disuelta a una de nueva creación, como luego veremos.

También es posible la conservación del nombre de la antigua sociedad, puesto que la nueva o la absorbente pueden suceder a aquélla en el uso de la denominación social que viniera ostentando (*vid.* art. 383 del Reglamento del Registro Mercantil).

Finalmente, si no hay acuerdo unánime de los socios, cabría, según la Resolución de 8 de noviembre de 1995 antes citada, reconocer el derecho de separación a los disidentes satisfaciéndoles su cuota de liquidación y realizar la fusión con el acuerdo de los restantes.

El único inconveniente que presenta la solución propugnada es el del coste de la operación: los anuncios a publicar en el *BORME* y en los diarios, y, sobre todo, el preceptivo informe del experto independiente acerca del patrimonio de la sociedad absorbida, equilibrio en la relación de canje, etc. (cfr. art. 236 de la Ley de Sociedades Anónimas). El coste de los anuncios lo consideramos inevitable; en cuanto al informe del experto independiente, creemos que es posible prescindir de él, al menos en ciertos casos.

En cuanto a los impuestos que gravan estas operaciones, se trata de un aspecto del problema que cae fuera de nuestro estudio, pero como es sabido las fusiones, cesiones globales de activo y pasivo, etc., gozan hoy de un tratamiento fiscal bastante favorable, de modo que el gravamen tributario no constituiría un inconveniente de consideración en contra de las soluciones que vamos a proponer.

Cuando exista acuerdo unánime por parte de los socios de la sociedad disuelta podría prescindirse del informe puesto que su única finalidad es servir de garantía a los mismos. En efecto, téngase en cuenta que la vigente Ley de Sociedades Anónimas no concede derecho de separación a los socios

disidentes de los acuerdos de fusión, considerando que resulta suficientemente garantizado su derecho por medio de esa valoración independiente del patrimonio social; habiendo unanimidad, dicho informe no satisface ninguna finalidad de garantía, resultando completamente superfluo.

En cuanto a los acreedores, su posición se asegura por su derecho de oponerse a la fusión; derecho que cesa tan pronto como se les pagan o afianzan sus créditos, de modo que la garantía del acreedor está en esa autotutela de su crédito que le permite paralizar la operación y no va ligada a la existencia del informe de experto, como lo demuestra el hecho de que el artículo 250 de la Ley permita prescindir de dicho informe cuando se trata de fusión de sociedades íntegramente participadas las unas por las otras.

3. *Supuestos concretos de fusión.*—De lo expuesto se deriva la posibilidad, en aquellos casos en que exista acuerdo unánime de los socios, de realizar la fusión con el mínimo coste, que sería el correspondiente al de los anuncios en el *BORME* y en los diarios.

Existiendo, por tanto, unanimidad de los socios, podría encontrarse al menos una forma de prescindir del informe de experto independiente: transmitir todas las acciones de la sociedad disuelta de pleno derecho a otra sociedad (ya sea una entidad preexistente o de nueva creación) y, acto seguido, proceder a su absorción conforme al artículo 250 de la Ley de Sociedades Anónimas, que permite prescindir de dicho informe cuando se trata de absorber una sociedad íntegramente participada por la absorbente. En este caso, es indiferente que dicha absorbente tenga forma de anónima o limitada.

Si consideramos que el hecho de la unanimidad es suficiente para dispensar la necesidad del informe de experto, podría prescindirse del mismo sin necesidad de acudir al subterfugio de la transmisión de acciones. En efecto, si la sociedad absorbente es una sociedad limitada, por aplicación conjunta de lo dispuesto en los artículos 20, 21 y 94 de su Ley reguladora, en relación con el citado artículo 250 de la Ley de Sociedades Anónimas, podría llegarse a una aplicación analógica de este último precepto, especialmente si los socios de dicha sociedad limitada son los mismos que lo fueron de la anónima y participan en dicha limitada con la misma proporción que tenían en aquélla.

El supuesto anterior es discutible, no ignoramos que la identidad de socios no se puede equiparar sin más al caso de la sociedad íntegramente participada, pero —en casos como el que nos ocupa— puede sostenerse la existencia de cierta identidad de razón.

Finalmente, existe otra posibilidad de obtener la continuidad de la sociedad disuelta de pleno derecho sin necesidad de acudir a una forzada analogía de preceptos legales: la cesión global de activo y pasivo bajo determinadas condiciones.

4. *La cesión global de activo y pasivo a una nueva sociedad.*—Se trataría de un negocio jurídico complejo, consistente en la aportación global del activo y pasivo de la sociedad disuelta a una sociedad limitada de nueva creación, fundada en ese mismo acto por los propios socios de la disuelta. Dado que las citadas Resoluciones de 22 de junio de 1988 y 21 de noviembre de 1989 vinieron prácticamente a equiparar la cesión global de activo y pasivo con la fusión, al exigir los mismos requisitos de publicidad propios de ésta, se posibilita llegar a una solución equivalente a la reactivación, pero sin los inconvenientes de la misma.

Por requisitos de publicidad entendemos los anuncios que deben publicarse para que los acreedores ejerciten su derecho de oposición; no consideramos preciso, en este caso, el depósito del proyecto de fusión, puesto que no hay tal fusión propiamente, sino otro supuesto de sucesión universal a la que se aplican algunos —pero no todos— de los requisitos de aquélla.

La dispensa del informe, en este caso concreto, se basa en que la cesión global de activo y pasivo, al no ser propiamente una fusión, sino una forma más de liquidación de la sociedad disuelta, no exige intervención de experto en este concepto. El informe pericial sí que sería exigible de cara a la aportación de ese patrimonio a la sociedad que lo adquiere cuando ésta sea anónima (art. 8 de su Ley reguladora), pero no cuando dicha adquirente sea una sociedad limitada, puesto que el artículo 21 de su Ley reguladora no lo exige.

Por consiguiente, para poder llevar a efecto esta modalidad de la —llamémosla así— reactivación con el mínimo coste operativo se necesitaría la concurrencia de los siguientes requisitos:

1. Que se efectúe ese negocio complejo de liquidación y fundación a que antes aludíamos aportando globalmente el activo y pasivo de la extinguida a una nueva sociedad limitada creada al efecto por los mismos socios, los cuales deberán comparecer ante el Notario y quedarán identificados como fundadores de la misma.

2. Que la proporción en que participen los socios en la nueva sociedad se mantenga exactamente igual a la que ostentaban en la antigua, lo que deberán manifestar igualmente ante el Notario autorizante en el acto de la suscripción de las participaciones.

3. Que la nueva sociedad creada sea de responsabilidad limitada, puesto que en las anónimas las aportaciones *in natura* también requieren informe, como es sabido (cfr. arts 38 y 21 de las respectivas leyes reguladoras)

4. Que respecto de dicha aportación *in natura* se cumpla lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada en cuanto a la descripción de las aportaciones, lo que exigiría confeccionar un inventario y balance lo más detallados que sea posible.

5. Que en dicha escritura se haga constar la publicación de los correspondientes anuncios de fusión, manifestando que ha transcurrido el plazo del mes sin oposición de los acreedores o, en su caso, que éstos han sido satisfechos, y demás extremos exigidos por el artículo 194 del Reglamento del Registro Mercantil.

En el número 72 del *Boletín del Centro de Estudios Hipotecarios de Cataluña*, enero-febrero 1997, el mismo autor publica el siguiente comentario a las Resoluciones de 12, 13, 21, 22, 25 y 27 de noviembre; 2, 4, 5, 12 y 13 de diciembre de 1996, y 8, 9, 10 y 13 de enero de 1997.

I. INTRODUCCION: PROBLEMAS DIFERENTES DE LA CANCELACION

Al igual que hemos hecho en anteriores ocasiones, hemos agrupado en un mismo comentario todas las resoluciones que ahora publicamos en torno a la interpretación y aplicación de la disposición transitoria 6.ª, número 2, de la Ley de Sociedades Anónimas, a tenor de la cual quedan disueltas de

pleno derecho aquellas sociedades con forma de anónima que, a la fecha límite del 31 de diciembre de 1995, no tuviesen inscrito el capital mínimo legal de diez millones de pesetas. Los primeros fundamentos de Derecho de todas ellas son literalmente idénticos. En algunas hay un último fundamento —siempre idéntico también— que niega efectos registrales a las escrituras de aumento de capital, transformación o adaptación de estatutos, que, aunque hubieran sido otorgadas con anterioridad a dicha fecha límite de 31 de diciembre de 1995, fueron presentadas para su inscripción después de aquel plazo perentorio.

Solamente cabría destacar en dos de aquellas Resoluciones, la de 22 de noviembre y la de 2 de diciembre, respectivamente, ciertas peculiaridades acerca de la legitimación del apoderado o representante voluntario para interponer recursos gubernativos, y de las facultades que deben contener los correspondientes poderes.

RECURSO GUBERNATIVO. LEGITIMACION. CONTENIDO DEL PODER PARA INTERPONERLO. (RESOLUCIÓN DE 22 DE NOVIEMBRE DE 1996.)

No es preciso que los poderes del recurrente contemplen con carácter expreso o especial la facultad de interponer «recursos gubernativos contra la calificación registral». Se considera bastante un poder que incluya facultades generales como las siguientes. «... *intervenir en toda clase de actos y negocios jurídicos procesales o prejudiciales ante autoridades y funcionarios de cualquier ramo, grado y jurisdicción, comprendida la gubernativa.* »

RECURSO GUBERNATIVO. REPRESENTACION. MOMENTO DE ACREDITARLA (RESOLUCIÓN DE 2 DE DICIEMBRE DE 1996.)

Si el Registrador no ha limitado su acuerdo al rechazo del recurso por carecer de legitimación el recurrente o por no haber acreditado éste la representación con que actúa, dicha falta puede ser subsanada durante la tramitación de la alzada ante la Dirección General, aportando, junto con el escrito de interposición de ésta, la correspondiente escritura de poder

1. Contenido de los poderes para interponer recursos gubernativos

La cuestión se ha reducido a la interpretación de las facultades contenidas en un poder de los llamados «generales para pleitos», en virtud del cual actúa, en nombre de la sociedad interesada en la inscripción, la persona física que materialmente interpone el recurso. El Centro Directivo ha considerado que para la admisibilidad del mismo no es preciso que exista un poder concedido con carácter expreso o especial para interponerlo, y que basta la facultad «*de intervenir en toda clase de actos y negocios jurídicos procesales o prejudiciales (...) ante (...) autoridades y funcionarios de cualquier ramo, grado y jurisdicción (comprendida la gubernativa)*».

Por su parte, el Registrador estimó que los recursos gubernativos contra la calificación registral no están comprendidos dentro de la esfera propia de este

tipo de poderes por la diferente naturaleza que presentan los procedimientos contencioso y registral respectivamente, de modo que dicho apoderamiento debería contemplar expresamente este último tipo de procedimientos.

El problema que parece plantear el Registrador no se reducía meramente a una interpretación de las facultades contenidas en el poder, sino que parecía apuntar al reconocimiento de la naturaleza especial y autónoma del procedimiento registral. La cuestión no es baladí, puesto que el originariamente llamado «poder general para pleitos» vendría a ser un equivalente del mandato concebido «en términos generales» a que se refiere el Código Civil en el artículo 1.713. Por tanto, para interponer determinado tipo de recursos ante ciertas autoridades u organismos en particular se necesitaría un mandato [poder] expreso y especial.

De acuerdo con este punto de vista, el poder sí que habría de contemplar de modo expreso la facultad de interponer el recurso gubernativo contra la calificación registral.

Es cierto que un poder «general para pleitos» —originariamente o en principio— no atribuye al apoderado más que una representación procesal de tipo genérico cuya amplitud quedaría definida por la práctica forense y por las respectivas leyes procesales, pero esto no es así en la práctica, en primer lugar, porque (salvo en los procedimientos criminales) no se practica una interpretación tan estricta de la representación, siendo infrecuente la exigencia de que las partes ratifiquen personalmente actuaciones o escritos del Abogado o Procurador; en segundo lugar, porque la amplitud, esta vez en el sentido del casuismo detallado y exhaustivo con que se enumeran las facultades de toda clase que se otorgan en este tipo de poderes, los aleja claramente de la esfera de lo general, aunque así se sigan llamando, más por costumbre que consideración a su verdadero contenido.

Actualmente, la tendencia en estos apoderamientos es conceder las máximas facultades posibles, de modo que lo verdaderamente difícil es encontrar algún acto, negocio, recurso o procedimiento que no aparezca comprendido —más o menos expresamente— en los mismos. Además, una cosa es propugnar la interpretación estricta de las facultades de administración o de riguroso dominio que se confieran al Apoderado (Arg. Ex. arts. 1.712 y 1.713 del Código Civil), y otra muy distinta es aplicar el mismo criterio restrictivo a la hora de determinar qué tipo de recursos puede interponer el representante. Como quiera que en este último aspecto raramente se derivará perjuicio para el representado, al menos en la esfera de los recursos gubernativos, a cuya tramitación se puede renunciar en todo momento, no hay fundamento para aplicar criterios tan estrictos. De hecho, el Registrador se limitó a apuntar la cuestión en su resolución, pero no decretó la inadmisión del recurso.

En conclusión, el Registrador estaba asistido de muy buenas razones cuando defendía la tesis de que un poder de los llamados «*generales para pleitos*» no legitima —*per se*— para la interposición de recursos gubernativos contra la calificación. Otra cosa es que la interpretación del amplísimo contenido que tales mandatos suelen tener en la práctica conduzca a su admisibilidad, pero precisamente por todo lo contrario: porque lejos de limitarse a lo que estrictamente sugiere su nombre, la esfera de la jurisdicción contenciosa propiamente dicha, abarca muchas otras materias y actuaciones, entre las que puede considerarse comprendida —con cierta amplitud de criterio— la impugnación de las calificaciones registrales.

2. Legitimación para recurrir. Forma y momento de acreditar la representación

Según los hechos de la resolución cuyo comentario nos ocupa, resulta que en el momento de interponer el recurso de reforma ante el Registrador la persona que lo suscribe no acreditó tener legitimación suficiente, aunque sí lo hizo cuando interpuso el recurso de alzada ante la Dirección General, acompañando con su escrito un poder para pleitos otorgado a su favor (pero con fecha posterior a la presentación del escrito de reforma) por la sociedad mercantil que adopta los acuerdos cuya inscripción se discute.

Ante estas circunstancias, se afirma que la primera cuestión a resolver en el recurso es si el recurrente ostenta o no legitimación suficiente. Para ser más precisos, diremos que primeramente debe examinarse si esa persona ostenta legitimación en nombre propio y, resuelta negativamente esta pregunta, deberá atenderse a la representación (que es cuestión distinta de la legitimación) que pueda ostentar o no dicho recurrente con relación al verdadero titular de la legitimación.

El Registrador, por su parte, no se había limitado a rechazar el recurso por esa falta de legitimación (como pudo hacerlo según el art. 70 del Reglamento del Registro Mercantil), aunque ya hemos apuntado que sería más propio calificar la falta en este caso no como de legitimación, sino como de acreditación en debida forma de que se ostenta la representación voluntaria del verdadero legitimado para recurrir: la sociedad cuyos acuerdos se desean inscribir.

Como quiera que el Registrador entra en el fondo del recurso y la falta de representación del recurrente se considera subsanada *a posteriori* (mediante un poder otorgado después de recurrir la decisión del Registrador y que se acompaña con el recurso de alzada), el Centro Directivo también resuelve sobre el fondo del asunto —por evidentes razones de economía procesal y sin formular disquisiciones en torno al problema— a pesar de la irregularidad en que inicialmente se incurrió por parte del recurrente.

En realidad, en la resolución cuyo comentario nos ocupa se han mezclado dos cuestiones conceptualmente distintas e incluso independientes: a quién corresponde la legitimación para interponer el recurso gubernativo y la forma de acreditar que se ostenta la representación del legitimado propiamente dicho cuando quien actúa el procedimiento no es la misma persona. Es frecuente que se entrecrucen ambos aspectos del problema porque quienes promueven los recursos en concepto de gestor, letrado-asesor, etc., aducen que, por serlo, ya ostentan un interés legítimo en obtener la inscripción, y que —en todo caso— el hecho de ser los presentantes de los documentos les atribuye la representación del legitimado directamente en el procedimiento registral, que sería la sociedad cuyos acuerdos se tratan de inscribir en el Registro Mercantil.

A) Legitimación y representación

Cotejando el caso concreto resuelto en la presente con los precedentes sentados en otras resoluciones anteriores, podemos formular diversas conclusiones en torno a la legitimación para recurrir y a la forma de acreditar la representación del legitimado:

1. El que actúa meramente como presentante del documento no está legitimado en concepto de tal, y sólo por esta cualidad, para la interposición

del recurso gubernativo aunque alegue ser el gestor, letrado-asesor, etc., encargado por los interesados de tramitar la inscripción del mismo.

2. Para ostentar la cualidad de presentante y la pseudo-representación que de ella se deriva ante la Oficina Registral no se precisa más que la tenencia del documento en el momento de asentarlo en el libro diario. Para interponer el recurso gubernativo debe acreditarse en debida forma (art. 67 del Reglamento del Registro Mercantil) (1) que se ostenta la representación del interesado en la inscripción, que es el legitimado propiamente dicho.

3. Por interesado, a estos efectos, puede entenderse a la propia entidad mercantil a cuyos actos se pretende inscribir, o al tercero que tenga «interés conocido» en asegurar los efectos de ésta (el art. 67 citado contempla esta doble legitimación: directa o indirecta), pero esta locución no se refiere al interés que pueda tenerse en ello como profesional que presta unos servicios de gestor, asesor, etc., sino que va referida a quien ostenta en nombre propio un verdadero interés «jurídico-sustantivo» en la extensión del asiento (Resolución de 31 de enero de 1996) (2).

B) *Legitimación del presentante del documento*

En principio, el presentante del documento no es propiamente un representante; no es más que la persona que comparece en la oficina del Registro como poseedor material del título y lo entrega para que se extienda el correspondiente asiento de presentación en el libro diario; a partir de ese momento pasa a convertirse en presentante y, de acuerdo con el juego conjunto de la legislación hipotecaria y de la referente al Registro Mercantil (art. 80 del Reglamento del Registro Mercantil), se atribuyen al mismo facultades que le autorizan para realizar ciertos actos en nombre y por cuenta de los interesados en la inscripción, pero esa representación está limitada solamente a algunos trámites del procedimiento registral y no puede ir más lejos del hecho —puramente material: la posesión del título— del que se deriva, debiendo evitarse toda confusión entre esa representación limitada que la normativa hipotecaria atribuye —o más propiamente presume— en el llamado presentante y la representación propiamente dicha, que es necesaria para actuar en nombre de las personas legitimadas para interponer el recurso gubernativo.

Esta figura del presentante procede de la legislación hipotecaria, que establece una presunción de representación en el poseedor del documento, presunción que se apoya en elementos como son esa posesión material del título por una persona y la identificación de dicho tenedor en el asiento de presentación.

(1) **Artículo 67. Legitimación.**—El recurso gubernativo podrá ser interpuesto:

a) Por la persona a cuyo favor se hubiera de practicar la inscripción, por quien tenga interés en asegurar los efectos de ésta y por quien ostente notoriamente o acredite en forma auténtica la representación legal o voluntaria de unos u otros para tal objeto.

b) Por el Ministerio Fiscal cuando se trate de documentos expedidos por autoridad judicial y que se refieran a asuntos en que deba ser parte con arreglo a las leyes

c) Por el Notario autorizante en todo caso

(2) **Resolución de 31 de enero de 1996:** «... la referencia que en el apartado a) del artículo 67 del Reglamento se hace a «quien tenga interés conocido en asegurar los efectos de ésta» excluye claramente la legitimación de quien tiene un mero interés derivado de una relación de asesoramiento; se precisa ostentar en nombre propio un verdadero interés jurídico-sustantivo en la extensión del asiento».

Aparece así la figura conocida en el procedimiento registral como «presentante» en el sentido de persona que mediante la entrega del título pone en marcha dicho procedimiento. Nótese que todo ello se basa en un juego de presunciones: de la presentación en el diario se extrae la presunción de una solicitud de registración (referida a la totalidad del título, si no se dice otra cosa), y para contar con un elemento personal con quien entender las sucesivas incidencias se le atribuyen unas limitadas facultades representativas, aunque sin afirmar en ningún momento que ostente una verdadera representación.

Como titular del asiento de presentación, el presentante ostenta cierto poder de disposición sobre el mismo: de ahí la posibilidad del desistimiento total o parcial que la legislación hipotecaria contempla; pero no se puede confundir ese poder de disposición respecto del asiento con un verdadero poder sobre los derechos que con la inscripción del título se tratan de asegurar.

A la figura del presentante y sus facultades se ha referido la jurisprudencia de la Dirección General de los Registros en numerosas ocasiones; por su carácter exhaustivo nos vamos a limitar a citar una sola de ellas, la **Resolución de 1 de octubre de 1991**: «... La conformidad manifestada por el presentante para que un documento sea despachado por el Registrador sin alguna estipulación o pacto no puede significar por sí alteración del acto o de los derechos ni menoscabo de su eficacia para los interesados, pues para tal alteración o menoscabo no consta que el presentante tenga poder. El artículo 39 del Reglamento Hipotecario se limita a considerar que quien presenta un título tiene poder para pedir la inscripción, pero no presume que tenga poder para más. Por eso aquella conformidad no significa otra cosa que el título; en cuanto a la estipulación o pacto en cuestión, es como si no estuviera presentado y por tanto sigue abierta; para el título en cuanto a la estipulación o pacto referido, la posibilidad de nueva presentación por el interesado y la posibilidad de nueva calificación con los consiguientes recursos ...»

Aclarado ya el limitado poder de que goza el presentante, hemos de señalar que, además, en el ámbito del Registro Mercantil ese poder se ve más limitado todavía porque la posibilidad de solicitar la inscripción parcial del título que contempla el artículo 63 del Reglamento del Registro Mercantil le está vedada al mismo, como claramente se infiere de que no lo menciona en ningún momento y porque el despacho parcial difiere sustancialmente de la noción de desistimiento operante en la legislación y doctrina hipotecarias (Resoluciones de fechas 22 de junio y 13, 14 y 15 de octubre de 1992) (3), siendo dicho desistimiento la única manifestación de poder de disposición —sobre el asiento no sobre el contenido del título— que le está permitida a dicho presentante.

(3) La noción de desistimiento se refiere al asiento de presentación exclusivamente, la solicitud de despacho parcial se refiere a los derechos objeto del título presentado. Para no extender más la cuestión, nos limitamos a recoger la categórica afirmación formulada por las citadas **Resoluciones de fechas 22 de junio, y 13, 14 y 15 de octubre de 1992**, todas ellas en sentido coincidente, afirmando que: «... la solicitud de despacho parcial no implica desistimiento » «En el desistimiento parcial se está excluyendo expresamente de la petición de inscripción a los pactos especificados, de modo que, en cuanto a éstos, el título es como si no se hubiere presentado», dice la primera de las citadas; y «... la conformidad a la inscripción parcial de un título . no exceptiona ni excluye la petición de su íntegra inscripción, por lo que el Registrador habrá de extender, respecto de las cláusulas excluidas, la oportuna nota calificadora, susceptible del correspondiente recurso gubernativo, por quien goce de legitimación al efecto», dicen las últimas, literalmente idénticas en este punto.

En conclusión, tampoco el presentante del documento puede considerarse legitimado en tal concepto para la interposición del recurso. Confróntese los artículos 67 y 112 del Reglamento del Registro Mercantil y del Reglamento Hipotecario, respectivamente, que tampoco lo mencionan entre las personas autorizadas para recurrir

C) *Legitimación en concepto de gestor, letrado-asesor, etc.*

Frecuentemente se alega que la condición de Abogado, Letrado-asesor, Gestor, etc., de las entidades mercantiles cuyos acuerdos se pretenden inscribir acredita el «interés legítimo en asegurar los efectos de la inscripción» a que alude el artículo 67 del Reglamento del Registro Mercantil, sin tener en cuenta que no debe confundirse el interés de tipo profesional con el que se contempla en la tantas veces citada norma reglamentaria, que es exclusivamente de tipo jurídico-sustantivo.

Aun suponiendo que la alegada condición de Gestor, Asesor, etc., fuera un título legitimador, habría que plantearse como cuestión previa la necesidad de acreditar dicha relación profesional con los interesados en la escritura cuya inscripción se discute y la extensión de las facultades que conlleva. Debiendo observarse que normalmente sólo suele acreditarse la condición de presentante del documento. A nuestro juicio, basta con esto para descartar toda apariencia de legitimación en los recurrentes, de modo que el problema no es tanto la legitimación, en general, de estas figuras, en concepto de interesados profesionalmente en obtener la inscripción por cuenta de sus clientes, sino la acreditación de que efectivamente ostentan algún tipo de representación conferida por éstos.

Lo cierto es que —aunque hemos querido separar las cuestiones— acabamos volviendo al tema anterior. del hecho de ser presentante o poseedor del título no se deriva la prueba de ningún tipo de representación. Lo único que sabemos, por lo que resulta del Libro Diario, es que una persona ha presentado un título; de este hecho se deriva la atribución de ciertas facultades procesales que la legislación hipotecaria ha redactado en forma de presunción, pero no hay ningún elemento que permita considerar acreditado el hecho de que una persona tiene la cualidad de letrado-asesor, gestor, etc., de otras, ni mucho menos, lógicamente, que dichas personas han querido atribuirle las facultades necesarias para interponer recursos.

Por si no bastaran por sí solas las consideraciones anteriores para descartar toda idea de legitimación en los recurrentes, debemos añadir que la Dirección General ha negado de manera rotunda y categórica que el interés que pudiéramos llamar «profesional» pueda constituir título legitimador a efectos de interponer recurso contra la calificación registral, afirmando (Resolución de 31 de enero de 1996) (4) que: «*se precisa ostentar en nombre propio un verdadero interés jurídico-sustantivo en la extensión del asiento*».

(4) **Resolución de 31 de enero de 1996.** «A continuación es preciso dilucidar si el recurrente, en su doble condición de presentante y Abogado asesor de los fundadores, está legitimado para interponer el recurso gubernativo. La respuesta ha de ser negativa en ambos casos. El ámbito de la representación a que se refiere el artículo 45.1 del Reglamento del Registro Mercantil está circunscrito a una mera actuación material —la presentación del documento en el Registro—, pero no incluye la interposición del

II. LA CANCELACION DE LAS SOCIEDADES POR CARECER DEL CAPITAL MINIMO LEGAL

Como es sabido, el nuevo Reglamento del Registro Mercantil dedica un precepto bastante genérico, el artículo 242, a la reactivación de las sociedades disueltas. Por otra parte, la constante sugerencia, formulada en todas las resoluciones dictadas hasta la fecha, acerca de la posibilidad de reactivar las sociedades afectadas por la disposición transitoria 6.^a de la Ley de Sociedades Anónimas —aunque ninguno de los recursos versa sobre acuerdos de reactivación propiamente dichos— determinará con toda seguridad que sea ésta la solución que se imponga en la práctica.

Solamente existe una Resolución, la de 11 de diciembre de 1996-(5), única de entre todas las dictadas hasta ahora que trata propiamente del problema de la reactivación facilitando soluciones para los problemas que ésta plantea en la práctica registral, pudiendo afirmarse a partir de ella que ya existe verdadera jurisprudencia sobre la materia. Por este motivo la excluimos del presente grupo para ser objeto de comentario especial y separado, limitándonos ahora al comentario de las resoluciones que interpretan la citada disposición transitoria 6.^a.

Con la antedicha excepción, todas las resoluciones publicadas afirman que la cuestión jurídica objeto del debate consiste en: *«dilucidar el concreto alcance del mandato normativo constituido en la disposición transitoria referida, lo que, dado su contenido sancionador, debe estar presidido por un criterio interpretativo estricto (art. 4 del Código Civil)...»*; llegan a la conclusión de que se ha producido la disolución de la sociedad, y terminan sugiriendo la posibilidad de reactivarla. En vista de ello, parece oportuno dividir el presente comentario en las partes siguientes:

1. Interpretación de la disposición transitoria 6.^a de la Ley de Sociedades Anónimas.
2. Las sociedades afectadas. Situación jurídica. Títulos inscribibles.
3. Valor de la escritura pública no presentada oportunamente en el Registro Mercantil.

1. Interpretación de la disposición transitoria 6.^a

El mandato cancelatorio contenido en dicha norma ha sido reconducido, mediante una interpretación correctora, a un simple cierre registral de carácter relativo por cuanto se admite la inscripción de títulos *«compatibles»* con

llamado recurso gubernativo contra la calificación registral que atribuye al título algún defecto, para lo cual el artículo 67 del Reglamento del Registro Mercantil claramente exige que ha de ostentarse notoriamente o acreditarse en forma auténtica la representación legal o voluntaria de los interesados en el asiento.

De otra parte, debe señalarse que la referencia que en el apartado a) del artículo 67 del Reglamento se hace a «quien tenga interés conocido en asegurar los efectos de ésta» excluye claramente la legitimación de quien tiene un mero interés derivado de una relación, de asesoramiento; se precisa ostentar en nombre propio un verdadero interés jurídico-sustantivo en la extensión del asiento.»

(5) Esta resolución es objeto de comentario separado y especial en este mismo número de la REVISTA

la finalidad liquidatoria de la sociedad y sólo se niega el acceso a aquellos cuyo contenido y finalidad resulten claramente contrarios a la misma.

En nuestra opinión, sería inadmisibles cualquier interpretación orientada en el sentido de ineficacia de los asientos registrales que deban cancelarse por esta causa, y que podría quizá desprenderse de la literalidad del precepto: «cancelando inmediatamente de oficio el Registrador los asientos correspondientes a la sociedad disuelta». Porque subvierte la finalidad esencial de la publicidad registral, perjudicaría ante todo a los terceros (6) y porque, en definitiva, no puede suponerse que en una disposición transitoria de una Ley especial, por desafortunada que sea su redacción (7), el legislador haya querido cuestionar hasta ese punto los principios generales del sistema registral que previamente ha consagrado en el Código de Comercio (cfr. especialmente su art. 20), determinando una extinción automática de la personalidad jurídica de la sociedad, sin consideración a las relaciones u obligaciones con terceros que aquélla pudiera tener pendientes.

2. Las sociedades afectadas por la norma

Las sociedades afectadas por dicha disposición transitoria 6.ª de la Ley de Sociedades Anónimas son exclusivamente éstas, las que están inscritas bajo tal forma de anónimas, y las comandatarias por acciones. En cuanto a las sociedades de responsabilidad limitada, que en principio también se hubieran

(6) **Resoluciones de 13 y 20 de mayo de 1992:** «... Según la legislación de sociedades anónimas, la sociedad disuelta conservará su personalidad jurídica mientras la liquidación se realiza. La cancelación registral de la sociedad se produce cuando se ultimen las fases del proceso liquidatorio previstas legalmente. Pero, en rigor, aun después de la cancelación, persiste todavía la sociedad como centro residual de imputación en tanto no se agoten totalmente las relaciones jurídicas de que la sociedad es titular...»

(7) HELIODORO SÁNCHEZ RUS estudia esta norma en su trabajo titulado «Aplicación práctica de la disposición transitoria sexta.2 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas» (publicado en el número 68 de esta REVISTA) y señala que se trata de un precepto de difícil comprensión que no define con claridad la situación de las sociedades anónimas afectadas, distinguiendo dos aspectos:

1. Quedan sujetas a una «disolución de pleno derecho». Entendemos que esta disolución se produce automáticamente u *ope legis*, sin necesidad de acuerdo de la Junta y abre inmediatamente la liquidación. Hasta aquí el sentido de la norma no ofrece dudas, presentando gran similitud con los supuestos de disolución por transcurso del término de duración previsto estatutariamente.

2. El Registrador deberá cancelar inmediatamente y de oficio los asientos correspondientes a la sociedad disuelta. Aquí es donde la norma no encaja en el sistema registral puesto que la cancelación «no es consecuencia de la disolución», señala dicho autor, «sino de la conclusión del proceso de liquidación y de la extinción de la personalidad jurídica», y «ha de tener, por tanto, un sentido distinto al que normalmente desempeña, pues no puede atribuirse a esta operación registral un sentido extintivo de las relaciones jurídicas de la compañía...»

La conclusión del autor citado es que se trata de una «disolución sujeta a un peculiar régimen legal». No podemos por menos de compartir esta interpretación, que, cumpliendo el mandato contenido en la norma: expurgar el Registro de aquellas sociedades que no cumplen la Ley permite una liquidación ordenada de las mismas y evita las consecuencias perturbadoras, en todos los órdenes, a que conducirían otras interpretaciones.

visto afectadas por el cierre registral, el legislador ha consagrado la oportuna excepción en su nueva Ley reguladora de 23 de marzo de 1995.

En efecto, la sanción consistente en la disolución de pleno derecho procede de la Ley 19/1989, de 25 de julio, de «reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la CEE en materia de sociedades», y entonces afectaba por igual a las sociedades anónimas, comanditarias por acciones y limitadas, pero el legislador solamente la ha mantenido para las dos primeras, llevándola —en lo que respecta a las anónimas— a la disposición transitoria del mismo número —sexta— del Texto Refundido vigente, de 22 de diciembre de 1989.

Para las sociedades de responsabilidad limitada la sanción se ha abolido expresamente, introduciendo en la Ley 2/1995 una disposición derogatoria —la segunda— que dice lo siguiente: *«Queda derogada la norma sobre disolución de pleno derecho de las sociedades de responsabilidad limitada contenida en el último inciso del apartado 2 de la disposición transitoria 6.ª de la Ley 19/1989, de 25 de julio»*.

A) Situación jurídica de estas sociedades

Como sabemos, se trata de sociedades que están inscritas bajo la forma de anónimas, que se rigen íntegramente por la Ley de Sociedades Anónimas pero cuyo capital no alcanza el mínimo legal, de modo que a partir del 31 de diciembre de 1995 dichas sociedades se someten a un régimen de sanciones tendente, de una parte, a la extinción de la sociedad como persona jurídica, y de otra, a imponer a los gestores o representantes de la misma toda la responsabilidad por las deudas sociales contraídas o que se contraigan en el futuro.

En cuanto a la situación de estas sociedades, todas las resoluciones reiteran que: *«Resultan disueltas de pleno derecho, iniciándose su proceso liquidatorio con efectos a partir del día 1 de enero de 1996, subsistiendo entretanto su personalidad jurídica y pudiendo inscribirse todos aquellos títulos que tiendan a consumir o llevar a término dicha liquidación»*.

No debemos olvidar que la alarma suscitada por la aplicación de esta norma a las sociedades que siendo operativas no han sido puntuales en el cumplimiento de sus obligaciones registrales, junto con el deseo de hallar con urgencia una solución para las mismas, ha provocado que resulte oscurecido por completo otro aspecto de esta disposición transitoria 6.ª que es mucho más importante: la finalidad primordial de la norma consiste en depurar el Registro Mercantil, purgándolo de inscripciones relativas a sociedades que están extinguidas *de facto* y que llevan más o menos tiempo inoperantes. Es incalculable el número de estas entidades que figuran en los libros, a veces con cifras de capital irrisorias, sin reflejar ninguna actividad desde hace varios años. De aquí la necesidad, y el mérito, del esfuerzo interpretativo llevado a cabo por la Dirección General de los Registros, acomodando el mandato normativo depurador a una situación que quizá el legislador, dado el largo plazo de adaptación concedido, no había previsto: la de las sociedades vivas y operantes que han descuidado el cumplimiento del plazo de adaptación.

Refundiendo las anteriores consideraciones con los fundamentos de las resoluciones comentadas, podemos señalar las siguientes notas:

1.ª La finalidad de la norma es la extinción de las sociedades anónimas que no tengan el capital mínimo legal, purgando los libros del Registro de

inscripciones relativas a personas jurídicas que no habiendo sido liquidadas en debida forma pueden considerarse extinguidas *de facto*.

2.ª Esta desaparición no puede imponerse de forma radical ni inmediata, con desconocimiento de las múltiples relaciones jurídicas en las que pueda resultar interesada la entidad, supuesto que pertenezca al grupo de las que están vivas y operantes en el tráfico jurídico. En cualquier caso, la cancelación de los asientos no causará perturbación ninguna a efectos de la ulterior inscripción de actos liquidatorios.

3.ª Por consiguiente, la norma cuestionada no siempre debe interpretarse en el sentido de imponer automáticamente la extinción de la personalidad jurídica de las sociedades anónimas afectadas, sino exclusivamente «*su disolución de pleno derecho*», permitiendo la subsistencia —aunque sea transitoria— de esa personalidad jurídica.

4.ª Esta disolución *ope legis* implica la inmediata apertura del proceso liquidatorio con todas sus consecuencias: modificación del objeto social (8); prohibición a los administradores de contraer nuevas obligaciones y hacer nuevos contratos, y adopción de las medidas precisas para el reparto del haber social.

5.ª Lo anterior no contradice la «... *previsión adicional contenida en dicha norma que impone al Registrador la cancelación inmediata y de oficio de los asientos registrales relativos a la sociedad...*» Pero bien entendido que dicha cancelación no implica por sí sola la extinción de la personalidad jurídica, extinción que no podría anticiparse al agotamiento de todas las relaciones jurídicas que tuviera pendientes (9) la sociedad ni puede ser considerada

(8) **Resolución de 8 de noviembre de 1995:** «... la disolución de la sociedad, si bien no extingue la personalidad jurídica, sí provoca la pérdida definitiva de vigencia de la cláusula estatutaria relativa al objeto social, la sociedad sólo subsiste para su liquidación (cfr arts. 228 del Código de Comercio y 266, y especialmente el 272, de la Ley de Sociedades Anónimas)...»

(9) Sobre esta posibilidad ya se había pronunciado anteriormente el Centro Directivo en sendas resoluciones relativas al Registro de la Propiedad, las de 13 y 20 de mayo de 1992, según las cuales podrían inscribirse en el dicho Registro inmobiliario escrituras de elevación a público de documentos privados de compraventa otorgados por el liquidador de la sociedad en momento posterior a la inscripción en el Registro Mercantil de la liquidación definitiva; y ello aun a pesar de estar cancelados en el Registro Mercantil los asientos correspondientes a dicha sociedad y cerrada la hoja correspondiente a la misma.

Resoluciones de 13 y 20 de mayo de 1992. «... Según la legislación de sociedades anónimas, la sociedad disuelta conservará su personalidad jurídica mientras la liquidación se realiza. La cancelación registral de la sociedad se produce cuando se ultimen las fases del proceso liquidatorio previstas legalmente. Pero, en rigor, aun después de la cancelación persiste todavía la sociedad como centro residual de imputación en tanto no se agoten totalmente las relaciones jurídicas de que la sociedad es titular. Así resulta de la misma Ley, pues en ella se prevé que procede la cancelación aunque todavía estén pendientes de extinción determinadas obligaciones: obligaciones vencidas si su importe se consigna, como es posible, en forma que no equivalga al pago (art. 212 del Reglamento del Registro Mercantil); obligaciones no vencidas cuyo pago quede asegurado. Como no hay obligación sin deudor, es claro que en estos casos persiste una cierta personalidad. A ella habrán de referirse las obligaciones antiguas no extinguidas, las obligaciones sobrevenidas (por ejemplo, pagar los honorarios del Registrador Mercantil por la cancelación) y los bienes o valores sociales preteridos en el balance. No hay, pues, obstáculos para que, consiguientemente, subsistan los encargos que por acuerdo unánime de la Junta General recibió el liquidador si los mismos tienen como finalidad dar cumplimiento a obligaciones residuales, como lo es la de elevar a escritura pública

como obstáculo a la práctica de eventuales asientos posteriores, « .. *que la subsistencia de la personalidad jurídica implique y sean compatibles con esa finalidad liquidatoria* ».

B) Títulos inscribibles después del 31 de diciembre de 1995

Por virtud del juego conjunto de los apartados 1 y 2 de las tantas veces citada disposición transitoria 6.^a, de acuerdo con la interpretación formulada por el Centro Directivo, el mandato cancelatorio ha quedado reconducido a un cierre del Registro respecto de los títulos que no tengan finalidad liquidatoria, admitiéndose la inscripción de aquellos que sean «compatibles» con la misma.

Sin pretender ser exhaustivos, vamos a formular una lista de los documentos que todavía podrán tener acceso al Registro después de esta «*disolución de pleno derecho*».

1. Nombramientos de liquidador o liquidadores sin necesidad de estar previamente inscrito el acuerdo de disolución, puesto que ésta ya se ha producido sin necesidad del mismo.

2. Suspensiones de pagos: puede anotarse preventivamente la providencia teniendo por presentada la solicitud e inscribirse el auto correspondiente por el que se declara dicho estado legal. En caso de llegarse a un convenio con los acreedores, habrá que examinar si éste tiene finalidad liquidatoria.

3. Quiebras: se aplica *mutatis mutandi* la misma regla: pueden inscribirse, debiendo estarse, en cuanto a un eventual convenio, a la finalidad del mismo.

4. Acuerdos de disolución: en principio tales acuerdos operan en el vacío y no deben ser inscritos a menos que sean anteriores a la fecha del 31 de diciembre o, siendo posteriores, se limiten a constatar el hecho de la disolución de pleno derecho, especialmente si contienen también la liquidación o el nombramiento del liquidador.

5. Liquidación de la sociedad. Evidentemente, éstos son los típicos acuerdos inscribibles en este caso, debiendo admitirse sin problemas la absorción de la sociedad disuelta o la liquidación por medio de cesión global (10) de su activo y pasivo.

C) Responsabilidad de los gestores de estas sociedades

Debido al juego de las disposiciones transitorias 3.^a y 6.^a, en relación con los artículos 133, 262 y concordantes, de la Ley de Sociedades Anónimas, los

ventas ya consumadas antes de la cancelación registral de la sociedad.. No hay ninguna contradicción entre el Registro Mercantil —que con la cancelación registral proclama que están cumplidas las exigencias generales del proceso liquidatorio— y la operación que después se realiza en nombre de la sociedad siempre que esta operación pueda encuadrarse —como es el caso— entre las que tienen naturaleza residual...»

(10) Según la citada Resolución de 8 de noviembre de 1995, a tenor de la cual en caso de absorción de sociedades en liquidación deberá reconocerse el derecho de separación a los socios de la sociedad absorbida que no hayan votado a favor del acuerdo; y las Resoluciones de 22 de junio de 1988 y 21 de noviembre de 1989, que para los casos de cesión global de activo y pasivo exigen la observancia de los requisitos de publicidad propios de la fusión

administradores y liquidadores de las sociedades que nos ocupan responden de las deudas sociales de manera personal, ilimitada y solidaria. De acuerdo con la disposición transitoria 3.^a, dicha responsabilidad comienza desde el 30 de junio de 1992, limitándose la disposición transitoria 6.^a a reforzar la sanción, estableciendo que: «... *subsistirá la responsabilidad personal y solidaria de administradores, gerentes, directores generales y liquidadores por las deudas contraídas o que se contraigan en nombre de la sociedad*», y extendiendo, por tanto, dicha responsabilidad, también a los gerentes y directores generales por las deudas que «*se contraigan*» en nombre de la sociedad en caso de que ésta continúe operando pese a estar disuelta de pleno derecho.

Téngase en cuenta, finalmente, que el hecho de inscribir una dudosa y discutible reactivación puede causar serias perturbaciones de la seguridad jurídica y lesionar gravemente la institución registral, porque los acreedores de la sociedad pueden simplemente desconocerla, exigiendo el pago de las deudas sociales a los gestores. Si a esto añadimos la situación de infracapitalización en que viven muchas pequeñas sociedades, y la frecuente circunstancia de coincidir las personas de los socios con los gestores de las mismas, veremos que inscribir una reactivación puede causarles graves e inesperados perjuicios, de modo que quien acude al Registro para gozar del beneficio de la limitación de responsabilidad puede encontrarse con que obtiene todo lo contrario. En este tema son los Tribunales de Justicia los únicos que tienen la palabra.

3. Valor de la escritura pública no presentada oportunamente en el Registro

De esta materia se ocupa el fundamento 4.º de las respectivas resoluciones, único que verdaderamente aborda el caso concreto que han provocado los correspondientes recursos, formulando al respecto una tajante afirmación: una vez caducado el correspondiente asiento de presentación, las escrituras no surten ningún efecto en relación con el Registro Mercantil.

Esto no constituye ninguna novedad, sino mera aplicación del principio de prioridad: «... *Es doctrina reiterada de este Centro que los asientos registrales una vez caducados carecen de todo efecto jurídico, en especial cuando se trata del asiento de presentación que, una vez caducado, se cancela de oficio y la nueva presentación del documento dará lugar a un nuevo asiento, refiriéndose a la fecha de éste su prioridad, así como la fecha del asiento definitivo que en su día se practique...*»

Por consiguiente, queda cerrado el Registro respecto de toda sociedad anónima que a la fecha de 31 de diciembre de 1995 no tenga un capital nominal de por lo menos diez millones de pesetas, sin que pueda tenerse en cuenta que la correspondiente escritura de aumento de capital, o transformación en otro tipo social de inferior cifra de capital mínimo, hubiera sido otorgada antes de dicha fecha. Incluso aunque la escritura hubiera sido presentado en el Registro Mercantil con anterioridad, una vez caducado aquel asiento de presentación dicha escritura dejará de surtir cualquier efecto registral.

III. Sentencias del Tribunal Supremo

1. DERECHO CIVIL

B) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

POR ISABEL MORATILLA GALÁN
y JOSÉ QUESADA SEGURA

ACCION INDEMNIZATORIA DERIVADA DE LA CULPA EXTRA CONTRACTUAL (ARTS. 1.902 Y 1.903 DEL CODIGO CIVIL). FALTA DE COMPETENCIA POR RAZON DEL TERRITORIO PARA CONOCER DEL ASUNTO. (SENTENCIA DE 17 DE JULIO DE 1996.)

El Juzgado de Primera Instancia número 12 de Madrid en Sentencia de 7 de marzo de 1991 desestima la demanda. La Audiencia Provincial de Madrid (Sección 14) en Sentencia de 20 de julio de 1992 admite el recurso de apelación.

El recurso de casación no prospera.

Hechos.—En la presente litis se analiza la producción de un incendio en una nave industrial; el incendio se inició al inflamarse una carretilla elevadora que un operario utilizaba descargando mercancías, propagándose las llamas al resto del inmueble y a las mercancías depositadas en el almacén. Junto a la nave incendiada había otra empresa, a la cual se propagó el fuego causándole daños cuantiosos.

Puntualizaciones: La carretilla elevadora *origen del incendio* estaba al servicio de la empresa en virtud de un contrato de *leasing* financiero y las medidas de seguridad de la nave incendiada no fueron eficientemente probadas. En el procedimiento se ejercita una acción derivada de la *culpa extracontractual* (arts. 1.902 y 1.903 del Código Civil).

Doctrina de la Sentencia.—Analiza ésta sentencia la denuncia visiblemente demostrada de un defecto procesal como es la falta de competencia por razón del territorio para conocer del asunto. Se confunden por los recurrentes dos conceptos procesales: *competencia* y *jurisdicción*.

En esta litis se ha ejercitado una acción derivada de los daños causados a un tercero, interviniendo culpa o negligencia por parte del demandado, es

decir, la responsabilidad extracontractual de los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil, pero de ningún modo —dice el Alto Tribunal— se puede hablar de una responsabilidad derivada de un contrato, pues entre demandantes y demandados esta relación ni ha existido ni nadie la ha alegado. Los demandantes actúan como perjudicados y no como asegurados, motivo que hace tener en cuenta el artículo 24 de la Ley de Contrato de Seguro que alude a unas relaciones contractuales que son inexistentes en nuestro caso. La responsabilidad directa que autoriza el artículo 76 de la Ley Básica no se deriva del contrato de seguro, puesto que el tercero perjudicado no ha intervenido en tal contrato y su derecho a recibir una indemnización del asegurador nace del hecho culposo y de la Ley, lográndose así liberar al causante del daño (asegurado) frente al perjudicado. Entre asegurador y asegurado priva la relación contractual, pero ambos son deudores directos frente al perjudicado por Ministerio de la Ley.

La rapidez en la combustión y la propagación del fuego no fue suficientemente prevista, con lo cual se produjeron, como ya se refiere en los hechos, graves daños en la propiedad colindante. Este conjunto de circunstancias, declaradas probadas, conducen a la apreciación del principio culpabilístico *in vigilando* o *in alegando*, que unido a las nuevas orientaciones jurisprudenciales objetivadoras de la responsabilidad, como son la teoría de creación del riesgo, la inversión de la carga de la prueba y el agostamiento de la diligencia debida, conducen a estimar la obligación de responder frente a terceros de los daños causados, responsabilidad que corresponde a la empresa demandada y dueña de la nave donde el fuego se inició.

INFRACCION DE LOS ARTICULOS 680 Y SIGUIENTES DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL QUE REGULA EL JUICIO DE MENOR CUANTIA, EN ESPECIAL EL ARTICULO 688 QUE REGULA LA RECONVENCION, EN RELACION CON EL ARTICULO 1.671 DEL MISMO TEXTO LEGAL. (SENTENCIA DE 19 DE JULIO DE 1996.)

El Juzgado de Primera Instancia número 3 de Oviedo en Sentencia de 2 de septiembre de 1991 estima la demanda. La Audiencia provincial de Oviedo (Sección 5.ª) estima parcialmente el recurso de apelación.

No triunfa el recurso de casación

Doctrina de la Sentencia.—El procedimiento que regula el artículo 1.671 de la Ley de Enjuiciamiento Civil es el del juicio ordinario declarativo que se establece en razón a que la Sentencia pronunciada en el interdicto de obra nueva carece de fuerza de cosa juzgada material, por lo que el derecho de las partes a que sea impedida la obra o a continuarla tendría que ser debatido con la necesaria amplitud en un juicio declarativo posterior. Esto sucede en nuestra litis y sin que ello tenga algo que ver con el procedimiento que establecen los artículos 1.672 y 1.673 del mismo texto legal, que proclaman un procedimiento incidental para evitar los posibles perjuicios que puede conllevar la suspensión de una obra, y que se puede prolongar durante la sustanciación del juicio ordinario principal, el del artículo 1.671 mencionado. Este juicio ordinario declarativo del artículo 1.671 es un juicio que no presenta especialidad alguna con respecto a los regulados en los artículos 680 y siguientes de dicha Ley Procesal y en el cual se puede formular la reconvención que proclama el artículo 688. La acción esgrimida al amparo del artículo 1.671 no es interdictal sino declarativa

de derechos, lo que permite ejercitar la acción que concede el citado precepto con la responsabilidad amparada en el artículo 1.902 del Código Civil, puesto que son acciones que han de tramitarse en procedimientos declarativos ordinarios de conformidad con el artículo 481 de dicha Ley Procesal.

En el presente tema, la parte recurrente implica el tema de la responsabilidad extracontractual con la falta del presupuesto procesal del litisconsorcio pasivo necesario, puesto que no se ha demandado al arquitecto de la obra, que sería en todo caso el responsable. Pues bien, en la esfera de las obras no puede existir litisconsorcio pasivo necesario entre el causante material del daño y el responsable del mismo, puesto que en el primero actúa la culpa *in operando* y en el segundo la culpa *in eligendo* o *in vigilando*, debiéndose excluir la posibilidad de oponer y apreciar la existencia de situaciones litisconsorciales necesarias de modo que el perjudicado pueda dirigirse contra todos o sólo contra alguno de los presuntos responsables, todo ello sin perjuicio de la relación interna peculiar de la responsabilidad solidaria recogida en los artículos 1.144 y 1.145 del Código Civil.

Es preciso, pues, tener en cuenta que la cuestión de las partes intervinientes en el procedimiento del referido artículo 1.671 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y por lo tanto de su legitimación, tanto *ad procesum* como *ad causam*, tiene que estar circunscrita a las partes del proceso interdictal del cual trae causa.

NEXO CAUSAL: CONDUCTA Y RESULTADO DAÑOSO PRODUCIDO. EL ARTICULO 1.103 DEL CODIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 19 DE JULIO DE 1996.)

El Juzgado de Primera Instancia número 3 de Ciudad Real en Sentencia de 23 de julio de 1991 estima la demanda. La Audiencia Provincial de Ciudad Real en Sentencia de 23 de octubre de 1992 estima en parte el recurso de apelación.

Se estima parcialmente el recurso de casación.

Hechos.—Durante el transcurso de la mañana del 28 de enero de 1988, doña María Megía Ruiz, de 63 años, matrona de profesión, y en su calidad de tal y mientras prestaba sus servicios en la Residencia Sanitaria (dependiente del Insalud) «Nuestra Señora de Alarcos», se disponía a preparar el campo quirúrgico para asistir a una parturienta, para lo que trató de acercar al quirófano la lámpara de pie (de gran peso) para el alumbrado del mismo, y al coger el brazo de la misma con esa finalidad recibió un «calambre» (descarga eléctrica) y al reaccionar a ello se le volcó la referida lámpara, cayéndole encima.

Doctrina de la Sentencia.—Se denuncia en la presente litis, y en primer lugar, la responsabilidad que regula el artículo 1.902 del Código Civil que ha de descansar siempre sobre la existencia de un elemento culpabilístico en la conducta del agente (aunque la prueba de dicho ineludible requisito se venga jurisprudencialmente modulando mediante mecanismos tales como la inversión de la carga de la prueba o la teoría del riesgo), y, por otro, de que ha de existir una evidente relación causal entre dicha conducta y el resultado dañoso producido; pues bien, en el caso enjuiciado media una negligencia por parte del Insalud al no controlar (culpa *in omittendo*) por medio de sus correspondientes servicios de mantenimiento que se conserva en estado idóneo y normal el funcionamiento de la lámpara de pie que alumbraba el quirófano, cuyo defectuoso estado («pequeño desprendimiento de la capa protectora de

aislamiento» en el conductor neutro) fue el determinante de que se produjera una derivación de fluido eléctrico a la estructura metálica o armazón de la lámpara que dio origen al «calambre» (descarga eléctrica de muy escasa intensidad) y, por la incontrolada reacción de ésta ante dicho «calambre», a la subsiguiente caída sobre ella de la expresada lámpara, por lo que aparece evidente el nexo causal entre aquella originaria conducta culposa del Insalud y las lesiones sufridas (resultado dañoso). La producción del resultado dañoso fue debida a la negligencia del órgano directivo (Insalud) al no controlar que su servicio de mantenimiento tuviera la repetida lámpara de pie en perfecto estado de funcionamiento con evitación de toda posible derivación eléctrica como la que se produjo en nuestro caso, lo que no impide que, dada la calificación de levisima que corresponde a dicha conducta culposa al hallarse oculto el pequeño defecto que motivó la derivación eléctrica, pueda y deba moderarse la responsabilidad procedente.

En base a lo razonado por el recurrente son varias las causas productoras del daño. Es doctrina reiterada de esta Sala la de que el uso de la posible moderación de la responsabilidad que establece el artículo 1.103 del Código Civil es facultad propia de los Juzgadores de la instancia, no susceptible de casación; ello se refiere al supuesto en que los mismos hagan uso de tal facultad con criterio ponderado, racional y lógico, pero no cuando extravasen irracional o desmesuradamente esos parámetros, ni tampoco en aquellos supuestos en que ni siquiera se planteen la posibilidad de hacer uso de dicha facultad moderadora cuando la misma viene forzosa. La causa determinante de la derivación eléctrica producida en la lámpara de pie del quirófano no era fácilmente perceptible o detectable, sino que solamente pudo ser descubierta desmontando la clavija de conexión para ver el estado de los conductores a sus bornas respectivas, siendo entonces cuando se apreció en el conductor neutro un pequeño desprendimiento de su capa protectora de aislamiento, que en algún momento pudo haber hecho contacto con el conductor de protección de tierra y causa de una posible derivación, siendo ésta la que produjo el calambre; pero, por otro lado, no fue el único determinante de las lesiones sufridas, sino que a ellas también contribuyó el vuelco de la lámpara, de gran peso. Ante esto la Sentencia recurrida reconoce que la negligencia imputable al Insalud ha de ser calificada de levisima y que en nuestro supuesto litigioso la culpa es tan evanescente que se funde en el caso fortuito, o que se trata de un lamentable suceso ubicado en la nebulosa región donde se entrecruzan las responsabilidades objetivas como último eslabón de la culpa levisima en el caso fortuito ante cuyas trascendentes apreciaciones la Sentencia recurrida pudo y debió haber hecho uso de la facultad que le concede el artículo 1.103 del Código Civil, que es aplicable por culpa extracontractual, y al no haberlo realizado incurrió en la infracción de dicho precepto por no aplicación del mismo.

RECLAMACION DE GASTOS DE URBANIZACION DE PARCELAS. (SENTENCIA DE 20 DE JULIO DE 1996.)

El Juzgado de Primera Instancia número 4 de Gijón en Sentencia de 4 de diciembre de 1991 desestima la demanda. La Audiencia Provincial de Oviedo (Sección 4.ª) en Sentencia de 9 de noviembre de 1992 estima el recurso de apelación.

No prospera el recurso de casación.

El actual litigio se refiere a una reclamación exclusiva entre particulares, y siendo ésta una materia de indudable naturaleza civil, son los Tribunales de este orden los que ostentan su competencia jurisdiccional, no se discute la procedencia o improcedencia del pago de unos gastos de urbanización reclamados, sino *quiénes deben de soportarlos*. No es de aplicación el artículo 234 de la Ley sobre Régimen Jurídico del Suelo, pues se atribuye carácter jurídico administrativo sólo a las cuestiones que se suscitasen con ocasión o como consecuencia de los actos o convenios regulados en la Ley entre particulares o empresas con el Ministerio de la Vivienda o las Corporaciones locales, es decir, no los conflictos entre particulares, cerrados en ámbitos exclusivamente civil, y que se reservan a la jurisdicción de este orden.

En el proceso se ataca la interpretación dada a las relaciones contractuales que mediaron entre los litigantes y ante la falta de pacto expreso para la distribución de gastos. Los acuerdos a los que llegaron no hacen una distribución de gastos de urbanización, pero expresan que los recurrentes convinieron llevar a cabo unas obras de tal naturaleza, por lo que la sentencia que se recurre alcanza el hecho de determinar que se fijó tal actividad urbanizadora y los efectos a los que la misma conduce, y que no son otros que la contribución al pago de los gastos ocasionados; de estos gastos pudieron eximirse si hubiera mediado pacto expreso en tal sentido y ese pacto no concurre, así lo sienta la Sentencia. Es condición exclusivamente civil la que sienta el principio general de que es obligación de los propietarios de los terrenos afectados por una actuación urbanística, al ser los beneficiarios de las mismas, los obligados a sufragar sus costes, precisando la Ley la participación contributiva en proporción a la superficie de sus respectivos terrenos y, en todo caso, a falta de pacto expreso entre los implicados, los que pueden libremente convenir lo que les interese dentro del ámbito normativo del artículo 124 de la ya citada Ley del Suelo. Se presenta al mismo tiempo una duda interpretativa sobre el alcance de la obligación de pago que se impone a la que recurre, lo que no sucede, conforme ha quedado suficientemente precisado y hace innecesario la aplicación del referido precepto civil, que sólo ha de tenerse en cuenta cuando la intención de los contratantes no se ha podido descubrir conforme a las reglas interpretativas precedentes y no se da la concurrencia dubitativa que justificara la necesidad de acudir a esta norma. No se respetó tampoco la distribución de la carga probatoria, ya que la sociedad actora no acreditó en origen la existencia del deber de contribuir los demandados a los gastos de urbanización. No concurrió pacto expreso en este sentido, pues la demandante realizó actividad probatoria sobre todo con la documental de que disponía, acreditativa de las relaciones entre los contendientes, de cuyo análisis la Sala alcanzó las conclusiones de la existencia de una efectiva deuda urbanística, no debidamente atendida. Por contrario, correspondía a la recurrente presentar acuerdo bilateral o acto influyente debidamente constatado de su exoneración respecto al débito discutido, es decir, que los gastos corriesen de cuenta exclusiva de la sociedad recurrida, lo que no logró conformando hecho probado firme, integrado en la Sentencia que se combate y que ha de mantenerse al acceder incólume a esta casación. No procede atacar la apreciación probatoria del Tribunal de Instancia ni hacer supuesto de la cuestión, como tampoco al *quantum* de la deuda que resulta suficientemente acreditada y correctas las bases para su determinación.

En realidad no se aprecia en nuestro litigio abuso de derecho, pues el abuso de derecho lo determina la circunstancia *subjetiva* de ausencia de finalidad seria y legítima y la *objetiva* de excederse en el ejercicio de un derecho

que la Ley prevé y otorga, produciéndose lesión justificada en patrimonio de otro, cosa que no se observa en nuestro caso.

DISOLUCION Y LIQUIDACION DE SOCIEDAD IRREGULAR. PROPIEDAD DE LA MITAD INDIVISA DE FINCAS. LA EXISTENCIA DE CAUSA JUSTIFICADORA DE ATRIBUCION PATRIMONIAL EXPRESADA EN EL CONTROVERTIDO RECONOCIMIENTO DE DEUDA. (SENTENCIA DE 22 DE JULIO DE 1996.)

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Guadalajara en Sentencia de 30 de septiembre de 1991 desestima la demanda. La Audiencia Provincial de Guadalajara en Sentencia de 8 de octubre de 1992 desestima el recurso de apelación.

El recurso de casación no prospera.

Doctrina de la Sentencia.—Analiza la presente Sentencia que con independencia de la cuestión referente a la naturaleza jurídica del reconocimiento de deuda, bien se le conceptúe como un negocio de fijación o se le califique de verdadero contrato, parece claro que si la declaración recognoscitiva se contiene en un pacto dirigido a establecer una situación de deuda revestirá índole contractual, con las legales consecuencias en orden a su nulidad en los casos de inexistencia o de ilicitud de causa, ya que no es defendible en nuestro ordenamiento positivo la tesis que atribuye valor constitutivo al reconocimiento de deuda en forma de fundamento autónomo de la obligación suficiente para que el acreedor reclame la efectividad de la prestación por atribuírsele al negocio carácter abstracto, que encuentra su efecto en la inversión de la carga probatoria. Es necesaria la *causa* para la existencia del contrato, de forma que su falta sería causa de ineficacia negocial.

Es reiterada la doctrina de la Sala tendente a la apreciación de la existencia o inexistencia de causa en los contratos o la concurrencia de causa falsa está atribuida al Tribunal *a quo* por ser de naturaleza fáctica, cuya conclusión probatoria se ha de mantener invariable en casación, a no ser que la misma sea desvirtuada por el medio impugnatorio adecuado, como es el de la denuncia del error de derecho de la valoración probatoria.

La Sala *a quo* no sólo dispone que ha hecho recaer sobre el acreedor, en nuestro caso recurrente, que demanda el cumplimiento del contrato la prueba de la existencia de causa del mismo, sino que ha entendido destruida la presunción de existencia de elemento esencial del contrato por la prueba en contrario aportada a los autos. Además, la Sala de instancia no ha recurrido a la prueba de las presunciones para tener por probado la inexistencia de causa en el reconocimiento, sino que se llega a esa convicción de la inexistencia de causa por la apreciación de las pruebas directas obrantes en autos; no pueden confundirse las conclusiones que obtiene el Juzgador mediante su actividad intelectual de apreciación y valoración de las pruebas con el proceso deductivo que es de esencia de la presunción.

CUMPLIMIENTO DE CONTRATO. (SENTENCIA DE 23 DE JULIO DE 1996)

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Puerto de Rosario en Sentencia de 4 de diciembre de 1991 desestima la excepción de falta de legitimación activa opuesta por la parte demandada y estima parcialmente la deman-

da. La Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria (Sección 3.ª) en Sentencia de 27 de octubre de 1992 procede a la estimación parcial del recurso de apelación.

Los recursos de casación interpuestos no triunfan.

La Sentencia es congruente en base a que la relación entre el *fallo* y las *pretensiones procesales* no se ven esencialmente alteradas. Se aprecia un evidente error aritmético entre lo *cobrado* y el *precio pactado*. A lo largo del proceso no se plantea cuestión alguna referente a la carga de la prueba, lo que excluye la pretendida infracción del artículo 1.214 del Código Civil, sino que más bien parece que la Sala prescindió de la concreción de hechos y delimitación de los términos del debate por las partes, con lo que se hubiera transgredido el principio de aportación que vincula al Tribunal a los hechos admitidos por ambas. Pero el motivo no prospera por coincidencia de hechos y la carta aldudida es un documento privado cuyo valor probatorio ha sido apreciado por la Sala sin infracción de precepto legal alguno y que por sí mismo es demostrativo de la realidad del hecho discutido.

En base a lo preceptuado por el artículo 1.593 del Código Civil, la autorización del propietario de la obra en el supuesto de ajuste alzado de su precio es necesaria para que el contratista pueda cobrar el importe del aumento de la misma que se haya realizado en relación con el proyecto primitivo, siendo cuestión distinta que tal autorización puede ser incluso tácita.

EN BASE A LO PRECEPTUADO EN EL ARTICULO 156 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL PUEDEN ACUMULARSE Y EJERCERSE SIMULTANEAMENTE ACCIONES QUE UNO TENGA CONTRA VARIOS, SIEMPRE QUE NAZCAN DE UN MISMO TITULO O SE FUNDEN EN UNA MISMA CAUSA DE PEDIR. (SENTENCIA DE 24 DE JULIO DE 1996.)

El Juzgado de Primera Instancia de Caspe en Sentencia de 24 de junio de 1996 desestima las excepciones opuestas y estima en parte la demanda. La Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 5.ª) en Sentencia de 30 de octubre de 1992 estima por su parte los recursos entablados y estima la excepción de defecto legal en el modo de proponer la demanda formulada.

En el caso que analizamos los actores demandan por los daños sufridos en una obra ejecutada por la empresa y acumulan la acción que dirigen contra la empresa aseguradora de daños; y como esta compañía ha rehusado el siniestro por entender que proceden los daños de riesgo catastrófico por la póliza, demanda también al Consorcio de Compensación de Seguros que por ministerio de la Ley cubre tales riesgos catastróficos. La causa de pedir son los daños padecidos en las construcciones, y las acciones ejercitadas las derivadas del contrato de obra, del contrato de seguro que ampara los daños a la construcción y la derivada de los riesgos catastróficos. Sólo llamando a los constructores y técnicos se pueden determinar los daños de que éstos sean causantes, y sólo llamando a la aseguradora y al Consorcio de Compensación de Seguros podrán éstos dirimir sus diferencias sobre el contenido de la póliza y naturaleza del riesgo efectivo y concreto determinante del siniestro. El hecho de que la petición dirigida contra la aseguradora y el Consorcio sea naturalmente alternativa, contra una u otra garantes del siniestro, no determina que las acciones se contradigan porque sólo sería contradictoria la Sentencia que condenara a ambas cuando, además, sólo se pide la condena de una.

La acumulación de acciones se caracteriza por la buena fe procesal, cuya falta proscribire, por ejemplo, la Sentencia de 13 de abril de 1994; se ejercita ante Juez competente para conocer de todas ellas; se trata de una acumulación subjetiva regida no por el artículo 153, sino por el artículo 156 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que se ha de interpretar con flexibilidad, como exige la Sentencia de 14 de octubre de 1993, en favor de la tutela judicial efectiva reconocida por el artículo 24.1 de la Constitución española, y tiene como causa de pedir el fundamento de daños de los que varios pueden ser causantes por su propia conducta, y que al mismo tiempo están garantizados por un contrato de seguro, y por la Ley que regula el Consorcio de Compensación de Seguros, se produce aquí una concurrencia de normas perfectamente apta para resolver. Unas normas son aplicables a las posibles causantes de los daños, las que rigen la responsabilidad extracontractual o la contractual del contrato de obras. Otras, la que rigen el contrato de seguro y permiten la acción directa de los asegurados contra las compañías.

VULNERACION DEL PRINCIPIO PROHIBITIVO DE LA «REFORMATIO IN PEIUS». (SENTENCIA DE 24 DE JULIO DE 1996.)

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Alicante en Sentencia de 2 de marzo de 1992 estima parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial de Alicante (Sección 4.ª) en Sentencia de 17 de noviembre de 1992 desestima el recurso de apelación.

Prospera el recurso de casación en parte.

Hechos.—Mediante documento privado entre el recurrente y recurrido se hace referencia al endoso de 14 letras de cambio, de las que en caso de impago por el aceptante el recurrente respondería al 50 por 100. Producido el impago, el recurrente reconvino para que el recurrido le abonase dicho 50 por 100. La Sentencia de primera instancia, como *ratio decidendi* de su fallo, aceptada por la recurrida, detecta falta de relación entre las cambiales y la estipulación referida. Según el actor, se desconoce que puedan transmitirse créditos ya vencidos y que el artículo 23 de la Ley Cambiaria permite el endoso de letras vencidas con los efectos de cesión ordinaria.

Doctrina de la Sentencia.—En el caso que ahora analizamos el actor en su demanda pedía su condena hasta una determinada cantidad, en la que incluía el principal que reclamaba, intereses y daños y perjuicios por el incumplimiento. La Sentencia de primera instancia le condenó al pago del principal, pero dejó para ejecución de Sentencia la cuantificación de los demás conceptos. Apelada por él dicha Sentencia, la Audiencia determinó que el máximo de reclamación por todos los conceptos no excedería de la suma pedida en la demanda, pero, no obstante, confirmó íntegramente la Sentencia apelada sin ninguna restricción. En realidad existe una incongruencia en los fallos de las sentencias de instancia, pues si bien no la origina el que se deje para ejecución de Sentencia la cuantificación de los daños y perjuicios habiéndose solicitado en la demanda una cantidad concreta, sí la produce el que no se establezca como tope para aquella fase la cantidad que el actor peticionario de la condena fijó por su cuenta y riesgo. El actor y hoy recurrido pagó como fiador al acreedor y tiene derecho a los daños y perjuicios en cuestión suscitados, además del importe de lo pagado. Por el hecho de que no se volviese a reiterar la *causa petendi* en el *petitum* no existe vicio de incongruencia en la Sentencia.

Es doctrina harto reiterada de esta Sala la de que la interpretación de los contratos es tarea que incumbe a la instancia, no siendo objeto de censura casacional más que cuando se demuestre que es ilógica o arbitraria o vulneradora de las normas legales. Nada de esto sucede en el caso sino exponer la interpretación de los documentos más favorable para el recurrente, pero que no puede, obviamente, sustituir a la objetiva del órgano judicial, el cual no vio por ningún sitio que se diesen los presupuestos que las partes quisieron desligar al fiador de las consecuencias de la fianza. La sociedad se constituyó junto con el demandado, hoy recurrente, en deudora de regreso porque no hay ninguna cláusula de exclusión de responsabilidad de este último ni, obviamente, se puede presumir ni es incompatible la obligación asumida con la que tenía frente al fiador el recurrente como deudor afianzado. El demandado soportó las ejecuciones sobre bienes inmuebles de su propiedad y quiso recuperarlos llegando a un compromiso de compra con la Caja ejecutante que se los había adjudicado consistente básicamente en que dicha entidad se los volvería a transmitir previo pago, y así lo hizo. El recurrente no está obligado a soportar el coste de esa operación, que es de exclusivo interés del fiador y no derivada directa e inmediatamente de la fianza. Pero la Caja acreedora y el fiador no mantenían ninguna controversia, llevada o no ante el órgano judicial, a la que una transacción pusiese fin. El fiador no discutió que los inmuebles fueron adquiridos en base a procedimientos ejecutivos por la Caja; lo que hizo con ella fue un contrato de compraventa por el que se comprometía a adquirirlos, lo cual nada tiene de transacción. En el caso que estudiamos la Caja cobró el principal, intereses y costas de la reclamación por vía judicial. Así las cosas, los gastos originados por la readquisición son daños que proceden del hecho de haberse procedido contra bienes que el fiador había vendido antes, lo que le supone un auténtico perjuicio si no puede cumplir con sus obligaciones frente a terceros con quienes contrató, perjuicio derivado de que el deudor afianzado, sabedor de la situación del fiador, dejó que la Caja prosiguiese con su actuación contra aquél. El que el fiador ejecutado no alentase a los terceros a la interposición de tercerías de dominio contra la Caja ejecutante nada demuestra por sí, pues no se ha intentado probar siquiera las posibilidades de éxito de sus reclamaciones ni que se perdían los inmuebles por su culpa.

NULIDAD DE ESCRITURA DE COMPRAVENTA. LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO. DONACION Y ACEPTACION POR LA DONATARIA. EL TERCERO HIPOTECARIO. (SENTENCIA DE 25 DE JULIO DE 1996.)

El Juzgado de Primera Instancia número 4 de Granada en Sentencia de 5 de julio de 1990 estima la excepción de litisconsorcio pasivo necesario y desestima la demanda. La Audiencia Provincial de Granada (Sección 3.ª) en Sentencia de 13 de julio de 1992 estima la apelación.

No prospera el recurso de casación.

Hechos.—Mediante escritura pública don Rafael Madrid Carmona, en estado viudo y sin descendientes de su referido y único matrimonio, donó de forma pura, simple y gratuita a su hija adoptiva su piso y una participación indivisa de 1/82 ava parte del local existente en la planta sótano. La donataria, que aceptó la referida donación en la misma escritura pública, no inscribió la misma a su nombre en el Registro de la Propiedad. El donante continuó

habitando el piso donado y mediante escritura pública de compraventa le vendió a su sobrino la nuda propiedad de los dos mismos inmuebles.

Doctrina de la Sentencia.—La Sentencia de primera instancia, estimando la excepción de litisconsorcio pasivo necesario que había aducido el codemandado, hizo un pronunciamiento absolutorio en la instancia, por lo que se abstuvo de entrar a conocer del fondo, tanto de la demanda principal como de la reconvencción. Así las cosas, en los correspondientes recursos de apelación interpuestos, respectivamente, por la demandante principal y por el codemandado, la Sección 3.^a de la Audiencia Provincial de Granada dictó Sentencia por la que, estimando el primero de dichos recursos de apelación y desestimando el segundo de ellos, revocó totalmente la Sentencia de primera instancia y, desestimando la aducida excepción de litisconsorcio pasivo necesario, entró a conocer del fondo de la cuestión litigiosa, y estimando la demanda principal y desestimando la reconvencción: declaró ineficaz el contrato de venta otorgado en favor de su sobrino; nulas las inscripciones registrales que a favor del adquirente causara la citada escritura y válida la donación de los bienes realizada en favor de su hija adoptiva.

El codemandado adujo la excepción de litisconsorcio pasivo necesario porque entendía que la relación jurídico procesal no había sido correctamente constituida. Sin embargo, la Sentencia aquí recurrida ha desestimado la expresada excepción, para lo cual se basa en que considera que la referida compradora del piso y de la plaza de aparcamiento tiene la condición de tercero hipotecario, protegido por la fe pública registral, por reunir los requisitos que, para eso, exige el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, por lo que entiende que en modo alguno le puede afectar la Sentencia que recaiga en este proceso y, en consecuencia, no tenía que ser demandada en el mismo. Se denuncia infracción de la doctrina jurisprudencial que creó la excepción de litisconsorcio pasivo necesario y en cuyo alegato el recurrente viene a aducir que el fallo de la Sentencia recurrida al declarar nulas las inscripciones registrales implícitamente produce la nulidad de su consistencia impugnatoria, pues, por un lado, el instituto del litisconsorcio pasivo necesario tiene por finalidad esencial la de evitar que una Sentencia pueda afectar directamente a quien por haber sido parte en el proceso no se le ha dado la posibilidad de ser oído y de defenderse en el mismo, y, por otro, quien ostenta la condición de tercero hipotecario, siendo condición que no niega el recurrente, es evidente que a la misma no le puede afectar en modo alguno la Sentencia que recaiga en este proceso, sin que tampoco pueda afectarle la anulación que la Sentencia recurrida acuerda de las inscripciones practicadas.

La correspondencia o adecuación entre lo concedido en el «fallo» y lo pedido en el respectivo escrito rector del proceso, en que toda congruencia consiste, presupone lógica y necesariamente que lo que se concede pueda tener efectividad en la realidad física y en el campo jurídico, pues si el cumplimiento de lo que se pide es totalmente imposible por causa que no es imputable al que lo postula, el mismo principio de la congruencia, en plena concordancia con las normas reguladoras de la ejecución de las sentencias obliga al Juzgador a conceder el sustitutivo dinerario de aquello cuyo cumplimiento, por causas imputables a los demandados, es física o jurídicamente imposible, siendo éste el supuesto aquí contemplado, pues si el piso y la plaza de aparcamiento litigiosos no pueden ser restituidos a su legítima propietaria por haber pasado los mismos a ser propiedad de un tercero hipotecario, es totalmente congruente la Sentencia cuando condena a los demandados, que en principio estaban obliga-

dos a restituir a la actora los referidos piso y plaza de aparcamiento, a que abonen a la actora el valor en que los mismos han sido tasados.

Por lo que respecta a las especiales circunstancias concurrentes en el caso concreto aquí enjuiciado, no aparece probado que cuando la actora redactó su demanda tuviera ya conocimiento de que los demandados hubieran vendido el piso y la plaza de aparcamiento litigiosos. El conocimiento de dicha venta lo tuvo la actora a través del escrito de contestación a la demanda y de reconvencción que formuló el codemandado, y ante tal conocimiento que tuvo de dicho hecho, la actora consideró que no era óbice para que pudiese prosperar la demanda, la existencia de una nueva venta, de irregular apariencia también a favor de tercera persona, toda vez que de no estimarse posible el reintegro a su mandante de posesión y dominio del inmueble donado habría lugar a sustituir esa obligación de hacer por la correspondiente indemnización económica; en el acto de la comparecencia la misma se afirma y ratifica en su escrito de demanda, considerando que para el caso de no estimarse posible el reintegro de la posesión del inmueble objeto del procedimiento esa obligación de hacer habrá de sustituirse por la correspondiente indemnización en los términos que resulten a tenor de las pruebas practicadas.

En unión a lo expuesto, también se analiza en la presente litis el hecho de que la donación *mortis causa* ha de hacerse mediante testamento, así como el no haber tenido en cuenta que en este tipo de donación el donante conserva mientras viva la propiedad de la casa donada, que es lo que sucedió en nuestro caso, y además puede revocar la donación, lo que hizo mediante la venta que de las cosas donadas hizo posteriormente el donante a su sobrino; pero esta venta posterior ha de entenderse como una revocación implícita de la referida donación. Es uniforme la jurisprudencia de la Sala alrededor de la llamada donación *mortis causa* a que se refiere el artículo 620 del Código Civil, la cual no transfiere al donatario la propiedad de los bienes donados hasta que se produzca la muerte del donante y no puede tener eficacia si no se justifica por los medios que regulan el otorgamiento de las disposiciones testamentarias. Así las cosas, vemos que la donación efectuada en nuestro caso no sólo no revistió forma testamentaria alguna, pues se hizo con los caracteres de contrato con la concurrencia y aceptación de la donataria, sino que en la escritura pública en que la misma fue instrumentada se evidencian claramente que a través de ella se transmitía a la donataria en pleno dominio de los bienes donados (clara donación *inter vivos*). Se produce una donación pura, simple y en forma gratuita, sin que en lugar alguno de dicha escritura el donante manifieste, ni siquiera indirectamente, su voluntad de conservar el dominio de lo donado hasta el momento de su muerte y sin que a dicha transmisión del pleno dominio, que fue aceptada por la donataria, se oponga el hecho de que el donante, con el consentimiento de su hija, la donataria, conservara en vida la mera posesión del piso donado. Es cierto que la llamada donación *mortis causa* es libremente revocable por el donante, y también lo es que de dicha revocación ha de hacerse en testamento y de forma suficientemente expresiva de la voluntad de tal revocación, cuyos requisitos no concurren en la simple venta posterior que el donante hizo a su sobrino mediante escritura pública en la que ni siquiera hizo referencia alguna a dicha donación anterior ni, por tanto, manifestó su intención de revocarla. Nuestra litis, en definitiva, alude a la donación hecha en escritura pública y con aceptación de la donataria, para cuya revocación (caso de ser *mortis causa*, que no lo es) requiere la forma testamentaria que no ha existido aquí.

La Sentencia recurrida declara inexistente el contrato de venta al sobrino, y esta declaración de inexistencia se basa en que cuando manifiesta su intención de vender los inmuebles a su sobrino ya no era propietario de los mismos. El propio recurrente tiene la condición de tercero hipotecario respecto de la adquisición.

De los requisitos que el artículo 34 de la Ley Hipotecaria exige para el surgimiento de la figura del tercero hipotecario (adquisición del dominio o algún derecho real sobre bienes inmuebles de buena fe y a título oneroso, de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo e inscripción de dicho derecho a favor del adquirente), el primero de ellos ha sido concretado y puntualizado por reiterada jurisprudencia. La cualidad de tercero hipotecario no la origina el acto o negocio jurídico determinante de la adquisición de un derecho al que no es ajeno el que inscribe con base en tal negocio jurídico su derecho en el Registro de la Propiedad, pues si el acto adquisitivo del tercero es inexistente, nulo o anulable, la fe pública registral no desempeñará la menor función convalidante, ya que únicamente asegura la adquisición del tercero protegido en cuanto la misma se apoye en el contenido jurídico del Registro, que para dicho tercero se reputa exacto y verdadero; pero dicho principio no consolida en lo demás el acto adquisitivo, en el sentido de convalidarlo sanándolo de los vicios de nulidad de que adolezca. El artículo 34 sólo protege frente a la nulidad del acto adquisitivo anterior, no del propio. Esta expresada doctrina jurisprudencial hace que concluyamos que el codemandado no tiene la condición de tercero hipotecario al haber la Sentencia presente declarado inexistente e ineficaz el contrato. Paralelamente, la reiterada doctrina que tipifica la doble venta requiere para su existencia que cuando se perfeccione la segunda venta la primera no haya sido consumada, pues de haberlo sido ya no se da sino una venta de cosa ajena, con las consecuencias jurídicas propias de la misma.

ACCION DE RESPONSABILIDAD POR CULPA EXTRACONTRACTUAL. (SENTENCIA DE 26 DE JULIO DE 1996.)

El Juzgado de Primera Instancia de Jerez de los Caballeros en Sentencia de 15 de abril de 1992 estima parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial de Badajoz (Sección 1.ª) en Sentencia de 5 de noviembre de 1992 desestima el recurso de apelación.

No prospera el recurso de casación.

Es harto numerosa la doctrina de la Sala tendente a prefijar que el artículo 1.214 del Código Civil no contiene norma alguna sobre valoración de la prueba, sino que simplemente regula la distribución de la carga de la misma entre las partes, por lo que su infracción sólo puede ser invocada en casación cuando ante la ausencia de prueba de un hecho concreto que la Sala *a quo* no haya tenido en cuenta dicha regla distributiva del *onus probandi*, al determinar la parte que haya de soportar las consecuencias de esa falta de prueba, supuesto que no se da en el caso, pues la Sentencia recurrida declara probada la existencia de todos los daños que son objeto de litis y que han sido pericialmente valorados, cuya conclusión probatoria ha de ser mantenida al no haberse articulado ningún motivo idóneo para poder desvirtuarla. Además, mediante el expresado motivo lo que en realidad pretende hacer la recurrente es una nueva valoración de la prueba practicada para tratar de imponer su particular e interesado crite-

rio valorativo sobre el imparcial, ponderado y objetivo de la Sentencia recurrida, olvidando con ello que en esta vía casacional no es dable realizar una nueva valoración de toda la prueba practicada en el proceso, pues este recurso extraordinario, como tantas veces se ha dicho, no es una nueva instancia.

La recurrente viene a acusar a la Sentencia recurrida de no haber valorado la prueba pericial según las reglas de la sana crítica; en la Sentencia que recayó se considera probado que los daños causados no excedían de la cuantía del seguro obligatorio. Es jurisprudencia numerosa de esta Sala, cuya notoriedad hace innecesaria una cita pormenorizada de la misma, la de que la apreciación y valoración de la prueba pericial es función privativa de los Juzgadores de la instancia, pues tal criterio valorativo no puede ser sometido a revisión casacional salvo que el mismo llegue a un resultado totalmente ilógico e irracional, supuesto de excepción que no se da en este caso, pues las coincidentes sentencias de la instancia han aceptado la valoración realizada en la prueba pericial.

PRESUNCION DE HECHOS. HECHO BASE Y HECHO DEDUCIDO. SIMULACION DE CONTRATO DE COMPRAVENTA. (SENTENCIA DE 16 DE SEPTIEMBRE DE 1996.)

El Juzgado de Primera Instancia de Puenteareas en Sentencia de 1 de enero de 1992 desestima la demanda. La Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 2.ª) en Sentencia de 26 de octubre de 1992 desestima el recurso de apelación.

No triunfa el recurso de casación.

Al combatir mediante la alegación del «error de hecho» el resultado de los hechos probados, se tiende a impedir con ello la prevalencia de los hechos probados devenidos firmes, a transformar probanzas que no lo son y a defender posiciones revisorias de la prueba acordada en la instancia que desvirtúan el carácter de recurso extraordinario que tiene la casación. Lo primero que llama la atención es el establecimiento de unos hechos que se dicen probados; así las cosas, se considera inviable casacionalmente este modo de razonar, pues dividiéndose la presunción en dos hechos (el hecho base y el hecho deducido) la impugnación del primero sólo cabe hacerlo mediante la denuncia previa de un error de hecho o de derecho en la valoración de la prueba que claramente conduzca al establecimiento de otro hecho concreto diferenciado. En la actualidad, sólo un error de derecho relativo a la valoración de la prueba legal permitiría la alteración del hecho base del que se deduce la presunción *strictu sensu*.

Por lo que respecta a la presente litis, existen datos que constituyen prueba indiciaria suficiente para estimar la simulación del contrato de compraventa; así, es de destacar que la póliza de crédito de la cual eran fiadores los ejecutados estaba vencida, lo que dio lugar al cierre de la cuenta de crédito; el precio fijado por la parte es muy inferior al valor real de la finca; tampoco se acredita la entrega que el comprador alega haber entregado.

En vista de lo expuesto se determina que en ningún caso el Juzgador utiliza la prueba de presunciones en sentido propio según las exigencias del artículo 1.253 del Código Civil, que faculta o autoriza, mas no obliga, a utilizar la prueba de presunciones. Esta tesis sirve tanto para las llamadas pruebas directas como para las indirectas o indiciarias en el sentido que se ex-

presará: las pruebas directas o indiciarias no son suficientes para probar el hecho a demostrar, aunque acompañadas de otros indicios permiten formar la convicción judicial sobre la verosimilitud del hecho. En cambio, en las presunciones el hecho base requiere demostración, pero el hecho deducido vincula al uno con el otro. La presunción no es un indicio.

I. M. G.

AUNQUE LA «PORTERIA» SEA ELEMENTO COMUN, LA JUNTA DE PROPIETARIOS PUEDE ACORDAR POR MAYORIA LA SUPRESION DEL SERVICIO DE PORTERO. (SENTENCIA DE 26 DE FEBRERO DE 1996.)

Doctrina de la Sentencia.—En su sentido prístino, el término «portería» que incluye el artículo 396 del Código Civil entre los elementos comunes claramente se refiere a los elementos físicos del inmueble aptos para destinarse al expresado servicio, como denota la enumeración que realiza (suelo, vuelo, cimentaciones, escaleras, porterías) en función del concepto principal: «elementos del edificio». Por ello, no puede impedirse a la mayoría de los copropietarios que acuerden la supresión del servicio de portería y su sustitución por otro (conserjería, «portero eléctrico» o «vídeo portero») como acto de administración, aunque por supuesto no puedan, sin ajustarse a la regla de unanimidad, arrendar o vender las dependencias o vivienda del portero o dar cualquier otro destino a las mismas. Así han de interpretarse las normas jurídicas invocadas según el sentido propio de sus palabras en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquélla.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL: NO LE ES APLICABLE EL PRINCIPIO «IN ILLIQUIDIS MORA NON CONTRAHITUR». (SENTENCIA DE 27 DE FEBRERO DE 1996.)

Doctrina de la Sentencia.—El artículo 1.905 del Código Civil imputa la responsabilidad al poseedor del animal por los perjuicios que causare, y es arbitrario distinguir entre las acciones del animal para eximir de responsabilidad al poseedor o a quien se sirve de él; basta que el daño esté causado por el animal, que a él se le pueda atribuir.

El brocardo «in illiquidis mora non contrahitur» es incompatible con la naturaleza de la deuda nacida de la responsabilidad extracontractual, pues no es una deuda de suma, sino resarcitoria o compensatoria del daño experimentado, que trata de colocar al dañado en la misma situación que tenía antes de ocurrir el hecho lesivo o, si no es posible, compensarle por esta imposibilidad. La Sentencia que concreta o establece en dinero aquel resarcimiento nada añade ni quita a la naturaleza intrínseca de la deuda, es un puro instrumento para su materialización, por lo que la cantidad a que condene al responsable debe considerarse que forma parte de su patrimonio desde la causación del daño. Así las cosas, los intereses dejados de percibir son suyos, como frutos civiles de dinero de su propiedad, además de que en la actualidad su nominal incorpora el daño de la pérdida de valor de la moneda. Ni los frutos civiles son del deudor ni el acreedor lesionado tiene que sufrir el daño de la devaluación monetaria; no se lograría así el íntegro resarcimiento o compensación del dañado.

LA SOLIDARIDAD NO SE PRESUME EN NUESTRO DERECHO. (SENTENCIA DE 1 DE MARZO DE 1996.)

Doctrina de la Sentencia.—La solidaridad no se presume en nuestro Derecho, y aunque la jurisprudencia de esta Sala ha dulcificado el rigorismo del artículo 1.137 en cuanto al término de que se exprese el carácter solidario en aquellos casos en que aparezca de modo evidente la voluntad de los contratantes de poder exigir o prestar íntegramente el objeto de la obligación, pudiendo existir la solidaridad aun sin constancia expresa o escrita y aunque no se use la palabra de modo literal; y ha admitido también la «solidaridad impropia» por necesidad de salvaguardar el interés social en supuestos de responsabilidad extracontractual (ilícito civil, arts 1.902 y sigs.) cuando hay causación común del daño que conduce a la unidad de responsabilidad; y aun en la contractual, como en el contrato de obra (art. 1.591), cuando la responsabilidad del constructor, arquitecto, aparejador, promotor, etc., no es posible determinarla en su ámbito respectivo.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL: SOLIDARIDAD ENTRE LOS CAUSANTES DEL DAÑO. RESPONSABILIDAD DIRECTA POR CULPA «IN ELIGENDO». (SENTENCIA DE 11 DE MARZO DE 1996.)

Doctrina de la Sentencia —La jurisprudencia de esta Sala establece que la solidaridad surgida entre los agentes a quienes alcanza la responsabilidad por el ilícito culposo con pluralidad de sujetos y la consiguiente posibilidad de que el perjudicado pueda dirigirse contra cualquiera de ellos como deudor por entero de la obligación de reparar el daño causado, de conformidad con lo establecido en el artículo 1.144 del Código Civil, descarta toda posibilidad de apreciar una situación de litisconsorcio pasivo necesario en el ámbito de la culpa extracontractual.

La responsabilidad exigible y derivada de las personas que deben responder por comportamiento culposo o negligente de quienes están en situación de dependencia respecto del principal o empresa por los daños causados a un tercero no es de carácter subsidiario respecto de la definida en el artículo 1.902 del Código Civil, sino directa al derivar de culpa *in eligendo* o *in vigilando*, lo que crea un vínculo de solidaridad entre todos los que alcanza aquella.

INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO. (SENTENCIA DE 21 DE MARZO DE 1996.)

Doctrina de la Sentencia.—El problema de incumplimiento o cumplimiento del contrato es cuestión de hecho, impugnabile por el número 4 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pudiendo revelarse la voluntad de incumplir por una prolongada inactividad o pasividad del deudor, pero sin que pueda exigirse una aplicación literal de la expresión «voluntad deliberadamente rebelde», que sería tanto como exigir dolo; bastando frustrar las legítimas aspiraciones de los contratantes, sin precisarse una tenaz y persistente resistencia obstativa al cumplimiento (SS. de 31 de mayo y 13 de noviembre de 1985).

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL: SU OBJETIVACION EN ACCIDENTES FERROVIARIOS. (SENTENCIA DE 25 DE MARZO DE 1996.)

Doctrina de la Sentencia.—En supuestos de accidentes ferroviarios la jurisprudencia de esta Sala ha establecido que sin tener que acudir a la tendencia que a través de diversos medios (inversión de la carga de la prueba, responsabilidad por el riesgo creado, etc.) viene siendo cada vez más proclive a la objetivación de la responsabilidad extracontractual, sino atendiendo exclusivamente al factor o elemento subjetivo o psicológico de la culpabilidad del agente, que en mayor o menor medida y pese a la expresada sentencia condiciona todo reproche culpabilístico, y teniendo en cuenta, por otro lado, que para que la conducta del agente pueda ser calificada de diligente y exenta, por tanto, de toda connotación de antijuricidad no basta con que se haya adaptado a las exigencias que reglamentariamente le vengán impuestas, sino que ha de atemperarse a las medidas de prudencia y precaución que le vengán impuestas por las circunstancias concurrentes en cada caso para evitar la producción del resultado dañoso.

ARRENDAMIENTO DE OBRA: LA AUTORIZACION DEL DUEÑO PUEDE SER TACITA. (SENTENCIA DE 28 DE MARZO DE 1996.)

Doctrina de la Sentencia.—Según doctrina de esta Sala es posible la revisión de precios de un contrato de ejecución de obra y ha de estimarse como pacto lícito resultante de la concorde voluntad de las partes, sin que sea impedimento a esa validez el contrato de obra a tanto alzado, que puede modificarse introduciendo alteraciones o aumento de precio, porque el artículo 1.593 no contiene una norma de derecho necesario, sino una regla interpretativa de la voluntad tácita de las partes y, por tanto, no implica una limitación legal a la voluntad contractual, sino un complemento de la misma, quedando encomendada la fijación del precio en el contrato de obra a esa libérrima voluntad de las partes, sin que la autorización del dueño para las innovaciones requiera constancia en forma determinada —documental— al ser suficiente la verbal e incluso la tácita, pudiendo llegar a presumirse de haberse realizado las obras en exceso sin oponerse a ellas.

Asimismo tiene dicho esta Sala que el principio de invariabilidad del precio de una obra contratada por ajuste alzado, con arreglo al artículo 1.593 del Código Civil, carece de aplicación, según el mismo precepto establece, cuando se introduzcan cambios en la ejecución, alterando el proyecto primitivo y produciendo «aumento de obra». Claro es que si no se resarce al contratista, el dueño de la obra se enriquecería injustamente con el aumento de obra, en la misma medida en que aquel se empobrecería

HABIENDO OPOSICION A LA RESOLUCION DE UN CONTRATO, ESTE QUEDA VIGENTE HASTA QUE POR LA AUTORIDAD JUDICIAL SE ACUERDE SU RESOLUCION. (SENTENCIA DE 28 DE MARZO DE 1996.)

Hechos.—Se pactó un contrato de explotación de máquinas tragaperras en el que se repartían la recaudación a partes iguales el que suministraba las máquinas y el propietario del local donde se colocaron, pero se pactó que en

el caso de que la recaudación por máquina no sobrepasara las 3.300 pesetas diarias el dueño de las máquinas podía resolver el contrato. Como no se llegaba a tal recaudación, el dueño de las máquinas pretendió retirarlas, a lo que se opuso el otro contratante. Entonces aquél envió al día siguiente a unos individuos que las estropearon introduciendo objetos en ellas. Se siguió juicio de faltas contra el suministrador, que fue condenado. Ahora el propietario del local demanda indemnización, que es concedida.

Doctrina de la Sentencia.—Las sentencias condenatorias firmes dictadas por los Tribunales de la jurisdicción criminal no sólo vinculan a los del orden civil en cuanto a los hechos que declaran probados, sino que tienen el concepto de definitivas respecto a los problemas que resuelven, sobre los que no se puede volver, quedando definitivamente resueltas las responsabilidades civiles derivadas del delito o falta, si así se declara, o quedando efectuada la reserva si así se dispuso (SS. de 14 de diciembre de 1961 y 25 de marzo de 1976).

Asimismo es doctrina jurisprudencial interpretativa del artículo 1.124 del Código Civil la que determina que cuando la declaración resolutoria hecha por uno de los contratantes es contradicha por su oponente queda la cuestión sometida a la sanción de los Tribunales. El contrato queda vigente hasta que por la autoridad judicial se acuerde la legalidad de la resolución.

LAS LETRAS PERJUDICADAS POR CULPA DEL BANCO COMPORTAN LOS EFECTOS DEL PAGO (SENTENCIA DE 1 DE ABRIL DE 1996.)

Doctrina de la Sentencia.—Si el Banco descontante omite los actos de conservación de los derechos inobservando su deber de diligencia, se siguen las radicales consecuencias que ordena el párrafo 2.º del artículo 1.170 del Código Civil, estimándose por tanto que la entrega de la letra al Banco y perjudicada por causa de éste comporta los efectos del pago a pesar de que no haya sido satisfecha a su vencimiento, con lo que la primitiva cesión *pro solvendo* se transforma en cesión *pro soluto*.

En razón del deber de diligencia el Banco ha de intentar el cobro del crédito descontado a su vencimiento y debe realizar los actos que eviten que el crédito prescriba o se perjudique. Cuando el cliente pierde por omisión del Banco cualquier derecho que hubiera tenido si fuera titular del crédito, se aplica el párrafo 2.º del artículo 1.170 y desaparece la obligación de restituir del cliente.

El haber dejado transcurrir el plazo de prescripción, privando de las acciones correspondientes dimanantes de la letra, supone el pleno encaje del supuesto dentro del artículo 1.170.2.º del Código Civil

LA ANOTACION PREVENTIVA NO DA PREFERENCIA RESPECTO A CREDITOS ANTERIORES. OBLIGADO EL ADQUIRENTE DE UNA FINCA A SUBROGARSE EN UNA HIPOTECA AUN NO INSCRITA, HA DE COLABORAR EN LA SUBSANACION. (SENTENCIA DE 6 DE ABRIL DE 1996.)

Hechos.—Banesto concedió a un matrimonio un préstamo de setenta millones con garantía hipotecaria. La escritura no pudo inscribirse en el Registro por diversos motivos. Los deudores reconocieron posteriormente una

deuda de cuarenta y cinco millones a una sociedad y otorgaron escritura de adjudicación en pago de la finca que estaba afecta a la hipoteca del Banesto; en dicha escritura se hacía referencia a la carga hipotecaria y se establecía de modo expreso que la adjudicataria se subrogaba en la hipoteca ya que la finca valía más de cien millones. La escritura de adjudicación accedió al Registro y ya no pudo hacerlo la hipoteca anterior dado que no estaba otorgada por los actuales titulares. Banesto demanda que se posponga la adjudicación a la hipoteca. La demanda se estimó.

Doctrina de la Sentencia.—Los créditos anotados preventivamente en el Registro en virtud de mandamiento judicial por embargos, secuestro o ejecución de sentencias sólo tienen preferencia en cuanto a créditos posteriores, según el número 4 del artículo 1.923 del Código Civil, por lo que siendo la escritura pública de préstamo hipotecario anterior a la fecha de la anotación preventiva, aunque la inscripción de esa escritura sea posterior, es de aplicación el número 4 del artículo 1.923 del Código Civil y debe decidirse la cuestión según la antigüedad de las fechas, siendo preferente el crédito documentado en la escritura pública anterior a la anotación preventiva.

La anotación preventiva de embargo no da al acreedor que la obtiene preferencia respecto de otros anteriores y, como resultado de una providencia judicial dirigida únicamente a garantizar las consecuencias del juicio, no crea ni declara ningún derecho ni altera la naturaleza de las obligaciones, ni mucho menos convierte en real o hipotecaria la acción que anteriormente no tenía ese carácter, ni produce otros efectos que los de que el acreedor que la obtenga sea preferido en cuanto a los bienes anotados solamente a los acreedores que tengan contra el mismo deudor otro crédito contraído con posterioridad a la anotación.

Obligada la adquirente de las fincas por dación en pago a subrogarse en la hipoteca que grava a las fincas adjudicadas y en la deuda que garantizan, no puede beneficiarse ni enriquecerse por el error, sino que ha de colaborar a su subsanación para alcanzar el fin contractual querido por todos, para lo que asiste acción personal al acreedor para que la garantía a la que se comprometió la demandada nazca con la plenitud de los efectos propios de su naturaleza de derecho real, que no tiene hasta el momento pero que puede adquirir por constar todos los datos necesarios, bien con la colaboración voluntaria de la demandada, ya con la sustitución de su consentimiento por la declaración judicial. De no accederse a ello y de entenderse que la recurrente sólo asumió un crédito personal, sin obligación de constituir la garantía hipotecaria que creyó erróneamente constituida, podría traficar con la diferencia de valor económico y llegar a que el crédito de la actora resultase perjudicado.

SEGURO: LA ASEGURADORA QUE NO ABONO CANTIDAD ALGUNA A LOS PERJUDICADOS INCUMPLIO LO DISPUESTO EN EL ARTICULO 20 DE LA LEY DEL CONTRATO DE SEGURO. (SENTENCIA DE 8 DE ABRIL DE 1996.)

Doctrina de la Sentencia.—La sanción que se establece en el artículo 20 de la Ley del Contrato de Seguro no se rige por el principio «in illoquid non fit mora», pues no se trata de una respuesta al incumplimiento de una obligación cuantificada o liquidada en la Sentencia, sino al incumplimiento de una obligación que es previa a la decisión jurisdiccional y que se referirá normalmente a una cantidad inferior, «el importe mínimo de cuanto pueda deber». Cuando el

resultado del siniestro es la muerte de una persona, la aseguradora no puede escudarse en la subjetividad del daño moral para desligarse de los deberes jurídicos que le impone el tenor de los artículos 18, 20, 38 y 76 de dicha Ley.

Las facultades que vienen atribuidas al Juzgador para moderar la multa penitencial en los artículos 1.103 y 1.154 del Código Civil son de indudable aplicación a la sanción establecida en el artículo 20 de la Ley del Contrato de Seguro, si bien debe señalarse que tienen como presupuesto de ejercicio la indeterminación de la causa o causas del siniestro cuando sólo tras las actividad probatoria practicada en el proceso civil han quedado conocidas y singularizadas.

Siendo las causas del siniestro claras e indubitadas, y sólo desconocido el *quantum* indemnizatorio, es incuestionable que la aseguradora que no abonó cantidad alguna a los perjudicados incumplió los deberes impuestos en los artículos 18 y 20 de la repetida Ley.

COMRAVENTA: CONSTITUYE INCUMPLIMIENTO NO PAGAR EL ULTIMO PLAZO, SO PRETEXTO DE QUE NO SE HA OTORGADO ESCRITURA PUBLICA (SENTENCIA DE 10 DE ABRIL DE 1996.)

Doctrina de la Sentencia —En relación con el artículo 1 504 del Código Civil, resulta totalmente correcta la abundante doctrina jurisprudencial que interpreta su aplicación, la cual cabe resumirla en la necesidad de que concurra en una de las partes una voluntad indubitada y categórica de incumplir lo convenido en el contrato, frente al cumplimiento obligacional que incumbe a la que pretende la resolución del contrato, doctrina que también es constante en considerar que corresponde a la Sala de instancia la apreciación y valoración del presupuesto material de cumplimiento e incumplimiento de los respectivos contratantes.

Destacan como presupuestos acreditados en la Sentencia recurrida los relativos a que el comprador entró en posesión de la finca adquirida desde el momento de la firma del contrato vencido el último plazo para pagar el precio, incumplió el obligado a ello y fue requerido notarialmente notificándole la resolución del contrato, contestando que no se pagará el expresado precio hasta que no se otorgue escritura pública, cuyos presupuestos permiten concluir que la sociedad compradora incurrió en la causa resolutoria prevista en el artículo 1 504 del Código Civil.

EL CONTRATISTA NO DEBE REALIZAR LO QUE RESULTE INCORRECTO. (SENTENCIA DE 16 DE ABRIL DE 1996.)

Doctrina de la Sentencia.—La conocida doctrina jurisprudencial de poder cualquiera de los partícipes comparecer en juicio en asuntos que afecten a la comunidad resulta plenamente aplicable, debiendo estimarse legitimada su posición como accionante; no hay constancia de la oposición de ninguno de los comuneros y es evidente el resultado provechoso para todos ellos de lo pretendido en cuanto a las reparaciones del edificio.

No puede proteger al constructor la excusa, que suele darse con frecuencia en estos casos, de que se limitó a ejecutar la obra conforme a lo planeado por el Arquitecto, pues el hacer constructivo no se presenta automático ni de subordinación plena y ciega, ya que siempre cuenta con el margen de no

efectuar aquello que resulte incorrecto (SS. de 22 de septiembre de 1988 y 15 de mayo de 1995).

NO PROCEDE LA RESOLUCION DE LA COMPRAVENTA SI EL CONTRATO PREVEIA QUE EL ULTIMO PAGO SERA AL TIEMPO DE OTORGARSE LA ESCRITURA. (SENTENCIA DE 9 DE MAYO DE 1996.)

Doctrina de la Sentencia.—Para que la actividad resolutoria sea eficaz frente a los compradores, éstos, en los supuestos de impago del precio, deben haber incurrido en incumplimiento injustificado y definitivo que frustre el fin del negocio (SS. de 25 de enero de 1991 y 16 de noviembre de 1993).

Si los demandados no abonaron los últimos pagos era cumpliendo el contrato, pues su clausulado expresa de manera bien precisa y clara que tales abonos tendrían lugar al tiempo de otorgarse las respectivas escrituras o entrega de llaves en los plazos fijados, lo que no pudo tener lugar por la actividad incumplidora del recurrente que convirtió en ineficaces las resoluciones contractuales que llevó a cabo y determinan la subsistencia de los contratos, por lo que los abonos pendientes se presentaban inexigibles en tanto que el recurrente no cumpliera con sus obligaciones contractuales para la conjunción simultánea en el tiempo y lugar del otorgamiento de las escrituras de las cosas vendidas como suficientemente aptas y acomodadas a los negocios concertados, con el percibo entonces de las cantidades que restaban del precio pactado.

REQUISITOS PARA LA APLICACION DE UNA NORMA POR ANALOGIA. EL PLAZO DE IMPUGNACION DE LOS ACTOS ILEGALES DE LAS FEDERACIONES SERA EL MISMO QUE PARA LOS CLUBES. (SENTENCIA DE 10 DE MAYO DE 1996.)

Doctrina de la Sentencia.—El artículo 24.2 del Real Decreto 177/81 dispone: «Los acuerdos y los actos de las Federaciones que sean contrarios al ordenamiento jurídico podrán ser suspendidos o anulados por la Autoridad judicial a instancia de parte interesada o del Ministerio Público». El precepto legal no señala el plazo para el ejercicio de la descrita acción; sí, en cambio, determina este plazo cuando se trata de nulidad de los acuerdos adoptados por los clubes fijando un plazo de caducidad de cuarenta días a partir de la fecha de adopción de los mismos. Resulta evidente que nos encontramos ante una laguna legal que necesariamente debe cubrirse, pues no es concebible jurídicamente la existencia de una acción de impugnación de los acuerdos de una entidad sin determinar el plazo para su ejercicio, dejando a la tal impugnación viva indefinidamente. Se trata de un supuesto contemplado en el artículo 4.1 del Código Civil; la jurisprudencia ha interpretado esta norma exigiendo para la aplicación de la analogía que exista semejanza entre el supuesto de hecho no regulado y el regulado, entendiéndose que se produce esta semejanza cuando en el primero están los elementos sobre los que descansa la regulación del segundo; debiendo traducirse este principio en las siguientes circunstancias: a) que la norma no contemple un supuesto específico, pero sí otro semejante; b) que entre ambos se aprecie la identidad de razón, y c) que no se trate de leyes penales o de ámbito excepcional.

En toda la legislación deportiva se viene equiparando la naturaleza jurídica de los clubes y de las Federaciones, definiendo a ambas entidades como

asociaciones privadas con personalidad jurídica propia que tienen por objeto exclusivo la promoción de actividades deportivas, identificación determinada por el legislador y que no puede ser más dispar si la comparamos con una sociedad mercantil cuya naturaleza, finalidad, etc., se desenvuelve en unos campos radicalmente distintos; motivo por el cual no es posible tomar como norma análoga de aplicación de Ley de Sociedades Anónimas.

J. Q. S.

C) ARRENDAMIENTOS

POR CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ

Arrendamientos rústicos

DESAHUCIO: NO ES APLICABLE LA LEY DE ARRENDAMIENTOS RUSTICOS POR TRATARSE DE TERRENOS INCLUIDOS DENTRO DEL PLAN DE ORDENACION URBANA, Y LOS DOCUMENTOS APORTADOS DESPUES DEL LITIGIO PUDIERON PRESENTARSE ANTES Y NO PUEDEN DESVIRTUAR LA SENTENCIA RECAIDA EN EL MISMO. (SENTENCIA DE 10 DE ABRIL DE 1992.)

El Juzgado número 3 de Marbella calificó el contrato como arrendamiento de solar excluido de la legislación especial cuya aplicación alegaba el demandado, sino que será regulado por las disposiciones del Código Civil con todas sus consecuencias, procediendo el desahucio por expiración del término convencional, sin que se haya convenido la prórroga del mismo.

No ha lugar a la revisión planteada. Se pretende la aplicación de la Ley de Arrendamientos Rústicos porque el contrato celebrado en 1980 era de finca rústica, siendo el Plan de Ordenación Urbana de Marbella de 1986 y por tanto posterior a dicho contrato, siendo de orden público la aplicación de la legislación especial a este contrato. Los documentos aportados no han sido reconocidos como falsos ni es este el procedimiento para tal declaración, cuanto más que la falsedad o discrepancia que alega pudo acreditarse en su caso por el hoy demandante al ser de los comprendidos en el artículo 504 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. No se da ninguno de los supuestos del artículo 1.796 de la Ley de Enjuiciamiento Civil porque no existe la situación de documento recobrado, ya que pudo presentarse oportunamente y no esperar a que se dictase la Sentencia para poder desvirtuar la decisión de la misma. La posible falsedad de los documentos precisa ser declarada en proceso penal, lo que tampoco se ha cumplido.

REVISION DE RENTA: ES AL QUE PRETENDE LA REVISION AL QUE INCUMBE PROBAR LA RENTA USUAL A LA QUE SE REFIERE EL ARTICULO 40 DE LA LEY DE ARRENDAMIENTOS RUSTICOS, Y NO SE PUEDE PRETENDER LA MISMA SIN FIJAR EL «QUANTUM» DEL PRECIO ARRENDATICIO. (SENTENCIA DE 25 DE MAYO DE 1992.)

El Juzgado de Haro desestimó la demanda y la Audiencia Provincial rechazó la apelación.

No procede la casación. A la demanda de revisión del arrendatario se opuso el arrendador, que además reconvino al primero en súplica de que se actualizase el contrato de 1978 con cláusula de revisión, siendo rechazadas en ambas instancias ambas demandas. Es la parte revisionista la que está obligada a acreditar esa renta usual a que se refiere el artículo 40 de la Ley de Arrendamientos Rústicos, con abstracción de si es o no correcto lo contractualmente prevenido; y no se puede proponer una novación modificativa prevista y sancionada legalmente sin estatuir previamente con confirmación procesal adecuada el *quantum* del precio arrendaticio. El procedimiento versa sobre la necesidad de adecuar las cifras o cantidades rentísticas a las que usualmente se satisfagan en el sector o lugar de la misma ubicación predial en fincas de iguales características, que es materia que no puede confundirse con lo que inicialmente convinieron las partes contratantes sobre un elemento real u objetivo tan trascendente como el precio; y para la revisión es imprescindible fijar la situación en el entorno topográfico y que se aprecie la necesidad prevista legalmente de esa revisión o adecuación en aras de esa mayor y mejor reciprocidad de intereses, todo lo cual ha sido tenido en cuenta por la Sala *a quo* conforme al artículo 40 de la Ley de 1980, que no ha sido infringido, como tampoco el artículo 1.252 del Código Civil.

ACCESO A LA PROPIEDAD: AUNQUE SOLO ALGUNAS DE LAS FINCAS QUE INTEGRAN EL «LUGAR ACASARADO» TENGAN CARACTER URBANO, HACEN QUE EL CONJUNTO DE LAS MISMAS TENGA UN VALOR SUPERIOR AL DOBLE DE LAS DE SU MISMA CALIDAD Y CULTIVO EN LA COMARCA. (SENTENCIA DE 10 DE JUNIO DE 1992.)

El Juzgado de Carballino desestimó la demanda, lo que confirmó la Audiencia Provincial de La Coruña.

No se admite la casación. Ejercitada por los actores el acceso a la propiedad de un conjunto de fincas, conocido en Galicia como «lugar acasariado», se opuso la exclusión del arrendamiento del ámbito de la legislación especial, quedando reducida la presente cuestión litigiosa a determinar si concurren en las fincas arrendadas la circunstancia excluyente de tener la finca, por cualquier circunstancia ajena al destino agrario, un valor en venta superior al doble del precio que corresponda en la zona a las de su misma calidad o cultivo. Cuando se postula el acceso a la propiedad del conjunto de las fincas arrendadas es de tener en cuenta el precepto excluyente ya que, aunque sólo cuatro de las quince fincas se benefician de la plusvalía, este mayor valor, referido y sumado al valor del resto, hace que el conjunto del lugar acasariado tenga un precio en venta superior al doble del precio que correspondiera a fincas de su misma calidad en la comarca. Esta circunstancia hace que el «lugar acasariado» quede fuera del ámbito de la legislación especial y, por tanto, de imposible subsunción en la disposición transitoria 3.ª de la Ley de 1980, en relación con el artículo 98.1 de la citada Ley.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO: LA CALIFICACION DE CESION O SUBARRIENDO ES UN CONCEPTO FIJADO POR LA SALA DE INSTANCIA DEDUCIDA DE LOS HECHOS Y NO CABE SU IMPUGNACION POR EL CAUCE UTILIZADO POR EL RECURRENTE. (SENTENCIA DE 16 DE JUNIO DE 1992.)

El Juzgado número 8 de Sevilla estimó la demanda y la Audiencia Provincial confirmó la anterior.

No se admite la casación. Se resolvió el contrato por la cesión de derechos sin consentimiento del propietario, y hay que confirmar la doctrina de la Audiencia porque los documentos procesales de parte no tienen valor a efectos del número 4 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según reiterada jurisprudencia, porque la calificación de cesión o subarriendo es un concepto jurídico obtenido por la Sala de instancia de los hechos y su juicio no es susceptible de impugnación por el cauce procesal utilizado por el recurrente. La calificación jurídica de los contratos incumbe a la Sala de instancia, cuyo criterio prevalece salvo que sea ilógico o ilegal. Calificada de subarriendo la cesión efectuada no cabe hablar de infracción de dicha norma, sino de su correcta aplicación porque, según ella, los subarriendos son causa de desahucio.

Arrendamientos urbanos

EXTINCION DE ARRENDAMIENTO: EL RECURSO SE FUNDA EN QUE EL ARRENDAMIENTO ERA DE LOCAL Y NO DE INDUSTRIA. A PESAR DE QUE EL RECURRENTE ADMITIO EN LA CONTESTACION A LA DEMANDA QUE EL CONTRATO ERA DE INDUSTRIA. (SENTENCIA DE 15 DE ABRIL DE 1992.)

El Juzgado número 3 de Orense estimó la demanda, confirmando parcialmente la Audiencia Provincial.

No se admite la casación. El recurrente alega que el contrato era de local y no de industria, pero en la contestación a la demanda aceptó que el litigio verse sobre un arrendamiento de industria y así lo ratificó en el proceso, lo que integra una cuestión nueva en casación que no puede admitirse en este momento procesal. El fallo habla de una actualización de rentas limitada a aquellos pactos referida exclusivamente a las rentas que venzan hasta que se haga entrega de lo arrendado a dicha comunidad, todo ello concorde con que el pronunciamiento del fallo acuerda la extinción del contrato de arrendamiento de industria objeto del litigio. Los Tribunales han de concordar sus decisiones con las cuestiones de hecho y de derecho que los litigantes sometan a su conocimiento sin alterar la causa de pedir esgrimida en el proceso ni transformar el problema en otro distinto porque en caso contrario quedaría alguno de los contendientes sin posibilidad de rebatir los argumentos de su adversario ni de practicar pruebas, con la consiguiente indefensión que ello podría acarrear.

RETRACTO: SI EL INMUEBLE ARRENDADO PUEDE DESTINARSE A CUALQUIER TIPO DE ACTIVIDAD COMERCIAL O INDUSTRIAL PERMITIDAS POR LA LEY, ESTA CLARO QUE EL ARRENDAMIENTO ES DE LOCAL DE NEGOCIO. (SENTENCIA DE 22 DE ABRIL DE 1992.)

El Juzgado de Tarancón desestimó la demanda y la Audiencia Provincial confirmó la anterior.

Triunfa la casación. Entendieron el Juzgado y la Audiencia que lo arrendado fue una industria y el contrato se regía por el Código Civil, en el que no existe retracto. Pero el párrafo 2.º del artículo 3 de la Ley de Arrendamientos Urbanos dice que si la finalidad del contrato es el establecimiento por el arrendatario de su propio local o negocio quedará comprendido en la presente Ley y conceptuado como arrendamiento de local por muy importantes, esenciales o diversas que fueran las estipulaciones pactadas o las cosas que con el local se hubieran arrendado. Debe prosperar el motivo porque la cláusula 4.ª del contrato establece que el inmueble arrendado podrá destinarse a cualquier tipo de actividad contractual, comercial o industrial permitida por la Ley. Tal cláusula admite un solo sentido, conforme al cual el objeto es un local de negocio. Si lo arrendado fuese una industria no se habría conferido al arrendatario la facultad de destinar el inmueble según su voluntad, y el arrendatario de industria, tras cambiar el destino mal podría cumplir el deber del artículo 1.557 del Código Civil que impide variar la forma de la cosa arrendada o destinarla al uso pactado (art. 1.555) y sobre todo el de devolver la industria que recibió (art. 1.561) si la convierte en otra diferente. Tampoco tendría sentido la autorización para subarrendar ya que los arrendamientos del Código Civil tienen comprendida dicha facultad.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO: LA FUSION DE SOCIEDADES ANTES DE LA LEY DE 1989 PRODUCIA EL EFECTO DE CAMBIO DE ARRENDATARIO O TRASPASO SIN QUE LA NUEVA LEY TENGA EFECTO RETROACTIVO. (SENTENCIA DE 13 DE MAYO DE 1992.)

El Juzgado de Zafra desestimó la demanda, pero la Audiencia Provincial estimó la apelación.

No triunfa la casación. Como consecuencia de la fusión de los Bancos de Bilbao y Vizcaya ha existido traspaso de local del antiguo Bilbao al actual. La cláusula que autoriza el traspaso puede no dispensar de cumplir los requisitos para el mismo y prescindir de la posición jurídica del arrendador. Unicamente se releva de obtener el consentimiento del arrendador, pero no exime de cumplir los demás requisitos aplicables, pues de no ser así se dejaría el contrato al arbitrio del arrendatario en cuanto supone disponer del uso y disfrute del inmueble objeto del contrato infringiendo el artículo 1.256 del Código Civil, a lo cual no alcanza la cláusula que autoriza el traspaso. No es aplicable la jurisprudencia que entiende que no hay traspaso en los casos de absorción, ya que la fusión significa la desaparición de una sociedad y su sustitución por otra nueva. El arrendador no ha renunciado a los derechos de tanteo y retracto por el hecho de haber consentido el traspaso. La Ley de 1989 de «adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la Comunidad Europea» considera que no hay traspaso en la transformación y fusión de sociedades, viniendo a reconocer que antes de ella —entró en vigor el 1 de enero de 1990— si no se cum-

plían los requisitos para el traspaso la fusión produciría el efecto resolutorio previsto por la Ley de Arrendamientos Urbanos.

DESAHUCIO: POR TRATARSE DE ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA PROCEDE LA RESOLUCION POR HABER VENCIDO EL PLAZO CONTRACTUAL. (SENTENCIA DE 20 DE MAYO DE 1992.)

El Juzgado número 2 de León estima la demanda y la Audiencia confirmó.

No se admite la casación. En un proceso anterior se rechazó la demanda por no haber vencido el plazo de vigencia de la prórroga contractual en el momento de la presentación de la misma, considerando excluido el arrendamiento de la legislación especial por ser arrendamiento de industria, dándose la excepción de cosa juzgada por darse la más completa identidad entre ambos litigios. Por otra parte, ya ha vencido el plazo contractual, por lo que procede la resolución del arrendamiento.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO. NO PROCEDE PORQUE LA ACTORA CONOCIA QUE LOS DOS ARRENDATARIOS HABIAN CONSTITUIDO UNA ENTIDAD SOCIAL CUYO ROTULO SE ANUNCIABA EN EL LOCAL (SENTENCIA DE 8 DE JUNIO DE 1992.)

El Juzgado número 2 de Bilbao desestimó la demanda y la Audiencia de Bilbao rechazó la apelación

No se admite la casación. La actora arrendó el local a los dos demandados, teniendo conocimiento de que estas dos personas habían constituido la entidad social con cuyo rótulo ya estaban anunciados en el frontispicio del local siendo los únicos socios de dicha sociedad, por lo que la arrendadora consentía al formalizar el referido contrato que los arrendatarios fuesen los dos señores como únicos socios y representantes de la entidad social referida. Además percibió cuatro millones como participación en un hipotético traspaso entre un arrendatario anterior y este nuevo, pasando más de un año hasta que pretende la resolución del arrendamiento por subarriendo o traspaso inconstituido, siendo que durante este tiempo conocía la situación existente, por lo que podría darse un caso de abuso de derecho que no ha sido el fundamento de la resolución decretada.

C. R. R.

4. JURISPRUDENCIA PROCESAL

Por ERNESTO CALMARZA CUENCAS

DILIGENCIAS PARA MEJOR PROVEER.—DOCTRINA. (SENTENCIA DE 31 DE MAYO DE 1995.)

Ponente: Excmo. Sr don Gumersindo Burgos y Pérez de Andrade.

Las diligencias para mejor proveer son totalmente ajenas al impulso procesal de las partes, al principio dispositivo que orienta todo el ordenamiento pro-

cesal civil, y gozan de la misma naturaleza que las demás formalidades esenciales del juicio, siendo pacífica la doctrina del Tribunal Supremo recomendando moderación en el uso de esta facultad inquisitiva, evitando que mediante esta diligencia se pueda suplir el actuar negligente de cualquiera de las partes

RECURSO DE REVISION: LEGITIMACION ACTIVA. (SENTENCIA DE 7 DE JUNIO DE 1995.)

Ponente: Excmo. Sr. don Teófilo Ortega Torres.

Carece de legitimación activa para promover el recurso extraordinario de revisión quien no fue parte en el proceso en el que recayó la Sentencia firme cuya anulación se solicita, ya que dicha Sentencia sólo puede desplegar su eficacia respecto a las personas que intervinieron como partes, si bien se ha admitido la legitimación de otras personas verdaderamente interesadas en el resultado del litigio aunque no hubieren comparecido en éste.

CUESTION DE COMPETENCIA. (SENTENCIA DE 10 DE JUNIO DE 1995).

Ponente: Excmo. Sr. don Jaime Santos Briz.

No existiendo una renuncia clara y terminante al fuero propio, como exige el artículo 57 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la norma del artículo 62.1.º de la misma Ley remite como competente para el ejercicio de las acciones personales al Juez del lugar en que deba cumplirse la obligación.

RECURSO DE REVISION.—MAQUINACION FRAUDULENTA. (SENTENCIA DE 14 DE JUNIO DE 1995.)

Ponente: Excmo. Sr. don Jaime Santos Briz.

Hechos.—La Sentencia base de este recurso de revisión recayó en un procedimiento en el cual el ahora recurrido obtuvo la resolución del contrato de arrendamiento urbano de un local-almacén propiedad del mismo recurrido alegando la causa resolutoria consistente en el no uso del local arrendado durante el tiempo señalado en la Ley.

De lo actuado consta acreditado: *a)* Que el ahora recurrente en revisión no fue citado ni emplazado en el citado juicio, pues lo único que se practicó fue un requerimiento, no citación ni emplazamiento, en una vecina del local sin entrega de cédula para notificaciones. *b)* Que el ahora recurrido conocía el teléfono del recurrente, ya que figura en la guía telefónica, y el mismo dio oportunidad a su Abogado para que avisase al ahora recurrente para comunicarle que en el mismo día se iba a proceder al lanzamiento en ejecución de la Sentencia resolutoria del referido contrato, como así se hizo en dicho día y al siguiente. *c)* Que el recurrido no ha acreditado que con anterioridad comunicase tal aviso al ahora recurrente. *d)* Que el arrendador recibía mensualmente, con puntualidad y por transferencia bancaria, el importe de la renta del local expresado.

Doctrina.—El Tribunal Supremo entiende que queda acreditada la actuación maliciosa constitutiva de maquinaciones fraudulentas que dan lugar a la

revisión de la Sentencia, toda vez que dicha Sentencia se obtuvo por medio de ardidés o artificios tendientes a impedir la defensa del adversario, de suerte que hay un nexo causal eficiente entre el proceder malicioso y la resolución judicial; constituye en este caso artificio propio de maquinación fraudulenta el aducir el demandante de resolución de contrato desconocer el domicilio del demandado e interesar su emplazamiento por edictos, previa una defectuosa diligencia de citación por medio de vecinos, todo ello pudiendo sin dificultad alguna determinar aquel domicilio del ahora recurrente a través de la guía telefónica, que indudablemente poseía el recurrido en revisión.

CUESTION DE COMPETENCIA. (SENTENCIA DE 16 DE JUNIO DE 1995)

Ponente: Excmo. Sr. don Teófilo Ortega Torres.

La demanda base de esta cuestión de competencia reclama el pago del precio de unas mercancías vendidas por A a B.

En este caso es de aplicación lo dispuesto en la regla 1.ª del artículo 62 Ley de Enjuiciamiento Civil que atribuye la competencia al Juez del lugar en que deba cumplirse la obligación.

La obligación, es decir, el pago del precio de las mercancías ha de cumplirse, cuando las partes no han fijado lugar para ello como sucede aquí, en el lugar de la entrega de la cosa vendida (art. 1.500.2.º CC, aplicable a las compraventas mercantiles. Por tanto, el TS declara competente el Juzgado correspondiente al lugar donde se entregó la mercancía).

LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO. LA CENSURA POR TAL CAUSA HA DE PRODUCIRSE POR EL CAUCE DEL NUMERO 3.º DEL ARTICULO 1.692 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL Y NUNCA POR VIA DE SU NUMERO 5.º (HOY TRAS LA LEY 103/1992, NUM. 4.º). (SENTENCIA DE 27 DE JUNIO DE 1995.)

Ponente: Excmo. Sr. don Matías Malpica y González-Elipe.

RECURSO DE REVISION CONTRA AUTO DICTADO EN PROCEDIMIENTO JUDICIAL SUMARIO DEL ARTICULO 131 DE LA LEY HIPOTECARIA (SENTENCIA DE 28 DE JUNIO DE 1995.)

Ponente: Excmo. Sr. don Jaime Santos Briz.

El artículo 1.796 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sienta como presupuesto ineludible del recurso de revisión que ha de preceder «una sentencia firme», por lo que no es posible su admisión contra el auto que pone final al procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria al no existir Sentencia firme que rescindir.

Hay que tener en cuenta que el artículo 132 de la Ley Hipotecaria establece que «todas las demás reclamaciones que puedan formular... se ventilarán en el juicio ordinario que corresponda».

Véase Sentencia de 5 de julio de 1995.

RECURSO DE REVISION.—NO PROCEDE CONTRA SENTENCIAS DICTADAS EN JUICIOS EJECUTIVOS.—INADMISION POR PRESENTACION EXTEMPORANEA. (SENTENCIA DE 5 DE JULIO DE 1995.)

Ponente: Excmo. Sr. don Jaime Santos Briz.

- 1 El plazo de tres meses para interponerlo es de caducidad.
2. Los artículos 1.796 y 1.797 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sólo permiten el extraordinario y excepcional recurso de revisión frente a una Sentencia firme, o sea, contra la que no quepa ya medio impugnatorio alguno. Y tal condición de firmeza no es predicable para las sentencias dictadas en los juicios ejecutivos, ya que según el artículo 1.479 de la Ley de Enjuiciamiento Civil tales sentencias no producen excepción de cosa juzgada, quedando a salvo el derecho de las partes para promover el ordinario sobre la misma cuestión.

Véase Sentencia de 28 de junio de 1995.

CUESTION DE COMPETENCIA.—SUMISION EXPRESA. (SENTENCIA DE 5 DE JULIO DE 1995.)

Ponente: Excmo. Sr. don Luis Martínez-Calcerrada Gómez.

El Tribunal Supremo decide en este caso la competencia a favor del Juzgado al que las partes se sometieron expresamente en el contrato de compraventa, y ello porque la cláusula de sumisión aparece impresa en las condiciones generales al dorso del contrato a que se remite «las condiciones de venta» que constan antes de la firma del mismo, a la misma altura donde consta, también impreso, el «recibí la mercancía», de lo que se deduce que fue conocida por el comprador demandado que lo firmó, por lo que pudo perfectamente rechazarla.

LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO.—SUBSANACION DE DEFECTOS EN LA COMPARECENCIA DEL ARTICULO 693 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL. (SENTENCIA DE 7 DE JULIO DE 1995.)

Ponente: Excmo. Sr. don Gumersindo Burgos y Pérez de Andrade.

La jurisprudencia que creó la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario la basaba en los principios de que nadie puede ser condenado en juicio sin ser oído y vencido, y en la autoridad de la cosa juzgada, evitando que sobre un mismo asunto puedan recaer sentencias contradictorias; debiendo cuidar los Tribunales que el juicio se ventile con todas aquellas personas que puedan resultar afectadas por la sentencia al estar interesadas en la relación jurídica controvertida.

Pues bien, según la más reciente doctrina del Supremo la falta de litisconsorcio puede ser corregida mediante el emplazamiento de los que debieran ser demandados, a cuyo efecto puede utilizarse la comparecencia obligatoria del artículo 693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El contenido de los números 2 y 3 del artículo 693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil permiten subsanar y corregir los defectos observados en los escritos expositivos o salvar la falta de algún presupuesto procesal, todo ello en

aras del espíritu que informa el artículo 11.3º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de una correcta economía procesal, y en garantía del derecho fundamental amparado en el artículo 24 de la Constitución española.

INADMISIBILIDAD DE LITISCONSORCIO ACTIVO NECESARIO.—EXISTENCIA DE LEGITIMACIÓN «AD CAUSAM». (SENTENCIA DE 13 DE JULIO DE 1995.)

Ponente: Excmo. Sr. don Gumersindo Burgos y Pérez de Andrade.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo tiene establecido que la figura doctrinal del litisconsorcio activo necesario no está prevista en la Ley y no puede equipararse al litisconsorcio pasivo necesario impuesto en su acogimiento jurisprudencial incluso de oficio en defensa del principio de que nadie puede ser condenado sin ser oído. Pero a este efecto, como quiera que nadie puede ser obligado a litigar, ni solo ni unido a otro, la consideración de que la disponibilidad del sujeto demandante sobre el objeto de la demanda no puede ejercitarse sino en forma conjunta o mancomunada con otro sujeto, se traducirá en una falta de legitimación activa que como tal carecería de un presupuesto preliminar a la consideración del fondo, pero basado en razones jurídico-materiales, lo que debe conducir a una Sentencia desestimatoria, pero nunca a una apreciación de la inexistente, legal y jurisprudencialmente, excepción de litisconsorcio activo necesario.

CUESTION DE COMPETENCIA. (SENTENCIA DE 25 DE JULIO DE 1995.)

Ponente: Excmo. Sr. don Teófilo Ortega Torres.

La base de esta cuestión de competencia está en el ejercicio de una acción personal para el cobro del precio de la venta de unos géneros

Teniendo en cuenta que en el ejercicio de las acciones personales es aplicable la regla 1.º del artículo 62 de la Ley de Enjuiciamiento Civil («será Juez competente el del lugar en que deba cumplirse la obligación») y que en el albarán aportado a autos figura un sello con las palabras «portes debidos», y además la frase «recibimos a portes debidos con garantía de los socios sobre la sociedad», es reiterada la doctrina del Tribunal Supremo de atribuir en estos casos la competencia al órgano jurisdiccional del lugar donde el vendedor tiene su establecimiento por entenderse, en principio, que en éste debe satisfacerse el precio.

ERROR JUDICIAL.—DOCTRINA. (SENTENCIA DE 26 DE JULIO DE 1995.)

Ponente: Excmo. Sr. don Pedro González Poveda.

El Tribunal Supremo tiene declarado.

1.º Que el error judicial «es definido como aquel error cometido en una resolución que ha adquirido firmeza al ser insubsanable dentro del proceso por la vía del recurso» (Sentencia de 14 de diciembre de 1993).

2.º Que el artículo 293, apartado f), de la Ley Orgánica del Poder Judicial determina que no procederá la declaración de error mientras no se hubieren

agotado previamente los recursos previstos en el ordenamiento (STS de 14 de marzo de 1994), y en similares términos se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 1995 y la de 15 de febrero del mismo año, que afirma que tampoco puede acudir a este cauce cuando existan otras vías judiciales para reparar el supuesto daño.

RECURSO DE CASACION.—INADMISION POR RAZON DE SU CUANTIA.
(SENTENCIA DE 5 DE SEPTIEMBRE DE 1995.)

Ponente: Excmo. Sr. don Eduardo Fernández Cid de Temes.

Es doctrina reiterada del Tribunal Supremo que como cuestión previa, incluso de oficio, ha de examinarse si la Sentencia de la Audiencia es o no susceptible de recurso de casación dado el carácter de orden público que tienen las normas reguladoras del proceso, pues las causas de inadmisión se convierten en causas de desestimación.

En el presente caso se desestima el recurso por no alcanzar la cuantía mínima exigible, 3.000.000 de pesetas, antes de la Ley 10/1992, de 30 de abril, y 6.000.000 de pesetas a partir de esa fecha.

CUESTION DE COMPETENCIA. (SENTENCIA DE 10 DE NOVIEMBRE DE 1995.)

Ponente: Excmo. Sr. don Jesús Marina Martínez-Pardo.

Se trata del ejercicio de una acción personal para cobro de parte del precio de adquisición de géneros de zapatería en contrato mercantil.

Por ser personal la acción es Juez competente, al no existir sumisión expresa ni tácita, el del lugar de cumplimiento de la obligación y subsidiariamente, a elección del actor, el del domicilio del demandado o el lugar del contrato.

Antes de aplicar la regla electiva subsidiaria debe analizarse cuál será el lugar de cumplimiento de la obligación. Como en el contrato nada se dice, ha de deducirse del lugar de entrega de la cosa vendida, y como las cosas se entregaron materialmente en el domicilio del demandado, allí debe entenderse fijado el lugar del pago y, consecuentemente, el que fija la competencia.

E. C. C.

INFORMACION BIBLIOGRAFICA

KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA ROSA: *Calificación registral de documentos que tienen origen en decisiones judiciales*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1996.

Cuando en el «reparto» de libros y monografías para recensionar me entregaron éste que va a ser objeto de mis notas, me vino a la memoria un artículo publicado en la Revista Notarial del Colegio de Escribanos de Buenos Aires (núm. 917, págs. 71 y sigs.) de la misma autora y bajo el título «Calificación registral de los documentos de origen judicial». Existe —aparte la extensión de la monografía y la visión genérica del problema— una variante frente al citado artículo, y es que aquí se estudia la calificación registral referida a documentos «que tienen su origen en decisiones judiciales». Ello, como advierte la autora, amplía el tema, pues no sólo se estudia la calificación de documentos judiciales, sino todos aquellos que plasman la ejecución o el cumplimiento de sentencias u otros actos del poder judicial. La distinción es importante y creo que en alguno de mis trabajos la utilizo, pues en los últimos casos —a mi entender— se agranda el poder calificadorio.

La calificación del documento judicial se aparta en nuestro derecho de la igualdad de trato que parecen tener los tres caminos documentales de acceso al Registro: documentos notariales, administrativos y judiciales. La igualdad se trueca en desigualdad, pues los dos últimos tienen un trato diferente, y eso que, en la práctica, la perfección sólo puede predicarse mayoritariamente del documento notarial. El documento administrativo y el judicial aparentemente perfecto es preciso examinarlo con mucha atención. Conozco un caso en el que el documento era impecable, salvo el número del Juzgado, que no existía en la localidad. Por todo ello me siento atraído por este trabajo de esta autora de procedencia argentina y que ostenta el título de Ministro de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza. En este momento me resulta muy difícil *ponerla cara*, aunque en mis muchas visitas a Argentina tenía que conocerla; pero la conozca o no, la debo enviar mi reconocimiento por haber manejado los diversos trabajos que dedicó a la materia. Su trabajo monográfico se une al conjunto de ellos que hace muy poco publicaba el Colegio de Registradores y en el que colaboramos muchos autores bajo el genérico título de «Calificación registral».

La monografía viene estructurada en una serie de capítulos que suman diez, a los que preceden un índice sumarial, unas claves de abreviaturas y le siguen una reflexión final y una larga lista bibliográfica. Con el permiso de la autora —y apartándome de mi costumbre de seguir en forma peatonal la estructura elegida—, quiero hacer solamente tres apartados en esta recensión: la calificación del documento judicial, la calificación de documentos que tienen origen en decisiones judiciales y el sistema recursivo. Debe advertirse que se trata de un «estudio comparativo» entre el sistema argentino y el español.

A) CALIFICACIÓN DE DOCUMENTOS JUDICIALES

Antes de entrar en el caso concreto de la calificación del documento judicial, la autora —con buen criterio— expone el concepto y esencia de la calificación, así como su naturaleza y caracteres. Como supongo que estas notas llegarán algún día a sus manos, debo apuntar que el Ministerio de Justicia —anterior al actual—, en el Real Decreto 1879/1994, de 16 de septiembre, tuvo la gran «osadía» de considerar a la calificación registral y a las resoluciones de la Dirección General como «actos de jurisdicción voluntaria», aseverando que tanto las calificaciones de los Registradores de la Propiedad como los Mercantiles «no son actos administrativos». Y yo pregunto. ¿Si en los actos de jurisdicción voluntaria, en su mayoría, el Juez no entra en el «fondo» del asunto, cómo se pueden asimilar a los actos de calificación?

Después de examinar los elementos de la calificación, los límites y sus efectos, la autora pasa al tema cuyo epígrafe hemos destacado, en el que siguiendo las pautas marcadas por nuestro artículo 100 del Reglamento Hipotecario va desmenuzando las exigencias de la forma, la congruencia del mandato con el procedimiento, la competencia y los obstáculos que surjan del Registro. Todo ello con referencias al Derecho argentino y a conclusiones de Congresos, Jornadas y Reuniones. Especialmente se estudian los casos que ofrecen la calificación de la petición de anotaciones preventivas, singularmente las de demanda y los embargos, no sólo en la competencia de funcionarios para dictarlas, sino en los pormenores del procedimiento, y el problema de la firmeza de la resolución que decreta el embargo y la que ordena la anotación. Singularmente se enfoca el problema de su relación registral con el principio de tracto sucesivo

B) DOCUMENTOS CON ORIGEN EN DECISIONES JUDICIALES

En el fondo, alguno de los casos que incluyo en este apartado —por ofrecer singularidades frente a la norma general— son documentos judiciales y no de cualquier otra clase, como el caso de las adjudicaciones de bienes en los casos de subasta pública en los que es suficiente el auto de aprobación del remate (testimonio del auto) que debe acompañarse del mandamiento que ordena las cancelaciones procedentes. Lo mismo puede predicarse de los casos de juicios concursales, como la suspensión de pagos y quiebras

Otros supuestos —también estudiados en profundidad— son los que —en el ámbito argentino— se relacionan con el régimen de propiedad horizontal, así como los que pueden afectar al régimen de bienes en el matrimonio y la declaración de dominio en los expedientes para el ingreso de fincas en el Registro.

C) EL SISTEMA RECURSIVO

Las dos vertientes en las que se puede discutir la calificación o el resultado de la calificación son el recurso gubernativo y la licitación sobre la validez o nulidad ante la jurisdicción ordinaria del acto o contrato que pretende ser inscrito. La autora advierte —ante la carencia de una Dirección General de los Registros y del Notariado como la española— que la exposición se hace con

arreglo a nuestra legislación, sin perjuicio de hacer las oportunas referencias, ya que cada provincia argentina tiene su regulación propia en esta materia «recursiva».

La autora plantea de nuevo si los actos de calificación registral deben ser sometidos, en vez de a un recurso gubernativo, a la jurisdicción judicial de los Tribunales de Justicia en base al principio de unidad de jurisdicción y la expresión más o menos afortunada del artículo 106 de la Constitución española. Es una vieja y trasnochada cuestión. Si la jurisdicción judicial tiene un fenomenal atraso y se cuentan por miles los asuntos pendientes, ¿cómo les vamos a encargar que resuelvan los recursos contra las calificaciones registrales? Ese argumento de «sentido común» tiene otros apoyos en la misma Constitución española, ya que el artículo 9, en su relación con el 149, nos atribuye la función calificadora, cosa que no sucede cuando se trata —conforme al art. 105 de la misma Constitución— de los Registros administrativos o archivos. Podríamos llenar páginas y páginas, pero debe recordarse a la autora que en España subsisten Tribunales especiales que se apartan de la «unidad jurisdiccional». Recuerde, sin ir más lejos, el fabuloso Tribunal de las Aguas valenciano que, aparte del espectáculo entrañable, tiene raíces difficilísimas de arrancar.

En la presentación del libro sobre «calificación registral» se cometió la imprudencia en uno de los intervinientes de intentar defender esa tesis, y DIEZ-PICAZO, que habló en representación de la editorial, contó la anécdota de que cuando se alteró la función calificadora en la Ley de Ultramar y se convirtió al Registrador en «funcionario» el sistema dejó de «funcionar». Las novedades «temerarias» terminan pasando la factura

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

ROVIRA JAÉN, FRANCISCO JAVIER: *El pacto resolutorio en la venta de bienes inmuebles (su razón histórica)*, Cívitas, 1995.

Al estar preparando un comentario crítico a una «desafortunada» resolución de la Dirección General de los Registros —procedente de la etapa anterior a la que ahora se ha iniciado— tropecé con el trabajo de RAFAEL RIVAS ANDRÉS, Notario, quien al ocuparse de la figura de la cesión de solar a cambio de pisos futuros hacía resaltar lo arriesgado que supone determinar *a priori* qué parte contratante es la «débil» y más necesitada de asistencia y asesoramiento notarial (art. 147 del Registro Notarial). La verdad es que en el caso que examinaba el Notario había una cesión de solar a cambio de una obligación garantizada con condición resolutoria, lo cual no sucedía en la que me había tocado comentar (R. 16 mayo 1996), donde el desequilibrio de intereses a proteger era notorio y palpable.

A mi entender —y creo que esa es la idea orientadora del autor de este estudio monográfico— no es el juego de los intereses a proteger, sino la terrible confusión de ciertos artículos del Código Civil que hacen «casi inoperante» (frase que encaja perfectamente en el estudio que hace JOSÉ ÁNGEL MARTÍNEZ SANCHIZ sobre el «deterioro» del pacto resolutorio) el juego resolutorio de la condición. Maliciosamente, podría también pensarse en que si las dos garantías que el pago aplazado tiene en la legislación (resolución expresa e hipoteca) quedan reducidas a una —que es la hipoteca—, el campo del negocio bancario se amplía considerablemente.

Debe apresurarse el recensionista a aclarar que el autor atribuye el «deterioro» creciente de la condición resolutoria a la lectura equivocada de los artículos 1.504 y 1.124 del Código Civil de espaldas a la tradición histórica, que ha provocado que tanto el Tribunal Supremo como la Dirección General lleguen a «confundirlos». Una es extrajudicial y otra judicial. Por eso el estudio —sin perjuicio de admitir la relación entre ambos artículos, sin confundirlos— se dirige a investigar la razón histórica de la institución, su licitud y utilidad para incardinarla dentro de las innovaciones que presenta nuestra sociedad actual. Se trata de buscar la identidad española de la institución en relación con su antecedente francés, rechazando el error de haber acudido a la doctrina italiana que carece de preceptos semejantes a los artículos 1.504 del Código Civil y 1.656 del Code.

La monografía se estructura en tres partes bien definidas: la histórica en su evolución influyente en la institución; el tema del principio de la autonomía de la voluntad para configurar el pacto de *lex commissoria* como una solución de autotutela privada para conseguir la mejor seguridad jurídica, y la tercera, destinada a la aplicación práctica de las doctrinas y construcciones jurídicas apuntadas. Para desarrollar todo ello el autor señala los elementos metodológicos empleados: la remisión a la metafísica, el reconocimiento del valor de la dignidad y la autonomía de la voluntad, así como la acentuación histórica en los ideales jurídicos o programas de derecho puestos en armonía con cada una de las realidades sociales concretadas. Todo ello bajo el lema orteguiano: «El hombre no tiene naturaleza, sino que tiene historia».

Esta monografía debería servir para aclarar puntos y deslindar situaciones, pero me temo que el «miedo» a la institución que han tenido la jurisprudencia del Supremo y la doctrina de la Dirección sigan dejando «impracticable» la misma. Malo fue la inicial discusión entre «expresa y explícita», pero peor, mucho peor, fue lo que vino después.

A) PRIMERA PARTE

El autor va espaciando su exposición destinando un primer apeadero al Derecho romano, otro al Derecho altomedieval español, otro a la recepción del Derecho común y tres más a la práctica notarial hasta el siglo XVIII, Derecho francés y a la etapa codificadora española.

Se parte de la idea de que en el Derecho romano clásico sólo se podía exigir el cumplimiento de la obligación incumplida, pero no la resolución, salvo en los casos de los contratos innominados y en la compraventa con pacto de *lex commissoria*. Se avanza el estudio en el Derecho romano postclásico y en el justiniano, para llegar a la construcción dogmática de la venta con *lex commissoria romana* y el texto del *Digesto*, Libro XVIII, Título III. En el Derecho altomedieval español se estudian el período visigótico y la reconquista peninsular, estando constituidas las fuentes por el Derecho romano vulgar y el provincial, así como el Derecho consuetudinario hispánico y germánico (Códigos de Eurico, *Liber Iudiciorum*, Fuero Juzgo, Fuero Real y los matices de Castilla y León, Aragón, Navarra y Cataluña). En la etapa de la recepción del Derecho común se estudian las Leyes de Partidas y la Doctrina de los juristas.

Las tres últimas etapas de esta exposición histórica la constituyen la práctica notarial, la legislación francesa y la etapa de la codificación española. La práctica notarial, representada por las obras de MONTERROSO, PEDRO DE SIGÜEN-

ZA y JOSÉ FEBRERO, instrumenta el pacto de la *lex commissoria*. Por lo que se refiere al Derecho francés, el autor señala cómo al disminuir la penalidad el pacto comisorio llega a generalizarse y a imponerse el principio de resolución legal por incumplimiento. Estos antecedentes dan paso al Código napoleónico y al examen del artículo 1.656, verdadero antecedente del artículo 1.504 del Código Civil. La tercera etapa la representa la evolución de la codificación española, que va a culminar suprimiendo el requisito de la «mora» por el de la simple notificación judicial o acta notarial del Anteproyecto de 1882.

B) SEGUNDA PARTE

En esta segunda parte de la obra se estudia la resolución de la venta inmobiliaria en el vigente Derecho español. Para ello el autor utiliza dos capítulos: uno, destinado a señalar las diferencias de la condición resolutoria expresa y los de la legal implícita, estudiando diversos temas conexos; otro, dedicado a los efectos de la resolución de la venta.

Una vez deslindados los supuestos de los artículos 1.124 y 1.504 del Código Civil, señala como presupuestos de este último: el ámbito de su aplicación, el requisito del incumplimiento y la constitución en mora. Las diferencias en sus efectos son diferentes: una es judicial y otra de pleno derecho, una supone una acción resolutoria y otra un poder resolutorio. Junto a ello va desmenuzando el problema de la autonomía de la voluntad, la dogmática de la condición, su ámbito en el tráfico jurídico, la cancelación de la condición y el ejercicio de la resolución y la constitución en mora.

El capítulo segundo desenvuelve los efectos de la resolución de la venta con el examen de los problemas de la liberación y restitución, eficacia retroactiva, retransmisión de la finca, restitución del precio, de frutos e intereses, deterioros y mejoras (entre ellas la edificación) y las relaciones que el pacto de la *lex commissoria* puede tener con la Ley de Defensa de los Consumidores, y especialmente el problema del ejercicio unilateral del poder resolutorio, la trascendencia de las cláusulas penales y las mejoras. Para el autor, teniendo en cuenta que la Ley de Protección al Consumidor estima al comprador como la parte débil del contrato, no es obstáculo para la aplicación del artículo 1.504 del Código Civil, pues el vencimiento del plazo no produce *ipso iure* la resolución, sino que es preciso que el vendedor —mediante el requerimiento— constituya en mora al comprador.

C) TERCERA PARTE

Está destinada a la aplicación práctica del pacto resolutorio formulando un conjunto de cláusulas, con su estudio correspondiente de los principales problemas, como pueden ser el procedimiento unilateral de resolución, el bilateral, las vicisitudes surgidas en el tráfico jurídico por la posposición, la cesión del crédito y la transmisión de la finca, el ejercicio del poder resolutorio y la cancelación de la condición resolutoria.

La obra lleva un índice sumarial y una bibliografía histórica, actual y la procedente del Derecho francés.

ROMÁN GARCÍA, A.: *La tipicidad de los derechos reales*, Editorial Montecorvo, S A., Madrid, 1994.

El comentario de este estudio monográfico lleva un cierto retraso, por el que pido disculpas. El retraso no hace perder actualidad al tema que contiene, pues ya entre paréntesis y en forma aclaratoria del título se nos habla de la autonomía de la voluntad en la creación de los derechos o relaciones jurídico-reales y de los dos grandes sistemas que la doctrina y las legislaciones adoptan a este respecto: *numerus apertus* y *numerus clausus*. Sigue siendo un tema que constituye la base del principio de legalidad y la facultad calificadora atribuida por la norma al Registrador. La labor es de disección para abrir solamente la puerta del Registro a lo que tenga trascendencia real. En términos que ahora se cuelan en el lenguaje de las llamadas «plataformas digitales», podríamos decir que al *descodificar* elegimos la materia que debe quedar sujeta a la publicidad registral. No sé qué pensarán de esta terminología aquellos «sabios varones muertos en olor de sabiduría» que supieron dar cima a las codificaciones que aún están vivas en las relaciones humanas.

Abandonado el método dogmático de inversión de la Escuela Histórica que facilitaba el diagnóstico por el juego de los caracteres, se sigue planteando el problema del poder autonómico de la voluntad para la creación de figuras que, siendo reales, no se sitúen en la «lista» de los admitidos legalmente. La monografía va a darnos unas pautas y, en su estudio concienzudo, va a ir recordando situaciones históricas, sistemas actuales y el problema vertido en nuestro Derecho. Vamos a ver si se puede superar la conocida postura de GONZÁLEZ PALOMINO en su famosa frase: «... y es que falta poder e imaginación para inventar nuevos derechos reales». Creo que al pueblo español le sobra imaginación; le limita la pereza y el poder que se le concede es más teórico que real.

Diez son los capítulos que el autor dedica a la materia, pero me voy a tomar la libertad de agrupar algunos para así facilitar al lector el contenido esencial de la obra. Una primera parte debe comprender —a mi juicio— lo que podrían llamarse premisas históricas del problema: Derecho romano, germánico, medieval, época de la codificación y limitaciones legales al principio de autonomía. La segunda parte se reserva para el Derecho comparado y la tercera al criterio jurisprudencial de la Dirección general y el sistema seguido por nuestro ordenamiento jurídico. La obra se completa con un índice sumarial, unas amplias notas bibliográficas, un prólogo, una introducción y unas conclusiones. A todo ello nos vamos a referir en la forma apuntada.

A) ANÁLISIS HISTÓRICO DEL PROBLEMA

Hemos apuntado que es preciso recorrer un conjunto de derechos históricos que nos van a servir de apoyo para la delimitación del problema. El autor se fija fundamentalmente en el Derecho romano, en el germánico y en el histórico español y la experiencia jurídica medieval.

Lo que caracteriza al Derecho romano es el sistema de tipicidad absoluta en la formación y calificación de los denominados «derechos reales», que sólo fueron aquellos que estaban protegidos *erga omnes* por las acciones reales: propiedad, y los *ure in re aliena*: las servidumbres prediales, las personales, usufructo uso habitación, *operae servorum*, superficie, enfiteusis, prenda e

hipoteca. Carecía el Derecho romano de solemnidades constitutivas en la adquisición de los derechos reales y la protección de los terceros adquirentes.

Como elementos esenciales de la transmisión en los derechos germánicos no está la *traditio* romana, sino la investidura o apoderamiento material, al cual seguirá la inscripción registral, y todo ello fundamentándose siempre en la legitimación que confiere la *Gewere*. Por esa vía se irán sentando los fundamentos de la posterior evolución de un modelo hipotecario de *numerus clausus* conectado con un sistema publicitario.

El juego de las influencias romana y germánica en nuestro Derecho histórico simultanea la utilización de ritos y solemnidades en la transmisión del dominio con una paulatina eliminación de los mismos, sobre todo en el momento de la recepción científica del Derecho romano justiniano. Se recogen estas directrices, apuntándose la Constitución de Cádiz de 1812 como momento histórico que sienta las bases de una amplia transformación del contenido del derecho de propiedad privada y de su protección jurídica.

El autor considera que antes de precisar el sistema del *numerus apertus* o *numerus clausus* lo importante es plantearse el problema dogmático de los «límites» de la autonomía privada en relación a la libre creación, modificación y extinción de los derechos reales. No puede equipararse el principio de autonomía que rige ampliamente en el campo obligacional, sino que —como apunta DÍEZ PICAZO— existen otros factores de «control social», como es la determinación del objeto, la obligatoriedad de la forma del acto y la publicidad registral. Para el autor, más que de «tipicidad legal» de derechos reales se hace preciso hablar de «tipicidad causal». La legitimidad de la causa es la que nos permite abogar por la creación de nuevos derechos.

B) SISTEMA DE DERECHO COMPARADO

Examina el conjunto de países que nos ofrecen sistemas que aceptan el *numerus clausus*, otros que están situados en la zona intermedia y los que se aferran al imperio del sistema del *numerus apertus*. En líneas muy generales —sin penetrar en la exposición que el autor hace de cada país—, puede decirse que Alemania, Austria, Suiza, Portugal y Brasil parecen claramente adscritos al sistema del *numerus clausus*. En la zona intermedia sitúa a Italia y Francia, y en la del *numerus apertus* a Inglaterra.

C) LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y EL SISTEMA ESPAÑOL

En materia de criterios jurisprudenciales de la Dirección General de los Registros y del Notariado el autor sigue en su exposición una doble proyección: la primera es la de exponer una veintena de resoluciones que tienen contacto conceptual con la materia (van desde la de 27 de octubre de 1947 a la de 31 de octubre de 1988) y la de resumir en una serie de conclusiones el criterio que se extrae de la doctrina que emana de las mismas y cuyo último punto destaca la existencia de un *numerus apertus* que permite —apoyándose en la estructuración de los derechos reales y su conexión con la función económico-social que cada categoría de situación real cumple en el tráfico jurídico— la admisión de muchos supuestos, la posibilidad de *modificaciones* que puede sustituir el sistema de tipicidad legal por el de «tipicidad causal».

Respecto al sistema seguido por nuestro Derecho, el autor maneja con la soltura necesaria los textos que avalan un criterio de autonomía de la voluntad, sin que la misma sea «omnímoda», pues las limitaciones impuestas por la causa, el objeto, la forma y la publicidad restringen el principio. Examina una serie de casos y termina con el criterio mantenido por J. LUIS DE LOS MOZOS sobre la incidencia de las obligaciones reales en forma de «condición» que dan trascendencia real a determinadas situaciones. Diez conclusiones que resumen el contenido expuesto cierran el estudio monográfico.

Con la mayor parte del contenido de esta obra —guía importante para la calificación jurídica— estoy de acuerdo, lo que sucede es que el tema no es solamente civil (asépticamente civil), sino que sobre el mismo se ciernen unas concepciones urbanísticas y administrativas que atacan las mismas bases del dominio. Este conjunto de disposiciones —hechas con olvido o con peores intenciones— obliga a un nuevo replanteamiento de la cuestión para ver lo que puede dar de sí el principio de autonomía de la voluntad

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

LASARTE ALVAREZ, CARLOS: *Principios de Derecho Civil*. Tomo 5.º «Propiedad y derechos reales». Segunda parte, Editorial Trivium, Madrid, 1997. Un tomo de 413 páginas.

En el comentario que hicimos hace poco de la primera parte de este estudio de los derechos reales y que apareció en agosto del año pasado ya resaltamos el afán que mostraba el profesor LASARTE de dar cima a la obra comenzada. En efecto, en tres años escasos ha dado a luz cinco tomos de sus *Principios de Derecho Civil* y ya anuncia que tiene en preparación los dos que le faltan, de familia y sucesiones, para coronar el intento.

De momento, aquí tenemos la culminación del tema que inició en el tomo anterior, es decir, lo que en la terminología al uso se conoce por derechos reales, tratando como complemento de la propiedad y los derechos de uso y disfrute, ya vistos, los derechos de garantía real, la posesión y la publicidad registral, que ahora se traen a colación.

El Profesor LASARTE, Catedrático de la UNED y Director de su Departamento de Derecho Civil, Vocal de la Comisión General de Codificación y Consejero de nuestra REVISTA, sigue en este tomo la misma tónica de los anteriores. Parece que quiere dar a su obra preferentemente una finalidad didáctica para proporcionar a sus alumnos un instrumento útil de trabajo, pero la verdad es que alcanza cimas más altas, consiguiendo un verdadero y completo tratado sobre la materia tanto en su aspecto doctrinal como en el práctico.

Se lee bien la prosa de este libro y los ejemplos prácticos y las citas de legislación y jurisprudencia ayudan bastante a centrar y solucionar las distintas cuestiones propuestas para la mejor comprensión de los alumnos, pero trayéndonos de paso las últimas novedades en el campo de que se trata.

El libro se divide en cuatro grandes partes, dedicada la primera a los derechos reales de garantía en general y en sus diversas figuras, la segunda estudia los derechos de adquisición preferente, cuya naturaleza real no es siempre reconocida; la tercera se dedica a la posesión, de la que discute su categoría de verdadero derecho, y en la cuarta aborda la publicidad inmobiliaria con una concepción de los principios hipotecarios no siempre acorde con las líneas clásicas y conocidas.

PARTE PRIMERA. LOS DERECHOS REALES DE GARANTÍA

Al abordar el estudio de su caracterización general, hace el autor de entrada unas oportunas observaciones sistemáticas sobre los puntos que caracterizan a estos derechos de realización de valor, diciendo que se comprenderán mejor estudiando antes por separado y extensamente cada una de sus figuras —prenda, hipoteca y anticresis— que componen el grupo; por ello hace la advertencia pedagógica de que es preferible estudiar antes los sucesivos capítulos para volver después a este capítulo general.

No obstante este reparo, aborda la sistemática básica del Código que regula estas figuras no como verdaderos derechos reales sino en el ámbito de los contratos, primando la obligación garantizada de la cual son siempre accesorios los derechos de garantía. Los preceptos del Código son bastante escuetos y se refieren tan sólo a la amplitud de las obligaciones garantizables, la indivisibilidad, la especialidad y la reipersecutoriedad y la necesidad de que se constituya la garantía por el dueño de la cosa, sea o no el deudor de la obligación principal. Estos artículos del Código, a pesar de ser escuetos, son ampliamente comentados en el libro.

Ya entrando en las distintas figuras, el autor analiza primero la prenda en sus escalones normales de la constitución y sus formas, el contenido normal y en los supuestos especiales, los derechos y obligaciones del acreedor y deudor pignoraticio y la extinción, todo ello, naturalmente, siguiendo la pauta del Código.

Para la hipoteca, de exposición mucho más amplia, el autor acude como es natural no sólo al Código, sino también a la Ley Hipotecaria; el propio Código se remite a ella por la razón clara de que ya se había promulgado bastantes años antes y contiene una regulación completa de esta garantía. Aquí el profesor LASARTE hace un estudio muy amplio de la hipoteca a lo largo de cinco capítulos del libro, dedicados, uno de ellos, al concepto, notas fundamentales, clasificación y constitución de la hipoteca; otro, a estudiar la obligación garantizada en sus diversas posibilidades y los intereses correspondientes; en otro capítulo se estudian bajo el rótulo del objeto de la garantía los bienes que son susceptibles de hipoteca, su extensión objetiva y la distribución de la responsabilidad hipotecaria; el siguiente capítulo desenvuelve, junto al contenido y efectos de la hipoteca, la venta de la finca hipotecada, la cesión del crédito y la nueva figura de la subrogación «forzosa» a instancias del deudor que regula la Ley 2/1994, de 30 de marzo, cuyo texto íntegro inserta para mejor información; en el último capítulo, dedicado a la hipoteca, se desarrollan los distintos procedimientos de ejecución, especialmente el más normal que es el del artículo 131.

Las garantías reales mobiliarias sin desplazamiento posesorio en sus dos facetas de la hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento, junto con la anticresis, llenan los dos últimos capítulos de esta parte, en los que se recogen la legislación y la jurisprudencia del Tribunal Supremo exponiendo las Sentencias de 29 de marzo de 1993 sobre hipoteca mobiliaria y de 10 de mayo de 1990 sobre la compensación de frutos y gastos en la anticresis.

PARTE SEGUNDA. DERECHOS DE ADQUISICIÓN PREFERENTE

Tienen la nota común de otorgar a su titular la facultad de adquirir, con preferencia a otros, la propiedad de una cosa determinada en el caso de que

su dueño haya decidido enajenarla. Si el tanteo, el retracto y la opción conceden una facultad adquisitiva preferente sobre una cosa, es evidente que queda constreñida a la correspondiente posibilidad dispositiva del propietario, y ello inclina a la doctrina, no sin discusión, a considerar estos derechos como reales.

El autor estudia su interdependencia respecto del tanteo como estadio previo para abordar el retracto, contemplando éste en sus figuras legales de comuneros, colindantes y coherederos, enfiteúticos y arrendaticios; junto a los legales está el retracto voluntario o convencional.

La figura de la opción, sobre todo la de compra, es cada vez más frecuente en la práctica y su inscripción en el Registro está regulada en el artículo 14 del Reglamento Hipotecario como verdadero derecho real. Otra figura, aunque quede absorbida por el negocio principal complejo, es el de la opción que se incorpora al arrendamiento financiero y cuya regulación positiva es mínima en nuestro Derecho

PARTE TERCERA. LA POSESIÓN

Los que fuimos alumnos del profesor HERNÁNDEZ GIL tuvimos ocasión de apreciar la gran valoración que daba a esta institución. En el libro se recogen con gran amplitud los distintos formulados sobre su naturaleza, desde la posesión como simple hecho, de un hecho con trascendencia jurídica, hasta su consideración como verdadero derecho y, además, incluso con naturaleza real. Siguiendo la clasificación del Código, el autor revisa todos los distintos supuestos, con la teoría general de los sujetos, objeto y efectos de la posesión y la adquisición y pérdida de la misma.

PARTE CUARTA. DERECHO HIPOTECARIO

Ya iba siendo hora de que en las Universidades se estudie el Derecho Hipotecario. Hasta ahora, la verdad es que se había enseñado bien poco a los estudiantes de Derecho en esta materia, en la que luego han de trabajar cuando sean Abogados. En este libro, afortunadamente, se dedica una de sus partes, con cinco extensos capítulos, a dar las nociones precisas para que los licenciados salgan de la Facultad al menos con las ideas necesarias para saber lo que es y cómo funciona el Registro de la Propiedad.

En el primer capítulo se da el concepto de Derecho Hipotecario o Registral Inmobiliario, así como el de Registro, explicando que el sistema español es el de folio real o por finca. Y ésta, como objeto de la publicidad inmobiliaria requiere el estudio del capítulo siguiente, empezando por su inmatriculación y modificaciones posteriores, así como los actos y derechos que pueden inscribirse. El tercer capítulo se dedica al procedimiento hipotecario, como conjunto de operaciones efectuadas por el Registrador a rogación de los interesados para llegar a la verificación del asiento. Por cierto que con ocasión de este «ruego» el autor hace un espontáneo y vivísimo elogio del Registrador que, por ser tan expresivo, no resistimos a la tentación de reproducirlo. Dice que el principio de rogación no merece ninguno de ambos sustantivos: «No es un principio hablando en sentido técnico y, desde luego, al Registrador no hay, afortunadamente para él y para quien presente el título, que rogarle

nada, ni que rezarle, ni cantarle letanías (esto significa rogación en castellano), sino sencillamente solicitarle o pedirle que cumpla con las funciones y con la misión que tiene encomendada y que, por cierto, presta gustosamente por convicción, vocación, formación y cuidando también de la percepción de honorarios (tan lícitos, por ciertos, como los de cualquiera, pues la condición de Registrador no se adquiere por herencia, ni por designación «digital» alguna, sino tras ganar una oposición en la que muchos de sus críticos no pasarían del primer ejercicio). Así escribe el profesor LASARTE: gracias por tan afectuosas palabras.

El capítulo siguiente se dedica a exponer las presunciones de existencia y exactitud de los derechos inscritos, que es lo que se conoce con el nombre de principio de legitimación, aunque el autor no es muy propicio, según nos dice, a la construcción doctrinal de los «principios hipotecarios».

La fe pública registral, el principio rey de la protección al tercero hipotecario y que es uno de los que caracteriza a nuestro sistema, se estudia con gran atención en el capítulo siguiente. Aquí el profesor LASARTE, a pesar de lo antes dicho y porque le vence el subconsciente, habla de «principio» y expone los presupuestos y el alcance y ámbito de la fe pública.

Y termina con las anotaciones preventivas en sus diversas clases y las notas marginales como otros asientos que se practican en el Registro, junto con las menciones de otros derechos que a veces se pueden encontrar dentro de los asientos.

En fin, otro tomo más que sigue la misma línea de los anteriores, por lo que hemos de repetir las laudaciones ya dichas. Muy apreciable el empeño de coronar la obra de exponer los principios de nuestro Derecho Civil que ha emprendido el profesor LASARTE, al que animamos, por supuesto, para que la termine. Lo agradecerán no sólo los alumnos, sino los profesionales, por la abundancia y actualidad de los datos que nos aporta.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

AGÚNDEZ FERNÁNDEZ, ANTONIO: *Las Administraciones Públicas y el procedimiento administrativo común. Ley 30 de 26 de noviembre de 1992. Comentarios y jurisprudencia*, Editorial Comares, Granada, 1996. Un tomo de 840 páginas.

La Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 era una buena norma. Así lo han afirmado todos los profesionales que tuvieron que estudiarla y trabajaron con ella a lo largo de casi treinta y cinco años. No sólo «era» buena, sino que sigue siéndolo ya que aún mantiene su vigencia en algunos de sus preceptos, pues la derogación, como es sabido, sólo ha sido parcial.

Y esta derogación parcial y la redacción de una nueva Ley, que bien pudiera calificarse de complementaria o supletoria, se ha originado tan solo por la necesidad de seguir la pauta de la Constitución. Se ha sustituido el sistema centralista por la diversificación de las autonomías regionales; ya no hay una sola Administración Pública, sino una multiplicidad; el Estado tiene su organización y las Comunidades Autónomas tienen cada una la suya. Había que encuadrar esta multiplicidad de ámbitos y se ha hecho con una nueva norma organizadora; no porque fuera deficiente la que había: era sólo inadecuada a los aires actuales.

La Exposición de Motivos de la nueva Ley lo expresa así al decir que el artículo 149.1.18 de la Constitución distingue entre las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas que habrán de garantizar al administrado su tratamiento común ante ellas, pero sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas, y reconoce paladinamente que la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 ha constituido una aportación relevante en la configuración de nuestro Derecho Administrativo, pues vino a modernizar las arcaicas maneras de la Administración española.

La nueva Ley de 1992 parte de la atribución de competencias contenida en la Constitución que otorga al Estado la referente a las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas, el procedimiento administrativo común y el sistema de responsabilidad de dichas Administraciones Públicas en el citado artículo 149.1.18. Este precepto se relaciona con el artículo 137 que organiza al Estado en municipios, provincias y Comunidades Autónomas, por lo que estas entidades gozan en sus ámbitos respectivos de autonomía para la gestión de los intereses que les corresponden. De ahí que se haya previsto que el procedimiento administrativo común sea estatal, pero sin perjuicio de las especialidades derivadas de esa especial organización autonómica.

Se trata, pues, de una mezcla, de un quiero y no puedo, en esta porfiada pugna competencial que tan poco favorece a la seguridad jurídica y cuyo último dato es el fallo que ha desarbolado el Texto Refundido de la Ley del Suelo, donde se han declarado nulos más de dos tercios de sus artículos.

Era preciso que alguien se atreviese a presentar y comentar la nueva Ley, analizando a la vez lo que pueda quedar vigente de la antigua. Y ese alguien, afortunadamente, es un profesional experimentado que nos tiene demostrada su talla jurídica, el Magistrado que fue Presidente de la Sala 3.^a de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, don ANTONIO AGÚNDEZ FERNÁNDEZ, quien cuenta con una larga lista de publicaciones y tiene sobrada autoridad para tratar del tema.

En la introducción del libro se nos dice que la nueva Ley no ha tenido mucha aceptación en los ambientes de las profesiones jurídicas. Quizá donde mejor se aprecien las tachas que le son señaladas sea en la disposición derogatoria al dejar algunos de los preceptos de las leyes de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957, de Procedimiento Administrativo de 1958 y de lo Contencioso-Administrativo de 1956, sustituyéndolos por otros y manteniendo algunos, por ejemplo, los del procedimiento para la elaboración de disposiciones generales, lo que evidencia, de una parte, los méritos de la legislación precedente, y de otra, la obligada remisión a las nuevas normas, no siempre en sistemática interpretación integradora; en otros preceptos se da lugar a posibles confusiones, como al mantener el apartado e) del artículo 82 de la Ley de lo Contencioso-Administrativo cuando hace desaparecer el recurso de reposición y no alude al nuevo ordinario de alzada. Críticas hay sobre la desaparición del recurso administrativo de reposición, que podría haberse mantenido con carácter potestativo; sobre el sitio de orden normativo donde figuran las resoluciones del procedimiento en su carácter de presuntas por silencio administrativo e introducida, tan amplia como difusa, regulación del sentido positivo que motivó la ampliación en seis meses del plazo de entrada en vigor de la Ley, previsto en la disposición adicional tercera.

La crítica del autor en su entradilla no es muy alentadora que digamos, no obstante lo cual hace a seguido un completísimo análisis detallado y profundo

de todos los artículos y disposiciones de la Ley, comentando su doctrina y con reseña de la jurisprudencia aplicable.

En cada apartado, y para que sirva de precedente y comparación, antepone el correspondiente precepto de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, que sirve también de base para el comentario subsiguiente.

Comienza con el artículo 1.º de la nueva Ley, que señala el objeto a que se ciñe, cuidando no tocar las competencias autonómicas, por lo que se limita a regular las bases del régimen jurídico, el procedimiento administrativo común y el sistema de responsabilidad de las Administraciones Públicas, siendo aplicable a todas ellas. El artículo sirve de base para un amplio estudio documentado introductorio del autor, perfilando estas competencias y limitaciones.

El resto del libro sigue el plan del articulado de la Ley en sus veinte capítulos, estudiando en el último las disposiciones adicionales y transitorias, la derogatoria parcial y la final sobre el desarrollo y entrada en vigor de la Ley.

Al final el autor ha incluido un extenso Apéndice que ocupa desde la página 713 a la 840, en el cual se contienen el texto de la Exposición de Motivos de esta Ley en cuanto puede servir de orientación a la hora de interpretarla y hasta otras trece disposiciones de carácter reglamentario que complementan la regulación legal.

Es un estudio completo de la Ley que se compara y relaciona con otras vigentes y las semiderogadas, especialmente la Ley del Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957, la reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 26 de diciembre de 1956 y la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958, que es su antecedente inmediato y podríamos decir que su sostén básico.

En esta intrincada selva de disposiciones entrecruzadas, el libro del Magistrado AGÚNDEZ puede servir de mucho; será una auténtica guía para los profesionales que hayan de trabajar en el campo jurídico administrativo.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

FELIU REY, MANUEL IGNACIO: *Prohibición del pacto comisorio y la opción en garantía*, Ed. Cívitas, Madrid, 1995. Un tomo de 179 páginas.

El estudio de la admisibilidad o ilicitud del pacto comisorio en relación con la opción de garantía, como es sabido, se perfila como una labor difícil y, de hecho, tal dificultad es puesta de relieve por el profesor LASARTE, que prologa el libro que da origen a estas líneas, cuando subraya que no son pocas las dificultades con que se enfrenta el autor al intentar responder con exactitud las diversas cuestiones en él planteadas. El propio autor era consiente de ello y así lo reconoce expresamente en la introducción. En ella, una vez explicada cuál es la causa que le indujo a reflexionar sobre la materia, una exposición de GULLÓN, hace un breve resumen del contenido de cada uno de los capítulos.

Centrándonos en el contenido de ellos, debemos decir que el primer capítulo hace unas consideraciones en torno al derecho de opción. Trata de determinar, a falta de una regulación legal, por una parte, cuál es el contenido del contrato de opción. A la vista de que su función es transformar de manera

definitiva la propuesta contractual y que ello depende únicamente de la voluntad del optante, concluye que es preciso que tal contrato contenga los elementos esenciales del contrato proyectado, según establece el artículo 1.261, y que en él se fije un plazo para ejercitar la opción, esto último se precisa sólo en aquellos casos en que la opción está inscrita en el Registro de la Propiedad, y, finalmente, que no haya necesidad de un nuevo acuerdo posterior para fijar el precio, ya que en tal caso estaríamos ante una promesa de venta.

Por otra parte, se plantea la cuestión de la naturaleza jurídica del derecho de opción. La respuesta que a este interrogante se dé, nos dice, condiciona la solución de otro problema: qué remedios jurídicos dispone el optante frente a un acto dispositivo del concedente. Tras indicar las diversas posiciones que en este punto se han mantenido, se inclina por la tesis que contempla al derecho de opción como un derecho potestativo.

El capítulo segundo está dedicado al estudio del pacto comisorio. Del examen histórico realizado del pacto comisorio le parece posible extraer una consecuencia: que el criterio tradicional es la prohibición del pacto comisorio. Esta es también la solución que ha pasado al Código Civil. No obstante, lo primero que hace es reconocer el hecho evidente de la diferente redacción de las normas de los artículos 1.859 y 1.884 del Código Civil; el siguiente paso es comprobar que tal diferencia, cuyo origen obedece a la premura de la Comisión a la hora de introducir el capítulo referente a la anticresis, es interpretativamente superable mediante la aplicación analógica, lo que conduce, como señala el autor, a admitir el carácter tajante e ineludible de la prohibición de pacto comisorio para la prenda, la anticresis y la hipoteca.

A continuación da un paso más y se pregunta por su fundamento, lo que ha provocado diversas posiciones doctrinales que no sólo cita, sino también ofrece argumentos con el fin de rechazar sólidamente las tesis contrarias, ya que opina que la tesis de CAPILLA es la más correcta. Tesis según la cual la finalidad obedece a la protección del interés general o social, si bien dicho fundamento es observado desde el principio de proporcionalidad.

Examinada la prohibición del pacto comisorio y su fundamento, el autor considera que un examen completo del pacto comisorio exige también un análisis de lo que podríamos llamar las excepciones a tal prohibición. Para ello no vacila a la hora de enfrentarse con profundidad a una fundamental cuestión, cual es la de saber si es posible admitir excepciones al carácter absoluto del pacto comisorio; dicho en otras palabras, se cuestiona la licitud del pacto marciano y del pacto comisorio *ex intervallo*.

En cuanto al pacto marciano, con buen criterio el autor opta por la respuesta afirmativa, siguiendo en este punto la opinión de nuestra doctrina tradicional, de la doctrina italiana y de la Corte d'Appello di Trento. Por tanto, dice que es admisible la validez del mismo siempre que el pacto nazca de la libre decisión de las partes contratantes y, además, no exista una notable desproporción entre la deuda y el valor del objeto del pacto comisorio.

Por lo que se refiere al pacto comisorio *ex intervallo*, comienza a hablar de su admisión desde antiguo, investiga la solución dada en los diversos Códigos europeos y como consecuencia de esta investigación propone una clasificación que estaría compuesta por los sistemas siguientes:

1. Sistema alemán: se trata de un ordenamiento en que tal pacto sólo resulta lícito si es celebrado después del vencimiento del crédito.
2. Sistema italiano, portugués y suizo: son ordenamientos en que resulta prohibido.

3. Sistema francés y español: aquí la redacción de las normas no es tan clara en orden al establecimiento de tal prohibición. No obstante, contemplando la redacción de las normas, sostiene que tal pacto es admisible, siendo indiferente si ha sido celebrado antes o después del vencimiento de la deuda siempre que concurren las condiciones de equilibrio entre las prestaciones y libertad contractual en ambas partes. Sin embargo, no es admisible si se acredita la inmoralidad del pacto; al hablar de inmoral alude no sólo a la presión ejercitada sobre la persona del deudor, sino también al fraude de los intereses de los terceros acreedores.

En el capítulo tercero se aborda el posible carácter fiduciario de la opción en garantía. En lo que concierne al fiduciario, utiliza como base para su estudio tanto las aportaciones doctrinales que existen ya sobre la materia como la jurisprudencia. FELLU señala que en la doctrina de los autores se ha discutido si el negocio fiduciario se trata de un supuesto de simulación o no, y así expone la postura de DE CASTRO y, frente a esta posición, la de LACRUZ; exposición que le basta para subrayar que las diferencias entre uno y otro planteamiento son en realidad más aparentes que reales, ya que se esconde en ambos la misma conclusión práctica.

Cabe, por último, hablar de la exposición de la jurisprudencia llevada a cabo por el autor. Aquí puede observarse no sólo el cambio de orientación del Tribunal Supremo a la hora de resolver el problema planteado: de contemplar como categoría autónoma e individual el negocio fiduciario, se pasó a reconocer la validez y licitud de tal negocio distinguiéndole del simulado, sino también los argumentos en que funda su posición actual.

Dentro de este capítulo ofrecen también un evidente interés los dos problemas que el autor plantea de forma rigurosa, por un lado, la discusión *numerus apertus-numerus clausus* en los derechos reales de garantía y el contenido de la llamada «titularidad fiduciaria», y, por otro, la aplicación de la prohibición del pacto comisorio a los negocios fiduciarios de garantía.

La solución que debe darse al último problema, como el autor dice, ha sido objetivo de discusión doctrinal, así, unos autores sostienen que la aplicación de la prohibición tiene lugar a través de las figuras de simulación y el fraude de Ley; en cambio, otros, sostenedores de la idea de la fiducia de garantía como un derecho real de garantía, propugnan la aplicación analógica del artículo 1.859 del Código Civil ¿Cuáles son las razones de la poca aceptación de la solución que propugna la aplicación de los artículos 1.859 y 1.884 del Código Civil a los negocios fiduciarios de garantía? FELLU para responder a esta cuestión invoca las siguientes razones:

a) La escasa atención que nuestros autores prestan a la figura de la prohibición del pacto comisorio

b) La existencia de determinados instrumentos jurídicos en nuestro ordenamiento, que permiten llegar a un resultado más satisfactorio que la aparente problemática de la aplicación analógica de los artículos 1.859 y 1.884 del Código Civil para figuras distintas.

c) La propia concepción del negocio fiduciario, ya que nuestro Alto Tribunal aplica mayoritariamente la teoría del doble efecto.

Por último, en el capítulo cuarto, teniendo en cuenta las conclusiones mantenidas en los dos capítulos anteriores de este trabajo, se ha procedido a estudiar la jurisprudencia y la doctrina registral en materia de opción en

garantía. Tras apreciar la diversidad de criterios en la doctrina del Tribunal Supremo y de la Dirección General de los Registros y del Notariado, concluye que hay un doble control: uno a nivel de calificación registral, en el cual debe mantenerse la plena vigencia de la prohibición del pacto comisorio en aras del principio de legalidad y seguridad del tráfico inmobiliario, y otro aplicando el Derecho al caso concreto por los Tribunales, los cuales atendiendo a la concurrencia de los principios de buena fe y proporcionalidad pueden admitir el pacto marciano. Aunque, en su opinión, en ninguno puede excluirse la aplicación del pacto marciano.

En definitiva, estamos ante un estudio completo y detallado de la materia y que desde su publicación constituye un referente indispensable en el estudio del tema.

EMILIANO MUÑOZ DE DIEGO
Universidad Autónoma de Madrid

REVISTA DE REVISTAS

REVISTA GENERAL DE DERECHO

Número 628-629 (Enero-Febrero 97)

«Cicerón, jurista», por JOSÉ MARÍA MARTÍNEZ VAL, pág. 13.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. CICERON EN LA POLITICA DE SU TIEMPO.—III. CICERON EN CAUSAS POLITICAS.—IV. CICERON, INTELECTUAL.—V. CICERON, UN JURISTA EN LA POLITICA.—VI. CICERON EN LA CRISIS DEL DERECHO ROMANO.—VII. CICERON, ORADOR Y ABOGADO.

«Naturaleza privativa o ganancial de la propiedad intelectual», por MARÍA PAZ SÁNCHEZ GONZÁLEZ, pág. 27.

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTION Y DIFICULTADES DEL TEMA: 1.1. REFERENCIA HISTÓRICA: LEYES DE 1847 Y 1879. 1.2. PLANTEAMIENTO EN EL ANTIGUO ARTÍCULO 1.401 DEL CÓDIGO CIVIL.—2 PRINCIPIOS GENERALES EN SEDE DE REGIMEN ECONOMICO MATRIMONIAL.—3. DERECHOS DE AUTOR: ¿PRIVATIVOS O GANANCIALES?: 3.1. NATURALEZA COMPLEJA DEL DENOMINADO DERECHO DE AUTOR. 3.2. LA IDEA DE LA INHERENCIA A LA PERSONA BASADA EN LA EXCLUSIVIDAD DE SU EJERCICIO: CONEXIÓN ENTRE ARTÍCULOS 1.346.5.º Y 1.111 DEL CÓDIGO CIVIL 3.3. DERECHOS MORALES (ARTS. 14 A 16 LPI). 3.4. DERECHOS PATRIMONIALES: 3.4.1. *Derechos de explotación* (arts. 17 a 23 LPI). 3.4.2. *Derecho de secuencia* (art. 24). 3.4.3. *Canon compensatorio* (art. 25 LPI). 3.4.4. *¿Tiene el autor otros derechos además de los tipificados?*—4. TITULARIDAD DE LA OBRA CREADA: 4.1. OBRA INCONCLUSA/OBRA TERMINADA. 4.2. OBRA DIVULGADA.—5. LOS BENEFICIOS RESULTANTES DE LA EXPLOTACION.—6 CONCLUSIONES.

COMENTARIO: La autora parte del principio contenido en el artículo 1 de la Ley de Propiedad Intelectual (LPI), que establece que el autor adquiere originariamente la propiedad de su obra por el solo hecho de su creación. La cuestión que estudia, de forma clara y detallada, se centra en el supuesto de que el autor esté casado y la posibilidad, o no, de comunicación de la titularidad sobre la obra a la persona del otro cónyuge. El tema es importante por la naturaleza especial de estos derechos que presentan ciertas peculiaridades.

Tras realizar una pequeña referencia histórica a las leyes de 1847 y 1879, y una breve síntesis del planteamiento de la cuestión en el antiguo 1.401 del Código Civil (anterior a la reforma de 1981), señalando lo que la doctrina civilista española ha dicho sobre el tema, procede a recoger los principios

generales en sede de régimen económico matrimonial, a fin de determinar las razones y el fundamento último que induce al legislador a atribuir la titularidad de ciertos bienes a la comunidad de gananciales en unos casos, y al cónyuge productor en otros.

Posteriormente, y tras exponer la diversidad de la doctrina existente en relación con la cuestión de si los derechos de autor son privativos o gananciales, destaca que hay quien ubica a la propiedad intelectual dentro del número 5 del artículo 1.346, esto es, en sede de bienes privativos; hay quien distingue entre propiedad intelectual como bien privativo, siendo los rendimientos de la misma gananciales por su consideración como rendimiento de trabajo o industria, o su consideración como frutos; quien propone distintas soluciones dependiendo del objeto considerado; o quien considera privativo tanto el derecho de propiedad intelectual y la obra del espíritu como los beneficios resultantes del ejercicio de los derechos de explotación en ciertos casos. La dificultad en llegar a una solución se debe a la naturaleza compleja del derecho de autor, ya que existe dentro de esta consideración genérica una diversidad de contenidos, como son los aspectos morales y patrimoniales, o la propiedad de la obra y la propiedad del soporte.

También se refiere a la titularidad de la obra creada, señalando que tanto la obra inconclusa como la obra terminada tiene el carácter de bien privativo. En cuanto a la obra divulgada, la autora entiende que la explotación en nada altera el carácter privativo que originariamente pueda atribuírsele.

En cuanto a los beneficios resultantes de la explotación, y partiendo de su consideración como frutos, entiende que son gananciales procediendo con posterioridad a exponer diferentes cuestiones que se suscitan en torno a los mismos.

«Las cláusulas de limitación temporal (*claim made*) en el seguro de responsabilidad civil», por CARLOS DOMÍNGUEZ DOMÍNGUEZ, pág. 57.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL: a) INTERDEPENDENCIA DE AMBOS CONCEPTOS; b) CONCEPTO DE SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL.—III. EL SINIESTRO Y SU INFLUENCIA EN LA COBERTURA TEMPORAL DEL SEGURO.—IV. LAS CLAUSULAS *CLAIM MADE*: a) CONCEPTO; b) CLASES; c) PROBLEMAS QUE SUSCITAN.—V. CONCLUSIONES.

«Uniones de hecho y conflictividad matrimonial», por M.^a VICTORIA CAMARERO SUÁREZ, pág. 67.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. RELACIONES ENTRE UNIONES DE HECHO Y LA CONFLICTIVIDAD MATRIMONIAL.—III. EL ACCESO DE LAS UNIONES DE HECHO ENTRE CASADOS A LOS REGISTROS MUNICIPALES.—IV. CONCLUSIONES.

«Reflexiones sobre los derechos sociales y su eficacia jurídica», por JOSÉ LUIS LÓPEZ GONZÁLEZ, pág. 159.

SUMARIO. 1. INTRODUCCION: ESTADO Y PROTECCION SOCIAL.—2. EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO Y SU PROYECCION CONSTITUCIONAL.—3. EL VALOR POLITICO DE LOS DERECHOS SOCIALES: SU CONSIDERACION COMO PRINCIPIOS ORIENTADORES DE LA POLITICA SOCIAL.—4. EL VALOR JURIDICO DE LOS DERECHOS SOCIALES: FORMAS DE TUTELA JUDICIAL.—5. REFERENCIA BIBLIOGRAFICA

«A propósito de la Ley francesa número 94-679, de 8 de agosto, acerca de diversas disposiciones de orden económico y financiero», por ARÁNZAZU PÉREZ MORIONES, pág. 405.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. EL NUEVO PANORAMA NORMATIVO FRANCES: LA MODIFICACION DEL DERECHO DE SOCIEDADES POR LA LEY NUMERO 94-679, DE 8 DE AGOSTO: A) BREVE REFERENCIA A LAS PRINCIPALES MODIFICACIONES INTRODUCIDAS EN EL DERECHO SOCIETARIO FRANCÉS POR LA LEY NÚMERO 94-679, DE 8 DE AGOSTO. B) EN PARTICULAR, EL RECONOCIMIENTO DE LAS ASOCIACIONES DE DEFENSA DE ACCIONISTAS.—III. LAS ASOCIACIONES DE DEFENSA DE ACCIONISTAS EN EL DERECHO DE SOCIEDADES FRANCES: A) EL ACCIONARIADO MINORITARIO EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA; EN PARTICULAR, EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA COTIZADA O BURSÁTIL. B) LAS ASOCIACIONES DE DEFENSA DE ACCIONISTAS. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 172.1 DE LA LEY DE SOCIEDADES MERCANTILES: a) *Precedentes*; b) *Concepto de asociación de defensa de accionistas*; c) *Procedimiento de constitución de las asociaciones de defensa de accionistas*; d) *Ámbito de actuación de las asociaciones de defensa de accionistas* — IV. LA ADMISION DE LA SINDICACION DE ACCIONES EN SOCIEDADES COTIZADAS O BURSATILES. PROBLEMAS QUE SUSCITA: A) CONSIDERACIONES PREVIAS. B) EL RECONOCIMIENTO DE LAS ASOCIACIONES DE DEFENSA DE ACCIONISTAS EN TANTO QUE ADMISIÓN DE LA SINDICACIÓN DE ACCIONES EN SOCIEDADES COTIZADAS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO FRANCÉS. C) LA EXPERIENCIA ITALIANA: LA EXIGENCIA DE COMUNICACIÓN DE LA EXISTENCIA, INEXISTENCIA O FALTA DE CONOCIMIENTO DE SINDICATOS DE VOTO Y DE BLOQUEO A LA *COMMISSIONE NAZIONALE PER LE SOCIETÀ E LA BORSA* D) LA SINDICACIÓN DE ACCIONES EN SOCIEDADES COTIZADAS O BURSÁTILES A LA LUZ DEL ORDENAMIENTO SOCIETARIO ESPAÑOL. LA NECESARIA EXIGENCIA DE COMUNICACIÓN DE LOS MISMOS A LA COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES.—V. RECAPITULACION.

Número 630 (Marzo 1997)

«La informática jurídica y el derecho de la informática», por JUAN LUIS MARONDA FRUTOS y M.^a ISABEL TENA FRANCO, pág. 1741.

SUMARIO. I. LA INFORMÁTICA JURIDICA: A) LEY DE RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN: a) *Registros*; b) *Incorporación de medios técnicos*; c) *Validez de los documentos informáticos*. B) LEY DE PROCEDIMIENTO LABORAL. C) LEY GENERAL TRIBUTARIA. D) LEY DE REGULACIÓN DE MERCADO DE VALORES. E) LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL. F) EL IMPUESTO SOBRE EL VALOR AÑADIDO. G) LEY DE REGULACIÓN DEL TRATAMIENTO AUTOMATIZADO DE LOS DATOS DE CARÁCTER PERSONAL.

H) LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL.—II. EL DERECHO DE LA INFORMÁTICA O DERECHO INFORMÁTICO: A) DEL PAPEL ESCRITURADO AL DOCUMENTO ELECTRÓNICO. B) NATURALEZA JURÍDICA DE LOS DOCUMENTOS INFORMÁTICOS. C) ADMISIBILIDAD PROBATORIA DEL DOCUMENTO ELECTRÓNICO. D) EL VALOR PROBATORIO DEL DOCUMENTO INFORMÁTICO.

«Aplicabilidad y pertinencia de la acción de rescisión por lesión en más de la cuarta parte a la liquidación de la sociedad de gananciales, practicada en convenio regulador aprobado judicialmente en base a separación o divorcio promovido por los cónyuges», por JOSÉ MARÍA CUTILLAS TORNÉS, pág. 1761.

SUMARIO: I. LA RESCISIÓN POR LESIÓN EN LA LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES. ESTUDIO PREVIO Y COMPARATIVO EN LA PARTICIÓN DE LA HERENCIA: 1. ANULABILIDAD O RESCISIÓN. POSICIONES DOCTRINALES. 2. LA RESCISIÓN EN LA SOCIEDAD DE GANANCIALES. 3. RETICENCIAS A SU ADMISIÓN. 4. ESPECIAL REFERENCIA AL ARTÍCULO 1.075 DEL CÓDIGO CIVIL. 5. OPIÓN QUE MANTENEMOS. 6. ADMISIÓN O INADMISIÓN DE LA MODIFICACIÓN CONVENCIONAL DE LAS CUOTAS LEGALES EN LA PARTICIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES: 6.1. *Régimen jurídico de la sociedad de gananciales disuelta*. 6.2. *Conclusiones*.—II. LA RESCISIÓN POR LESIÓN EN MÁS DE LA CUARTA PARTE EN LA LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES PRACTICADA EN CONVENIO REGULADOR HOMOLOGADO JUDICIALMENTE EN UN PROCESO DE SEPARACIÓN O DE DIVORCIO: 1. EL CONVENIO REGULADOR. SU NATURALEZA JURÍDICA A LA LUZ DE LAS DISTINTAS POSICIONES DOCTRINALES. 2. POSIBILIDAD DE LA RESCISIÓN POR LESIÓN EN LA LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES LLEVADA A CABO EN UN CONVENIO REGULADOR APROBADO JUDICIALMENTE. 3. POSTURAS Y ARGUMENTOS TENDENTES A LA EXCLUSIÓN DE LA RESCISIÓN. CRÍTICA DE LAS MISMAS. 4. IDONEIDAD DE LA LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES EN CONVENIO REGULADOR A LOS EFECTOS DE LA RESCISIÓN POR LESIÓN.

COMENTARIO: Comienza el autor señalando la procedencia de aplicabilidad de las normas de rescisión sobre partición hereditaria a la liquidación de la sociedad de gananciales. Tras señalar el ejercicio de la acción de nulidad de una partición cuando los bienes han sido valorados defectivamente como consecuencia del dolo, realiza una breve exposición de la doctrina existente referida a la aplicabilidad de la acción de rescisión por lesión cuando la causa viene determinada por error, y siempre que supere la cuarta parte. También pone de manifiesto la doctrina reticente a la admisión de tal acción aplicable a la sociedad de gananciales sobre la base de la remisión genérica del artículo 1.410 del Código Civil.

Realiza un riguroso estudio del artículo 1.075 del Código Civil concluyendo, tras llevar a cabo un repaso de la doctrina civilista existente, que puede admitirse que la partición hecha por el testador pueda ser rescindida por lesión. La cuestión es diferente en la sociedad de gananciales y ello porque la partición se realiza por vía convencional. Dicha partición debe hacerse sobre la base de que cada uno tiene legalmente derecho a la mitad, de modo que lo atribuido de más o de menos debe demostrarse que ha sido originado por un pacto a fin de evitar que juegue la rescisión por lesión.

A continuación se pregunta sobre la posibilidad, o no, de modificación convencional de las cuotas legales. Ante las posiciones contradictorias de la

doctrina, mantiene una postura dudosa en cuanto a la posibilidad de que los cónyuges pacten que el remanente líquido del activo ganancial se distribuya no por mitad, o la exclusión de determinados bienes gananciales de la división, amparándose en la libertad capitular.

La siguiente cuestión a plantearse se centra en la posibilidad de ejercitar la acción de rescisión por lesión en más de la cuarta parte en la liquidación de la sociedad de gananciales practicada en convenio regulador homologado judicialmente en un proceso de separación o de divorcio. Defiende la inmodificabilidad de la liquidación de la sociedad de gananciales convenida una vez aprobada por resolución judicial.

«El deber de conservación de los bienes inmuebles: Comentarios al artículo 245 de la Ley del Suelo», por FERNANDO GONZÁLEZ BOTIJA, pág. 1795.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. CONCEPTO Y FUNDAMENTO.—III. CAMPO DE APLICACION DEL ARTICULO 245.—IV. LA ORDEN DE EJECUCION DE OBRAS: 1. ELEMENTOS SUBJETIVOS. 2. PROCEDIMIENTO. 3. LA ORDEN DE EJECUCIÓN DE OBRAS. 4. LA EJECUCIÓN SUSTITUTORIA DE LAS OBRAS.—V. LOS LIMITES DEL ARTICULO 245 DE LA LS.

«Sobre la interpretación del derecho a la vivienda», por PALOMA DURÁN Y LALAGUNA, pág. 1867.

SUMARIO: I. EL PERFIL DE LA VIVIENDA, A PARTIR DE HABITAT II: 1. LA DEFINICIÓN DEL DERECHO A LA VIVIENDA, COMO DERECHO SOCIAL. 2. LAS CUESTIONES POLÉMICAS EN TORNO AL DERECHO A LA VIVIENDA.—II. LA PROPUESTA ESPAÑOLA EN HABITAT II.—III. EL TRATAMIENTO DEL DERECHO A UNA VIVIENDA DIGNA EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO ESPAÑOL.—IV. LA FORMULACION DEL DERECHO A LA VIVIENDA EN EL AMBITO COMPARADO.

«El despido a la luz de la nueva regulación legal (Ley 11/1994, de 19 de mayo)», por BENIGNO VARELA AUTRÁN, pág. 2089.

SUMARIO: I. EL DESPIDO: CONCEPTO ORIGINARIO. EVOLUCIÓN DE SU SIGNIFICADO. CONCEPTUACIÓN ACTUAL: *Del despido individual basado en la conducta o actitud del trabajador al despido objetivo y al despido colectivo por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción.*—II. CLASES DE DESPIDO: DESPIDO INDIVIDUAL: *Disciplinario y objetivo.* DESPIDO COLECTIVO: *Por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción. Por fuerza mayor. Por quiebra de la empresa. Por venta judicial de la empresa. El llamado despido colectivo menor. Artículo 52 c) del Estatuto de los Trabajadores.*—III. ESPECIAL REFERENCIA A LA ACTUAL CONFIGURACION DEL DESPIDO COLECTIVO: SU REFERENTE EN EL DERECHO COMUNITARIO EUROPEO. LAS DIRECTIVAS DE LA COMUNIDAD EUROPEA, NÚMEROS 75/129, de 17 de FEBRERO de 1975 y 92/56 de 24 de JUNIO de 1992: *Causas, presupuestos y efectos del despido colectivo Procedimiento para su consecución. El llamado despido colectivo menor. El despido colectivo previsto en el artículo 52.c) del Esta-*

tuto de los Trabajadores —IV. EL DESPIDO INDIVIDUAL: EXAMEN DE LAS MODIFICACIONES SUSTANTIVAS Y PROCESALES PRODUCIDAS EN SU REGULACIÓN LEGAL POR LA LEY 11/94, DE 19 DE MAYO: *El despido nulo Casos a los que se concreta. El despido procedente. El despido improcedente.*

«La explotación económica de la obra cinematográfica», por ANGEL FERNÁNDEZ-AILBOR BALTAR, pág. 2223.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. LA OBRA CINEMATOGRAFICA: 1. CONCEPTO. 2. DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL RELATIVOS A LA OBRA CINEMATOGRAFICA. 3. POSICIÓN JURÍDICA DEL PRODUCTOR.—III DERECHOS DE EXPLOTACIÓN DE LA OBRA CINEMATOGRAFICA: 1. MODALIDADES DE EXPLOTACIÓN. 2. LA EXPLOTACIÓN CINEMATOGRAFICA. 3. LA EXPLOTACIÓN VIDEOGRAFICA. 4. LA EXPLOTACIÓN TELEVISIVA.—IV. DERECHO DE SIMPLE REMUNERACION POR COPIA PARA USO PRIVADO.—V. OTROS DERECHOS DE UTILIZACIÓN RELATIVOS A LA OBRA CINEMATOGRAFICA: 1. DERECHOS DE EXPLOTACIÓN EN FORMA AISLADA DE LAS DISTINTAS APORTACIONES. 2. DERECHOS DE COMERCIALIZACIÓN DE LAS DISTINTAS PRESTACIONES INTELECTUALES.—VI. RESULTADO.

ACTUALIDAD CIVIL

Número 6 (1997)

«La delimitación de los alimentos aludidos en el artículo 294 del Código Civil», por CRISTINA GUILARTE MARTÍN-CALERO, pág. 109.

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. EL DERECHO DE ALIMENTOS DE ORIGEN LEGAL: 1. SITUACIONES A LAS QUE EL CÓDIGO CIVIL RECONOCE UN DERECHO DE ALIMENTOS: A) *La obligación de alimentos entre cónyuges:* a) El deber de los cónyuges de ayudarse y socorrerse mutuamente; b) La obligación de alimentos entre cónyuges en situaciones de crisis matrimonial. B) *La obligación de los padres de alimentar a sus hijos menores de edad.* C) *El deber del tutor de alimentar a su pupilo.* D) *La obligación alimenticia del donatario: el artículo 648.3.º del Código Civil.* 2. LA ESTRUCTURA OBLIGACIÓN LEGAL DE ALIMENTOS: ARTÍCULOS 142-152 DEL CÓDIGO CIVIL.—III. LOS ALIMENTOS NACIDOS EN VIRTUD DE CONTRATO: 1. EL CONTRATO DE VITALICIO. 2. EL PROBLEMA DE LA RENTA VITALICIA: A) *El destino de la renta percibida* B) *El incumplimiento por parte del obligado: el polémico artículo 1.805 del Código Civil.*—III. EL LEGADO DE ALIMENTOS.—IV. BIBLIOGRAFIA.—V. RELACION DE JURISPRUDENCIA CITADA.

Número 7 (1997)

«Los daños morales y su valoración en la responsabilidad médica», por ADOLFO BAÑEGIL ESPINOSA y JUAN IGNACIO SALVADOR CRESPO, pág. 143.

SUMARIO: I. EL PROBLEMA DE LA VALORACION DE LOS DAÑOS MORALES.—II. ANALISIS JURISPRUDENCIAL.—III. CONCLUSIONES DEL ANALISIS JURISPRUDENCIAL.—IV. CRITERIOS SOBRE INDEMNIZABILIDAD.—V. LA LIMITACION DE LA CUANTIA DE LAS INDEMNIZACIONES.—VI. LA VALORACION DE LOS DAÑOS MORALES EN LA NUEVA LEY DE ORDENACION Y SUPERVISION DE LOS SEGUROS PRIVADOS.

Número 8 (1997)

«El desahucio arbitral», por LUIS MUÑOZ GONZÁLEZ, pág. 169.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.—II. NATURALEZA JURIDICA.—III. SUJETOS.—IV. PROCEDIMIENTO.—V. EFECTOS.

Número 9 (1997)

«Notas sobre el Estatuto de Asociación Europea», por SOFÍA DE SALAS MURILLO, pág. 183.

SUMARIO: I. INTRODUCCION: 1. PROBLEMAS QUE SE PLANTEAN EN EL DESARROLLO DE ACTIVIDADES A NIVEL TRANSFRONTERIZO: SOLUCIONES EN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y EN CONVENIOS INTERNACIONALES. 2. SOLUCIONES EN DERECHO COMUNITARIO: A) *Justificación política de la intervención del Derecho Comunitario*. B) *Competencia del Derecho Comunitario en esta materia*. C) *Instrumentos comunitarios a utilizar*.—II. HISTORIA DEL PROYECTO.—III. CARACTERISTICAS COMUNES DE LOS TRES ESTATUTOS: LAS EMPRESAS DE ECONOMIA SOCIAL.—IV. LA ASOCIACION EUROPEA: 1. CONCEPTO. 2. CONSTITUCIÓN. 3. ORGANOS Y FUNCIONAMIENTO INTERNO. 4. LA PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES.—V. BIBLIOGRAFIA.

Número 10 (1997)

«El control jurisdiccional de la declaración de pertinencia de la prueba», por CARLOS MARTÍN BRAÑAS, pág. 203.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.—II. CONTROL EN PRIMERA INSTANCIA DE LA DECLARACION DE PERTINENCIA.—III. POSIBILIDADES DE REVISION EN SEGUNDA INSTANCIA: 1. DISTINCION ENTRE LOS DIVERSOS PROCESOS DECLARATIVOS ORDINARIOS: a) *Proceso de mayor cuantía e incidental*; b) *Proceso de menor cuantía*; c) *Procesos de cognición y verbal*. 2. RECURSO DE SÚPLICA.—IV. LA DECLARACION DE PERTINENCIA Y EL RECURSO DE CASACION: 1. LA DENEGACIÓN DE DILIGENCIA DE PRUEBA COMO MOTIVO CASACIONAL HASTA LA LEY DE 6 DE AGOSTO DE 1984. 2. ANÁLISIS DE LA DECLARACIÓN DE PERTINENCIA A TRAVÉS DEL ARTICULO 1.692 3, INCISO SEGUNDO, DE LA LEC: a) *El quebrantamiento de las formas del juicio*,

b) *La esencialidad*; c) *En especial: la indefensión y su relación con la declaración de pertinencia como parte integrante del derecho constitucional a la prueba*.—V. SU CONTROL COMO DERECHO FUNDAMENTAL: 1. PROCESO DE AMPARO CONSTITUCIONAL. 2. PROTECCIÓN OTORGADA POR EL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.

Número 11 (1997)

«La sucesión de la Comunidad Autónoma de Galicia en la Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho Civil de Galicia», por MARÍA PAZ GARCÍA RUBIO, pág. 237.

SUMARIO: I. PRESENTACION DEL SUPUESTO.—II. CALIFICACION DEL DERECHO DE LA COMUNIDAD AUTONOMA.—III. LA INDUBITADA COMPETENCIA DEL PARLAMENTO GALLEGO PARA LEGISLAR EN MATERIA DE SUCESION LEGAL.—IV. EL SUPUESTO DE HECHO: 1. PRESUPUESTOS DE APLICACIÓN. 2. LA ADQUISICIÓN DE LA HERENCIA POR LA COMUNIDAD AUTÓNOMA: a) *Sobre la posibilidad de repudiación*; b) *Alcance de la expresión «la herencia se entenderá aceptada a beneficio de inventario»*; c) *Necesidad de declaración de herederos*. 3. EL DESTINO DE LOS BIENES. LAS ENTIDADES BENEFICIARIAS.—V. SOBRE LA VALIDEZ DE UNA CLAUSULA TESTAMENTARIA DESTINADA EXCLUSIVAMENTE A EXCLUIR EL DERECHO SUCESORIO DE LA COMUNIDAD AUTONOMA.

Número 12 (1997)

«Comentarios a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor: principios programáticos y normas de conflicto», por CARLOS VARELA GARCÍA, pág. 261.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. PRINCIPIOS RECTORES O PROGRAMATICOS.—III. MENORES E INTERESES DIFUSOS.—IV. MENORES Y ADMINISTRACIONES PUBLICAS.—V. EL MODELO INSTITUCIONAL DE PROTECCION DE MENORES.—VI. NORMAS DE CONFLICTO: GUARDA, ACOGIMIENTO Y ADOPCION.—VII. EL ROL PROCESAL DEL MINISTERIO FISCAL Y EL JUEZ.

Número 13 (1997)

«El fraude en el Registro Civil», por SUSANA SALVADOR GUTIÉRREZ, pág. 283.

SUMARIO: I. AMBITO EUROPEO.—II. AMBITO INTERNO. SUPUESTOS MAS FRECUENTES DE FRAUDE EN EL REGISTRO CIVIL ESPAÑOL: 1. INSCRIPCIÓN DE NACIMIENTO: A) *Fraudes relativos a la identidad*. B) *Fraudes relativos a la nacionalidad*. 2. MATRIMONIOS.

Número 14 (1997)

«La directiva sobre la protección jurídica de las bases de datos: una nueva respuesta a la sociedad de la información», por ENRIQUE FERNÁNDEZ MASTA, pág. 313.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—LA IMPORTANCIA DE LAS BASES DE DATOS Y LA NECESIDAD DE UNA ARMONIZACION COMUNITARIA.—II. LAS BASES DE DATOS PROTEGIDAS.—III. EL NIVEL DE PROTECCION: UNA DOBLE VIA: A) LA PROTECCIÓN POR DERECHO DE AUTOR: 1. *La estructura original de una base de datos.* 2. *La autoría.* 3. *Contenido del derecho de autor.* 4. *Las excepciones al monopolio del autor.* B) LA CREACIÓN DE UN DERECHO *SUI GENERIS* SOBRE EL CONTENIDO DE LA BASE DE DATOS: 1. *El objeto del derecho.* 2. *Derechos y obligaciones del usuario legítimo.* 3. *Excepciones al nuevo derecho.* 4. *Beneficiarios* 5. *El plazo de protección.*—IV. A MODO DE CONCLUSION.

REVISTA DE DERECHO URBANISTICO

Número 152 (Marzo 1997)

«Régimen urbanístico de la propiedad del suelo», por JUAN ANTONIO CHINCHILLA, pág. 11.

SUMARIO: 1. CLASIFICACION DEL SUELO URBANO: A) MUNICIPIOS QUE NO CUENTEN CON INSTRUMENTOS DE PLANEAMIENTO GENERAL NI PROYECTOS DE DELIMITACIÓN DEL SUELO URBANO B) SUFICIENCIA DE LOS SERVICIOS.—2. CONSTRUCCIONES EN TERRENOS CLASIFICADOS COMO SUELO NO URBANIZABLE: A) FINALIDAD COMPLEMENTARIA DEL DESTINO NATURAL DE LOS TERRENOS. ACTIVIDAD AGRÍCOLA, GANADERA, FORESTAL. B) OBRAS VINCULADAS A LA EJECUCIÓN, ENTRETENIMIENTO Y SERVICIO DE OBRAS PÚBLICAS. C) VIVIENDAS UNIFAMILIARES. CONCEPTO DE NÚCLEO DE POBLACIÓN Y PARCELACIONES URBANÍSTICAS. D) EDIFICACIONES E INSTALACIONES DE UTILIDAD PÚBLICA E INTERÉS SOCIAL.—3. REGIMEN TRANSITORIO: A) APROVECHAMIENTO SUSCEPTIBLE DE APROPIACIÓN EN SUELO URBANO.

COMENTARIO: El estudio versa sobre la edificabilidad en suelo urbano y en suelo no urbanizable.

Dentro del suelo urbano comienza refiriéndose al supuesto en el que el municipio no cuente con instrumento de planeamiento general ni proyectos de delimitación de suelo urbano. En tal caso, realizando un análisis de la jurisprudencia existente, y por imperativo directo del artículo 13 de la LS, concluye que la clasificación del suelo tendrá lugar con el otorgamiento de licencia tras el examen de los requisitos legalmente establecidos. También se concretará en cada supuesto, cual es el criterio de suficiencia o adecuación de los elementos de urbanización y servicios.

El grueso de su análisis se centra en las construcciones realizadas en terrenos clasificados como suelo no urbanizable, todo ello siguiendo un detenido y minucioso estudio jurisprudencial. Señala la importancia de realizar una interpretación estricta de la normativa urbanística que contempla la edifica-

ción en suelo no urbanizable desde la perspectiva del uso o destino de las construcciones, criterio que autorizará o no tales edificaciones. También estudia la autorización municipal de las construcciones e instalaciones vinculadas a la ejecución, entretenimiento y servicio de las obras públicas. Posteriormente se detiene en el supuesto de instalación de viviendas unifamiliares, las cuales se hallan condicionadas a la imposibilidad de formación de un núcleo de población. El siguiente análisis jurisprudencial se centra en las edificaciones e instalaciones de utilidad pública e interés social, conceptos indeterminados que a su juicio deben ser interpretados restrictivamente.

Por último, finaliza su estudio refiriéndose al régimen transitorio, y, específicamente a la determinación del aprovechamiento susceptible de apropiación en suelo urbano y urbanizable, exponiendo los problemas surgidos de las disposiciones de la Ley 8/90, y la Disposición Transitoria Primera de la Ley del Suelo de 1992, divergentes entre sí, y que han dado lugar a pronunciamientos radicalmente opuestos de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas.

«La aprobación del planeamiento general tras la Ley 8/1990», por ENRIQUE SÁNCHEZ GOYANES, pág. 89.

SUMARIO: 1. EL MARCO LEGAL Y DOCTRINAL.—2. LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL: NULIDAD DE LOS PLANES SIN ADAPTAR A LA REFORMA.—3. LA DOCTRINA PRECEDENTE DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE ADAPTACIONES A LA LEY 19/1975.—4. LA RELATIVIZACIÓN DE LA CIRCULAR DE 28 DE FEBRERO DE 1991.

«Ejecución del planeamiento: sistemas de cooperación y compensación», por FELIPE IGLESIAS GONZÁLEZ, pág. 117

SUMARIO: 1. LA ELECCIÓN Y MODIFICACIÓN DEL SISTEMA DE EJECUCIÓN: A) LA ELECCIÓN DEL SISTEMA DE ACTUACIÓN COMO FACULTAD DISCRECIONAL DE LA ADMINISTRACIÓN Y SU MOTIVACIÓN. B) COMPETENCIA DE LOS PLANES PARCIALES PARA DETERMINAR EL SISTEMA DE ACTUACIÓN. C) MODIFICACIÓN DEL SISTEMA DE ACTUACIÓN. D) OTROS SISTEMAS DE ACTUACIÓN.—2. RÉGIMEN DE LA JUNTA DE COMPENSACIÓN: A) PROCEDIMIENTO DE CONSTITUCIÓN DE LAS JUNTAS DE COMPENSACIÓN. B) COMPETENCIA PARA DECIDIR ACERCA DE LA SOLICITUD DE INCORPORACIÓN DE PROPIETARIOS A LA JUNTA DE COMPENSACIÓN.—3. SISTEMA DE ACTUACIÓN POR COOPERACIÓN: A) COMPETENCIA PARA LA APROBACIÓN DEL PROYECTO DE REPARCELACIÓN. B) LA RELACIÓN ENTRE EL PROYECTO DE REPARCELACIÓN Y EL INSTRUMENTO DE PLANEAMIENTO EN EL QUE SE ENMARCAN. C) RÉGIMEN DE LOS GASTOS/CUOTAS DE URBANIZACIÓN Y SU DISTINCIÓN CON LAS CONTRIBUCIONES ESPECIALES. D) REPARCELACIÓN ECONÓMICA DISCONTINUA.—4. RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ENTIDADES DE CONSERVACIÓN.—5. SISTEMAS GENERALES VERSUS DOTACIONES LOCALES. ESPECIALIDADES EN SUELO URBANO.

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO INTERNACIONAL

Número 1 (1996)

«La riforma italiana del diritto internazionale privato», por PAOLO PICONE, pág. 9.

SOMMARIO: I. CARATTERISTICHE GENRALI DELLA LEGGE DI RIFORMA: 1. LA LEGGE DI RIFORMA E LE TAPPE SALIENTI DELL'ITER PER LA SUA APPROVAZIONE. 2. LA NUOVA DISCIPLINA DELL'AMBITO DELLA GIURISDIZIONE ITALIANA. 3. LA NUOVA DISCIPLINA DELLA LITISPENDENZA ALL'ESTERO. 4. LE CARATTERISTICHE GENERALI DEL SISTEMA DI CONFLITTO INTESO IN SENSO STRETTO. 5. LA PLURALITÀ DEI METODI DI COORDINAMENTO TRA ORDINAMENTI ACCOLTI DAL SISTEMA. 6. LE PRINCIPALI NOVITÀ ACCOLTE, NEI VARI SETTORI DI RIFERIMENTO, DALLE SINGOLE DISPOSIZIONI DI CONFLITTO. 7. LA NUOVA DISCIPLINA DEL RICONOSCIMENTO DELLE SENTENZE STRANIERE E DEI PROVVEDIMENTI STRANIERI DI VOLONTARIA GIURISDIZIONE.—II. MODALITÀ DI FUNZIONAMENTO DEL RINVIO: 8. LA REGOLA BASE SULL'ACCOGLIMENTO DEL RINVIO INDIETRO E DEL RINVIO ALTROVE, E I PROBLEMI SOLLEVATI DALLA SUA INTERPRETAZIONE. 9. L'ACCOGLIMENTO DEL RINVIO *IN FAVOREM* PER LE DISPOSIZIONI DI CONFLITTO ALTERNATIVE SULLA COSTITUZIONE DI UN RAPPORTO DI FILIAZIONE. 10. I CASI ESPliciti DI ESCLUSIONE DEL RINVIO E I PROBLEMI SOLLEVATI DALLA LORO APPLICAZIONE.—III. LEGGE DI RIFORMA E CONVENZIONI INTERNAZIONALI: 11. LE TRE DIVERSE IPOTESI DI PRESA IN CONSIDERAZIONE DA PARTE DELLA LEGGE DI SOLUZIONI RICAVABILI DA CONVENZIONI INTERNAZIONALI. 12. LE CONVENZIONI DICHIARATE *IN OGNI CASO* APPLICABILI E LE DIFFICOLTÀ SOLLEVATE DALL'INTERPRETAZIONE DI TALE ESPRESSIONE.—IV. PROVA DEL DIRITTO STRANIERO E RICERCA DELLA LEGGE APPLICABILE IN VIA SUSSIDIARIA: 13. L'AVANZATA SOLUZIONE ACCOLTA DALLA LEGGE IN ORDINE ALL'ACCERTAMENTO DI UFFICIO DA PARTE DEL GIUDICE DEL CONTENUTO DELLA LEGGE STRANIERA RICHIAMATA. 14. LA NUOVA ARTICOLAZIONE DELLE SOLUZIONI DA ACCOGLIERE IN CASO DI MANCATA PROVA DEL CONTENUTO DELLA LEGGE STRANIERA, E IL RILIEVO IN MATERIA DEI DIFFERENTI METODI DI COORDINAMENTO TRA ORDINAMENTI CUI SI ISPIRANO LE SINGOLE DISPOSIZIONI DI CONFLITTO.

«Tratamiento jurisprudencial del ámbito de aplicación de los foros de protección en materia de contratos de consumidores del convenio de Bruselas de 1968», por RAFAEL ARENAS GARCÍA, pág. 39.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. CONTRATO CELEBRADO POR UN CONSUMIDOR: 1. NOCIÓN DE CONSUMIDOR. 2. LA SUBROGACIÓN EN LOS CONTRATOS DE CONSUMIDORES.—III. DOMICILIO DEL DEMANDADO EN UN ESTADO NO PARTE —IV. SUCURSAL, AGENCIA O ESTABLECIMIENTO DEL CO-CONTRATANTE DEL CONSUMIDOR EN EL ESTADO DEL DOMICILIO DEL CONSUMIDOR: 1. INTERNACIONALIDAD DEL SUPUESTO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL CONVENIO DE BRUSELAS. 2. RELACIONES EXTRACOMUNITARIAS Y ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL CONVENIO DE BRUSELAS —V. OBLIGACIONES CONTRACTUALES, EXTRA-CONTRACTUALES Y PRE-CONTRACTUALES.—VI. CONCLUSIONES.

«La determinación de los hechos por el secretario general de las Naciones Unidas en el ámbito del mantenimiento de la paz y seguridad internacionales (1945-1995)», por MARIANO J. AZNAR GÓMEZ, pág. 71.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. LA LLAMADA DE ATENCION AL CONSEJO SOBRE ASUNTOS QUE, EN OPINION DEL SECRETARIO GENERAL, PUEDEN PONER EN PELIGRO LA PAZ Y SEGURIDAD INTERNACIONALES: 1. LOS TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 99 DE LA CARTA EN SU CONTEXTO Y TENIENDO EN CUENTA SU OBJETO Y FIN. 2. LA PRÁCTICA DEL SECRETARIO GENERAL RESPECTO DEL CUMPLIMIENTO DEL ARTÍCULO 99 DE LA CARTA.—III. LA DETERMINACION DE LOS HECHOS POR EL SECRETARIO GENERAL EN SITUACIONES SUSCEPTIBLES DE PONER EN PELIGRO LA PAZ Y SEGURIDAD INTERNACIONALES TENIENDO EN CUENTA LA ACCION DEL CONSEJO DE SEGURIDAD: 1. LA ACCIÓN DEL SECRETARIO GENERAL DURANTE LA GUERRA FRÍA. 2. LA ACCIÓN DEL SECRETARIO GENERAL TRAS LA GUERRA FRÍA.—IV. LA DETERMINACION DE LOS HECHOS POR EL SECRETARIO GENERAL ANTE LA AUSENCIA DE ACCION EXPRESA POR PARTE DEL CONSEJO EN SITUACIONES SUSCEPTIBLES DE PONER EN PELIGRO LA PAZ Y SEGURIDAD INTERNACIONALES: 1. LA RELATIVA PARÁLISIS DEL CONSEJO DE SEGURIDAD EN LA DETERMINACIÓN DE LOS HECHOS DURANTE LA GUERRA FRÍA. 2. LA REACCIÓN DEL SECRETARIO GENERAL ANTE LA PARÁLISIS DEL CONSEJO DE SEGURIDAD EN LA ESFERA DE LA DETERMINACIÓN DE LOS HECHOS.—V. CONCLUSIONES.

«El *tercero indispensable* en el asunto de Timor Oriental: una noción a la medida de la Corte Internacional de Justicia para la determinación de su propia competencia», por ANGELES RUIZ COLOMÉ, pág. 99.

SUMARIO. I. INTRODUCCION: LOS ELEMENTOS DE HECHO.—II. LA CONTROVERSIA Y LAS POSICIONES DE LAS PARTES: A) LA POSICIÓN DE PORTUGAL. B) LA POSICIÓN DE AUSTRALIA.—III. LA DECISION DE LA CORTE.—IV. EL ESTATUTO DE TIMOR ORIENTAL COMO SITUACION COLONIAL.—V. NORMAS DE *IUS COGENS* Y OBLIGACIONES *ERGA OMNES*: EL PROBLEMA DE LA LEGITIMACION PROCESAL PARA SU PROTECCION JURISDICCIONAL.—VI. LA TESIS DEL TERCERO INDISPENSABLE: UN TRAJE CONCEPTUAL A LA MEDIDA DE LA POLITICA JUDICIAL DE LA CORTE PARA AFIRMAR —O NEGAR— SU PROPIA COMPETENCIA.—VII. CONCLUSIONES GENERALES.

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO CANONICO

Número 141 (Julio-Diciembre 1996)

«Nicoló dei Tedeschi al Concilio di Basilea», por M. TEDESCHI, págs. 453-463.
 «Notas sobre el concepto canónico de archicofradía (El caso de las Hermandades Penitenciales de Sevilla)», por J. BOGARIN DÍAZ, págs. 465-513.
 «Naturaleza de la licencia canónica de enajenación y su eficacia civil», por A. VILLAR PÉREZ, págs. 515-551

COMENTARIO: La razón de este trabajo se centra en la importancia que tiene la actividad de la Iglesia en el tráfico jurídico, cuestionándose la aplicabilidad y actuación de las normas canónicas en el ámbito civil. Por ello tiene gran trascendencia la cuestión de la licencia para la administración extraordinaria y para la enajenación, que aparecen en la norma canónica como un instrumento de garantía en orden a conseguir los fines propios del patrimonio de la Iglesia. Control que quedaría inoperante si no tuviera eficacia en el ámbito civil, que es, en definitiva, donde los negocios van a ser eficaces.

Para proceder a este estudio el autor comienza analizando la licencia de enajenación canónica en el Concordato de 1953, señalando la vigencia de las normas canónicas en el ámbito civil. Posteriormente se detiene en la personalidad jurídica civil de las personas jurídicas canónicas y en los controles a su actuación. Hace una referencia a los principios y fuentes del derecho eclesiástico a fin de determinar la personalidad y capacidad de sus entes. Importantes, a su vez, para determinar el marco de relación entre ambos ordenamientos.

Tras realizar una exposición detalla de la doctrina al respecto, señala que la capacidad de obrar en el ámbito civil de las personas jurídicas canónicas se determina por las normas canónicas.

Por último se detiene en la licencia como autorización administrativa que amplía los límites de la capacidad de obrar o aporta una autorización para realizar un acto que se considera de naturaleza especial. En relación con los bienes enajenables la licencia es un criterio económico, que salvaguarda los medios materiales que pueden hacer viable el desarrollo de la libertad religiosa de los que pertenecen a la Iglesia. Licencia canónica que aparece en la norma como requisito de la capacidad de obrar, siendo necesario estar a los distintos supuestos para exigir el distinto tratamiento en la capacidad de obrar.

«Denuncias, sanciones y procesos políticos a clérigos durante el régimen de Franco», por V. CÁRCEL ORTÍ, págs. 553-610.

«Reflexiones sobre el voluntariado (Especial referencia a la Ley 6/1996, de 15 de enero, del Voluntariado)», por I. ALDANONDO SALAVERRÍA, págs. 611-634.

«La objeción de conciencia a formar parte del jurado», por M. MORENO ANTÓN, págs. 635-659.

REVISTA JURIDICA DE CASTILLA-LA MANCHA

Número 22 (Marzo 1997)

«El TSJ de Castilla-La Mancha anula el Decreto de honorarios. Crítica de la sentencia y construcción del título competencial», por ANGEL CARRASCO PERERA, pág. 9.

«Sobre las garantías exigidas para contratar con las Administraciones Públicas», por JESÚS COLMENAR LUIS y PEDRO COLMENARES SOTO, pág. 27.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. ESTUDIO DE LOS DISTINTOS TIPOS DE GARANTÍAS: 1. GARANTÍAS PROVISIONALES: 1.1. *Formas*. 1.2. *Dispensa*. 1.3. *Devolución*. 1.4. *Retención*. 2. GARANTÍAS DEFINITIVAS: 2.1. *Constitución*.

2.2. *Formas*. 2.3. *Responsabilidades y preferencia en su ejecución*. 2.4. *Dispensa*. 2.5. *Devolución y cancelación*. 3. GARANTÍAS ESPECIALES Y COMPLEMENTARIAS. 4. EXCEPCIONES A LA CONSTITUCIÓN DE CUALQUIER TIPO DE GARANTÍAS. 5. GARANTÍAS PRESTADAS POR TERCEROS.—III. ESPECIAL CONSIDERACION DE LAS GARANTÍAS GLOBALES. REGULACION EN LA COMUNIDAD VALENCIANA: 1. GARANTÍAS GLOBALES SEGÚN LA LEY 13/1995, DE CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. 2. LAS GARANTÍAS GLOBALES EN LA COMUNIDAD VALENCIANA.

«Pluralismo: Implicaciones jurídicas y de política religiosa», por JOSÉ M. MARTÍ, pág. 49.

«Justificación, fines y ámbito subjetivo de aplicación de la nueva Ley de Contratos de las Administraciones Públicas», por JOSÉ ANTONIO MORENO MOLINA, pág. 67.

REVISTA JURIDICA DE CATALUÑA

Número 1 (1997)

«Problemas que suscita la incorporación de créditos a la lista definitiva de acreedores de la suspensión de pagos», por VICENTE L. MONTES, pág. 9.

SUMARIO: 1. EL SENTIDO DE LA «LISTA DEFINITIVA» EN EL ARTICULO 12 LSP.—2. LA DISCONFORMIDAD RESPECTO DEL CARACTER DE LA INSOLVENCIA.—3. EL JUICIO DECLARATIVO A QUE SE REFIERE EL ARTICULO 12.II LSP.—4. LA POSICION DE LOS ACREEDORES NO INCORPORADOS A LA LISTA DEFINITIVA.—5. EN ESPECIAL, LOS ACREEDORES OMITIDOS POR EL DEUDOR QUE NO HAN SOLICITADO SU INCLUSION.—6. LOS FIADORES Y AVALISTAS DEL SUSPENSO.—7. CREDITOS EN ESTADO DE FORMACION O DE INCERTIDUMBRE.

COMENTARIO: En este artículo, el autor estudia el sentido de la lista definitiva de acreedores contenido en el artículo 12 de la Ley de Suspensión de Pagos. Lista que deberá ser realizada por los interventores, realizando una clasificación en seis grupos, de los cuales los cinco primeros se ordenan en función del grado de certeza y conformidad existente respecto de cada uno de los créditos entre acreedor y deudor, o terceros interesados, dedicándose el último grupo a los acreedores con derecho de abstención conforme lo dispuesto en la citada Ley, en el Código de Comercio y en el Mercantil. La referida lista definitiva es un instrumento a través del cual se legitima al acreedor para intervenir en el convenio.

Recoge el autor una serie de problemas entre los deberes de inclusión o exclusión en la lista definitiva y la declaración de la naturaleza de insolvencia, especialmente en los supuestos de pendencia de un procedimiento declarativo.

Propone una construcción sistemática de algunos de los preceptos de la Ley de Suspensión de Pagos, entre otros el artículo 20.I, el 10.I y el 8.V, que permita una aplicación coherente a todos los problemas relacionados con la declaración del estado de insolvencia, concretamente con el Auto de declaración de insolvencia definitiva.

De forma interesante, estudia pormenorizadamente un tema vidrioso como es el de la posición de los acreedores no incorporados a la lista definitiva que deberían serlo, y que según la doctrina jurisprudencial quedan afectados por el convenio.

Por último, analiza la sumisión de los créditos adverados por el juzgador en sentencia posterior al convenio, en relación con los créditos no incluidos en la lista, poniendo especial atención a tres supuestos distintos: créditos omitidos por el deudor que no han solicitado su inclusión, situación de los fiadores y avalistas del suspenso, y, créditos en estado de formación o incertidumbre.

«Observaciones sobre la motivación de las decisiones laborales», por JAIME LLUIS Y NAVAS, pág. 27.

«Nota sobre la *Cuban Liberty and Democratic Solidarity Act of 1996*, más conocida como *Ley Helms-Burton*», por JORDI SELLARES SERRA, pág. 53.

SUMARIO: INTRODUCCION.—I. ASPECTOS DE LA LEY REFERIDOS AL ESTADO CUBANO: A) RECONOCIMIENTO DE GOBIERNOS. B) DERECHOS HUMANOS. C) EMBARGO.—II. ASPECTOS DE LA LEY REFERIDOS AL INDIVIDUO: A) NACIONALIDAD CUBANA. B) DENEGACIÓN DE VISADOS.—III. ASPECTOS DE LA LEY REFERIDOS A LA ACTIVIDAD ECONOMICA: A) ECONOMÍA DE MERCADO. B) EXPROPIACIONES-CONFISCACIONES.—CONSIDERACIONES FINALES.

REVISTA JURIDICA DE LA REGION DE MURCIA Número 22 (1996)

«El tratamiento penitenciario: límites y presupuestos», por MARÍA DOLORES COLMENERO GARCÍA, pág. 11.

SUMARIO: I. INTRODUCCION. LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD. SUS FINES.—II. EL TRATAMIENTO. CONCEPTO Y FINES.—III. CARACTERES: VOLUNTARIEDAD Y PARTICIPACION.—IV. MEDIOS.—V. LIMITES: a) FRENTE A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES; b) EN LOS CONDENADOS POR DETERMINADOS DELITOS.—VI. APLICACION: OBSERVACION Y CLASIFICACION.—VII. CONCLUSION.—VIII. BIBLIOGRAFIA.

«Los administradores de sociedades de capital y el derecho del trabajo», por JESÚS RENTERO JOVER, pág. 27.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. EL ADMINISTRADOR SOCIAL EN EL AMBITO DEL DERECHO LABORAL: 1. DIVERSIDAD DE SUPUESTOS. 2. PROBLEMAS DE LA NATURALEZA DE SU RELACIÓN CON LA SOCIEDAD.—III. EL ADMINISTRADOR SOCIAL Y SU ENCUADRAMIENTO ASEGURATIVO (RETA O RG).—IV. LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DEL ADMINISTRADOR. 1. AMBITO SUSTANTIVO DE LA RESPONSABILIDAD DE ADMINISTRADORES Y CONSEJEROS-DELEGADOS EN EL DERECHO LABORAL. 2. SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD SOLIDARIA: a) *Objetiva*; b) *Derivada del ejercicio de sus funciones*. 3. PROBLEMAS PROCE-

SALES: a) *La cuestión de la competencia jurisdiccional*; b) *El procedimiento adecuado*; c) *Plazo de ejercicio*; d) *Legitimación activa*; e) *Legitimación pasiva*.

«Los derechos adquiridos en el régimen transitorio de la Ley de Costas», por FELIPE ORTEGA, pág. 39.

SUMARIO: I. ANALISIS GLOBAL DE LA LEY DE COSTAS DE 1988.—II. CONCEPTO DE DERECHOS ADQUIRIDOS.—III. LOS DERECHOS ADQUIRIDOS EN LAS DISPOSICIONES TRANSITORIAS 1.ª Y 2.ª DE LA LEY DE COSTAS.—IV. LOS DERECHOS ADQUIRIDOS POR LOS PROPIETARIOS DE PARCELAS EN SUELO URBANO Y URBANIZABLE. LA LEY DE COSTAS EN SU RELACION CON LA LEY DEL SUELO.—V. DEFENSA DE LOS PARTICULARES ANTE UN DESLINDE.

«Las limitaciones a la capacidad de obrar por razón de la edad y la salud. La incapacitación como protección. Los internamientos en espacios residenciales», por PASCUAL OITUÑO MUÑOZ, pág. 53.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. CAPACIDAD JURIDICA Y CAPACIDAD DE OBRAR.—III. LA INCAPACIDAD.—IV. CONSECUENCIAS DE LA INCAPACIDAD: 1. LA GUARDA DE HECHO. 2. EL DEFENSOR JUDICIAL. 3. LA PRÓRROGA O REHABILITACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD. 4. LA CURATELA. 5. LA TUTELA.—V. LOS INTERNAMIENTOS: 1. LOS INTERNAMIENTOS VOLUNTARIOS. 2. LOS INTERNAMIENTOS INVOLUNTARIOS ORDINARIOS. 3. LOS INTERNAMIENTOS URGENTES.

«Los Secretarios generales de la Administración Regional murciana», por CRISTÓBAL GUIRADO CID, pág. 67.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. DELIMITACION DE LA FIGURA: 1. EL SECRETARIO GENERAL COMO ÓRGANO BÁSICO DE LA CONSEJERÍA. 2. ASIGNACIÓN A LOS SECRETARIOS GENERALES DE LA JEFATURA SUPERIOR DE LA CONSEJERÍA DESPUÉS DEL CONSEJERO. 3. FACULTADES. 4. NOMBRAMIENTO Y CESE. 5. RÉGIMEN DE INCOMPATIBILIDADES.—III. ANALISIS COMPARATIVO DEL SECRETARIO GENERAL DE LA COMUNIDAD AUTONOMA DE MURCIA CON SU HOMOLOGO DE LA ADMINISTRACION CENTRAL: EL SUBSECRETARIO. ASPECTO SEMANTICO.—IV. BREVE REFERENCIA AL DERECHO REGIONAL COMPARADO EN EL AMBITO TERRITORIAL DE NUESTRO PAIS.—V. EPILOGO.

REVISTA DEL NOTARIADO DE LA REPUBLICA ARGENTINA

Número 846 (Julio-Agosto-Septiembre 1996)

«Régimen de actuación y trámite en materia de automotores e implicancias registrales. Análisis del *Digesto de Normas Técnico-Registrales del Registro Nacional de la Propiedad del Automotor*», por JORGE HUGO LASCALA, pág. 511.

- «Bonificar donación investigando y contando el resultado», por CARLOS NICOLÁS GATTARI, pág. 533.
- «MERCOSUR y NAFTA: Dos realidades emergentes», por TORCUATO E. FINO (h.), pág. 541.

REVISTA NOTARIAL DEL COLEGIO DE ESCRIBANOS DE BUENOS AIRES

Número 924 (Mayo-Agosto 1996)

- «¿Qué ocurre con el artículo 1.246 del Código Civil? .», por MARCELA H. TRANCHINI DE DI MARCO y GASTÓN R. DI CASTELNUOVO, pág. 317.
- «¿Salvataje o Cramdown?», artículo 48 de la Ley 24.522. Concursos y quiebras», por CARMEN SILVIA ELENA MAGRI, pág. 357.
- «A modo de comentario. Ejecución Especial Hipotecaria. Ley 24.441. Artículo 52 y siguientes», pág. 367.

REVISTA JURIDICA JALISCIENSE

Número 3 (Septiembre-Diciembre 1996)

- «Delito y medio ambiente», por RAQUEL GUTIÉRREZ NÁJERA, págs. 11-40.
- «Evaluación de las afectaciones al ambiente relacionadas con las actividades del consorcio minero *Benito Juárez Peña Colorada, S. A. de C. V.*», por ALICIA LOEZA CORICHI y RAQUEL GUTIÉRREZ NÁJERA, págs. 41-62.
- «La racionalidad de la ciudad: de México Tenochtitlan al Distrito Federal», por FERNANDO TENORIO TAGLE, págs. 63-105.
- «La objeción de conciencia en el vigente ordenamiento jurídico español», por ANTONIO MILLÁN-GARRIDO, págs. 107-125.
- «Formas alternativas para la resolución de controversias», por CARLOS A. SEPÚLVEDA VALLE, págs. 127-140.
- «Las resoluciones emitidas por la Contraloría de la Federación rompen con los principios de estabilidad y formalidad procesal», por CARLOS SERGIO RAMÍREZ MOLINA, págs. 141-158.
- «¿Es recomendable la flexibilidad laboral en las negociaciones colectivas?», por ROBERTO CHARIS GÓMEZ, págs. 159-171.
- «Reflexiones a las reformas del IMSS», por JORGE RAMOS LOBATO, págs. 173-184.
- «Los riesgos de trabajo en la nueva Ley del Seguro Social», por ARTURO ALONSO GARCÍA, págs. 185-203.
- «La nueva Ley del IMSS: ¿avance o retroceso?», por DULCE MARÍA RUSSI PÉREZ, págs. 205-217.
- «La doble nacionalidad en España», por MARÍA ELENA GARCÍA EXPÓSITO, págs. 219-247.
- «Siéyés en México: acerca de las fuentes del Supremo Poder Conservador», por MANUEL MARTÍNEZ SOSPEDRA, págs. 249-284.
- «Comentarios a la nueva Ley Federal de Procedimiento Administrativo», por RUBÉN JAIME FLORES MEDINA, págs. 285-323.

REVUE DE DROIT UNIFORME

Número 4 (1996)

- «Unification of Law in the United States: an Updated Sketch», por PETER WINSHIP, pág. 633
- «Principles and Private International law - The Unidroit Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law How to Apply Them to International Contracts», por KATHARINA BOELE-WOELKI, pág. 652.
- «Franchising», por MARTIN MENDELSON, pág. 679.

Número 1 (1997)

- «La négociation internationale institutionnelle de droit privé, 1ère partie», por JEAN-PAUL BERAUDO, pág. 9.
- «The UNIDROIT Principles in Practice: The Experience of the First Two Years», por MICHAEL JOACHIM BONELL, pág. 34.
- «Rethinking the Notion of Uniformity in the Drafting of International Commercial Law: a Preliminary Proposal for the Development of a Policy-based Unification Model», por JEFFREY WOOL, pág. 46.

NOTICIAS DE LA UNION EUROPEA

Número 35 (Febrero 1997)

- «La libre circulación de servidores públicos. Un estudio sobre el acceso de ciudadanos comunitarios a la función pública de los Estados miembros», por MIGUEL DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN y PEDRO T. NEVADO MORENO, pág. 9.
- «Derechos de la mujer y ordenamiento comunitario europeo», por PALOMA DURÁN Y LALAGUNA, pág. 21.
- «La redimensión del concepto de asilo y su vinculación al espacio sin fronteras: el asilo humanitario», por NICOLÁS PÉREZ SOLA, pág. 31.
- «Libre competencia y modelos económicos públicos en la Unión Europea», por ANGEL SÁNCHEZ BLANCO, pág. 47.
- «La nueva Ley del Impuesto sobre Sociedades y la normativa comunitaria», por JOSÉ ANTONIO LARRAZ ESCOBAR, pág. 57.
- «La nueva política común de transporte ferroviario», por FERNANDO JOSÉ CASCALES MORENO, pág. 63.
- «Derecho comunitario europeo y televisión», por JOSÉ CARLOS LAGUNA DE PAZ, pág. 73.
- «Principio de subsidiariedad y participación de los entes locales y regionales en la Unión Europea», por JOSÉ MANUEL SOBRINO HEREDIA, pág. 85.

Número 36 (Marzo 1997)

- «La trasposición en el Derecho español de la Directiva sobre cláusulas abusivas. Aplicación registral», por JUAN MARÍA DÍAZ FRAILE, pág. 9.

- «La fórmula «contingente de autorizaciones» como condicionante para el empleo de ciudadanos extranjeros no comunitarios», por CONCEPCIÓN APRELL LASAGABASTER, pág. 29.
- «¿Existe un Derecho Comunitario del menor? (La Unión Europea y los niños)», por MANUEL-JESÚS DOLZ LAGO, pág. 37.
- «Las jurisprudencias comunitaria y española ante la cobertura del FOGASA al personal de alta dirección», por MANUEL LÓPEZ-MEDEL BASCONES, pág. 43.
- «Liberalización de los servicios mortuorios», por JUAN FRANCISCO PÉREZ GALVEZ, pág. 51.
- «El comercio internacional agrario: problemática desde la visión post-Ronda Uruguay», por JULIÁN BRIZ e ISABEL DE FELIPE, pág. 77.
- «Novedades en el régimen especial de bienes usados, objetos de arte, antigüedades y objetos de colección», por FERNANDO CASANA MERINO, pág. 91.
- «Novedades del Convenio de doble imposición hispano-portugués», por PERFECTO YEBRA MARTUL ORTEGA, pág. 97.

