

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LXX • Marzo-Abril 1994 • Núm. 621

CONSEJO DE REDACCION

PRESIDENTE:

D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León.

CONSEJEROS:

D. José Poveda Díaz.
D. Carlos M. Hernández Crespo.
D. Juan Vallet de Goytisolo.
D. Aurelio Menéndez Menéndez.
D. Eugenio Fernández Cabaleiro.
D. Manuel Amorós Guardiola.
D. José Antonio Nortes Triviño.
D. José María Chico Ortiz.
D. Fernando Muñoz Cariñanos.
D. José Manuel García García.
D. Juan Manuel Rey Portolés.
D. Antonio Pau Pedrón.
D. Juan Pablo Ruano Borrella.
D. José Luis Laso Martínez.
D. Alfonso Barcala Trillo Figueroa.
D. Joaquín Rams Albasa.
D. Francisco Corral Dueñas.
D. Juan Sarmiento Ramos.

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

Depósito legal: M. 968-1958

S U M A R I O

Págs.

ESTUDIOS

«Protección inmobiliaria y Comunidad Europea», por LUIS M. ^a CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA	385
«Consideraciones críticas sobre la propiedad en la vigente y anteriores Leyes del Suelo», por ANA MARÍA ECHEANDÍA MOTA	465
«La intransmisibilidad de la posición jurídica de socio en el contrato de sociedad», por MARÍA EUGENIA ORTUÑO	501
«Financiación con garantía hipotecaria a constructores y promotores de viviendas y locales, a la luz de la actual legislación urbanística», por ROBERTO SÁNCHEZ GARCÍA	531
«Aproximación al Registro Mercantil», por FRANCISCO MESA MARTÍN	561
«El aprovechamiento urbanístico La inscripción en el Registro de la Propiedad de su adquisición y de su transferencia», por RAFAEL ARNAIZ EGUREN	605
«La certificación con efectos de cierre registral o de reserva de prioridad» (I), por RAFAEL ARNAIZ EGUREN, LUIS M. ^a CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA y FERNANDO CANALS BRAGE	645

DICTAMENES Y NOTAS

«Notas a la reforma judicial», por IVÁN ESCOBAR FORNOS	673
«Justicia, política y Constitución», por IVÁN ESCOBAR FORNOS	691

ACTUALIDAD JURIDICA

Información legislativa y de actividades, por LA REDACCIÓN	713
--	-----

JURISPRUDENCIA

I. Sentencias del Tribunal Constitucional, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	725
II. Resoluciones de la Dirección General, por FRANCISCO JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO y LUIS M. ^º STAMPA PIÑEIRO	749
III. Sentencias del Tribunal Supremo:	
1. Derecho Civil.	
b) Obligaciones y contratos, por JOSÉ QUESADA SEGURA ..	791
c) Arrendamientos, por CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ	799
4. Derecho Procesal, por ERNESTO CALMARZA CUENCAS	807

INFORMACION BIBLIOGRAFICA

«La codificación del Derecho Civil en España (1808-1889)», de JUAN BARÓ PAZOS, por CONCEPCIÓN SERRANO ALCAIDE	821
«Introduction historique au droit des obligations», de JEAN LOUIS GAZZANIGA, por CONCEPCIÓN SERRANO ALCAIDE	825
«Técnica probatoria», de L. MUÑOZ SABATÉ, por JOSÉ M. ^º CHICO Y ORTIZ	830
«Los aparcamientos subterráneos», de R. ARNÁIZ EGUREN, por JOSÉ M. ^º CHICO Y ORTIZ	834
«Forma y nulidad del precontrato», de MARÍA LUISA MURILLO, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	837
«Naturaleza de la sociedad de gananciales. Legitimación individual de los cónyuges», de PILAR BENAVENTE MOREDA, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	839

REVISTA DE REVISTAS , por LA REDACCIÓN	843
--	-----

ESTUDIOS

Protección inmobiliaria y Comunidad Europea (*)

SUMARIO. I. INTRODUCCION. LA COMUNIDAD EUROPEA.—II. LA INCIDENCIA DEL DERECHO COMUNITARIO EN EL ORDENAMIENTO INTERNO. A) CONCEPTO DE DERECHO COMUNITARIO. B) FUENTES DE DERECHO COMUNITARIO: 1. *Derecho originario*. 2. *Derecho derivado*: 2.1. Reglamento. 2.2. Directiva. 2.3. Decisión. 2.4. Recomendación y dictamen.—3 *Principios generales del Derecho*. 4 *Jurisprudencia comunitaria*.—C) DERECHO COMUNITARIO Y DERECHO INTERNO: 1. *Derecho comunitario y Derecho estatal*. 2. *Derecho comunitario y Derecho autonómico*.—D) JERARQUÍA NORMATIVA E) EL TRIBUNAL EUROPEO.—III. LAS LIBERTADES COMUNITARIAS Y SU INCIDENCIA EN EL DERECHO DE PROPIEDAD: A) LAS LIBERTADES COMUNITARIAS. B) LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMUNITARIOS. C) EL DERECHO COMUNITARIO DE PROPIEDAD. D) EL DERECHO DE PROPIEDAD EN EL ORDENAMIENTO INTERNO: 1. *El derecho constitucional de propiedad*: 1.1. El derecho de propiedad en el Código Civil. 1.2. El derecho de propiedad en el Ordenamiento histórico. 1.3 El derecho de propiedad en la Constitución de 1978.—2. *El contenido del derecho de propiedad*: 2.1. La ruptura del concepto de propiedad. 2.2. La propiedad urbana 2.3. La propiedad rústica.—E) LOS LÍMITES COMUNITARIOS DEL DERECHO INTERNO.—IV LOS PROGRAMAS DE ACTUACIÓN DE LA CE EN MATERIA AGRÍCOLA, DE MEDIO AMBIENTE Y DE PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES: A) LA ACTUACIÓN DE LA CE SOBRE LA PROPIEDAD RÚSTICA. B) LA PROTECCIÓN COMUNITARIA DEL MEDIO AMBIENTE. C) DERECHO COMUNITARIO Y PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES.—V. LA PROPIEDAD URBANA.—VI EL CONSUMIDOR Y SU ENTORNO: A) ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES. B) EL DERECHO DE CONSUMO. C) LA PROTECCIÓN INMOBILIARIA DE LOS CONSUMIDORES: 1. *La información como medida cautelar*. 2. *El principio registral de información*.—VII. EL DERECHO COMUNITARIO DE LA CONSTRUCCIÓN.—VIII. LA RESPONSABILIDAD DE LOS CONSTRUCTORES.—IX. LA ARMONIZACIÓN DE LAS LEGISLACIONES EN MATERIA DE CONSTRUCCIÓN.

(*) Curso de Postgrado sobre Derecho de la construcción, Universidad de Deusto, Facultad de Derecho (4-2-1993).

El contenido del presente estudio se complementa, desarrolla y amplía, con sus referencias bibliográficas, en mi libro *La protección inmobiliaria del consumidor en la Comunidad Europea* (ed. Colegio de Registradores, 1994).

A Antonio Bartolomé Martínez, Registrador de la Propiedad, generosa muestra de profesionalidad y desinterés.

A Angel Sanz Iglesias, Notario, paciente maestro en la enseñanza del Derecho inmobiliario.

PRESENTACION

En el pasado verano visité el Santuario de Loyola y el caserío del Padre Gárate y, admirando su obra, me sugirió el paralelismo que existe entre la construcción de la Unión Europea o los Estados Unidos de Europa —si se prefiere esa expresión—, que debe respetar la identidad de cada Estado miembro, y el acoplamiento de la Torre de Oñaz dentro de la estructura general del Santuario, como modelo inevitable de la Europa unida, donde, a diferencia del caserío del Padre Gárate, que se sitúa cerca del entorno, la torre forma parte del conjunto arquitectónico.

El plan que va a seguir esta exposición es el siguiente. En primer lugar, trataré de la organización y funcionamiento de las CCEE (hoy CE). En segundo término, de la incidencia del Derecho comunitario en el ordenamiento interno. Y por último, me ocupo de la aplicación del Derecho comunitario a determinados sectores de la actividad económica, fundamentalmente el derecho de propiedad como base jurídica del Derecho de la construcción, obviando el análisis en profundidad de aquellos aspectos del Derecho interno que trato en otros estudios y que son objeto de exposición, dentro de este Curso, por distintos profesores y juristas.

Finalmente, antes de comenzar, debo agradecer al profesor LLEDÓ YAGUE, Decano de la Facultad de Derecho y Director de este Curso, y con él a la Universidad de Deusto, la deferencia de haberme invitado a participar en el mismo. Agradecimiento que es doble. Por un lado, mi presencia aquí, en esta prestigiosa Universidad, y, por otro, el importante reto de que mi intervención les sea de utilidad, como para mí su estudio ha sido, ya que es la primera vez que me ocupo del Derecho comunitario en materia inmobiliaria. Asimismo, mi agradecimiento se hace extensivo a nuestro compañero y buen amigo, JUAN ALFONSO FERNÁNDEZ NÚÑEZ, Registrador de la Propiedad de Bilbao, *causa causae*.

I. INTRODUCCION. LA COMUNIDAD EUROPEA

El estudio del Derecho comunitario, y particularmente del Derecho comunitario en materia inmobiliaria, debe ir precedido de unas notas intro-

ductorias sobre el origen y funcionamiento de la Comunidad Europea como entidad supranacional generadora de normas jurídicas en sentido estricto. Esto es, de normas capaces de crear derechos y obligaciones para los Estados y los ciudadanos comunitarios. La razón de este planteamiento se fundamenta en sí misma. Y decimos que se fundamenta en sí misma porque la importante novedad que aporta la constitución de las Comunidades Europeas al Derecho internacional clásico es su instauración «artificial» o política. A diferencia de la formación de los distintos Estados soberanos, tal y como hoy se reconocen, y de los tratados que entre ellos firman para regular sus relaciones exteriores, las Comunidades Europeas no suponen ni el establecimiento de una Confederación, ni de una Federación de Estados, ni un Estado unitario, ni tampoco una organización internacional *sensu stricto*. Y si a estas nociones jurídico-políticas se acerca, con ninguna se identifica. Así pues, los conceptos previos no se incardinan en ningún molde preconcebido. Causa ésta por la que la exposición doctrinal de la nueva realidad jurídica, que las Comunidades Europeas comportan, carece de remotos orígenes históricos y se centran en los propios tratados institutivos de la misma. Ahora bien, como expondremos, ello no quiere decir que no se pueda aventurar algunos precedentes históricos de esta situación, dentro, incluso, de nuestro propio Derecho. Pero veamos antes cuáles son las notas características de su organización y funcionamiento: 1.^a Pluralidad de Comunidades. 2.^a Ausencia de «división de poderes». 3.^a Autodefinición de competencias. 4.^a Integración sucesiva.

1.^a Pluralidad de Comunidades

La primera característica que hemos destacado es la pluralidad de Comunidades. Es decir, por su origen, tres son las Comunidades Europeas y tres los tratados institutivos. La Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA), la Comunidad Europea de la Energía Atómica (EURATOM) y la Comunidad Económica Europea (CEE o Mercado Común). El Tratado de la CECA se firmó en París el 18 de abril de 1951, y los Tratados de EUROATOM y de la CEE, por su parte, en Roma el 25 de marzo de 1957.

La razón de esta pluralidad obedece a un imperativo práctico, ya que una vez descartada la unión política para la formación de los «Estados Unidos de Europa», propuesta por el plan SCHUMAN, JEAN MONNET y el propio ROBERT SCHUMAN consideraron que, a través de una integración sectorial, «al construir una Europa económica se construía al mismo tiempo la Europa política». Se partía así de tres sectores: el carbón y el acero, la energía atómica y el mercado común, que implicaría la unión aduanera, la libre circulación de factores de producción y la protección de la libre

competencia, a la vez que se emprendían determinadas políticas económicas generales y sectoriales comunes (agricultura, transporte...).

De esta forma, habiéndose optado por lo que denomina el profesor ISAAC «funcionalismo» o integración paulatina, se aplaza, con buen criterio práctico, la unión política de los Estados comunitarios, provocando la previa unión económica, mediante la apertura de distintos períodos de armonización.

Este sistema, tal y como estaba previsto por sus mentores, sin desdeñar las dificultades de la instauración sucesiva de ese Estado europeo, ha arrasado dos nuevas fases de desarrollo por medio del Acta Unica Europea de 28 de febrero de 1986 y del Tratado de Maastricht o Tratado de la Unión Europea, firmado el 7 de febrero de 1992, que prepara, a través de la unión económica y monetaria, el camino de la unión política, que supondrá el fin de esa pluralidad de Comunidades, de tal suerte que el término Comunidad Económica Europea da paso al de Comunidad Europea. No obstante, la técnica seguida en Maastricht es la misma del Tratado de Bruselas de 8 de abril de 1965. Es decir, se mantiene la yuxtaposición de los tres tratados institutivos, sin llegar a su fusión.

2.^a Ausencia de «división» de poderes

La segunda característica de las Comunidades Europeas, que denominamos ausencia o desconocimiento del principio teórico de «división de poderes», la aporta su singular estructura. Las Comunidades se organizan a través de cuatro instituciones básicas: la Asamblea, el Consejo, la Comisión y el Tribunal de Justicia de cada Comunidad, si bien siempre existió una Asamblea única, el Parlamento Europeo, y un sólo órgano judicial, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), fue necesaria, por razones operativas, la ulterior refundición de las Comisiones y Consejos mediante el Tratado de Bruselas, estableciéndose un Consejo y una Comisión para las tres Comunidades. Y la novedad caracterizadora estriba en que la denominación no se corresponde con el dogma de la división de poderes, imperante a partir de MONTESQUIEU. El Parlamento no tiene funciones legislativas. El Consejo no se identifica exclusivamente con el poder ejecutivo, que comparte con la Comisión, ya que en él reside el poder legislativo. Y el Tribunal de Justicia es algo más que un estricto poder judicial, pues participa directamente en la creación del Derecho comunitario. Esta situación que excede de todo apriorístico parangón, sin embargo, sí presenta cierta analogía con un precedente histórico, la organización de la Monarquía española durante el Antiguo Régimen. En España, en efecto, existían unas Cortes que no legislaban, una pluralidad de Consejos con funciones ejecutivas y normativas e incluso judiciales, Audiencias y Reales Chanci-

llerías con posibilidad de recurso ante un único Tribunal e, incluso, una Comisión para asuntos de interés general, el Consejo de Estado. Ahora bien, establecido este cierto paralelismo, pasemos a estudiar las distintas atribuciones de estos órganos, que, como indica el profesor ISAAC, mal se presta a una exposición sistemática por la profusión de disposición que atribuyen las competencias:

— El Consejo

El Consejo «representa los intereses de los Estados» y «acumula el poder legislativo y el poder gubernamental», siendo sus atribuciones características el dictado de directivas y reglamentos «directamente aplicables a los particulares», la definición de la «política común», la iniciativa y representación en las relaciones exteriores, la redacción del proyecto de presupuestos comunitarios y la coordinación entre los Estados miembros, sin entrar ahora en sus funciones de consulta y tutela que le atribuye algún tratado (CECA).

— La Comisión

La Comisión, por su parte, tiene «asignada la representación autónoma del interés común», «es decir, el de la Comunidad». Es el «órgano revolucionario —según el profesor ISAAC— del sistema comunitario», «al que la práctica —también— más ha delimitado». Sus atribuciones son: velar por la aplicación de los tratados y de las normas emanadas en su ejecución, formular recomendaciones y dictámenes, ejercitar su poder de decisión propio, participar en la formación de los actos del Consejo y de la Asamblea y hacer efectivas las competencias que el Consejo le confiere para el ejercicio de las reglas que establece. Atribuciones que el profesor ISAAC sistematiza en las siguientes:

1.² La Comisión es *guardiana de los tratados*, salvaguardando el *acervo comunitario*, esto es, «el respeto de los tratados y de los actos de las instituciones». Y en su ejercicio, la Comisión tiene poderes de información y prevención, de perseguir las infracciones estableciendo sanciones y decidir acerca de las cláusulas de salvaguarda de los tratados a efectos de la adopción de las medidas derogatorias oportunas.

2.⁴ La Comisión es *órgano de iniciativa*, y como tal le corresponde hacer proposiciones como motora de la integración europea e interviene directamente en el «poder normativo del Consejo», ya que éste decide previa proposición de la Comisión.

3.⁴ La Comisión es el *órgano de ejecución* de los tratados y de los actos de los Consejos, y así goza de poder normativo subordinado en cuanto, por delegación del Consejo, adopta «medidas de ejecución de alcance general» y «particular», esto es, normas de desarrollo de los «reglamentos de base» y decisiones sobre gestión administrativa, políticas comunitarias y gestión financiera.

— El Parlamento Europeo

El Parlamento Europeo, denominación que recibe la Asamblea de que hablan los tratados, es el órgano de representación de los «pueblos de los Estados» miembros y dista, hoy por hoy, como hemos observado, de ser un verdadero Parlamento. Sus atribuciones son el control político del Consejo y de la Comisión por medio de debates, preguntas y mociones de censura; el poder presupuestario a través de enmiendas, de la aprobación del dictamen definitivo o del rechazo del presupuesto; la facultad de aprobar la gestión de la Comisión, y un cierto poder legislativo que ejerce mediante los procedimientos de consulta, concertación y cooperación. Atribuciones a las que cabe añadir la de información en materia de relaciones exteriores. Y, a partir de Maastricht, la *codecisión*.

— El Tribunal de Justicia

Siendo el Tribunal de Justicia uno de los medios de consolidación y desarrollo de las Comunidades Europeas, son sus atribuciones contenciosas, prejudiciales y consultivas, con las que participa, como veremos, de un poder legislativo residual en cuanto interpreta extensivamente los tratados y aplica una serie de principios propios de un ordenamiento jurídico completo.

Ahora bien, la acumulación de trabajo, que va produciéndose de forma paulatina y simultánea al proceso comunitario de ampliación y de integración, aconsejó en su día la creación de otro órgano judicial, el denominado Tribunal de Justicia de Primera Instancia de las Comunidades Europeas. Y así los artículos 11 y 12 del Acta Unica Europea modifican los artículos 168 y 188 del Tratado de la CEE, relativos, como es de suponer, al Tribunal de Justicia. Sus competencias se circunscriben a los recursos interpuestos por personas físicas o jurídicas, excluyendo, en consecuencia, los promovidos por los Estados miembros, por las instituciones comunitarias y por los Jueces nacionales con carácter prejudicial (ex art. 177 TCEE).

Finalmente, por lo que a este apartado se refiere, podemos apuntar la existencia de un *Consejo Europeo* y de un Tribunal de Cuentas. El Consejo

Europeo, descartando toda referencia a este último Tribunal, es un órgano, según ISAAC, «paracomunitario» y suscita una observación terminológica. Son tres los Consejos de que vamos a tratar: El Consejo de las CCEE o Consejo de Ministros, institución comunitaria; el Consejo Europeo o Consejo paracomunitario, y el Consejo de Europa, que con el Tribunal de Justicia y el Parlamento de Estrasburgo son ajenos a las CCEE.

El Consejo Europeo, nacido de una iniciativa política, ha quedado consagrado por el Acta Unica Europea en su artículo 2, sin atribución de específicas competencias; como indica ISAAC, sigue rigiéndose por la Declaración solemne de Stuttgart sobre la Unión Europea y atiende a la cooperación política mediante la reunión, dos veces al año —al menos—, de los Jefes de Estado o de Gobierno de los Estados comunitarios. El Tratado de Maastricht, por su parte, remarca esta función.

3.^a Autodefinición de competencias

La tercera de las características apuntadas es la autodefinición de competencias, y supone ésta que si bien las competencias de las Comunidades son de *atribución*, «es decir, que sus actividades pueden y deben desplegarse en cierto número de campos “limitativamente” determinados por los tratados», las competencias *específicas* asignadas son de hecho desarrolladas a través de la *reserva de competencias subsidiarias y de las competencias implícitas*. Así, y al menos en el ámbito de las competencias específicas atribuidas, su extensión y límite se autodefinen por el Tribunal de Justicia, realidad que ha provocado la expansión paulatina de las mismas. Pero analicemos el supuesto.

Las Comunidades tienen personalidad jurídica y plena capacidad de obrar; sus competencias, desde un punto de vista formal, son de control y de acción, abarcando tanto el campo interno como el internacional. Y desde el aspecto sustantivo, gozan las Comunidades de competencias específicas, subsidiarias e implícitas.

A pesar de ser las competencias de las Comunidades de carácter específico, no existe una relación de las mismas, siendo en realidad su enumeración resultado «de la suma de poderes de acción estrecha y limitadamente atribuidos», por lo que este método «puede conducir a veces a un potencial de competencias normativas prácticamente ilimitado», por lo que se provoca la concurrencia entre las competencias comunitarias y estatales en las materias que son objeto de tratamiento comunitario, con los problemas que conlleva. La actuación sectorial, pues, tiende a ser completa, sin perjuicio, como veremos, de la necesaria aprobación por los Estados de la normativa de desarrollo o de ejecución en un buen número de supuestos.

Esa vocación de integridad y de plenitud del ordenamiento jurídico comunitario, en orden a la consecución de los fines que atienden los tratados, supuso la necesidad de definir el *principio de subsidiariedad*, ya que, en otro caso, el carácter atributivo de las competencias funcionales de las CCEE hubiera provocado la inoperatividad de las competencias materiales, y para colmar esa laguna los artículos 235 de la CEE y 203 de la CEEA estipulan: «Si una acción de la Comunidad aparece necesaria para realizar, en el funcionamiento del mercado común, uno de los objetivos de la Comunidad, sin que el presente tratado haya previsto los poderes de acción requeridos a este efecto, el Consejo, decidiendo por unanimidad sobre las proposiciones de la Comisión y después de consultar a la Asamblea, toma las disposiciones oportunas».

Las competencias *implícitas*, aplicación de la teoría —propia del Derecho público— de los poderes implícitos, que supone la transmisión con las competencias de los medios con que contaba el órgano transferente para su virtual ejercicio, tiene su origen, para este nuevo ámbito, en la jurisprudencia internacional, «que terminó por admitir la atribución de nuevas competencias y funciones en la medida en que éstas son necesarias para la realización de objetivos fijados por el acta constitutiva». El TJCE, por su parte, ha reconocido, a partir de la Sentencia de 29 de noviembre de 1956, la *validez* de esta teoría, con notable aplicación en materia de relaciones exteriores, en la creación de los Comités de gestión o de reglamentación, en la adopción de decisiones *sui generis* —balances, programas...— y en la rápida publicación de reglamentos urgentes.

Ahora bien, la incardinación de este grupo de competencias dentro de la estructura funcional de los Estados miembros hace imprescindible abordar, con el profesor ISAAC, el problema de las competencias reservadas a éstos, las competencias concurrentes y las competencias comunitarias exclusivas.

Las *competencias reservadas* a los Estados son todas aquellas, en principio, no atribuidas expresamente a las Comunidades. Esta definición positiva de las competencias comunitarias debe ser entendida sin perjuicio «de las incursiones de la competencia comunitaria —en terminología del propio TJCE— en las soberanías nacionales, donde son necesarias para que por el hecho de los poderes retenidos por los Estados miembros el efecto útil del Tratado no se vea muy disminuido y su finalidad comprometida», cifrándose el «deber de colaboración», siguiendo al profesor ISAAC, en mucho más que la simple adopción de medidas de ejecución para asegurar la eficacia del Derecho comunitario.

Con el nombre de «competencias *concurrentes*», por su parte, se refiere ISAAC a aquel grupo de competencias exclusivas de las Comunidades que, en tanto no se ejercitan, permiten a los Estados miembros legislar sobre la

materia para evitar el «vacío jurídico» que en otro caso se produciría, habida cuenta de que la implantación del Derecho comunitario se produce progresivamente. Disposiciones que quedarán «desplazadas» una vez que las Comunidades regulen la materia. Este efecto descrito es el mismo que el que se produjo en el Ordenamiento español con la transferencia de competencias exclusivas a las Comunidades Autónomas, aunque, terminológicamente, nosotros denominamos «competencias concurrentes», siguiendo el hilo expositivo de MUÑOZ MACHADO, a aquellas «compartidas» de hecho entre el Estado y las CCAA. Es decir, que las competencias «exclusivas» devienen «compartidas» cuando el Estado ejercita un título competencial genérico —planificación económica, por ejemplo— en una materia «conexa».

Sobre las competencias *exclusivas*, indica ISAAC que se ha llegado por el TJCE a declarar una materia como competencia exclusiva de las Comunidades a partir de cierto plazo, aunque no hayan dictado disposiciones éstas y mientras tanto sigue en vigor la normativa estatal, llegándose, incluso, en política comercial común, si no a una «redelegación competencial», a una habilitación específica.

4.^a Integración sucesiva

La cuarta y última característica, por fin, era la integración sucesiva de las legislaciones de los Estados miembros, imperativo necesario de la concepción de las Comunidades como Estado en formación que, paso a paso, camina hacia la unión política, siendo el Tratado de la Unión Europea o Tratado de Maastricht el último paso que se intenta dar, donde la Comunidad Económica Europea, nacida de uno de los tres Tratados institutivos, pasa a denominarse, a la vez que absorbe un nuevo cometido, Comunidad Europea, sin cualificación estrictamente social y económica.

II. LA INCIDENCIA DEL DERECHO COMUNITARIO EN EL ORDENAMIENTO INTERNO

Como puede deducirse de lo que antecede, reviste especial importancia el estudio de la incidencia del Derecho comunitario en el ordenamiento interno de los Estados miembros o, mejor aún, si cambiamos de óptica en la visión de este problema, la incidencia del Derecho interno en el ordenamiento comunitario, ya que por razón de esa «atribución constitucional de competencias», y al menos en cuanto a éstas, el Derecho estatal adopta caracteres de Derecho «residual» y «complementario».

Dice MOLINA DEL POZO «que el Derecho comunitario está constituido propiamente por un conjunto de reglas que determinan la organización, las competencias y el funcionamiento de las Comunidades Europeas». Conjunto de reglas que suponen, como ha declarado el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, «un orden jurídico propio», «distinto del internacional y del interno de cada Estado miembro», «e integrado en el sistema jurídico» de éstos. Y se trata, además, de un orden u ordenamiento jurídico «nuevo», en cuanto «regula los poderes, derechos y obligaciones de —los— sujetos —a quienes se le aplica—, así como los procedimientos necesarios para comprobar y sancionar toda violación eventual». Lo que supone, en palabras del profesor ISAAC, remarcar la «autonomía» y la «originalidad» de este sistema jurídico.

Ahora bien, la propia naturaleza, «autonomía» y «originalidad» del Derecho comunitario nos impone el análisis de sus límites externos e internos, de una parte, y el de sus relaciones con el Derecho internacional, de otra, para pasar al problema de su articulación práctica —ciertamente compleja— en cuanto alteración del ordenamiento jurídico de los Estados miembros. Cuestiones que pasamos a abordar.

A) CONCEPTO DE DERECHO COMUNITARIO

Si el Derecho comunitario, como indica la doctrina, es un Derecho nuevo, carente, pues, de precedentes históricos directos, su definición, por imperativos de técnica jurídica, debe ser *negativa*, de una parte y en tanto se deslinda su ámbito de actuación singular frente a otros Derechos, y *positiva*, de otra, en cuanto muestra su estructura y funcionamiento. Al menos, claro está, que optemos por un concepto indefinido y abstracto.

En cualquier caso, según advertíamos, dos notas definen al Derecho comunitario. Primera, el Derecho comunitario no es Derecho internacional, y, segunda, el Derecho comunitario tampoco es Derecho interno de cada Estado miembro.

B) FUENTES DE DERECHO COMUNITARIO

Distintas son, como cabe suponer, las clasificaciones que hacen los diversos autores de las fuentes del Derecho comunitario, si bien todas giran en torno a los conceptos Derecho originario, Derecho derivado, principios generales, jurisprudencia comunitaria y Derecho internacional. Así, Louis habla de «constitución comunitaria», Derecho derivado —que incluye los actos típicos y los innominados—, Derecho internacional y principios ge-

nerales del Derecho. CEREXHE, por una parte, distingue entre fuentes obligatorias, fuentes no obligatorias, fuentes *sui generis* y fuentes supletorias. ISAAC, por otra, sistematiza la materia en tratados comunitarios, Derecho comunitario derivado, Derecho surgido de los compromisos exteriores de las CCEE, fuentes complementarias y fuentes no escritas. MASIDE MIRANDA, sin embargo, clasifica las fuentes en Derecho primario —los Tratados—, Derecho derivado —los Reglamentos, Directivas, Decisiones, Recomendaciones y Dictámenes— y Derecho complementario —la jurisprudencia, la costumbre, los principios generales y el Derecho internacional.

MOLINA DEL POZO, por su parte, en base a la eficacia de la norma, adopta la clasificación de CEREXHE y presenta un genérico esquema de gran utilidad práctica:

1.º *Fuentes obligatorias:*

- a) Derecho originario: Tratados fundacionales y tratados modificativos y complementarios.
- b) Derecho derivado:
 - a') Tratado CECA: Decisiones, Recomendaciones y Decisiones individuales.
 - b') Tratado CEE y EURATOM: Reglamentos, Directivas y Decisiones.
- c) Actos convencionales: Convenios concluidos por los Estados miembros en aplicación de una disposición de los Tratados; Convenios concluidos por los Estados miembros, no previstos por los Tratados, pero cuyo objeto aparece estrechamente ligado a su ejecución; decisiones de los representantes de los Gobiernos de cada Estado miembro reunidos en el seno del Consejo, y acuerdos concluidos entre la Comunidad y terceros Estados.
- d) Principios generales de Derecho comunitario.
- e) Jurisprudencia del TJCE.

2.º *Fuentes no obligatorias (Derecho derivado):* Dictámenes (Tratados CECA, CEE, EURATOM) y Recomendaciones (Tratado CEE y EURATOM).

3.º *Actos «sui generis»:*

- a) Obligatorios: Reglamentos de régimen interno y Decisiones que no tienen destinatario.
- b) No obligatorios: Resoluciones, Informes, Declaraciones y Programas de acción común.

- 4.º *Fuentes complementarias*: Derecho supletorio (Derecho internacional público y Derecho nacional de los Estados miembros), Principios generales del Derecho, Costumbre y Doctrina científica.

1. *Derecho originario*

El Derecho originario viene constituido por los tres tratados institutivos de las CCEE y sus respectivas modificaciones, «que configuran la *norma suprema* que regula la convivencia en el marco comunitario, suponiendo, al igual que las Constituciones de cada uno de los Estados miembros, el fundamento jurídico de un *orden jurídico autónomo*». Son los Tratados las «*fuentes originarias* tanto de las instituciones como de las competencias y de los poderes comunitarios, en cuanto que constituyen la carta fundamental de las Comunidades». Su *primacía*, frente a las restantes fuentes, está fuera de duda, y garantiza la virtualidad práctica de esta afirmación el propio TJCE.

Ahora bien, su fuerza obligatoria se potencia, además, por medio de otras dos características de los Tratados, consecuencia de los conceptos doctrinales de «aplicación directa» y «efecto directo», elaborados conforme a la jurisprudencia comunitaria. Los Tratados, por un lado, son susceptibles de *aplicación directa* en cuanto sus disposiciones sean de tal naturaleza que no necesiten de ulterior delimitación y desarrollo. Los Tratados, por otro, producen «efecto directo» en la medida en que una norma en ellos contenida pueda invocarse ante los Tribunales por los ciudadanos comunitarios.

2. *Derecho derivado*

Denominamos, por su parte, Derecho derivado al derecho dictado en ejecución y desarrollo de los Tratados o Derecho originario, y singularmente en aplicación de los fines específicos de las CCEE, como comunidad en constante fase de integración, pues si existe un modelo de Estado en formación éste es el de las CCEE, donde su carta constitutiva no determina una forma de organización estática, sino, antes y al contrario, una comunidad dinámica de destino. Y ese destino último no es otro que la Unión Política, la creación, en definitiva, de un Estado soberano.

Las formas jurídicas que con distinto alcance y eficacia adopta el Derecho derivado, se recogen en los artículos 189, 161 y 14 y 33 de los Tratados de la CEE, del EURATOM y de la CECA, respectivamente. Y dice el artículo 189 del «Tratado general»: «Para el cumplimiento de su misión, el *Consejo* y la *Comisión* adoptarán reglamentos y directivas, toma-

rán decisiones, formularán recomendaciones y emitirán dictámenes en las condiciones previstas en el presente Tratado.

El *reglamento* tendrá un alcance *general*. Será *obligatorio* en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro.

La *directiva* obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios.

La *decisión* será obligatoria en todos sus elementos para todos sus destinatarios.

Las *recomendaciones* y *dictámenes* no serán vinculantes».

Así, de esta manera, podemos señalar que el Derecho derivado se integra por reglamentos, directivas, decisiones, recomendaciones y dictámenes, normas jurídicas dotadas de fuerza obligatoria, a excepción de las dos últimas, con la importante matización que hace el profesor ISAAC: «la naturaleza de un acto no depende de —la denominación atribuida— por la autoridad que lo ha realizado, sino que de su objeto y de su contenido en relación con las definiciones que aporta el Tratado», reservándose el TJCE «el derecho de proceder a su *recalificación*».

El artículo 189, en cuanto artículo base de las disposiciones normativas de las CCEE, presenta, si lo relacionamos con otros del mismo texto legal —siguiendo a MASIDE—, como notas principales: el establecimiento de un sistema de *numerus apertus* (ex art. 173 TCEE), ya que el TJCE al aplicar o interpretar el Derecho comunitario debe tener en cuenta tanto las normas escritas como las no escritas; «las instituciones comunitarias no disponen de un poder general para adoptar todos los actos necesarios para realizar los objetivos de los Tratados», y «sólo pueden ejercer este poder en el caso de que éstos lo hayan previsto»; los actos que el artículo 189 define legalmente son actos funcionales, que difieren de las normas de carácter interno u organizativas; el artículo 189 no establece la jerarquía formal de las fuentes comunitarias; y el artículo 189, finalmente, atribuye «un auténtico poder normativo» a la Comisión y al Consejo.

2.1. Reglamento

El reglamento es «la principal fuente de Derecho derivado» y «expresa, por excelencia, el poder legislativo de las Comunidades». Su equiparación terminológica dentro del Derecho interno debemos encontrarlo en la *ley ordinaria*. Son sus características principales las siguientes:

- 1.^a Es una norma de alcance general, dotada de eficacia *erga omnes*.
- 2.^a Es obligatoria en todos sus elementos.

3.^a Es directamente aplicable en todo Estado miembro y se aplica —por igual— a los Estados miembros y a los ciudadanos.

Los reglamentos, finalmente, hemos de señalar, entran en vigor a los veinte días de su publicación en el *Diario Oficial de las Comunidades* —salvo que fijen otra fecha— y responden, desde el doble aspecto formal y material, a tres categorías instrumentales. La primera es la general o tipo, que precede: el reglamento es una norma aplicable directamente y completa, habilitada para ser el medio unificador del Derecho comunitario aplicable por igual a todos los Estados miembros. La segunda y la tercera son complementarias entre sí y responden a una determinada forma de legislar: la norma se dicta en dos momentos. Es decir, el reglamento «completo» resulta de una actuación sucesiva del Consejo o del Consejo y de la Comisión —por delegación expresa— mediante el dictado de un *reglamento-base* y un *reglamento de ejecución*, de tal suerte que el reglamento-base debe recoger «los principios esenciales llamados a ser desarrollados ulteriormente».

2.2. Directiva

Tal vez, para entender mejor la virtualidad de las directivas comunitarias, baste con utilizar el término *ley de bases* o ley-marco. Así, equiparado el reglamento con la «ley ordinaria», dictada por un órgano con competencia exclusiva, la directiva encaja en lo que suele denominarse, dentro del constitucionalismo español, ley de bases, donde el desarrollo y ejecución compete a otro órgano con poder legislativo.

Las directivas son «actos» de ámbito especial, no susceptibles de aplicación directa —por contraposición a los reglamentos— y obligatorios —igual que éstos—. Sin embargo, ello no supone que estén desprovistas en determinados supuestos de efecto directo, es decir, de ser susceptibles de aplicación sin norma de desarrollo y precisamente para que el Estado que omite ese desarrollo no evite el efecto útil de la norma.

En general, puede decirse con MASIDE que la directiva «requiere intervención normativa de los Estados miembros», sus destinatarios pueden ser todos —o algunos— de los Estados, entra en vigor desde su notificación en el plazo establecido y es el único instrumento «que las instituciones comunitarias pueden utilizar en determinadas materias: libertad de establecimiento, circulación de capitales, armonización de legislaciones...» La directiva —señala MASIDE— establece «una obligación de resultado», esto es, el cumplimiento de un fin comunitario.

La directiva, por otro lado, es seguramente la norma comunitaria más compleja e interesante en cuanto es susceptible de desarrollo y ejecución

por distintas vías, siempre que el fin comunitario se cumpla, siempre que el «resultado» dentro de su ámbito territorial sea el mismo. Sin embargo y a pesar de su posible aplicación directa, esta situación no deja, según advierte el profesor ISAAC, «patología», siendo caracterizada por tres notas distintas: 1.^a Aplicabilidad directa excepcional; 2.^a Aplicabilidad directa limitada, y 3.^a Aplicabilidad directa contestada.

2.3. Decisión

La decisión es «un acto normativo individual —motivado— que puede estar dirigido a un Estado, a una persona física o a una persona jurídica». Y como tal «acto normativo individual» es de carácter obligatorio y exige la previa notificación a su destinatario, siendo susceptible de producir «efecto directo» y «efecto útil».

2.4. Recomendación y dictamen

Si en algo se caracterizan las recomendaciones y dictámenes es en el propio dictado del artículo 189 del Tratado de la CEE, esto es, en su naturaleza del «acto no vinculante». Se trata, pues, de dos fuentes «no obligatorias», en terminología de MOLINA DEL POZO. No son fuentes del Derecho, apunta ISAAC, en sentido estricto.

3. Principios generales del Derecho

Como indica MASIDE, la condición de «ordenamiento autónomo» del Derecho comunitario, «que responde a la naturaleza *sui generis* de la Comunidad Europea», advoca, necesariamente, a la aplicación —por el TJCE— de los principios generales del Derecho como fuente supletoria de segundo grado, dentro del denominado Derecho «complementario». Ello supone, de una parte, su indefinición apriorística, siguiendo la tónica de cualquier ordenamiento jurídico, y, de otra, su elaboración jurisprudencial, basada en la casuística de los recursos que resuelve.

Dentro de los principios generales del Derecho, susceptibles de aplicación en el ámbito comunitario, pueden distinguirse, siguiendo al profesor ISAAC, tres distintas clases de principios, según nos refiramos a los principios comunes a todos los sistemas jurídicos, nacionales e internacionales, a los principios del Derecho internacional público o a los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros. Pues bien, el TJCE «se

inspira principalmente» en estos últimos, ya que los primeros presentan dificultades de identificación y los segundos son contrarios a la esencia del Derecho comunitario, salvo en materia de tratados internacionales contradictorios. Y esta inspiración no supone en modo alguno la exclusiva aplicación de los principios comunes ni el acatamiento de éstos en toda su extensión y efectos. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sin perjuicio de analizar los distintos ordenamientos de los Estados miembros, en busca de esa comunidad jurídica europea, recoge principios de un sistema cualquiera de los existentes y los adapta al orden comunitario, con arreglo a su propia naturaleza autónoma.

4. *Jurisprudencia comunitaria*

Dadas las características del Derecho comunitario, y de forma particular la autodefinición de competencias de las CCEE y la integración sucesiva de los Estados miembros en ese nuevo orden jurídico, la misión reservada al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas es de tal importancia que puede considerársele *órgano legislativo*, en cuanto es capaz de crear derecho. El profesor ISAAC, cuando se ocupa del estudio de las «fuentes no escritas del Derecho comunitario», destaca esta capital relevancia jurídica del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en los siguientes términos: «la jurisprudencia ocupa —por contraposición a la costumbre— un lugar considerable entre las fuentes de Derecho comunitario. A la aptitud del orden jurídico comunitario para acoger el Derecho comunitario... corresponde, en efecto, la aptitud no menos notable del Tribunal de Justicia de crear derecho. El ejercicio por el Tribunal de esta *misión normativa* se singulariza especialmente por la utilización de métodos de interpretación muy dinámicos, así como por un amplio recurso a los principios generales del Derecho».

C) DERECHO COMUNITARIO Y DERECHO INTERNO

Si, en palabras de FERNÁNDEZ COSTALES, «el hecho de la incorporación de España como miembro de la Comunidad Europea implica la apertura del ordenamiento jurídico español a la totalidad del ordenamiento comunitario, que ha de ser plenamente asumido por todo nuevo Estado miembro en virtud del principio de aceptación del acervo común y supone, en consecuencia, una penetración en nuestro ordenamiento jurídico de un conjunto de normas y de sentencias emanadas de las instituciones comunitarias europeas que producen eficacia y sientan jurisprudencia por el ingreso en la

Comunidad Europea, sin que sea necesario un acto de homologación legislativo o judicial por las correspondientes instituciones» «españolas», la incidencia del Derecho comunitario en nuestro Derecho interno no debe ser ponderada, ya que, en cierta forma, se produce la «retroacción» de nuestro ordenamiento al momento en cada norma jurídica o cada sentencia fue dictada sin que el espacio temporal que media entre la constitución de las Comunidades Europeas y la adhesión española suponga la ralentización de nuestra incorporación, pasando por las mismas fases evolutivas que hubieron de superar los primeros Estados constituyentes. La atribución de competencias soberanas que el Estado hace a las CCEE no marca, pues, el momento en que se inicia su ejercicio mediante esta nueva fórmula de compartir los poderes nacionales, sino que se retrotrae al tiempo del nacimiento de la Comunidad en cuanto el nuevo Estado miembro asume, en su integridad, el ordenamiento jurídico comunitario. Efecto que, obviamente, no deja de producir desajustes, ya que todas esas normas y sentencias se han dictado sin que nuestro Derecho haya servido de punto de referencia y sin que nuestras estructuras se hayan adaptado paulatinamente, dejando a un lado la idiosincrasia y la realidad social a que toda norma responde. Y para evitar precisamente ese efecto «negativo» de la integración, se concede de forma habitual un período transitorio.

La «incidencia», por supuesto, se produce de una forma directa en cuanto el ordenamiento comunitario es, a un tiempo, ordenamiento español. Otra cosa es la necesaria «adaptación» legislativa. El entrecomillado responde a que, en realidad, no cabe hablar de «incidencia» ni de «adaptación», sino de *desplazamiento* normativo y de *legislación de desarrollo y ejecución* de las normas comunitarias «básicas». Desplazamiento, en cuanto las disposiciones de directa aplicación (Reglamentos y Directivas «autosuficientes»), y legislación de desarrollo y ejecución, cuando la norma comunitaria necesita de la intervención de los órganos legislativos y administrativos estatales (Directivas, en general). Ello no quiere decir, para el primer caso, desplazamiento, que el principio de seguridad jurídica no aconseje derogaciones expresas por virtud de la extensión del principio de retroactividad, y para el segundo, desarrollo, que su ausencia impida el «efecto útil» de la disposición comunitaria y, en suma, su invocación directa por los ciudadanos.

El Tratado de Adhesión no sólo supone, según señalábamos antes, la asunción de los Tratados originarios y de los actos adoptados, sino también la recepción del acervo comunitario y, lo que es más, de la propia elaboración doctrinal y jurisprudencial de los conceptos jurídicos comunitarios, que expusimos con anterioridad. Ahora bien, ¿qué debe hacer el intérprete del Derecho ante la complejidad de esta adhesión «a término»? En principio, tendremos que actuar como en el supuesto de las relaciones entre el

Derecho estatal y el Derecho autonómico. Es decir, extraer del supuesto de hecho la competencia, identificar ésta como exclusiva o compartida y localizar las normas reguladoras, partiendo de la base de la distinta naturaleza de la disposición en orden a su aplicabilidad, utilizando la técnica del «desplazamiento» en materia exclusiva y la del «desarrollo y ejecución» en materia compartida, sin olvidar los principios comunitarios que hacen las veces de los de *competencia, supremacía y supletoriedad* en nuestro ordenamiento jurídico.

Los principios comunitarios, a los que nos referimos, han sido ya reseñados. Se trata de los principios de *aplicabilidad directa* y de *primacía* del Derecho comunitario, correlativos a los de competencia y de supremacía. El de supletoriedad no se enuncia por tratarse de competencias de atribución, las de las CCEE, aunque cuando éstas no han desarrollado alguna de las que le corresponden, el Derecho nacional actúa como *supletorio* del comunitario.

La aplicabilidad directa, observa ISAAC, «implica, en principio, un *efecto positivo* en favor de los particulares, a saber: la posibilidad de salvaguardar sus derechos ante los Jueces de los Estados miembros», y, en segundo término, «un *efecto de sanción* respecto de los Estados miembros que no han tomado las medidas de ejecución requeridas para la aplicación del Derecho comunitario. El *efecto directo* permite, en efecto, a los particulares encontrarse, a pesar de la inercia del Estado, en la misma situación que si éste efectivamente hubiera cumplido sus obligaciones comunitarias». Aplicabilidad directa que con el «refuerzo de la *primacía*» se produce «aun en presencia y no obstante toda norma nacional contraria».

La falta de previsión por parte de los Tratados sobre la extensión y límites de la primacía ha provocado distintas interpretaciones nacionales. El TJCE, en Sentencia de 15 de julio de 1964 (sentencia Costa), resuelve un importante recurso sobre el principio de primacía, en los siguientes términos, siguiendo a ISAAC: 1.º «La aplicabilidad inmediata y directa sería letra muerta si un Estado pudiera sustraerse a ella por medio de un acto legislativo oponible a los textos comunitarios». 2.º «La atribución de competencias a la Comunidad, al limitar de manera correspondiente los derechos soberanos de los Estados», con carácter definitivo. 3.º «La unidad del orden jurídico comunitario, es decir, la indispensable uniformidad de aplicación del Derecho comunitario», no puede depender de un acto legislativo unilateral y ulterior de cualesquiera de los Estados miembros. Y en consecuencia, la «primacía es una condición existencial» (P. PESCATORE) del Derecho comunitario, que no podría existir en tanto derecho sino con la condición de no doblegarse ante el derecho de los Estados miembros. Y la primacía reside en la propia naturaleza intrínseca del Derecho comunitario, de tal forma que «prevalece en su integridad sobre los órdenes jurídicos naciona-

les». Es decir, «frente a todas las normas nacionales», «administrativas, legislativas, jurisdiccionales y aun a nivel constitucional», pero no dentro del «orden jurídico comunitario» como orden jurídico distinto del nacional, sino dentro de éstos, «donde se impone a las jurisdicciones nacionales», de tal suerte que durante la vigencia de la norma comunitaria, al margen de la legislación nacional ulterior, «la regla nacional incompatible es por lo menos *inaplicable*, y prescribe, sin ambages, que las autoridades nacionales —y especialmente el Juez— tienen la obligación de “dejarla sin efecto”».

1. *Derecho comunitario y Derecho estatal*

El problema de la aplicación del Derecho comunitario, no obstante la depurada elaboración doctrinal y jurisprudencial de sus principios rectores, se plantea, de manera inmediata, en torno a su asimilación por parte de las autoridades legislativas, judiciales y administrativas de los Estados miembros, ya que si como tal Derecho comunitario pasa directamente a formar parte de los respectivos ordenamientos jurídicos nacionales, su virtualidad va a depender de la actitud adoptada por las mismas en vía no contenciosa. Y ello con independencia del modelo de Estado que cada miembro comunitario constitucionalmente haya adoptado. Sea, pues, un Estado unitario, confederal, federal, autonómico o regional, el Derecho comunitario, como nuevo orden jurídico, será aplicado. Es decir, al margen de la distribución interna de competencias y sin distorsionar su preexistencia, puesto que el sistema de atribución de competencias a las CCEE supone —al menos teóricamente— la cesación de la capacidad legislativa del órgano en que antes del ingreso o adhesión residía.

Ahora bien, todo ello no elimina la necesidad de estudiar el Derecho comunitario desde la óptica del Derecho interno o, en nuestro caso, desde el punto de vista de las relaciones entre el Derecho estatal y el Derecho autonómico. Así, hemos de tener en cuenta las siguientes consideraciones: 1.^a La legitimidad constitucional del Derecho comunitario, a través de la habilitación del artículo 93 de la Constitución española (CE). 2.^a El Tratado de Adhesión y sus disposiciones complementarias. 3.^a La jurisprudencia constitucional sobre Derecho comunitario. 4.^a La reforma de la Constitución española.

1.^a La legitimidad constitucional del Derecho comunitario, a través de la habilitación del artículo 93 de la Constitución española (CE).

«El gozne que permite la apertura de nuestro sistema jurídico —dice MUÑOZ MACHADO—, originalmente completo y cerrado en sí mismo para

hacer posible el ensamblaje de un ordenamiento externo como es el comunitario europeo, urdido con principios propios, es el artículo 93 de la Constitución. El resorte que este precepto contiene es una *habilitación* para que las Cortes Generales autoricen la celebración de Tratados por los que se atribuya a una organización o institución «supranacional» el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución».

ALONSO GARCÍA, por su parte, cuando trata de la posición del Derecho interno frente al Derecho comunitario, habla —al efecto— del principio de *implementación*, que extrae del propio artículo 93. El «artículo 93 supone atribución de competencias constitucionales de índole normativa a las Comunidades Europeas, y si el Derecho europeo necesita de ser implementado se recuperan las potestades internas por quien corresponda, pero como Derecho europeo, es decir, sólo en la medida en que efectivamente se trata de implementarlo. O más simplemente, si así se prefiere, “el artículo 93 de la Constitución impone la interpretación conforme al Derecho europeo de todos los preceptos constitucionales relacionados con las competencias cedidas”, principio que puede considerarse de rango constitucional como consecuencia de la autorruptura que el artículo 93 supone». Es decir, utilizando esta nueva terminología, de origen anglosajón, destaca que «la función estatal», una vez producida la adhesión, «no es de desarrollo, de ejecución, de aplicación... del Derecho comunitario, sino de implementación del mismo», en cuanto la «habilitación» de la intervención estatal reside, ahora, en él y no en el ordenamiento constitucional interno. Se destaca, pues, la inexistencia de competencias compartidas desde la perspectiva de la atribución. La competencia exclusiva es de las CCEE, sin perjuicio de que obliguen a los Estados miembros a implementar sus disposiciones.

2.º El Tratado de Adhesión y sus disposiciones complementarias.

La Ley Orgánica 10/1985, de 2 de agosto, autoriza en sus artículos 1 y 2 la ratificación del Tratado de Adhesión de España a las Comunidades Europeas, firmado el 12 de junio de 1985, en los términos del Acta, según hemos expuesto con anterioridad. La Ley Orgánica 47/1985, de 27 de diciembre, por su parte, delega en el Gobierno el deber de aplicación del Derecho de las CCEE, partiendo del presupuesto, como recoge su Exposición de Motivos, de la problemática material que supone el dictado de las leyes necesarias, conforme al artículo 82 de la CE, en un breve espacio de tiempo, dado el contenido del artículo 3 del Acta de Adhesión, es decir, el «volumen del acervo comunitario en vigor en el momento de la adhesión de España, muy superior al vigente en anteriores ampliaciones, y la notable reducción del plazo entre la firma del Tratado de Adhesión y su entrada en vigor hacen aún más necesario en el caso de España delegar en el Gobierno

la potestad de dictar normas» «para cumplir las obligaciones derivadas de la adhesión a las Comunidades Europeas».

La delegación se produce, conforme al artículo 1 de la Ley Orgánica 47/1985, «en el ámbito de las competencias del Estado, sobre las materias reguladas por las Leyes incluidas en el anexo, a fin de adecuarlas al ordenamiento comunitario y en la medida en que tales materias resulten afectadas por ello mismo, así como sobre materias objeto de normas comunitarias, vigentes el 6 de noviembre de 1985, que exijan desarrollo por Ley y no se hallen actualmente reguladas». Asimismo, según el artículo 2, «las directivas y demás normas de Derecho comunitario cuya aplicación exija la promulgación de normas internas con rango de Ley» «tendrán la consideración de bases, a cuyo objeto, alcance, principios y criterios deberá ceñirse el Gobierno en la elaboración de los correspondientes Decretos Legislativos», y deberán dictaminarse por el Consejo de Estado (art. 4).

3.^a La jurisprudencia constitucional sobre Derecho comunitario.

En el tiempo que media entre el Tratado de Adhesión y el día de hoy, en que se redacta este estudio —seis años—, han sido numerosos los pronunciamientos del TC sobre la materia, como cabía esperar. Nosotros vamos a limitarnos ahora, siguiendo un orden cronológico, a extraer la doctrina del TC sobre Derecho comunitario, sin insistir en el caso concreto. La mayoría de los supuestos son conflictos competenciales suscitados entre el Estado y las CCAA, y en este sentido este punto enlaza con lo tratado con anterioridad.

La jurisprudencia constitucional sobre Derecho comunitario, puede resumirse en los siguientes términos:

— La incorporación de España a las CCEE, mediante la atribución de competencias prevista en el artículo 93 de la CE, no supone la creación de una competencia nueva, sin perjuicio de la necesidad de dotar al Gobierno de los instrumentos necesarios para adoptar las medidas conducentes a garantizar el cumplimiento de las resoluciones o actos adoptados por dichas CCEE.

— A partir de la adhesión, el Reino de España se halla vinculado al Derecho de las CCEE, originario y derivado, el cual constituye un ordenamiento jurídico propio, integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros.

— Las normas de Derecho comunitario no son normas constitucionales y, en consecuencia, su infracción por leyes estatales o autonómicas posteriores «no convierte el litigio en constitucional» y, en cuanto se trata de un conflicto de normas infraconstitucionales, debe resolverse a través de la jurisdicción ordinaria y del Tribunal de Justicia de las CCEE. El principio

de primacía del Derecho comunitario, por otra parte, impide cualquier ingerencia del Tribunal Constitucional en el ámbito de las relaciones entre el Derecho comunitario y el Derecho interno.

— La transposición y aplicación del Derecho comunitario derivado corresponde a quien materialmente ostente la competencia, según las reglas de Derecho interno, ya que no existe una competencia específica para la ejecución del Derecho comunitario. Es decir, la ejecución corresponde a quien materialmente ostente la competencia.

— El Estado y las CCAA están obligadas a articular medios de colaboración para el cumplimiento de las obligaciones comunitarias que corresponde a España como Estado miembro, de tal suerte que la Administración autonómica puede realizar tareas propias de una competencia estatal, con sumisión a las instrucciones y supervisión de la Administración central.

— La competencia de comercio exterior, exclusiva del Estado, no tiene aplicación en todo caso, cuando se trata de Derecho comunitario, pues de la aplicación extensiva de ese título competencial como sinónimo de comercio intracomunitario resultaría la exclusión de las CCAA en toda materia relativa a las CCEE, y más aún si se considera la progresiva expansión de las competencias comunitarias.

Estas conclusiones nos permiten afirmar que el Derecho comunitario se ha integrado en nuestro ordenamiento jurídico con sus peculiaridades propias, conforme exponen jurisprudencia y doctrina comunitarias, estando restringida, desde el ámbito constitucional español, su esfera de conflicto a los propios del Derecho interno, esto es, a los nacidos del reparto de competencias entre las Administraciones central y autonómica.

4.^a La reforma de la CE.

La ratificación por España del Tratado de la Unión Europea —o Tratado de Maastricht—, y en particular su artículo G, apartado C, ha provocado la primera reforma de la Constitución española, introduciendo el criterio de reciprocidad en la elección, activa y pasiva, de representantes municipales.

Hemos destacado la reforma de la CE para dejar constancia de la nueva fase de evolución del Derecho comunitario como reflejo de la integración progresiva de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, que ha pasado de la Europa de los mercaderes a la Europa de los ciudadanos. La Comunidad Europea, es, pues, un problema «en marcha», y la inalterabilidad del reparto competencial interno, secuela lógica del peculiar sistema jurídico comunitario, no hace más que replantear los «viejos» conflictos entre el Estado y las Comunidades Autónomas, como veremos en el punto siguiente del sumario.

2. *Derecho comunitario y derecho autonómico*

Tal vez sea la relación existente entre el Derecho comunitario y el derecho autonómico una de las cuestiones más interesantes del proceso de integración europea, pues la estructura interna del Estado dota de una especial complejidad a todo el sistema. Por un lado, se plantea el tema de la ejecución autonómica del Derecho comunitario, aspecto al que se refería la jurisprudencia constitucional. Por otro, el de la participación de las regiones europeas —y entre ellas las CCAA— en los órganos decisorios de las CCEE, indisolublemente unido a la progresiva pérdida de competencias por parte de aquéllas.

La atribución de competencias a las CCEE supone, como cabía necesariamente esperar, la pérdida progresiva de éstas por los órganos que venían ejerciéndolas, al tiempo que surge la correlativa obligación de implementar o trasponer el Derecho comunitario en función de la competencia de origen, vaciada por la atribución. Ahora bien, el efecto de esta nueva situación produce distintas consecuencias para el Estado y para las CCAA al margen del reparto constitucional y estatutario, ya que, sea la competencia estatal o autonómica, el Estado participa en el proceso de formación de la norma comunitaria a través de la presencia de sus representantes en el Consejo Europeo, en el Consejo de Ministros y en la Comisión, asume la función —constitucional— de vigilancia de la ejecución del Derecho comunitario y participa, coordina y recibe los fondos presupuestarios que deben distribuirse en España, mientras las CCAA ven reducida, en principio, su participación a la mera ejecución de ese nuevo Derecho. Situación que tiende a producir una cierta distorsión en cuanto la pérdida de competencias se intente —señala MUÑOZ MACHADO— compensar con el correlativo aumento de la intervención en la ejecución del Derecho comunitario, «porque son más grandes las perturbaciones que puede acarrear esta pretensión para el funcionamiento de la Comunidad y para el debido cumplimiento para con ella de las obligaciones que asumirá España como Estado miembro», «que el peso de la participación autonómica se concrete en el momento anterior a la adopción de las decisiones».

La primera cuestión planteada, la ejecución de las normas comunitarias, no es sólo un Derecho autonómico, sino una responsabilidad del Estado frente a las CCEE (STJCE 73/1981) y de las CCAA frente al Estado, responsabilidad que se patentiza por dos medios de control, señalados por FERNÁNDEZ COSTALES: el *control preventivo* que establecen los artículos 21 a 23 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado de 22 de abril de 1980 (consulta previa al Consejo de Estado sobre anteproyectos de ley o disposiciones reglamentarias que ejecuten, cumplan o desarrollen tratados internacionales) y el *control ejecutivo* del art. 155 de la Constitución. La Sentencia 73/1981 citada (la

Comisión contra el Reino de Bélgica) aclara las dudas constitucionales, propias del Derecho interno de un Estado «regional o federal»: «Ante las Comunidades Europeas, el Estado miembro y sólo el Estado miembro, es decir, el Gobierno central, es responsable del cumplimiento íntegro y dentro de los plazos previstos por la normativa comunitaria, de la legalidad comunitaria. No cabe invocar argumentos de índole constitucional interna del Estado miembro ni alegar como excusa de incumplimiento un determinado modo de estructura de ese Estado». Solución que no deja de ser necesaria, ya que si en vez de pensar en la tensión competencial Estado-CCAA lo hacemos en una actuación de consuno, el medio para dejar inoperante —o retrasar— la aplicación de determinadas normas comunitarias no sería otro.

LASAGABASTER, por su parte, plantea el problema de la responsabilidad estatal por incumplimiento de las CCAA en torno al *principio de supletoriedad* y bajo el presupuesto de que tanto «de una interpretación sistemática de la Constitución como del contenido de las normas del Estatuto de Autonomía, relativas a este tema, se deduce ya sin ningún género de dudas la competencia autonómica para el desarrollo del derecho comunitario», sin que sea de aplicación el artículo 149.1.3 de la CE que concede al Estado la competencia exclusiva en materia de relaciones internacionales.

Dos son, según este autor, los medios de control del incumplimiento autonómico planteados por la doctrina: el control preventivo y el control *a posteriori*. «El control preventivo se apoya en el principio de supletoriedad, de tal modo que el artículo 149.3 se convertiría en una norma habilitadora de competencias», y se refuerza, ante su posible insuficiencia, por la responsabilidad exterior del Estado frente a las CCEE (art. 93 CE). El control *a posteriori*, sin embargo, supone el incumplimiento autonómico, total o parcial (no ejecución o ejecución incorrecta de la norma comunitaria), y activa el principio de supletoriedad de forma indirecta, con fundamento en las responsabilidades exterior del Estado (art. 93). Sin embargo, incluso esta última interpretación excede —indica LASAGABASTER— de la virtualidad que puede atribuirse a un principio de Derecho internacional —responsabilidad exterior del Estado— cual es «modificar el reparto competencial o la relación Estado-CCAA y por lo tanto los controles ejercitables por el Estado sobre estas últimas».

En torno al principio de supletoriedad, hace LASAGABASTER las siguientes observaciones: 1.^a En Derecho comparado existen Estados donde este principio no se aplica, como en Alemania, sin que ello suponga insuficiencia alguna. Incluso el control coercitivo que opera *a posteriori*, conforme al artículo 37 de la Ley Fundamental, es de hecho una vía útil aplicable a este supuesto. La solución al problema —puede añadirse— se aborda desde la perspectiva de la colaboración y de la participación de los Länder en las decisiones, por un lado, y del principio de «lealtad federal», por otro. 2.^a La supletoriedad

preventiva puede provocar la inactividad de las CCAA, adoptando éstas una simple postura inercial, lo que supondría la eliminación de toda participación autonómica en el desarrollo de la normativa comunitaria y, como consecuencia, en la construcción europea. 3.ª El control *a posteriori* presenta numerosos escollos. Entre ellos el procedimiento para determinar el momento del incumplimiento y el propio concepto de incumplimiento. Estas observaciones, concluye LASAGABASTER, ponen de manifiesto la necesidad de arbitrar medidas específicas dentro del marco constitucional.

MOLINA DEL POZO, partiendo de «dos consideraciones fundamentales», la limitación de las potestades del Estado y de las Comunidades Autónomas que la «cesión de competencias» operada por la adhesión a las CCEE, conlleva el nacimiento de «nuevas actitudes vinculadas a la aplicación de la normativa comunitaria que deberán ser distribuidas entre el nivel estatal y el regional», y la insuficiencia del artículo 93, que encomienda «al Gobierno y las Cortes Generales la tarea de asegurar el cumplimiento del Derecho comunitario», da pie a todo tipo de especulaciones; partiendo, pues, de esas dos premisas, el mecanismo de Derecho comparado que mejor se adapta al sistema español es el italiano, si bien el paralelismo no es total, ya que el grado de autonomía de las regiones de Italia es más restringido que el de nuestras CCAA, investidas de hecho de competencias «federales».

En Italia, a partir de 1976, por Decreto de la Presidencia de la República, las regiones podrán aprobar leyes en desarrollo de directivas comunitarias y en ejecución de los reglamentos. Situación parangonable a la española, en cuanto las CCEE respetan el reparto interno de competencias y el Tribunal Constitucional, como hemos visto —podemos precisar—, así lo reconoce.

En cuanto a la participación de las CCAA en la fase decisoria y las normas aplicables ante el incumplimiento autonómico, MOLINA entiende que el sistema alemán ofrece eficaces soluciones a través de los dictámenes de las comisiones creadas al efecto en el Bundensrat —«y del Bundestag»— de la figura del observador de los Lander, «funcionario nombrado por la Conferencia de Ministros Presidentes de los Lander y que acompaña a la delegación alemana a las sesiones del Consejo y del COREPER», y la necesaria presencia de dos representantes de los Lander en la delegación estatal cuando la negociación comunitaria afecte en materias de exclusiva competencia regional. Sistema basado en el principio de lealtad federal y en la larga tradición alemana en esta materia.

El incumplimiento autonómico —dice MOLINA DEL POZO— puede tener lugar en tres supuestos: 1.º Que las CCAA «no se ajustaran en su ejecución administrativa a una norma comunitaria». En este caso procede la aplicación del Derecho comunitario por los órganos judiciales y solventadas las dudas sobre su interpretación por medio del recurso prejudicial. 2.º Que las CCAA no dictaran las leyes formales de desarrollo, en cuyo caso lo perti-

nente sería delimitar la competencia material, de tal suerte que si ésta es compartida, estando reservada al Estado la obligación de dictar la legislación básica, bastaría con incorporar a las normas determinadas disposiciones de carácter supletorio que actuarían ante la inacción autonómica. Y si la competencia es exclusiva de la CA, sin embargo, «la anterior solución parece menos viable, puesto que implicaría *interponer* una norma estatal entre el Derecho comunitario y el legislador autonómico llamado a ejecutarlo, actuación para la que sería difícil encontrar respaldo constitucional». Supuesto en el que la norma sustitutoria, añade MOLINA, de carácter estrictamente «puntual», podría abordarse por el Gobierno y las Cortes Generales, fundamentándose en los artículos 93 y 155 de la CE y de forma directa en el primero de ellos, bien mediante la actuación de las Cortes, bien mediante delegación legislativa en el Gobierno, ya que el procedimiento del artículo 155 dotaría de particular lentitud al dictado de dicha norma. 3.º Que las leyes aprobadas por las CCAA se separaran de la legalidad comunitaria. Esta situación impondrá la necesidad de que el Estado se encuentre informado con carácter previo a su aprobación, vía dictamen del Consejo de Estado, pues en otro caso la supresión de la norma autonómica obligaría a la intervención del TC, solución poco apta para atajar el problema. Así, ante esta situación, no cabe sino «la no aplicación de la norma en sede judicial, puesto que ni el Gobierno central ni las Cortes Generales tienen atribuciones para anular una ley autonómica», y el medio que ofrece la ley estatal de armonización queda reservado al supuesto en que varias CCAA hayan dictado las correspondientes leyes.

Esta solución, la inaplicación de la norma autonómica, a pesar de contar con el respaldo del TJCE, muestra el inconveniente de la inseguridad jurídica que su publicación provoca y alienta como única vía de solución la que abre la cooperación Estado-CCAA, «posición que en la práctica ha asumido el Estado español ante todo este conglomerado de posibilidades y alternativas» y que «se plasma en la propuesta de Convenio» remitida por el Ministerio de Administración Territorial en 1985, a través de la creación de las Conferencias sectoriales y de las Comisiones mixtas.

En orden a la redistribución de funciones y competencias dentro de las propias CCAA, poniendo punto final a la exposición de MOLINA DEL POZO, sólo adelantar ahora que se han dictado leyes en esta materia. La Ley 4/1986, de 10 de mayo, por la que el Parlamento catalán delega en el Gobierno de la Generalitat «las facultades necesarias para el desarrollo legislativo del Derecho comunitario» y la Ley 2/1986, de 18 de febrero, de Bases sobre la recepción del Ordenamiento de las Comunidades Europeas en el ámbito de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

MUÑOZ MACHADO, al ocuparse del incumplimiento autonómico, observa la «insuficiencia de los controles ordinarios» bajo el prisma del Derecho

comparado: «en todos los Estados de estructura compleja» se dan este tipo de problemas «y no tiene, sin embargo, en ninguno soluciones simples», aunque «la forma más terminante de excluir ese riesgo sea la atribución al poder central de facultades de *sustitución* a las instancias autónomas». Así, en Austria, se regula de modo expreso (art. 16 de la Constitución); en Italia se denomina *sustitución preventiva*, «que permite al Estado cubrir por la vía normativa los incumplimientos posibles, técnica cuya constitucionalidad contesta por lo normal la doctrina»; en Alemania, a pesar de que se concibe en términos de *coacción federal*, como *poder federal*, los incumplimientos tienen lugar, sin embargo, en pocas ocasiones, en virtud de las facultades del Bund y de las prácticas de cooperación y participación entre la Federación y los Länder. En España, por su parte, sólo podría aplicarse la técnica de la *sustitución preventiva*, «difícilmente justificable en nuestro Derecho», ya que la *sustitución* en sí —ex arts. 93 y 155 CE—, activada por el incumplimiento autonómico, presupondría de hecho el incumplimiento estatal resultante frente a las CCEE, al carecer de un plazo específico para dictar la norma sustitutoria.

«De cualquier forma, no parece —añade MUÑOZ MACHADO— razonable ni coherente con los principios de nuestro sistema constitucional que el Estado se dedique a aprobar normas con valor supletorio, además de en el caso expuesto —en el que el Estado tenga atribuida la competencia de dictar normas con carácter básico—, en los supuestos en que las Comunidades Autónomas tienen reconocidas verdaderas competencias legislativas exclusivas sobre una materia». Su utilización sistemática sería absurda, y sólo «en clave de técnica preventiva» pueden emplearse cuando se presume el incumplimiento y en tanto la CA legisla. La solución, sin embargo, debería articularse a través de la Comisión de las Comunidades, aprovechando la remisión de los proyectos de Ley a la misma para examinar el contenido y la adecuación a la normativa comunitaria. Ahora bien, no debe olvidarse la «puesta en juego de los mecanismos jurisdiccionales»; esto es, el desplazamiento de las normas internas por las comunitarias en caso de incompatibilidad, aunque fueran posteriores a éstas, y el efecto directo en el de ausencia de «desarrollo».

La participación de las CCAA, señala MUÑOZ MACHADO, se produce, pues, en dos fases. En *fase ascendente*, mediante la participación de las CCAA en el proceso de decisión comunitario, y en *fase descendente*, mediante la aprobación de normas ejecutivas de las disposiciones comunitarias y la propia ejecución o «aplicación administrativa del Derecho europeo».

BULLAIN LÓPEZ, por su parte, se ocupa, en profundidad, del estudio de la participación de las regiones en la fase ascendente o decisoria, llegando a la conclusión de que la «marginación regional» en la formación de las decisiones comunitarias, en claro contraste con su participación en fase

descendente, obedece, por un lado, al «límite a la actividad extraterritorial regional que el Poder Central trata de imponer para evitar los contactos y relaciones de las regiones al exterior del Estado que se hace extensiva a las relaciones con la «Comunidad Europea», y, por otro, a «la estructura institucional comunitaria», «que descansa en instituciones cuya composición se basa en los representantes de los gobiernos y administraciones centrales» de los Estados miembros. «El papel relevante» del Comité de Representantes Permanentes (COREPER) y del Consejo «en el proceso decisional, en donde las regiones, con la excepción del Landerbeobachter y de las regiones autónomas portuguesas, no cuentan con representación, priva a las regiones de información e influencia en el mismo». Ni la presencia regional en el Parlamento Europeo, ni los contactos directos regiones/CCEE, ni sus representaciones permanentes en Bruselas han hecho variar esta situación. La limitada participación institucional se reduce a los Comités —dependientes de la Comisión— de política regional y de estructuras agrarias, de carácter estrictamente consultivo. El Acta Unica Europea no supuso, por su parte, ningún avance en el proceso de participación de las regiones en la formación de las decisiones comunitarias y relega, pues, al Derecho interno esta problemática, de igual suerte que en el caso de la participación en fase descendente la particular estructura del Estado debe solucionar la cuestión.

El Tratado de la Unión Europea, o Tratado de Maastricht, sin embargo, aborda —como lo hiciera el proyecto a que se refiere BULLAIN— directamente la participación de las regiones europeas en el proceso de integración comunitaria. En primer lugar, el artículo G redacta de nuevo el texto del artículo 4 del Tratado de la CE, diciendo en su número 2 que: «El Consejo y la Comisión estarán asistidos por un Comité Económico y Social y por un *Comité de las Regiones, con funciones consultivas*». En segundo término, los artículos 198A, 198B y 198C establecen su composición y funcionamiento, regulándose los derechos de consulta y de información en los casos preestablecidos, así como la facultad de dictaminar en aquellos otros casos que lo estime oportuno.

D) JERARQUÍA NORMATIVA

El principio de jerarquía normativa debe enmarcarse dentro del ámbito de distribución de competencias, y, de esta forma, podemos decir que el principio de jerarquía es trasunto del principio de primacía o prevalencia y éste, a su vez, del de competencia. Es decir, si en la aplicación de las normas distinguésemos principios primarios y secundarios, pertenecería aquélla al segundo grupo: no se puede hablar de jerarquía sin determinar

previamente la competencia. La jerarquía, pues, sólo actúa dentro de un único círculo competencial.

Principios primarios serían, pues, los de competencia, primacía y supletoriedad, y secundarios, los de jerarquía, cronología e irretroactividad. Ahora bien, como quiera que no es éste el momento de abordar el estudio dogmático de los principios generales sobre aplicación de las normas, hemos de ocuparnos ahora de dos cuestiones fundamentales: la incidencia del Derecho comunitario sobre el Título Preliminar del Código Civil y el problema de retroactividad de las leyes.

MASIDE MIRANDA estudia esa incidencia (esto es, la transcendencia jurídica de los principios comunitarios de primacía y efecto directo) en relación a los artículos 1.º1, 1.º4, 1.º5, 1.º6, 1.º7, 2.º1, 2.º2, 3.º1, 4.º, 8.º, 9.º9, 12.2 y 12.3 del Código Civil, y dice al respecto que la «creación de este nuevo sistema jurídico —el comunitario— conlleva la aparición de un nuevo sistema de fuentes del Derecho», que, podemos añadir, aunque ahora funcione por vía del desplazamiento normativo, impondrá, a medio plazo, la reforma por razones de seguridad jurídica.

Con referencia directa al Derecho italiano, por otra parte, estudian CATALANO y SCARPA los conflictos entre las normas internas y las normas comunitarias, partiendo de las sentencias del TCI número 183/1973 y número 232/1975. La primera de ellas declara la aplicabilidad directa del Derecho comunitario «sin necesidad de recepción y adaptación» con «fuerza y valor de ley», esto es, sin intermedio de disposiciones estatales de «carácter reproductivo, integrado o ejecutivo» que condicionen o difieran su entrada en vigor y, menos aún, aquéllas que sustituyan, derogen o revoquen, total o parcialmente, la normativa comunitaria, con referencia expresa a los reglamentos. Por la segunda, consecuencia de la anterior, estimó la «ilegalidad constitucional de —las— disposiciones nacionales que reproducían, sustituyéndolas, normas comunitarias», «por violación de los artículos 189 y 177 del Tratado de la Comunidad Económica Europea y, por consiguiente, del artículo 11 de la Constitución italiana».

El siguiente problema que plantean estos autores es el de la fundamentación dogmática de esa primacía, sobre todo por lo que se refiere a la derogación de las normas internas anteriores a la adhesión a las CCEE, en cuanto resulten incompatibles con la nueva normativa, ya que esa traslación de competencias por sí misma provocaría un *vacío normativo* si las normas estatales no fueran aplicables, en tanto la CE utiliza su poder normativo o mientras no cesa el período transitorio. Situación que no se produce por su persistencia. Y descartan con acierto la aplicación de criterios expositivos propios del Derecho interno, tales como los de «inconstitucionalidad sobrevenida», jerarquía o derogación. Para que la derogación opere debe tratarse de un supuesto en «que la norma derogada y la norma derogante emanan

de la misma fuente de producción o, por lo menos, de fuentes del mismo ordenamiento», y las normas comunitarias de Derecho derivado no son *fuentes* del ordenamiento italiano. El concepto, pues, no sería de «derogación», sino de *resistencia*, en la medida en que la norma comunitaria derivada «resiste» «a cualquier norma interna contraria y por tanto prevalece sobre ella».

Otra cuestión que se plantean estos autores es la de oposición entre una norma comunitaria anterior y una ley nacional posterior. En este caso las nociones —advierten— de fecha de adopción y de entrada en vigor carecen de sentido por emanar de fuentes de producción de normas distintas. Lo que se produce es una violación constitucional, sea una norma del Tratado, sea un reglamento, y, como tal violación, el Juez interno deberá actuar —señalan— *conforme al ordenamiento nacional*, de tal suerte que debemos distinguir entre normas ilegales *per se* y normas que requieren previa declaración de inconstitucionalidad, ya que el TCI entiende que el Juez por sí mismo no puede dejar de aplicar una norma estatal posterior sin esa previa declaración, tesis que comparten CATALANO y SCARPA. Si la norma es ilegal *per se*, podrá dejar de aplicarla —por ejemplo, las normas de recepción del Derecho comunitario—. Pero en otro caso la declaración previa es inevitable, a pesar de la STJCE de 9 de marzo de 1978. El Tribunal de Justicia no puede interpretar la Constitución italiana y cualquier actuación en contra rebasaría su techo competencial, de idéntico modo que el mismo hace, conforme al artículo 177 del Tratado de la CE, cuando debe declarar la invalidez de una disposición comunitaria. Las normas procedimentales internas distan de estar armonizadas y, en consecuencia, la aplicación de la competencia interna es prevalente. El «ordenamiento nacional no permite a los distintos Jueces la no aplicación pura y simple de las normas nacionales contrarias a normas comunitarias anteriores» y «solamente permite al mismo Tribunal Constitucional declarar la inconstitucionalidad».

Dentro del orden comunitario, finalmente, sí operan el principio de jerarquía, por un lado, y el de irretroactividad, por otro. El principio de jerarquía se pone de manifiesto en la relación entre reglamentos de base y reglamentos de ejecución, por ejemplo, o en la relación directiva-norma interna de ejecución y desarrollo.

El principio de irretroactividad de las disposiciones comunitarias ha planteado numerosas dudas ante la ausencia de una mención específica en los Tratados. Ha sido el Tribunal de Justicia el encargado de perfilar su definición, en base a «los principios generales comunes al derecho de los Estados miembros», como señala ISAAC, y, en este sentido, con «reserva de que no afecten los derechos definitivamente adquiridos bajo una reglamentación anterior» —aplicación del principio de irretroactividad—, «las autoridades comunitarias pueden siempre modificar o abrogar sus reglamentos»,

trasunto del principio de confianza legítima —seguridad jurídica— en la reglamentación existente. La retroactividad, pues, puede considerarse excepcional (STJCE 25-1-1979, a. Racke). Y el TJCE ha elaborado la doctrina del «retiro retroactivo» o «principio de revocabilidad de los actos —comunitarios— ilegales» en plazo razonable, libremente apreciado («alrededor de seis meses» para los que creen derechos subjetivos).

Otro aspecto de este mismo tema es el de la retroactividad de las sentencias comunitarias y del propio Derecho. Tema del que trata HERBERT con ocasión de las SS. del TJCE de 2 de febrero de 1988 (a. 309/85, Barra, y 24/1986, a. Blaziot), en cuanto matizan —por no decir modifican— la posición jurisprudencial precedente. La S. de 8 de abril de 1978 (a. Defrenne I) y, después de ella, las de 27 de febrero de 1985 (a. S. Produits de Mais, S. A.) y 15 de enero de 1986 (a. Pinna), parten del presupuesto de que el *principio de seguridad jurídica limita el efecto retroactivo de la sentencia comunitaria* «por la que se constataba el efecto directo del artículo 119 del Tratado de la CEE, que establece el principio de igualdad de remuneración entre hombres y mujeres», por un lado, y la limitación del efecto retroactivo derivado de la declaración de *invalidéz* de una disposición comunitaria (art. 174.1 TCEE). En las sentencias Barra y Blaziot, sin embargo, contemplando una misma legislación nacional, al definir el efecto retroactivo de la STJCE de 13 de febrero de 1985 (a. Gravier), lo limita en el primer caso y lo acepta en el segundo.

E) EL TRIBUNAL EUROPEO

Hemos querido dedicar, para poner punto final a la incidencia del Derecho comunitario en los ordenamientos internos de los Estados miembros, un apartado especial al Tribunal de Justicia, no ya para insistir de nuevo en su trascendente misión, tantas veces ponderada, sino para reparar, sucintamente, en dos cuestiones capitales: el deber de la jurisdicción nacional de aplicar el Derecho comunitario, bajo la dependencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, y el tratamiento jurídico del recurso prejudicial, nexo de unión entre ambas jurisdicciones.

Según el artículo 177 del TCEE: «El Tribunal de Justicia será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial:

- a) sobre la interpretación del presente Tratado;
- b) Sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones de la Comunidad;
- c) sobre la interpretación de los estatutos de los organismos creados por un acto del Consejo, cuando dichos estatutos así lo prevean.

Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre la misma si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo.

Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal de Justicia».

El Tratado de la Unión Europea —o Tratado de Maastricht— introduce, finalmente, algunas novedades en la sección relativa al Tribunal de Justicia. Entre ellas podemos destacar dos. Primera, la sustitución del texto del artículo 169A, que introdujo el Acta Unica, facultando para la creación del Tribunal de Primera Instancia por su material agregación al Tribunal de Justicia, tal y como se había producido por la Decisión del Consejo 88/591. Segunda, el nuevo artículo 171, que faculta al TJCE para imponer sanciones a los Estados miembros, *sanciones pecuniarias* por incumplimiento de sentencias, competencia establecida para dar un claro refuerzo al principio de primacía.

III. LAS LIBERTADES COMUNITARIAS Y SU INCIDENCIA EN EL DERECHO DE PROPIEDAD

La formación progresiva de la Comunidad Europea, a través de la integración económica, social y jurídica de los Estados miembros, es el fruto conseguido tras un largo período de treinta y seis años, donde la supresión de las fronteras interiores —o intracomunitarias— y el establecimiento de una frontera común se articulan mediante la aplicación de los Tratados institutivos, cuyo objetivo primario, «el progreso económico y social», va precedido del desarrollo de lo que ha dado en llamarse las libertades comunitarias.

A) LAS LIBERTADES COMUNITARIAS

Como habían previsto los impulsores de las CCEE, el camino de la integración política sólo podía iniciarse con la consecución de una meta social y económica: la creación de un Mercado Común (art. 2 TCEE). Y los medios de ese mercado se habían de asentar sobre cuatro libertades básicas: la libre circulación de mercancías, la libre circulación de trabajadores, la libre circulación de capitales y la libertad de establecimiento y prestación de servicios.

La libre circulación de mercancías comporta, conforme a los artículos 9, 30 y 34 del TCEE, la unión aduanera —en el plano interno y externo—, la prohibición de restricciones cuantitativas a la importación y a la exportación y de las medidas de efecto equivalente.

La libre circulación de trabajadores —arts. 48.2 y 7 TCEE—, tras el período transitorio, se contiene en el Reglamento 1612/68 y la Directiva 68/360/CEE, y comporta, siguiendo a MOLINA DEL POZO, los siguientes derechos: «responder a los empleos efectivamente ofrecidos»; «desplazarse libremente, a tales efectos, por el territorio de los distintos Estados miembros»; «residir en uno de dichos Estados a fin de ejercer allí un empleo, conforme a las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas que regulan el empleo de los trabajadores nacionales, y «permanecer en el territorio de un Estado miembro, en las condiciones que se determinen, después de haber ocupado el empleo».

La libre circulación de capitales (art. 67.1 TCEE), presupuesto de la libre circulación de mercancías y personas, ha sido un logro reciente de las CCEE, y expresión de ello fue la Directiva 88/361/CEE, «que recoge el régimen de liberalización aplicable a los movimientos de capitales».

La libertad de establecimiento y prestación de servicios, última de esas cuatro libertades básicas, se regula en los artículos 52 a 66 del TCEE y comprende el desarrollo de las actividades no asalariadas o independientes. Los términos «libertad de establecimiento» se definen en el artículo 52 y el concepto «servicios» abarca las actividades de carácter industrial, mercantil, artesanal y las propias de las profesiones liberales (art. 60 TCEE).

La competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales integran, vía Convenio de Bruselas (1968), la denominada por la doctrina «quinta libertad comunitaria», tendente a salvar las «barreras judiciales».

Resultado de la puesta en práctica de esas cinco libertades es la consecución del denominado «Mercado Unico Europeo», que supera la noción de Mercado Común y avanza un paso más en la integración comunitaria, activada hoy por el Tratado de la Unión Europea. El Mercado Unico pretende, por su parte, la supresión de lo que denomina MOLINA DEL POZO fronteras físicas, técnicas y fiscales. Ahora bien, el cumplimiento de los fines institutivos de las CCEE no se abordan de forma exclusiva a través de esas cinco libertades, sino que se apoya en una serie de medidas complementarias: las políticas comunitarias. Políticas agrícola, de pesca, de transportes, competencia, regional, industrial, fiscal, económica y monetaria, social, energética, de medio ambiente y consumidores, de propiedad industrial e intelectual, de armonización y política exterior. Dice MATHIUSEN que la «actividad de las Comunidades Europeas no se lleva a cabo exclusivamente a través de las normas que tratan de establecer el Mercado

Común», sino que, por el contrario, «implica la realización de unas políticas comunes que tratan de hacer efectiva la Unión Económica que persigue el Tratado».

Todo el cúmulo de disposiciones que los «objetivos comunes» y la «acción común», en aplicación de esas concretas libertades y políticas intracomunitarias suponen, generan un importante influjo sobre los ámbitos de exclusión competencial, esto es, sobre aquellas materias reservadas a los Estados miembros, y, que de forma progresiva, podemos añadir. De tal suerte que si contemplamos ese ordenamiento nuevo desde la perspectiva del Derecho de la construcción —denominación que globaliza un grupo de disposiciones civiles y administrativas de naturaleza interna—, *el contenido del derecho de propiedad* aparece definido, en cada caso concreto, por normas comunitarias sobre política agraria, medio ambiente y protección de los consumidores, sirviendo el dominio —derecho fundamental protegido por las Constituciones de los Estados miembros y por los Convenios internacionales— de punto de intersección de «competencias» devenidas «concurrentes».

En principio, el sistema seguido de atribución de competencias a las CCEE, bien sean éstas explícitas, bien implícitas o subsidiarias, produce la delimitación del ámbito de jurisdicciones, constitucional y comunitaria, en un doble plano de actuación o paralelismo; sin embargo, la tendencia progresiva a la extensión del ordenamiento comunitario provoca necesariamente la concurrencia en determinadas materias, aunque el TJCE parta de la inaplicabilidad general del Derecho interno —salvo referencia expresa de los Tratados— y los Tribunales Constitucionales reconozcan su «incompetencia» para resolver cuestiones comunitarias.

En este marco jurídico, la protección de los derechos fundamentales aparece como una responsabilidad indelegable de los Estados miembros. El TCE ha declarado reiteradamente que no es un Tribunal de conflictos entre el Estado y las Autonomías, sino el Tribunal encargado de la protección de los derechos reconocidos en la Constitución y que puede conocer asuntos de Derecho comunitario sólo en cuanto afecten a los mismos. Esto no significa, como pudiera deducirse a primera vista, que el TJCE se autorreconozca incompetente para resolver los recursos en materia de derechos fundamentales. Lo que sí plantea, como observa DÍAZ FRAILE, es la problemática primacía del Derecho comunitario «sobre los diversos ordenamientos constitucionales de los Estados miembros», que ha hecho decir a ROBERT KOVAR «que en ningún Estado miembro se asegura al Derecho comunitario una primacía absoluta sobre las normas constitucionales», tanto en materia de «congruencia estructural» como «del respeto debido a los derechos fundamentales garantizados por las Constituciones nacionales». Así, el TC alemán, en Auto de 29 de mayo de 1974, declara que este Tribunal «debe

controlar las disposiciones comunitarias que afecten a tales principios» o derechos fundamentales. Facultad que, de igual suerte, se reserva el TC italiano en Sentencia de 27 de diciembre de 1973 para asegurar la «compatibilidad constante del Tratado-CEE con los principios fundamentales del ordenamiento constitucional italiano o con los derechos inalienables de la persona humana en el supuesto de que el TJCE diera una interpretación del Derecho comunitario que atentara contra estos principios». En nuestro Derecho, sin embargo, según ALONSO GARCÍA, esta situación no se da por virtud del artículo 10.2 de la CE. En el «Derecho español —continúa DÍAZ FRAILE— los derechos fundamentales consagrados por los artículos 14 y siguientes del texto constitucional habrán de ser interpretados a la luz de la jurisprudencia que en esta materia emane del TJCE». El «Derecho comunitario no es un *corpus* que se vaya formando autónomamente, sino que en parte se forma por un efecto de aluvión con las aportaciones que recibe de los distintos Derechos nacionales, de modo y manera que la Constitución española no se ha de esgrimir para propugnar la nulidad de determinados preceptos comunitarios —cuya constitucionalidad queda salvaguardada, en todo caso, por el precepto de ruptura del artículo 93, como hemos visto—, sino para influenciar al Derecho comunitario, de forma que éste —dice ALONSO GARCÍA— se asimile progresivamente a nuestro Derecho constitucional, que a la larga, en la medida en que se parezca al resto de los Derechos constitucionales europeos, será, juntos con éstos, Derecho europeo». Tesis sostenida —continúa diciendo— por el propio TJCE en la Resolución de 22 de junio de 1965 y en las Sentencias de 17 de diciembre de 1970 y 13 de diciembre de 1979, que recogen el postulado de ALONSO GARCÍA sobre la recíproca influencia o simbiosis entre el Derecho comunitario y los derechos constitucionales. El Derecho comunitario —dice la S. de 17-12-1970— como «Derecho nacido del Tratado, surgido —pues— de fuente autónoma, no podría, en razón de su naturaleza, aceptar que se le opongan judicialmente reglas de Derecho nacional, cualesquiera que sean, sin perder su carácter comunitario y sin que sea puesta en entredicho la base jurídica de la Comunidad misma; que en consecuencia la invocación de atentados, sea a los derechos fundamentales tal como son formulados por la Constitución de un Estado miembro, sea a los principios de una estructura constitucional nacional, no puede afectar a la validez de un acto de la Comunidad o a su efecto sobre el territorio de este Estado». Y con este planteamiento, la Sentencia de 13 de diciembre de 1979 declara que «las reglas relativas a la protección de los derechos fundamentales tienen que ser comprendidas en el sentido de que cuestionan la validez de los reglamentos comunitarios respecto del propio orden comunitario». Ahora bien, a la vista de lo que precede, podemos formularnos las siguientes preguntas: ¿cómo aplica el TJCE los derechos fundamentales desde la perspectiva del propio

Derecho comunitario? ¿Puede alegarse la transgresión de un derecho fundamental comunitario por una ley nacional ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas? ¿Y debe aplicarse en este campo la teoría de la máxima protección? A ello, a su respuesta, atiende el inmediato apartado.

B) LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMUNITARIOS

Si empezásemos por el final, tendríamos que decir que, a partir de la entrada en vigor del Tratado de la Unión Europea, los derechos fundamentales comunitarios no son otros que los recogidos por la Convención de Roma, y con eso quedaría zanjada toda una añeja polémica. En efecto, su reconocimiento aparece expresamente regulado por el artículo F, que establece: «1) La Unión respetará la identidad nacional de sus Estados miembros, cuyos sistemas de gobierno se basarán en los principios democráticos. 2) La Unión *respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de la tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario.* 3) La Unión se dotará de los medios necesarios para alcanzar sus objetivos y para llevar a cabo sus políticas. Sin embargo, dos razones —distintas de la falta de vigencia del Tratado de Maastricht— nos llevan a analizar algunos aspectos. La primera, la subsistencia de las preguntas enunciadas. La segunda, la presencia del «acervo comunitario», que hace necesario el estudio de la jurisprudencia comunitaria.

El «sistema comunitario de protección de los derechos fundamentales —escribe CHUECA SANCHO— se crea respondiendo a una necesidad: la de preservar la primacía del Derecho comunitario sobre los derechos estatales o internos y, por tanto, asegurar la aplicación uniforme del Derecho comunitario». Y este sistema ha sido creado y desarrollado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en base a los principios generales del Derecho comunitario, y defendido por el Parlamento Europeo, aunque su necesidad no suponga la inexistencia de alusión alguna en los Tratados institutivos a los derechos y libertades fundamentales.

Fue la STJCE de 12 de noviembre de 1969 (a. Stauder). Posición que se consolida en las causas 11/70 y 25/70 (aa. Internationale Handelsge-Sellschaft y Köster). El TJCE tenía declarado que la validez de la norma comunitaria sólo puede apreciarse en función del Derecho comunitario (a. Stork), como premisa de existencia de las propias CCEE, y en la causa 11/70 afirma que «el respeto de los derechos fundamentales forma parte integrante de los principios generales del Derecho cuyo respeto el Tribunal

de Justicia asegura» y «que la salvaguarda de estos derechos, aún inspirándose en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, debe ser asegurada en el marco de la estructura y de los objetivos de la Comunidad». La causa 25/70, por su parte, dando un paso más, recoge como fuente de inspiración (formativa, pues, de los principios generales comunitarios) el Derecho internacional de Derechos Humanos. Y finalmente, la Sentencia de 14 de mayo de 1974 (a. Nold) articula la jurisprudencia del TJCE afirmando que es doctrina de este Tribunal el que «los derechos fundamentales forman *parte integrante de los principios generales* del derecho cuyo respeto él asegura»; «que al asegurar la salvaguarda de estos derechos, el Tribunal *está obligado* a inspirarse en las *tradiciones constitucionales comunes* a los Estados miembros y no puede, por ello, admitir medidas incompatibles con los derechos reconocidos y garantizados por las Constituciones de estos Estados»; y «que los *instrumentos internacionales* relativos a la protección de los derechos humanos a los cuales los *Estados* han cooperado o se han adherido pueden igualmente aportar indicaciones que conviene tener en cuenta en el marco del derecho comunitario». Esta sentencia supone, a juicio del profesor CHUECA, por un lado, la jerarquización de las fuentes de inspiración en obligatorias —las tradiciones constitucionales de los Estados miembros— y voluntarias —los instrumentos internacionales y, podemos añadir, en cuanto están suscritos por los Estados miembros—, y, por otro, el alto grado de protección de los derechos fundamentales por el TJCE, que minimiza —entendemos— los posibles conflictos constitucionales, ya que, según este autor, «el Tribunal *afirma* que *no existe posibilidad alguna de que un derecho protegido en la Constitución de un Estado miembro sea violado por un órgano comunitario sin que él ejerza la protección de aquél*». Y contestadas ya dos de las cuestiones planteadas —la aplicación por el TJCE de los derechos fundamentales y el nivel de protección—, cabe plantearse el problema restante: el recurso ante este Tribunal por infracción de la ley nacional de un derecho fundamental comunitario. En principio, como hemos visto, los derechos fundamentales son principios generales del Derecho y por tales debemos tenerlos, ya que las CCEE no han elaborado una lista o relación de estos derechos. La Ley deberá infringir, en consecuencia, un principio general del Derecho comunitario. En segundo término, no existe el recurso directo que prevé el artículo 25 de la Convención de Roma, ejercitable tanto por las personas físicas o jurídicas como por los Estados. Y en tercer lugar, en cualquier caso, el control jurisdicción comunitario de los actos estatales, hoy por hoy, no ha sido admitido por el TJCE, si bien siempre debe partirse del principio de competencia para que la conexión Derecho estatal-Derecho comunitario se produzca; «si no se da conexión alguna entre un derecho reconocido en las Constituciones de los Estados miembros y las competencias de la Co-

munidad —puntualiza CHUECA—, el sistema comunitario no puede protegerlo porque rompería la distribución de competencias. Dos son los requisitos de los principios generales para ser comunitarios —y, por extensión, de los derechos fundamentales—: que no se opongan a la integración y que sirvan a la integración. No obstante, la existencia de medios plurales de protección de unos mismos derechos potencia su protección, pues en la mayoría de los casos —afirma CHUECA— son los propios Estados quienes los conculcan.

C) EL DERECHO COMUNITARIO DE PROPIEDAD

El artículo 222 del TCEE prescribe: «El presente Tratado *no prejuzga en modo alguno el régimen de la propiedad en los Estados miembros*». Esta declaración que permanece inalterable en el tiempo, desde el origen mismo de las CCEE, no ha supuesto, sin embargo, la ausencia de protección comunitaria al derecho de propiedad. Con anterioridad, en el precedente apartado hablamos de la necesaria conexión entre el Derecho estatal y el Derecho comunitario para que sea posible activar sus medios protectores en materia de derechos fundamentales, por un lado, y la delimitación de una única vía, la vía comunitaria, para impugnar los actos de las Instituciones, bien ante el Juez nacional cuando actúe como Juez comunitario, bien ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, por otro. Y ello, incluso, cuando se trate de derechos fundamentales. Ahora bien, esa inhibición comunitaria —o respeto al régimen jurídico interno del derecho de propiedad— no deja producir particulares efectos a pesar de la protección que brinda a través de los principios generales de Derecho comunitarios, que se inspiran de forma obligatoria en las tradiciones constitucionales de los Estados miembros. Así, el profesor CHUECA cuando estudia el dominio, en base a los casos Häuer y Fearom (SS. de 13-12-1979 y 6-11-1984), entre otros, destaca:

1.º El Derecho comunitario «es, inicialmente, neutral ante la concepción o la regulación del derecho de propiedad; este aspecto se deja a la competencia estatal, como se deduce del artículo 222 del TCEE. Dice el TJCE en el caso Häuer: «el derecho de propiedad está garantizado en el orden jurídico comunitario conforme a las concepciones comunes a las constituciones de los Estados miembros, igualmente reflejadas en el primer protocolo adicional a la Convención europea de salvaguarda de los derechos humanos».

2.º El derecho de propiedad «puede ser *limitado*, como se desprende del caso Häuer», en el que se restringe el uso de la propiedad agraria mediante la prohibición comunitaria de plantar viñas; y, además, es un

«derecho del cual el particular puede ser desposeído o expropiado, según el caso Fearon, sin que ello suponga violación del ordenamiento comunitario». En este supuesto, una disposición administrativa irlandesa obligaba a los extranjeros, que posean a título dominical tierras, a residir un año en éstos o a menos de tres millas de ellas. Y el TJCE declara que el Estado puede establecer «un régimen de expropiación pública», conforme al artículo 222 del TCEE, pero lo que no puede hacer, y esto entra dentro de la esfera del Derecho comunitario, es establecer discriminaciones por razón de la nacionalidad. Su fundamento legal deriva del artículo 54.3.ºe) del TCEE, que dispone que «El Consejo y la Comisión ejercerá las funciones que les atribuyen las disposiciones precedentes —sobre el derecho de libre establecimiento—, en particular: e) haciendo posible la adquisición y el aprovechamiento de propiedades inmuebles situadas en el territorio del Estado miembro por un nacional de otro Estado miembro», en la medida que no se contravenga el artículo 39.2 sobre política agrícola.

3.º La *alegación atípica* del derecho de propiedad, esto es, protección de las meras expectativas de beneficios o posición de una empresa en el mercado, «no limita el poder de las autoridades de intervenir en el campo económico», ya que, como indica la STCE de 18 de marzo de 1980 (a. Valsabbia), «no se puede extender la garantía de la propiedad de los bienes a la protección de intereses de orden comercial cuyo carácter aleatorio es inherente a la esencia misma de la actividad económica».

4.º El derecho de propiedad es un *derecho limitado*, como recoge el punto primero. Y los límites son los siguientes. Según el caso Nold: «los derechos así garantizados, lejos de aparecer como prerrogativas absolutas, deben ser considerados a la vista de la *función social* de los bienes y actividades protegidas»; y «por esta razón los derechos de este orden no son garantizados regularmente más que *bajo reserva de las limitaciones previstas en función del interés público*; que en el orden público comunitario parece también legítimo mantener en relación a estos derechos la aplicación de ciertos límites justificados por los objetivos de interés general perseguidos por la Comunidad, siempre que no se atente contra la *sustancia* de estos derechos». Y según el caso Häuer: debe acudir a «*las reglas y prácticas constitucionales* de los nueve Estados miembros y de las mismas se deduce que la restricción a la plantación de nuevas viñas —que impone el Reglamento comunitario impugnado— es conocida y admitida como legítima, bajo formas idénticas o análogas en el orden constitucional de todos los Estados miembros». De esta forma, en ambos casos, Nold y Häuer, según CHUECA, se «establece una relación directa entre la preservación del contenido o sustancia del derecho de propiedad y la legitimidad de las medidas restrictivas del *uso* de ese derecho; ello explica también la aplicación del principio de la proporcionalidad, ya que si una medida no es proporcional

o supone una intromisión desmesurada o intolerable no será admitida como lícita por el Tribunal». Y, además, en ambos supuestos se aplica el criterio de la «necesidad de la adopción de este tipo de medidas» en razón del interés general comunitario.

En definitiva, el dominio es un derecho protegido por el orden comunitario siguiendo las mismas pautas de las Constituciones de los Estados miembros. No es un derecho absoluto. Es un derecho limitado por la función social de los bienes sobre que recae, sujetos a una diversidad de regímenes jurídicos, que no supondrán trasgresión, siempre y cuando se respete su *contenido mínimo o esencia* y se garantice la legitimidad y legalidad de la expropiación forzosa, mediante indemnización. El problema, pues, estará en fijar la difícil línea divisoria entre lo sustancial y lo accidental de su contenido: *la concreción del uso*.

D) EL DERECHO DE PROPIEDAD EN EL ORDENAMIENTO INTERNO

En el estudio del derecho de propiedad, su origen, extensión y límites, se puede llegar a todo tipo de lugares comunes; sin embargo, nuestro interés es más limitado y se restringe a la proposición de unas ideas básicas sobre la materia. De forma especial sobre las nociones de diversidad jurídica y de atribución de uso, punto de interconexión de la intervención administrativa con la realidad civil. Decir que el concepto comunitario o de propiedad responde a las orientaciones constitucionales, legislativas y doctrinales actuales no aclara, en mayor medida, el núcleo central del problema, aunque ello, según hemos visto, sea cierto. Decir, sin embargo, que la integración de España en las CCEE ha supuesto un notable cambio en la concepción del dominio dada la inspiración de las políticas comunitarias, sí se ajusta a la realidad. Basta comparar, para observarlo, el distinto camino entre la política agraria común —donde reside la competencia— y los planes autonómicos de puesta en regadío, que supuso un cambio de orientación en la explotación de los recursos agrícolas. Ahora bien, al plantear el problema hemos preferido analizar antes esas nociones fundamentales a la luz de los preceptos internos, ya que el contenido del dominio comunitario es tan difuso como en cualquier ordenamiento estatal.

1. *El derecho constitucional de propiedad*

Tradicionalmente, la dogmática del Derecho define el dominio, desde una perspectiva abstracta, en base a las facultades que lo integran: la facultad de administración o goce, la facultad de disposición y la facultad de

vindicación. Estas facultades garantizan a su titular frente a cualquier actuación pública o privada. Sólo cabe, en principio, suprimir el derecho sobre el bien concreto que recae mediante expropiación forzosa. Sin embargo, esas mismas facultades han estado siempre limitadas. La propiedad, salvo hipótesis de laboratorio, nunca ha sido un derecho absoluto, ni histórica ni objetivamente. La propiedad no es más que la potencialidad permanente del uso de un bien determinado, con carácter exclusivo y excluyente. Si el contenido esencial de la propiedad es la posesión, la de ésta es el uso. La función social de la propiedad, en suma, no es más que la función social de la posesión, y la de ésta, la delimitación del uso del objeto jurídico. La secuela de todo ello siempre ha sido —o tendido a ser— la misma: la diversidad de regímenes jurídicos de la propiedad, sin perjuicio del reconocimiento de unas características comunes, que no son otras que las expresadas. Goce, disposición y vindicación —atemporal—, con arreglo a las leyes.

1.1. El derecho de propiedad en el Código Civil

La persistencia de esas tres facultades potenciales extraídas del propio artículo 348 del Código Civil augura, tal vez, larga vida a su texto literal. No ha sido necesario cambiar ni una coma para que la propiedad decimonónica se adapte al siglo xx. Su formulación abstracta lo ha hecho posible, no sin abundantes reticencias doctrinales. «La propiedad —dice el art. 348— es el derecho de gozar y disponer de una cosa sin más limitaciones que las establecidas en las leyes. El propietario tiene acción contra el tenedor y el poseedor de la cosa para reivindicarla». La ausencia de toda referencia a la función social en sus términos remite la inclusión de ésta al inciso final del párrafo 1.º Con arreglo a las leyes, la crítica se centra en la ausencia de referencia a la función social de la propiedad, esto es, a la distinción entre límites y limitaciones. No obstante y a pesar del buen servicio jurídico práctico que presta la definición, la realidad muestra que la distinción, además de superflua —a estos efectos—, no deja de ser difusa: una limitación permanente es un límite. Y un límite temporal, una limitación. Es decir, aunque el límite sea algo consustancial e interno y la limitación sea accesoria o externa, tanto el primero como el segundo se exteriorizan de la misma forma a través de las leyes.

El derecho de propiedad en el Código Civil, según MONTES PENADÉS, se configura «como un derecho subjetivo real que se especifica frente a las demás situaciones activas subjetivas de carácter real a través de las notas de unidad, perpetuidad, exclusivismo o exclusividad e ilimitación (en el sentido, esta última, de globalidad o indeterminación de facultades concre-

tas)». Concepción que choca con la situación actual, caracterizada por las notas de «pluralismo, conexión social, desconexión de la idea de libertad y actividad o ejercicio como centro de la regulación». Las nociones de diversidad de regímenes jurídicos, de función social y de deber jurídico se incorporan al derecho subjetivo, y el artículo 348 debe integrarse con lo preceptuado en el artículo 349, que se refiere a la expropiación forzosa. Es lo que hemos denominado, en otro lugar, *propiedad activa*, que, al margen de la abstracción definitoria, mantiene sus rasgos esenciales característicos en el desarrollo de la función determinada que las leyes asignan al bien concreto sobre el que recae.

Ahora bien, y ello debe destacarse, la propiedad que el Código Civil regula presta un servicio de extraordinario relieve al ordenamiento jurídico. La «*propiedad civil*» es el «*presupuesto legal*» de todas las disposiciones aplicables a este derecho, tanto constitucionales como estatales o autonómicas. Es el presupuesto que se limita o se entiende limitado, intrínseca o extrínsecamente. Sin el artículo 348 se perdería el punto de referencia, con grave quebranto del principio de seguridad jurídica. La propiedad, aparte de un concepto vulgar, debe ser siempre un concepto jurídico.

1.2. El derecho de propiedad en el ordenamiento histórico

Si parece evidente que el artículo 348 del Código Civil debe analizarse hoy a la luz de las nuevas orientaciones legislativas, jurisprudenciales y doctrinales, con la extensión y límite de su definición constitucional, e incorpora la caracterización tipo de este derecho, no lo es menos que los orígenes, a su vez, del artículo 348 hemos de encontrarlos en nuestro Derecho histórico, pues si bien es verdad que el precedente legal del Código suele referirse a un Derecho extraño —el CC francés—, nunca se ha entendido ni interpretado —ni siquiera redactado— aquél según la doctrina y la jurisprudencia francesas.

El concepto histórico de propiedad dista en gran medida del dominio quiritarario. La propiedad histórica es una propiedad fuertemente «socializada», no ya por la existencia de ingentes masas de bienes de carácter comunal, sino por las restricciones que se venían imponiendo a la propiedad privada en su libre ejercicio. La noción de función social aparece dentro de su contenido como límite de su detentación. Y, asimismo, la consecuencia de esa función social, por expresarlo en terminología moderna, era la misma que la actualidad: la propiedad era una propiedad *activa*, que atribuye usos determinados e incorpora el concepto deber jurídico al derecho subjetivo.

Para fundamentar estas afirmaciones, baste reparar en dos textos históricos. Por un lado, las Reales Ordenanzas de la Ciudad de Plasencia, reco-

piladas en 1548, sobre propiedad rústica. Y el Real Decreto de 28 de abril de 1789 y Cédula del Consejo de 14 de mayo del mismo año, dado en Aranjuez por Carlos IV, que desarrolla la Real Provisión de 20 de octubre de 1788, sobre propiedad urbana, por otro.

En la disposición 13 del Título XVIII de esas Reales Ordenanzas, bajo el epígrafe «De las dehesas dehesadas de los señores edel acetar de los quartos», se contiene una importante limitación al uso de la propiedad rústica: la labranza forzosa de un cuarto de cada dehesa en favor de los vecinos de Plasencia y su Tierra, incluyendo entre ellas las legalmente acotadas o cerradas —«dehesadas»—, señalándose a un tiempo la renta que habían de pagar los labradores (terrazgo). Esta restricción se complementa con otras muchas disposiciones que atienden a la regulación del uso de cada tipo de bien. Entre ellas, las «Ordenanzas de la nueva conservación de los montes y pinares», que contienen dos Reales Pragmáticas de Carlos V (25 mayo 1518) y Felipe II (22 febrero 1567), imponiéndose en la segunda el derecho de vuelo, con carácter forzoso y a juicio de Concejo, sobre determinadas propiedades, públicas y privadas.

Y por lo que se refiere a la propiedad urbana, la Ley IV del Título XXIII, Libro VII, de la Novísima Recopilación, bajo el epígrafe «Reedificación de solares y edificios yermos en los pueblos del Reyno», contiene una disposición sobre *edificación forzosa de solares*, fijando para ésta el plazo de un año y, en otro caso, cualquier interesado podría hacerlo en su lugar tomándolas a censo reservativo. Por la Real Cédula de 15 de mayo de 1788, inserta en la instrucción 58 de Corregidores, se disponía que, en caso de que no se reedificasen las casas arruinadas en sobre sus propios solares, se proceda a la *venta forzosa*. El corregidor era la persona autorizada para conceder la *licencia de obra*. No obstante, hemos de advertir que el artículo 348 del Código es resultado, desde un punto de vista práctico, de la reestructuración del derecho de propiedad que la desamortización produjo.

1.3. El derecho de propiedad en la Constitución de 1978

La concepción constitucional de la propiedad como derecho fundamental la hemos expuesto en los siguientes términos: «La Constitución española, en su artículo 33, reconoce el derecho a la propiedad privada (mobiliaria e inmobiliaria), destacando que la función social delimitará su contenido de acuerdo con las leyes. De esta forma, se recoge el dominio en su dimensión dinámica —activa—, marcada por una esa función social delimitadora de su contenido, sobre el postulado general de que ese propio reconocimiento desarrolla por sí mismo una función de idéntica naturaleza. Es decir, si la

función social del derecho de propiedad forma parte de su contenido ordinario o intrínseco, se destaca y valora el doble carácter de su existencia. De un lado, la función social de la titularidad privada del derecho y, de otro, la delimitación de su contenido. Así pues, se estima de utilidad social su existencia y se le dota de un contenido mínimo que haga reconocible este derecho (sin llegar a desnaturalizarse) y de unas garantías legales que salvaguarden su pacífico ejercicio.

GONZÁLEZ PÉREZ sistematiza esas garantías en tres: reserva de ley (art. 53.1 CE: sólo por ley puede regularse su ejercicio), respecto a su contenido esencial (art. 53.1 CE: la ley delimita ese contenido, pero ni lo configura ni lo establece) y expropiación mediante indemnización (art. 33.3 CE).

La clave, pues, reside en ese *contenido fundamental o mínimo*, en «aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito», y «se rebasa o desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección (STC 11/1981). Tradicional y legalmente, las facultades dominicales que definen la propiedad son *el goce, la disposición y la vindicación* (art. 348 CC). Podrá, pues, limitarse esas facultades con una ley, pero nunca de tal suerte que se desnaturalicen hasta el punto de privarse de su ejercicio a su titular, sin expropiación expresa y con el condicionante subjetivo explícito de la efectiva rentabilidad del bien (STC 37/1987).

Por otra parte, como es sabido por cualquier jurista, fue el profesor HERNÁNDEZ-GIL quien elaboró entre nosotros el notable concepto de función social de la posesión, y en su pormenorizado estudio se ocupa de las relaciones entre función social de la propiedad y función social de la posesión. «A través de la función social —escribe— penetra en la propiedad privada (tanto desde el punto de vista de su naturaleza como por lo que concierne a su ejercicio) el interés genérico de la sociedad —más flexible y difundido que el interés público— y el de ciertas situaciones sociales. De la noción negativa del límite como prohibición se pasa a la noción positiva del deber en la gestión de los bienes. El propietario no encuentra ante sí barreras, sino cauces predeterminados del comportamiento que le es exigido. La consecuencia más importante que está originando la penetración de la función social es la ruptura con un concepto unitario del derecho de propiedad». Ahora bien, «¿cómo resulta afectada la posesión por la función social de la propiedad? En cuanto las normas configuradoras de las limitaciones de la propiedad dejan de ser meramente negativas y obligan a una gestión socialmente útil de los bienes, la figura de la propiedad estática y formal cede paso a una propiedad dinámica, ocupando el primer plano no el tener atributivo, sino el disfrute actuante, la posesión en suma».

De todo ello se sigue, en primer lugar, que la función social de la propiedad y aunque la posesión —goce— forme parte de su contenido, «abarca —asimismo— la gestión económica, la explotación y, consiguientemente, se extiende a cuantas personas y situaciones resultan comprendidos en esos conceptos», y, en segundo término, que actúa de forma diferente según cada categoría de bienes. Es decir, la función social *difunde* el beneficio económico de la titularidad, al tiempo que *delimita* el contenido del dominio o se *realiza* a través de ella —como en el caso de la vivienda—. Doctrina ésta que, al plantearse el estudio de los artículos 33 y 53 de la Constitución, le lleva a las siguientes consideraciones:

1.^a «Nunca ha tenido la propiedad privada en la historia del constitucionalismo español una consagración tan clara y precisa y, al mismo tiempo, tan genérica».

2.^a «La Constitución, expresamente y en contraste con las Constituciones anteriores, reconoce la propiedad privada en esta doble dimensión: como derecho y como institución».

3.^a «De los diversos significados posibles que se le atribuyen —a la función social—, como son la función límite, la función impulsiva y la función social del ejercicio de los derechos, es en el primero de estos significados en el que aparece invocada. No se la concibe estrictamente como límite, más sí con la misión de delimitar que equivale a conformar el derecho en su manifestación normal o en su modo de ser constante, sin que el estar así delimitada suponga que se encuentre especialmente afectada de una limitación o carga».

4.^a En principio, parece sujeto su contenido mínimo a una reserva de ley formal si relacionamos los artículos 33.2 —que puede ser objeto de interpretación extensiva— y 53.1.

5.^a El concepto constitucional de propiedad es un concepto *material*. No «estamos en presencia de una propiedad entendida como poder o función individual con límites o limitaciones, sino ante una propiedad privada definida y delimitada» que no la elimina ni sustituye, antes bien la presupone y la modaliza según la categoría de bienes sobre la que recae. La propiedad privada cumple la doble finalidad de atender los intereses del individuo y de la colectividad».

De esta forma, el problema sigue centrándose en un concepto indeterminado: el contenido mínimo del dominio en función de cada categoría de bienes, resultado de la diversificación de su régimen jurídico. Lo que nos lleva al estudio de ese contenido, que, en la medida de su más estricta reglamentación, da lugar a la llamada propiedad estatutaria, que si bien se predica de la urbana, en iguales términos afecta a la rústica, de manera que

la diversidad de objeto inmobiliario, por razón de su uso, no impide su estudio globalizado y genérico. El dinamismo del derecho se muestra, sin embargo, en la distinta atribución de uso, según su específica clasificación y cualificación legales.

2. *El contenido del derecho de propiedad*

«Sin lugar a dudas —hemos escrito al respecto—, es la propiedad urbana la parcela del Derecho, público y privado, sujeta a mayor número de restricciones, donde, a veces, se pierde la noción misma de dominio, y ese contenido fundamental y mínimo de que hablábamos, condicionante constitucional de las leyes, aparece indefinido. El goce, la disposición y la vindicación, facultades inherentes al derecho de propiedad se desnaturalizan, de tal suerte que el concepto deber precede al de derecho subjetivo y la función social objetiva, delimitadora de su contenido, se antepone a la función social intrínseca que el reconocimiento de cualquier derecho presupone. En cualquier caso, ello no es ninguna novedad, precisamente por la publicación del objeto. El tributo de «urbana» no es resultado de su destino privado, sino de una calificación pública que la cualifica orgánicamente. Así pues, el concepto mismo de «propiedad urbana», en principio, lo otorga el planeamiento urbanístico del territorio, que señala la forma de uso y destino de la superficie acotada.

Ahora bien, una cosa es planificar y definir la tipología de la propiedad urbana dentro de una determinada área o zona, es decir, calificar y cualificar, y otra bien distinta suprimir el derecho de propiedad. La titularidad preexistente puede y debe reconocerse, ya que por contenido de los derechos hemos de entender «las concretas posibilidades de actuación o las concretas reglas de conducta que de ellas derivan para las personas afectadas». De esta forma, la clave constitucional reside en ese nuevo concepto jurídico determinable, el contenido mínimo de la propiedad, definido por la necesidad de que el derecho resultante sea precisamente de esa naturaleza —dominio— y no otro (apreciable caso por caso). Como dice el Tribunal Constitucional, en la conocida Sentencia 37/1987 sobre la reforma agraria andaluza, «utilidad individual y función social definen, por tanto, inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes», lo que supone, a juicio de BARNÉS, «rentabilidad económica que trae su origen en la explotación de los bienes sin necesidad de intermediario alguno»; y para TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ, que la «Ley puede... delimitar... configurar el contenido del derecho de propiedad y precisar, en consecuencia, qué concretas facultades lo componen y cuáles quedan fuera de él, siempre que, naturalmente, deje a salvo el contenido esencial del

derecho, que la Constitución protege directamente (art. 53.1), de forma que ésta siga siendo identificado como tal», criterio que —entendemos— recoge el Código Civil, nunca puede tratarse de un derecho distinto del de propiedad (art. 348 CC) a menos que previamente se defina su contenido y surja con la imprecisión de la identidad de términos no un nuevo concepto, sino un nuevo derecho. Se trata de una propiedad fuertemente intervenida o limitada administrativamente. Esa función social delimita el ámbito material y temporal de su ejercicio: la propiedad debe ejercitarse en un determinado sentido y durante cierto plazo, consecuencia del forzoso camino de destino —de individual a social— que el planeamiento le impone. Un derecho de propiedad de destino único —el urbanístico— por razones de utilidad social e interés general. Se actúa sobre la propiedad privada marcándola un fin que comporta un deber que va a cumplirse de cualquier forma, bien por el propietario, bien por otro mediante la expropiación. Lo que, a su vez, supone una pluralidad de legislaciones aplicables al caso concreto en cada pronunciamiento judicial. Es decir, después de delimitar el ámbito de actuación de las normas estatales y autonómicas, debemos tener presente la ley regional que sirve de fundamento a la sentencia y su posible analogía con la que nosotros directamente hemos de aplicar. Es lo que puede denominarse “las interferencias interpretativas de la legislación autonómica”».

En resumen, podemos decir que el contenido mínimo del derecho de propiedad, por un lado se diversifica, según la naturaleza y el destino del bien, y por otro se define o delimita en cada categoría de bienes. Por ello, hemos brevemente de referirnos a la ruptura del concepto de propiedad, primero, y, luego, a la propiedad urbana y rústica, para acabar con el planteamiento de una cuestión distinta, pero íntimamente relacionada con las que preceden: los límites comunitarios a la regulación interna del derecho de propiedad.

2.1. La ruptura del concepto de propiedad

Si como hemos propugnado la diversidad no excluye la noción abstracta de dominio, debemos destacar, sin embargo, que en cuanto al régimen jurídico de cada bien sí cabe hablar de «ruptura» conceptual. La delimitación del goce concreto del inmueble, incluso de la disposición, viene impuesta por dos categorías de normas, administrativas ambas: las normas agrarias y las normas urbanísticas, cuyas competencias exclusivas corresponden a las distintas Comunidades Autónomas, sin perjuicio, en principio, de la facultad estatal de ordenar sus bases y las inminciones comunitarias. Ambos tipos de normas han llegado a formar un verdadero estatuto de la

propiedad, entendiendo por tal la existencia de un derecho individual reglamentado administrativamente. Y si las normas agrarias se caracterizan por un dinamismo pasivo, las urbanísticas atienden al proceso de transformación del suelo, y en ese sentido presentan notas de dinamismo positivo. En ambos casos son comunes las atribuciones de uso, no sin interferencias, ya que una ley urbanística puede restringir el destino de una finca a la explotación agraria y una agrícola prohibir ésta. Supuesto excepcional que hoy se presenta por la política comunitaria, favorable al abandono de cultivos, que deja sólo como camino del uso la reforestación —por ejemplo—. En ambos casos, asimismo, la atribución de un uso concreto, de forma negativa —a través de prohibiciones—, no descarga, sin embargo, de contenido el dominio, sino que limita el ámbito de actuación privada. La clasificación genérica del suelo en rústico y urbano arrastra la cualificación de cada inmueble concreto por razón del uso permitido, único círculo donde se puede ejercitar el dominio.

2.2. La propiedad urbana

El contenido mínimo de la propiedad urbana, como propiedad constitucional, estaría constituido, siguiendo a BARNÉS, por el *ius aedificandi*, y ello a pesar de la dicción literal de la Ley 8/1990, donde las licencias presentan un cierto matiz constitutivo, habida cuenta de que el planeamiento no atribuye derechos dominicales ni las facultades que conforman la propiedad, sino *usos compulsivos*; y si estos usos privan al propietario del volumen edificable del inmueble, surge el derecho a la indemnización o compensación.

En este punto baste reseñar, como hace BARNÉS VÁZQUEZ, que si el contenido mínimo de la propiedad constitucional es resultado de la simbiosis entre interés particular y función social, conforme a la STC 37/1987, lo que supone la «explotación o aprovechamiento del titular que permitía la difusión de los bienes económicos», «sin necesidad de intermediario alguno, de modo tal que haga accesible a todos un mejor disfrute» de los mismos, el de la propiedad urbana se centra en el *ius aedificandi*, donde se dan cita los derechos de goce y disposición. «En consecuencia, adelantemos que, desde esta perspectiva, no puede afirmarse que el *ius disponendi* (o la facultad de goce) se hayan separado de la titularidad dominical», ya que el sujeto del derecho —o titular del bien— tiene sobre el mismo un poder funcional, «es sujeto o titular de una actividad o ejercicio», y únicamente ha perdido, en virtud de la función social que al bien corresponde, «la elección o decisión del tipo de goce o aprovechamiento». Es decir, siendo la propiedad un derecho activo y dinámico, los poderes públicos delimitan

su contenido mediante la *atribución de un concreto uso*, modalizado por las circunstancias que deben rodear ese único ámbito de ejercicio. «La Constitución, en definitiva —añade BARNÉS—, no parece garantizar ni proteger un concreto tipo de goce, un aprovechamiento de naturaleza específica ni, por tanto, de un ámbito y alcance determinado —estático, podemos señalar—. Protege, en cambio, la presencia de una facultad de goce tendencialmente plena y relativamente siempre superior al de los restantes derechos que tengan por objeto la explotación de bienes». «De manera que el artículo 33 de la Constitución española, integrado en la disciplina constitucional, legitima al legislador ordinario para que determine la «graduación del aprovechamiento del propietario» (así del urbano o agrario). Delimitará, por consiguiente, en virtud de su función social (esto es, en aras de la mejor participación económica de todos los ciudadanos en el bien “suelo”) «el alcance y la amplitud del *ius aedificandi* y de la explotación de los cultivos o, en otros términos, de la facultad de goce atribuida al *dominus*». «De lo que no puede disponer el legislador es de su existencia».

2.3. La propiedad rústica

Y si el contenido mínimo de la propiedad urbana es el *ius aedificandi*, el de la propiedad rústica es el *ius colendi*, facultad de cultivar la finca o, mejor aún, de obtener un rendimiento económico, ya que si la propiedad urbana está fuertemente planificada, la rústica no lo está menos, y las restricciones afectan a la tipología del cultivo. Normas administrativas determinan los cultivos autorizados —o prohibidos— en función de la productividad y del medio ambiente. Se trata, en definitiva, de la atribución de *uso concreto*.

«En el *ius colendi* o facultad de cultivar descansa el interés jurídicamente protegido, por el que se otorga el derecho. Consiente —este derecho, además— la delimitación estatutaria de su contenido material». El límite constitucional de la delimitación, dada «la plasticidad del *ius colendi*», es la persistencia de un «cierto margen de rentabilidad o beneficio».

E) LOS LÍMITES COMUNITARIOS DEL DERECHO INTERNO

Hablar de los límites comunitarios del Derecho interno nos obliga a replantear brevemente lo que antecede. El primer presupuesto de hecho es, en terminología del profesor CHUECA, la *conexión* entre el Derecho comunitario y el Derecho nacional por razón de la competencia. Una vez establecida esta conexión competencial, el segundo presupuesto es el origen de

la norma. Esto es, sea de aplicación directa, sea de objeto de trasposición, bajo el paradigma de la primacía y de su eficacia. Y el tercer presupuesto, por fin, apunta a la materia objeto de estudio: la propiedad urbana y la propiedad rústica. Así, podemos afirmar que, no obstante lo dispuesto en el artículo 222 del TCEE, las CCEE pueden incidir directamente sobre el núcleo central del derecho de propiedad, es decir, sobre su contenido mínimo constitucionalmente protegido, estableciendo nuevos límites, que si, por un lado, no van a negar esa presencia protegida —*ius aedificandi/ius colendi*—, pueden, sin embargo, modalizar la *atribución de uso* asignada por la normativa administrativa interna. Situación que tiende a producir el desplazamiento de parte de las facultades públicas en la definición de la función social de la propiedad hacia las CCEE y que aconseja revisar los esquemas conceptuales prácticos para reconocer el nacimiento de una *función social comunitaria que delimita el contenido del dominio*. Esta nueva configuración del derecho de propiedad, por otro lado, puede extraerse de dos tipos distintos de fuentes: el Derecho derivado y la jurisprudencia comunitaria.

El Derecho derivado impone importantes restricciones al uso de los bienes inmuebles a través de las políticas comunitarias en materia agrícola y de medio ambiente, que llegan a definir, de forma paulatina y a medida que se van desarrollando las propias Comunidades, negativamente el contenido mínimo del dominio. Realidad que no excluye, en el futuro, su atribución positiva. Y la propiedad rústica es punto de referencia constante de la política comunitaria, nada impide que con la reglamentación del medio ambiente se incida, de forma directa, sobre las normas urbanísticas, sin excluir —claro está— la política de defensa de los consumidores que recoge expresamente el Tratado de Maastricht.

El TJCE, con ocasión del comentado caso Hauer, ha resuelto recursos relativos a la delimitación del contenido mínimo de la propiedad rústica; al declarar que no infringe los Tratados constitutivos el Reglamento comunitario que prohíbe plantar viñas en determinadas zonas, ha delimitado el contenido mínimo del dominio y reconocido la función social comunitaria de la propiedad.

El problema de la competencia judicial inmobiliaria, por otra parte, ha sido resuelto por el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 y el Convenio de Lugano de 16 de septiembre de 1988, que en su respectivo artículo 16 disponen: «Son exclusivamente competentes, sin consideración del domicilio: 1.a) En materia de *derechos reales inmobiliarios* y de arrendamiento de bienes inmuebles, los tribunales del Estado contratante donde el inmueble se hallare situado». Y el punto 3 dice: «En materia de validez de las inscripciones en los Registros públicos, los tribunales del Estado en que se encontrase el Registro».

IV. LOS PROGRAMAS DE ACTUACION DE LA CE EN MATERIA AGRICOLA, DE MEDIO AMBIENTE Y DE PROTECCION DE LOS CONSUMIDORES

En los Tratados institutivos, y en concreto en el TCEE, se atribuyó a las Comunidades competencias en materia de política agrícola común, cuya denominación habitual se conoce por sus tres siglas iniciales: PAC. La importancia de las medidas a adoptar resultan, como destaca DÍAZ FRAILE, de la propia ubicación sistemática de las referencias normativas a esta concreta política. En efecto, por un lado, si el artículo 2 del TCEE promueve «el armonioso —desarrollo— de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, una expansión continua y equilibrada, una estabilidad creciente, una elevación acelerada del nivel de vida y relaciones más estrechas entre los Estados que la integran», el artículo 3, destinado a fijar los objetivos comunitarios, incluye la PAC entre éstos, ya que la regulación homogénea o uniforme de la agricultura supone el tratamiento comunitario de un sector estrechamente vinculado al conjunto de la economía, según expresa el artículo 39.2.c). Así, la PAC, junto con las cuatro libertades básicas, se erigen en motor de la integración comunitaria.

La noción de política comunitaria frente al concepto libertad comunitaria, por otro lado, no supone minusvaloración alguna, más bien atiende al establecimiento de un medio práctico de consecución de esas libertades, considerándola, a un tiempo, objetivo de la propia CE. Prueba de ello es la interrelación entre libertades y políticas comunitarias y la progresiva asunción de competencias implícitas y subsidiarias que el desarrollo normativo de las Comunidades impone en esas fases clásicas de integración a que alude MARTÍNEZ DE AGUIRRE, distinguiendo entre la Europa de los mercaderes (1957-1972) y la Europa de los ciudadanos (1973-1984 y 1987-1992), con la consecución del Mercado Único como presupuesto de la Unión Europea.

De la PAC surgió la política de medio ambiente, que se establece definitivamente en 1987 con el Acta Única Europea, y ambas se acompañan, a partir de la suscripción del Tratado de Maastricht, de la política de defensa de los consumidores, iniciada ya a pesar de la omisión de los Tratados institutivos en virtud del artículo 235 del TCEE. Políticas todas ellas que inciden directamente en el contenido del derecho de propiedad y, en consecuencia, en el derecho de la construcción. La política agraria, con especial fortaleza al delimitar, de forma negativa, el *uso* de las fincas rústicas. La política de medio ambiente, por su parte y de idéntica forma negativa, afecta por igual a la propiedad rústica y urbana en cuanto restringe, mientras preserva y valora el impacto medioambiental, la facultad dominical de goce. Y la política de defensa de los consumidores, incipiente en el ámbito inmobiliario, en cuanto establece una serie de deberes positi-

vos que directamente vinculan al propietario, promotor y constructor en las distintas etapas de «producción» de suelo urbano edificable, y de manera resultante a la oferta y venta de «viviendas».

Así, escribe DÍAZ FRAILE, «las referencias a la mejora constante de las condiciones de vida que hace el Preámbulo —del TCEE— o al desarrollo armonioso de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad que hace el artículo 2.º, se han revelado como enormemente fecundas para salvar la limitación que supone el carácter funcional de las competencias de la Comunidad en cuanto que atributivas de poderes y medios de acción respecto de las materias previamente definidas, de modo tal que con base a dichas competencias subsidiarias e implícitas la PAC ha podido extender su radio de acción a cuestiones tales como la protección del medio ambiente, el establecimiento de programas de repoblación forestal, la defensa del consumidor, etc. Todo lo cual, por lo demás, encaja perfectamente con el carácter de tratado-marco con que está configurado el Tratado CEE —por oposición a los tratados-leyes que corresponde a los dos tratados especiales CECA y CEEA—, según la terminología difundida por GUY ISAAC». En este sentido, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha manifestado el amplio campo de apreciación que corresponde a las instituciones en materia de política agrícola.

A) LA ACTUACIÓN DE LA CEE SOBRE LA PROPIEDAD RÚSTICA

Resultado, como hemos advertido, de la PAC son las numerosas restricciones que a la propiedad rústica imponen las CCEE. El «mercado común agrícola», objeto de esa política, se rige por los artículos 38 a 47 del TCEE y en su ámbito «prima el principio de especialidad» que este articulado establece (art. 38), «de modo que las reglas generales sobre el mercado común sólo se aplican en tanto no se opongan a las reglas específicas de los artículos 39 a 47 relativos a la agricultura». Esta «especialidad», sin embargo, no coarta la concepción comunitaria de la agricultura desde una concepción más amplia, que ha dado lugar a la sustitución de los términos «Derecho agrario» por los de «Derecho agroalimentario», aunque ello no suponga —según destaca BALLARÍN— la desconexión entre actividad agrícola y aprovechamiento inmobiliario, sino todo lo contrario, el mantenimiento indisoluble —concluye DÍAZ FRAILE— entre dos aspectos de una misma realidad: las estructuras agrarias y la ordenación del comercio. Es decir, la nueva visión economicista de la agricultura como actividad humana que pone en circulación los productos necesarios de primera necesidad que el mercado demanda se asienta sobre el aprovechamiento del inmueble rústico, contenido mínimo del derecho de propiedad.

El artículo 39.1 del TCEE señala los objetivos de la PAC, diciendo que éstos serán: «a) incrementar la productividad agrícola fomentando el progreso técnico, asegurando el desarrollo racional de la producción agrícola, así como el empleo óptimo de los factores de producción, en particular de la mano de obra; b) garantizar así un nivel de vida equitativo a la población agrícola, en especial mediante el aumento de la renta individual de los que trabajan en la agricultura; c) estabilizar los mercados; d) garantizar la seguridad de los abastecimientos; e) asegurar al consumidor suministros a precios razonables».

El medio típico de intervención comunitaria en el contenido del dominio se ha desarrollado a través de normas de Derecho derivado que imponen prohibiciones expresas —como la impugnada en el caso Hauer: prohibición de plantar viñas—, por un lado, y a través de la política de incentivos y subvenciones que, de hecho, modifican el aprovechamiento concreto de una finca determinada, toda vez que la agricultura sectorial va orientándose a cultivar el «producto» en la cuantía y calidad que marcan las CCEE, diferenciando la ejecución concreta a las medidas adoptadas por el Estado miembro, bajo el riesgo económico, en otro caso, del propietario, que de seguir orientación distinta cuenta con el total desamparo comunitario. Esta situación produce la delimitación negativa del contenido esencial del dominio, modalizando el *ius colendi* como facultad de su titular por mediación de la que hemos denominado función social comunitaria de la propiedad, que no excluye el abandono de cultivos subvencionados durante cierto plazo e incluso activa la reforestación.

Desde el punto de vista del Derecho derivado, las normas adoptadas para la ejecución y desarrollo de la PAC dieron lugar a un profuso número de disposiciones —sobre todo, directivas— que dificultaba en buena parte su intelección, por lo que se procedió a su sistematización y codificación a través del Reglamento 797/85, que limitó esa dispersión patológica, aunque, en la actualidad, advierte DÍAZ FRAILE, las normas posteriores han venido a romper esa idea de unidad.

El Reglamento 797/85 puede estudiarse, dice este autor —siguiendo a MASSOT—, distinguiendo siete grupos de novedades: 1) La forma jurídica del acto: este reglamento-marco pone fin a la práctica precedente de aprobar en esta materia directivas, dejando un amplio margen discrecional a los Estados —definieron, por ejemplo, el concepto de agricultor a título principal, germen de la falta de uniformidad en su ejecución y desarrollo—. 2) Los objetivos de los planes de inversión. 3) Los techos de exclusión y los niveles de ayuda. 4) Restricciones a las ayudas e inversiones en sectores excedentarios. 5) Novedades sectoriales: fomento forestal. 6) Introducción de nuevas medidas horizontales: primas para favorecer a los agricultores jóvenes. 7) Vigencia transitoria de disposiciones anteriores de carácter so-

cioestructural. Sin embargo, el nuevo marco de la PAC se vio modificado por la entrada en vigor del Acta Unica, la reforma financiera de la Comunidad —que impuso la aceleración de la adaptación de estructuras y la promoción del desarrollo de las zonas rurales por el Reglamento 2052/1988— y la reforma de la PAC.

El Reglamento 1760/87 modifica el Reglamento 797/85 en cinco puntos: eliminación de los límites existentes a las ayudas nacionales para las inversiones destinadas a la protección del medio ambiente; desnacionalización de ayudas estatales a las zonas sensibles en la misma materia —ayudas directas por razón de medio ambiente—; ampliación de las indemnizaciones compensatorias a los agricultores en zonas desfavorecidas; incremento de las ayudas para la repoblación forestal, y establecimiento de ayudas suplementarias para la formación profesional a los agricultores que reorienten sus explotaciones aplicando técnicas compatibles con el medio ambiente y con la explotación racional de superficies forestales. A esto, además, añade un nuevo régimen para la reconversión y la extensificación de la producción». «Las ayudas para la *reconversión* tienen por objeto compensar, durante el período de cinco años, las pérdidas de renta sufridas como consecuencia de la sustitución de unas producciones ya implantadas por otras nuevas». Y reformando el artículo 1 del Reglamento 797/85, «desaparece uno de los tradicionales objetivos de la Comunidad, cual era el del incremento de la producción [art. 39.1.a) del Tratado]».

El Reglamento 1094/88 modifica, por su parte, los Reglamentos 797/85 y 1760/88 «en lo relativo a retirada de tierras de la producción y a la extensificación y reconversión de la producción», siguiendo la misma línea del segundo. Ahora bien, este Reglamento contiene una excepción: la Comisión podrá autorizar a un Estado miembro a mantener la producción en aquellas regiones o zonas en que las condiciones naturales o el riesgo de despoblamiento lo aconseje. Estas regiones se delimitarán, por lo que se refiere a España, conforme a los criterios fijados por el Reglamento 1273/88, en el que «se consideró que son condiciones naturales que desaconsejan la reducción de la producción la degradación o riesgos de degradación física o química del suelo en regiones con precipitaciones escasas o irregulares, o bien los riesgos de incendio. Esta excepción salvada, apunta DÍAZ FRAILE, la *contradicción existente entre la legislación autonómica de Andalucía y Extremadura*, que sancionaba la escasa productividad y *las normas comunitarias*. La nueva PAC suponía —como cabía prever— que «las producciones que se quieren suprimir son precisamente las subvencionadas». Y el abandono temporal —al menos cinco años— abría como únicas alternativas: dejarlas de barbecho, con posible rotación de cultivo; dedicarlas a repoblación forestal; utilizarlas con fines no agrícolas; destinarlas a pastos para ganadería extensiva (barbecho verde), o finalmente, a la producción de

lentejas, garbanzos u otras vicias (barbecho marrón). Esta nueva política, no obstante, ha manifestado sus carencias, según señala DÍAZ FRAILE, siguiendo a MASSOT, por las insuficiencias técnico-normativas (discrecionalidad de los Estados), la desigualdad de trato financiero y la reacción de los agricultores europeos.

En resumen, finalmente, puede decirse que la influencia de la PAC sobre el Derecho interno se produce en dos niveles distintos. Por una parte, sobre el contenido mínimo del derecho de propiedad, en cuanto establece determinadas prohibiciones e incentiva determinado uso o aprovechamiento agrícola, ganadero y forestal que, de hecho, implican prohibición de usos alternativos por la debilidad de la posición del propietario frente al Estado y a las CCEE, que difícilmente se mantiene con la regulación pública de los precios y las imposiciones socioestructurales. Por otra parte, incide directamente en la distribución interna de competencias, como ha estudiado DÍAZ FRAILE y nosotros en el punto precedente relativo a la jurisprudencia constitucional en materia de Derecho comunitario (STC de 28-5-1992).

B) LA PROTECCIÓN COMUNITARIA DEL MEDIO AMBIENTE

«La política comunitaria de medio ambiente —dice MOLINA DEL POZO—, al igual que la de defensa del consumidor o la regional, entre otras, no aparece recogida en los Tratados fundacionales de las Comunidades Europeas, sino que tiene su origen a principios de la década de los setenta, momento en que se constata a nivel mundial el problema que supone el agotamiento de los recursos naturales y en el que empiezan a utilizarse conceptos como calidad de vida o entorno ambiental a modo de complemento a las exigencias de desarrollo y expansión económica». Planteamiento que provocó la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el hábitat humano celebrada en Estocolmo en 1972, y más recientemente la de Río de Janeiro el año pasado (1992).

La ausencia de referencia al medio ambiente en los Tratados institutivos se suplió, en un principio, y como advertimos con anterioridad, a través de la vía de los artículos 235 y 100 del TCEE —competencias subsidiarias y armonización—. Más tarde, el Acta Unica Europea crea un nuevo Título VII en la tercera parte del TCEE bajo la rúbrica «Medio ambiente», artículos 130R, 130S y 130T, siguiendo la doctrina del *standard* máximo de protección que permite a los Estados miembros adoptar medidas más severas que las impuestas por las CCEE. Y el resultado de la política comunitaria ha sido el establecimiento de cuatro programas de acción, que pretendan crear una base jurídica para la armonización de las legislaciones. Los objetivos no son otros que, conforme al artículo 130R, «conservar, proteger

y mejorar la calidad del medio ambiente; contribuir a la protección de la salud de las personas, y garantizar una utilización prudente y racional de los recursos naturales». Objetivos para los que la acción comunitaria ponderará, dispone el citado artículo en su punto 3, «los datos científicos y técnicos disponibles; las condiciones del medio ambiente en las diversas regiones de la Comunidad; las ventajas y las cargas que puedan resultar de la acción o de la falta de acción, y el desarrollo económico y social de la Comunidad y el desarrollo equilibrado de las regiones». La financiación y ejecución —art. 130R.4— correrá a cargo de los distintos Estados, sin perjuicio de determinadas medidas de carácter comunitario.

El Tratado de Maastricht, por su lado, incluye el medio ambiente dentro de los fines comunitarios, en sus artículos 2 y 3, y redacta de nuevos los artículos 130R, 130S y 130T, manteniendo el principio general de que «quien contamina paga», introducido por el Acta Unica Europea, que prevé en el artículo 130R.2 medidas preventivas y restauradoras de carácter coercitivo.

Los cuatro programas de acción —hasta ahora impuestos— son: el primer programa de 1973, el segundo de 1977, el tercero para 1982-1986 y el cuarto que abarca desde 1987 a 1992. Y su efectividad se refuerza con la creación de la Agencia Europea del Medio Ambiente, que se fundamenta en el Reglamento 2120/1990, de 7 de mayo, teniendo por objeto, además del establecimiento de una red de información, una vez pasado el período transitorio de dos años, el control de aplicación de la legislación comunitaria ambiental, el señalamiento de los distintivos medioambientales, el fomento de tecnologías compatibles y la fijación de criterios para evaluar el impacto ambiental.

Si la PAC —indicaba DÍAZ FRAILE— fue el instrumento que canalizó las primeras actuaciones medioambientales, la interrelación entre el Derecho agrario y el Medio Ambiente ha sido ponderada por DELGADO DE MIGUEL, para destacar «la profunda unión existente» entre ambas materias «en cuanto disciplinas jurídicas llamadas a informar conjuntamente diversas instituciones que le son propias sobre la base del centro aglutinador de ambas que representa el espacio rural», sin que pueda disociarse la una de la otra. Acción comunitaria que se acomete en el cuarto programa, distinguiendo —destaca DELGADO DE MIGUEL— tres áreas «prácticas nuevas total o parcialmente: *conservación de la naturaleza y recursos naturales, protección del suelo y áreas urbanas, costas y montañas*». De esta forma se diversifica «la política de protección del —medio— ambiente en los distintos aspectos, industrial, agrícola y social que aborda la política de la Comunidad y sus Estados miembros, de modo que pasa a ser un *componente* más de los mismos». Así, al ser un componente más de la legislación sectorial, las disposiciones medioambientales, comunitarias, estatales y autonómicas se erigen en delimitadoras del contenido mínimo del derecho de propiedad,

presupuesto permanente de la legislación conexas y del otorgamiento de las licencias administrativas correspondientes, que afectan por igual a la propiedad urbana como a la rústica. Seguramente, será en el futuro necesaria la *licencia de impacto medioambiental*. Se extiende, pues, la limitación del uso de los inmuebles, desde sus aspectos positivo y negativo —obligación de uso concreto en forma expresa y prohibición de uso determinado—, al tiempo que se aprecia el *dinamismo* del derecho de propiedad y el carácter *extrínseco* de la delimitación de ese contenido mínimo, de suerte que si bien la función social, nacional y comunitaria habilita para la intervención, para la atribución de uso —y como tal el dominio está intrínsecamente limitado—, éste se adapta en cada momento a las necesidades públicas que imperen —limitación extrínseca.

Como ejemplo de la intervención combinada de disposiciones agrarias y medioambientales podemos reseñar el denominado por DELGADO DE MIGUEL «sistema español de retirada de tierras arables», contenido fundamentalmente en el Real Decreto 1435/88, de 25 de noviembre, y la Orden de 5 de diciembre de 1988, modificados y desarrollados por los Reales Decretos de 11 de octubre de 1990 y de 29 de septiembre de 1989 y la Orden de 17 de abril de 1990, que adaptan la normativa comunitaria —de forma especial los Reglamentos 1094/88 del Consejo y 1272/88 y 1273/88 de la Comisión—, donde se contienen una serie de disposiciones que suponen «la asunción de unas cargas relacionadas con la función ecológica de la propiedad» por parte de los beneficiarios de las ayudas comunitarias. Estas disposiciones se traducen en prohibiciones y obligaciones. Prohibiciones para mantener la retirada de tierras en «buenas condiciones agronómicas», tales como las de «esparcir desechos orgánicos, salvo que sean necesarios para mantener la fertilidad o luchar contra la erosión»; el «uso de fitosanitarios sin previa autorización de los organismos competentes» en caso de que se destinen las tierras a barbecho; la de «regar o aportar fertilizantes o sustancias minerales u orgánicas, excepto durante el período de implantación de pradera si la tierra se dedicase a pasto para ganadería extensiva», y la prohibición «de realizar más de un corte al año para producción de heno destinado al ganado de las explotaciones». Obligaciones tales como la de «crear o mantener una cubierta vegetal, adecuada en particular para prevenir la erosión»; «garantizar un mantenimiento mínimo de las formaciones arbóreas que hubiere en las respectivas parcelas y un mantenimiento de sus linderos»; «mantener las corrientes y extensiones de las aguas», y ello cuando se detienen las tierras a barbecho. A las que cabe añadir la obligación de crear «un prado permanente, compuesto de mezcla de especies y variedades forrajeras de bajo nivel de productividad».

C) DERECHO COMUNITARIO Y PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES

La protección de los consumidores ha sido la última política comunitaria adoptada y aún está pendiente de entrar en vigor, ya que adquiere carta de naturaleza en el Tratado de Maastricht. Este Tratado, incluyéndola en su artículo 3.s), erige la política de protección en medio de consecución de los fines comunitarios y le dedica un Título y un artículo, el Título XI de la tercera parte, bajo el epígrafe «Protección de los consumidores», y el artículo 129A, que constituye el contenido de éste. Dice el artículo 129A:

«1. La Comunidad contribuirá a que se alcance un alto nivel de protección de los consumidores mediante:

- a) medidas que adopte en virtud del artículo 100.A en el marco de la realización del mercado interior;
- b) acciones concretas que apoyen y complementen la política llevada a cabo por los Estados miembros a fin de *proteger la salud, la seguridad y los intereses económicos de los consumidores, y de garantizarles una información adecuada.*

2. El Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 189B y previa consulta al Comité Económico y Social, adoptará las acciones concretas mencionadas en la letra b) del apartado 1.

3. Las acciones que se adopten en virtud del apartado 2 no obstarán para que cada uno de los Estados miembros mantenga y adopte medidas de mayor protección. Dichas medidas deberán ser compatibles con el presente Tratado. Se notificarán a la Comisión».

La acción comunitaria, en el Tratado de Maastricht, se enfoca en un doble aspecto. Por una parte, provocar la armonización legislativa, complementando las disposiciones nacionales y permitiendo la mayor protección estatal, y, por otro, adoptar actos concretos en determinados sectores. Doble acción que da lugar al tratamiento de esta política como *presupuesto intrínseco* de otras políticas comunitarias y, a su vez, a la creación de un *Derecho autónomo del consumo* o cuerpo de normas comunitarias.

Ahora bien, la protección comunitaria de los consumidores, sin llegar a ser una política específica de las CCEE, cuenta ya con larga tradición dentro de éstas. Así, MARTÍNEZ DE AGUIRRE distingue tres fases de evolución, a la que debe añadirse una cuarta, constituida por el Tratado de Maastricht. La primera fase, durante la vigencia de la que denomina «Europa de los mercaderes (1957-1972)», la protección de los consumidores no aparece dentro de los objetivos de los Tratados institutivos, ya que «la concepción liberal-individualista de la economía» y «las finalidades perseguidas en el

propio Tratado de Roma parecían ser suficientes como para asegurar la situación de los consumidores». Sin embargo, la fuerza de las empresas, el desarrollo del crédito y la publicidad durante esta etapa —en palabras de BOURGOIGNIE— «productivista» mostró «el desequilibrio real» y la debilidad de la situación de los consumidores e hizo necesaria la creación, durante los años 1962-1972, del «Comité de contacto con los consumidores de la Comunidad Europea» a iniciativa de la Comisión, como lo fue en 1968 la «nueva unidad administrativa» denominada «Servicio especializado para las cuestiones relativas a los consumidores», dependiente de la Dirección General encargada de los asuntos de la competencia. En esta fase el consumidor se identifica con el «adquirente de bienes o usuario de servicios».

La segunda fase, «el diseño de la Europa de los ciudadanos (1972-1984)», iniciada por la Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno de París (1972), donde se pide «a los órganos comunitarios el establecimiento de medidas tendientes a reforzar y coordinar las acciones dirigidas a proteger a los consumidores», supone la creación del Servicio de Medio Ambiente y Protección de los Consumidores —luego, en 1973, Dirección General—, de un Comité Consultivo de los Consumidores y la elaboración de un proyecto de acción comunitaria, que dio lugar al *Programa preliminar para una política de protección e información a los consumidores* (Resolución del Consejo de 14 de abril de 1975). Este programa amplía, por un lado, el concepto de consumidor, extendiéndolo no sólo al «comprador y usuario de bienes y servicios para uso personal, familiar o colectivo, sino a una persona involucrada en los diferentes aspectos de la vida social que pueden afectarlo directa o indirectamente como consumidor». Y por otro, sistematiza y define los *derechos fundamentales de los consumidores*. A saber: «el derecho a la protección de la salud y seguridad, el derecho a la protección de los intereses económicos, el derecho a la indemnización de los perjuicios sufridos, el derecho a la información y a la educación y el derecho a la representación (a ser oídos)».

El programa preliminar planteó —indica MARTÍNEZ DE AGUIRRE— graves problemas de ejecución, motivados principalmente por la crisis económica derivada de la crisis del petróleo y por la disparidad de legislaciones y de políticas nacionales unidas a las reglas de adopción de acuerdos en el seno del Consejo, que sólo dio como fruto Directivas en materia de protección de la salud y seguridad de los consumidores. Fue el TJCE quien en la sentencia Cassis de Dijon marcó, una vez, un importante giro en esta materia al admitir *trabas estatales a la libre circulación de mercancías* —una de las libertades comunitarias— por imperativos de protección de los consumidores. No obstante, el programa preliminar supuso un importante avance en la definición de la «política comunitaria» consumerista.

Por Resolución del Consejo de 19 de mayo de 1981 se aprueba el

segundo programa para una política de protección y de información a los consumidores, y el Consejo de Ministros de 1983 da un nuevo impulso a la materia. El segundo programa «se estructura en torno a los derechos básicos de los consumidores que» —el programa preliminar— «define», sentando los cimientos del diálogo social en este ámbito en torno al «control de los precios» y a la «calidad de los servicios, públicos o privados».

La tercera fase, «el relanzamiento de la Europa de los ciudadanos», «coincide ampliamente —dice MARTÍNEZ DE AGUIRRE— con la «Europa de los consumidores». En ella surge la Comunicación de la Comisión de 4 de julio de 1985, denominada «Nuevo impulso para la política de protección de los consumidores», y se adoptan, por fin, un grupo de *Directivas* en esta materia. *Directivas sobre la publicidad engañosa* (10 septiembre 1984), la *responsabilidad por los productos defectuosos* (25 julio 1985), la *protección de los consumidores en los contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales* (20 diciembre 1985) y el *crédito al consumo* (22 diciembre 1986).

A la comunicación siguió la resolución relativa a la orientación futura de la política de la Comunidad Económica Europea para la protección y el fomento de los intereses de los consumidores (23-6-1986), que pone de manifiesto la fuerte vinculación entre las políticas de consecución del mercado interior y la de protección de los consumidores. Sin embargo, la oportunidad de estructurar una política comunitaria específica se perdió en 1987 en el Acta Unica Europea, que, siquiera, incluye una referencia en el artículo 100A.3 a la armonización de legislaciones estatales.

Dice el artículo 100A.3: «La Comisión, en sus propuestas previstas en el apartado 1 referentes a la aproximación de legislaciones en materia de salud, seguridad, *protección del medio ambiente* y *protección de los consumidores* se basará en un nivel elevado de protección». Este artículo, que debe valorarse positivamente, observa MARTÍNEZ DE AGUIRRE, plantea el *problema fundamental* de la protección de los consumidores: los distintos niveles de protección existentes en los Estados miembros. Problema que llevaba, a pesar de la introducción de la regla de mayorías para adoptar acuerdos comunitarios, a una situación de «ambigüedad, lentitud y falta de eficacia práctica».

El Tratado de Maastricht, no obstante, supone un definitivo impulso para la protección de los consumidores, y en materia inmobiliaria urbana, como luego veremos, su posible incidencia vendrá marcada por el *deber de información*, trasposición *sensu contrario* del derecho de información de los consumidores, que ha dado lugar, en España, al Real Decreto 515/1989, por la regulación de las *condiciones generales de contratación*, supuesto de exclusión de cláusulas abusivas (Comunicación Comisión/Consejo de 14-2-1984) y por la *calidad de los productos incorporados a la construcción*, en

la línea de la Directiva del Consejo de 25 de julio de 1985, sin olvidar la posible imposición de *condiciones generales de habitabilidad de las viviendas y del volumen edificable* (superficie, espacios libres, espacios comunes, servicios, dotaciones mínimas...) como se establecen en la Directiva 87/102/CEE en materia de *crédito de consumo*, no aplicable, sin embargo, conforme a su artículo 2.º1.a), a «los contratos de crédito o de promesa de crédito», «destinados fundamentalmente a la adquisición o conservación de derechos de *propiedad* sobre terrenos o inmuebles construidos o en proyecto», o «destinados a la renovación o mejora de los inmuebles». Y, en general, la tendencia a la armonización de legislaciones tomando como punto de referencia la máxima protección ofrecida por el correspondiente Estado miembro.

V. LA PROPIEDAD URBANA

Señala BARNÉS, con razón, cómo no cabe hablar de un concepto de propiedad plural, pues a pesar de la diversidad de regímenes jurídicos aplicables a los distintos bienes, la noción de unidad, aun sobre la base de una nueva lectura del artículo 348 del Código Civil (tamizada por la realidad social del tiempo en que se aplican las normas), parece ser un presupuesto constitucional, una definición previa a la propia Constitución (art. 53.1 CE). Y asimismo no es aconsejable anclarse en la dualidad y en el paralelismo de las legislaciones públicas y privadas —administrativa y civil—, enemigos de la seguridad jurídica y de la unidad sustancial del ordenamiento.

En definitiva, con esta perspectiva unitarista e integradora vamos a abordar la problemática del carácter estatutario de la propiedad urbana, intentado demarcar el contenido mínimo de esas facultades de goce, disposición, vindicación y garantía sobre los siguientes presupuestos:

Primero. La noción de propiedad estatutaria alude al carácter «reglado» de su atribución y ejercicio. La ordenación del territorio y la planificación urbanística es una función pública.

Segundo. La problemática de su configuración se sustantiviza en la preexistencia o no al planeamiento de facultades urbanísticas en el contenido del dominio.

Tercero. La fundamentación pública del carácter atributivo de esas facultades por la normativa urbanística se centra en la necesidad o innecesidad de la indemnización de los propietarios.

Cuarto. El nudo gordiano de la cuestión reside en la valoración de los inmuebles y de las expectativas urbanísticas a efectos expropiatorios, que

no se disocia de la función social de la propiedad (el valor real o de mercado).

Quinto. El ámbito temporal —coyuntural—, material y territorial de aplicación de la legislación puede generar discriminación entre los distintos propietarios.

Sexto. La finalidad última de las normas es la conversión del suelo en solares y de los solares en edificaciones, al tiempo que se habilitan espacios libres, zonas de recreo y expansión para hacer habitable el núcleo urbano.

Séptimo. Cabe advertir, por otro lado, la distinta incidencia e intensidad de la intervención administrativa en el régimen jurídico de la propiedad urbana, según la situación y destino del inmueble y la necesidad coyuntural de las propias normas (incidencia e intensidad que afecta a la propiedad del bien cuando el cambio se produce después de su consolidación).

Así pues, de la solución jurídica adoptada derivarán una serie de consecuencias.

Como indican DELGADO-IRIBARREN y BALLESTEROS, cronológicamente fue el artículo 61 de la Ley del Suelo de 1956 el detonante de la interpretación doctrinal favorable a la consideración de la urbanización como función pública, «de modo que el régimen del suelo es una tarea reservada exclusivamente a los planes por remisión de la ley, y, en consecuencia, *la incidencia del plan sobre la propiedad privada urbana no es ya la de una limitación que restrinja una libertad inicial, sino que el plan otorga positivamente facultades delimitando el contenido del derecho de propiedad*», esquema en el que profundizó la Ley de 1975 suprimiendo el aprovechamiento natural de los terrenos e «insistiendo en que el régimen de propiedad derivaba del planeamiento por remisión de la Ley (art. 76)».

En esta línea se enmarca decididamente la interpretación de GARCÍA DE ENTERRÍA y de la doctrina administrativa mayoritaria. Sin embargo, esto supondría algo más que desnaturalizar el dominio, ya que si ninguna facultad urbanística conforma su contenido, la propiedad urbana no existe y de su inexistencia surge un complicado mecanismo de indemnizaciones y una imprecisión terminológica. Si el título causal atributivo de las facultades urbanísticas es el Plan, previamente deberá expropiarse el derecho de propiedad preexistente y concederse *ex novo* y sucesivamente —adquisición gradual— determinada facultad urbanística sobre el inmueble en pago de la expropiación o permutarse directamente la propiedad preexistente por esa facultad, con la dificultad añadida que supone la actuación del Plan sobre las edificaciones o núcleos urbanos consolidados, donde no existe compensación alguna (edificios fuera de ordenación o dentro de ordenación sujetos a la variabilidad del Plan) y la inseguridad jurídica que resulta de la ausencia del Plan, de su nueva implantación o de su variación. Aparte de que tenemos que hablar, al margen de su constitucionalidad, terminológica y

sustantivamente, de un derecho distinto del de propiedad y, tal vez, de incautación de las propiedades rústicas y urbanas afectadas y preexistentes (se trata de un derecho nuevo y atípico).

No obstante, la jurisprudencia española no ha llegado tan lejos. Las SSTCC 11/81 y 37/87 y la STS de 2 de febrero de 1981 son buena prueba de ello. Una cosa es que el «carácter estatutario de la propiedad inmobiliaria —signifique— que su contenido será en cada momento el que derive de la ordenación urbanística» (como dice la STS-5-1987), y otra bien distinta que el legislador disponga de su existencia. Señala el TC que «se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección» (S. 11/1981), y que «la Constitución no ha recogido una concepción abstracta del derecho de propiedad como mero ámbito subjetivo de libre disposición o señorío sobre el bien objeto del dominio reservado a su titular... Por el contrario... reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura y protege, ciertamente, como *un haz de facultades individuales* sobre las cosas, pero también, y al mismo tiempo, como un *conjunto de deberes y obligaciones*» (S. 37/1987).

Tal vez, la finalidad de la interpretación *iuspublicista*, basada en la reversión de las plusvalías a la comunidad y en la ausencia de indemnización, ha olvidado radicalmente no ya la *causa* de la «incautación» de la propiedad preexistente y de la atribución de las facultades urbanísticas —como antes indicábamos—, sino el propio «sacrificio individual» en que se sitúa el propietario afectado —común a las expropiaciones—. Este queda inerte ante la intervención pública, bajo la presunción de que el cambio de naturaleza jurídica del objeto es un privilegio graciosamente otorgado (cosa que está por ver). O se incorpora al desarrollo y ejecución de la función pública de planificación o se le expropia, con la particularidad de que el proceso de urbanización le va a privar en todo caso del goce del bien concreto, imponiéndole un uso determinado y una serie de cesiones, sin compensación alguna (el valor del bien sigue siendo el mismo que antes de su afectación pública). Así pues, el pequeño propietario, sin medios para convertirse en empresario forzoso —terminología de PAREJO— o agente de la Administración Pública —como dice GONZÁLEZ PÉREZ—, se verá obligado a vender o a ser expropiado sin más por el valor inicial legamente fijado, a pesar de que lo que se transmite por obra del Plan ya no es suelo rústico, sino suelo urbano o urbanizable (sólo el que transforme físicamente el suelo en solar y lo edifique materializará y obtendrá el beneficio o ventaja de haberse incorporado al proceso urbanizador).

En definitiva, cuatro son las cuestiones que plantea el estatuto de la propiedad urbana: a) La potenciación del deber con olvido de las facultades del propietario. b) La naturaleza jurídica del Plan. c) El criterio de valora-

ción. d) Las facultades urbanísticas. Para su estudio me remito a mi trabajo *Disciplina urbanística y Protección del consumidor*.

VI. EL CONSUMIDOR Y SU ENTORNO

Con anterioridad nos hemos ocupado de la protección del consumidor en las CCEE a través del análisis genérico de sus distintas fases de evolución y desarrollo. Ahora vamos a referirnos a la protección del consumidor en el ordenamiento interno, con referencia expresa a los bienes inmuebles.

Los puntos de conexión entre el Derecho comunitario y el Derecho interno pasan de los pronunciamientos del TJCE sobre el derecho de propiedad y algunas sentencias sobre materia civil, ya que la incidencia de la protección comunitaria de los consumidores, salvo las connotaciones sobre publicidad engañosa, no afecta directamente a la propiedad inmobiliaria. Y es que, como indica VALLEJO LOBETE, «los dos campos donde, en principio, teóricamente menos debería estar presente el Derecho comunitario son los correspondientes a los derechos civil y penal». «La razón de la exclusión se encuentra en el hecho de que ambas ramas jurídicas regulan fundamentalmente las relaciones y responsabilidades de los particulares, y su influencia sobre la actividad económica no resulta especialmente relevante. Como el objetivo de la CEE es esencialmente económico, carece de sentido, *prima facie*, que el ordenamiento comunitario entre a regular los aspectos de la actividad humana que tradicionalmente se han atribuido al Derecho civil y al penal». Ello, no obstante, las interferencias no son desconocidas:

Por un lado, el cambio de orientación de Maastricht en torno a la protección de los consumidores, como muestra la reserva de Dinamarca contenida en el Protocolo 1, sobre mantenimiento de la legislación vigente sobre adquisición de bienes inmuebles distintos de las viviendas de residencia permanente, que prefigura la actuación de las CCEE sobre esta materia y, tal vez, a través de la política de protección o defensa de los consumidores.

En segundo lugar, los Convenios intercomunitarios sobre ejecución de resoluciones civiles, Convenciones de Bruselas y Lugano, antes expresadas.

En tercer término, el Convenio de Roma de 1980 sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales, ratificado en 1992 por España y Portugal, que contiene una exclusión expresa en el artículo 9.4: «No obstante lo dispuesto en los cuatro primeros apartados del presente artículo —forma del contrato—, todo contrato que tenga por objeto un derecho real inmobiliario o un derecho de utilización de un inmueble estará sometido, en cuanto a la forma, a las normas imperativas de la Ley del país en que el inmueble esté sito, siempre que, según esta Ley, sean aplicables, independientemente del

lugar de celebración del contrato y de la Ley que lo rija en cuanto al fondo». Y el artículo 5, bajo el epígrafe «Contratos celebrados por los consumidores», señala en su número 2 que «la elección por las partes de la Ley aplicable no podrá producir el resultado de privar al consumidor de la protección que le aseguren las disposiciones imperativas de la Ley del país en que tenga la residencia habitual», si en este país hubiera recibido el consumidor la oferta o la publicidad.

En cuarto lugar, «si el TJCE —escribe VALLEJO LOBETE— ha confirmado la no intromisión de la normativa comunitaria en los aspectos más privados de los regímenes jurídicos nacionales, no resulta menos cierto que ello sólo es así cuando la situación estudiada constituye una cuestión interna de un Estado miembro. A este respecto, la jurisprudencia del Tribunal presenta una total coherencia, abarcando cuatro ámbitos clásicos del Derecho civil: propiedad, compraventa, arrendamiento y derecho de uso de la propiedad (limitaciones administrativas a la edificación)». En cuanto al acceso a la propiedad, prohíbe las discriminaciones por razón de la nacionalidad (STJCE de 30-5-1989, Comisión contra Grecia y el caso Fearon antes visto). Sobre la libertad de establecimiento, cuando se sujeta a licencia administrativa interna la ampliación de los locales se inhibe en el supuesto de un residente contra la legislación de su propio Estado por no existir punto de interconexión entre ésta y el Derecho comunitario (asuntos 20/87 y 204/87). En materia de vicios ocultos en la compraventa, entiende que no existe discriminación para los franceses, cuya jurisprudencia extiende la responsabilidad del vendedor a los vicios ocultos de que él no tuviere conocimiento, ya que las relaciones contractuales internacionales se rigen por otra normativa (asunto C-339/89, STJCE 24-1-1991). Finalmente, se refiere VALLEJO a los contratos de arrendamiento y las condiciones de los mismos. El TJCE niega competencia a la Comisión para pronunciarse sobre un proyecto de Ley Nacional de Arrendamientos Rústicos (asuntos 6/70 y 15/70), y la propia Comisión, en respuesta de 13 de noviembre de 1990 a una pregunta parlamentaria (núm. 2098/90), entiende que no existe discriminación cuando las normas afectan por igual a nacionales y extranjeros. En conclusión, advierte VALLEJO, las interferencias normativas no exceden del ámbito de la discriminación reconocido en nuestro propio Derecho (STC de 18-7-1989 y Ley 5/1991, de 28 de febrero, sobre Arrendamientos Rústicos).

En quinto término, la Comunicación de la Comisión al Consejo de 14 de febrero de 1984 sobre la conveniencia de armonizar las legislaciones nacionales que regulan la exclusión de las cláusulas abusivas en los contratos.

Ahora bien, ¿qué tiene que ver todo esto con los consumidores?, ¿quién es consumidor? En realidad, distintas son sus definiciones legales o, mejor dicho, sus indefiniciones legales, ya que en la actualidad, prácticamente *consumidor* y *ciudadano* vienen a ser términos sinónimos. Tal vez la clave de

ello resida en que no se puede dar un concepto estricto de consumidor, porque consumidor no es una persona determinada, sino *una situación jurídica*. Cualesquiera personas, físicas o jurídicas, pueden, en la contratación de bienes o servicios, públicos o privados, situarse en la *posición jurídica* de consumidores. En la doctrina, ALBERTO BERCOVITZ entiende que es consumidor cualquier persona, natural o jurídica, cuya «situación de inferioridad» en que se haya «sea equiparable a la de *consumidor final*», sea comprador, arrendatario o asegurador. El *individuo particular*. Pero esta «situación de inferioridad» no es una posición estrictamente económica, sino *una situación profesional o empresarial*, según las reglas de las buenas costumbres. Pero con la particularidad de que la situación profesional o empresarial debe predicarse del que entrega el bien o presta el servicio. Por ello, seguramente, aparece la nota de indefinición en el número 3 de la Resolución del Consejo de 14 de abril de 1975 aprobando el Programa preliminar antes referido; señala que «en lo sucesivo el consumidor no es considerado ya solamente como un comprador y usuario de bienes y servicios para uso personal, familiar o colectivo, sino como una persona involucrada en los diferentes aspectos de la vida social que pueden afectarlo directa o indirectamente como consumidor». El «Proyecto de Convenio sobre la Ley aplicable a ciertas ventas a los consumidores, aprobado en la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional —escribe BERCOVITZ—, sesión XIV, el artículo 1.º estableció que “el presente Convenio es aplicable a ciertos contratos de venta internacional de mercancías, compradas principalmente para uso personal, familiar o doméstico, cuando el vendedor actúa en el ámbito de su actividad comercial o profesional”». «En la Ley portuguesa —añade este autor— de defensa del consumidor de 22 de agosto de 1981» se define al consumidor, en su artículo 2.º, como «toda persona a la que los bienes o servicios públicos (*sic*) le son abastecidos para su uso privado por una persona individual o colectiva que ejerza de manera profesional una actividad económica». La Propuesta de Directiva sobre *cláusulas abusivas* en los contratos celebrados con consumidores, presentada a la Comisión el 24 de julio de 1990 (*DOCE*, núm. C-243, de 28 septiembre), define al consumidor, en el artículo 2.3, como «una persona física que, en las transacciones reguladas por la presente Directiva, actúe con un propósito que pueda considerarse *ajeno a su actividad* comercial, industrial o profesional».

De esta forma, el concepto de consumidor excluye únicamente la posición jurídica de *administrado*, si bien ello en sí mismo no es suficiente para la debida protección de sus intereses, sobre todo porque los servicios prestados por la Administración deben estar sujetos no sólo a las mismas reglas, sino a normas más estrechas. Razón por la que la prestación de servicios públicos convierten al administrado en consumidor o usuario y no sólo cuando éstos se prestan profesional o empresarialmente.

En España, la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios (1984) define en su artículo 1.º el concepto de consumidor empleando los términos de *destinatario final de bienes, muebles e inmuebles o servicios*, lo que excluye la adquisición para «integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros». Concepto que, según BERCOVITZ, no es ajeno a las nociones expresadas de ejercicio profesional o empresarial de una actividad económica por parte de quien presta el servicio, público o privado, o entrega el bien.

El Estatuto del Consumidor del País Vasco, aprobado por Ley 10/1981, de 18 de noviembre, precedente legislativo en nuestro Derecho de la Ley estatal, sigue, sin embargo, la noción abstracta comunitaria expresada en el Primer Programa de la CEE para una política de protección y de información de los consumidores. Este Estatuto fue objeto de recurso de inconstitucionalidad, dando lugar a la STC 71/1982, de 30 de noviembre, en la que se deslinda el ámbito competencial del País Vasco frente al Estado en base a la distinción entre materias civiles —competencia estatal— y administrativas —competencia autonómica—. De su análisis se ocupa RODRIGO BERCOVITZ.

En definitiva, serán preceptos civiles y administrativos, comunitarios, estatales y autonómicos los que se ocupen de la protección inmobiliaria del consumidor. De forma directa, el Código Civil, la Ley de 27 de julio de 1968, sobre percepción de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, la expresada LDC, el Real Decreto 515/1989, de 21 de abril, y las Leyes Hipotecarias y del Notariado, con sus respectivos Reglamentos, amparados por el artículo 51 de la Constitución que propugna la garantía de «la defensa de los consumidores y usuarios».

A) ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES

A pesar de que la novedad del término nos sugiere un origen relativamente moderno de la protección de los consumidores, la generalidad de su concepto entronca sus precedentes con nuestro Derecho histórico, donde no es difícil encontrar disposiciones protectoras del tráfico jurídico como las que regulan la transmisión de inmuebles, la publicidad registral, el equilibrio contractual de contraprestaciones y los vicios ocultos e, incluso, normas típicamente consumeristas. Entre ellas, por poner un ejemplo, las contenidas en las Reales Ordenanzas de la Ciudad de Plasencia, recopiladas en 1548: el Título VI, «Del pescado remojado», que prohíbe vender como pescado fresco el que no lo es; el Título XV, «Del des aguiar delas casas», contiene limitaciones legales al desahucio arrendaticio urbano; el Título XXI, «Del peso dela harina», sobre el peso público de la harina y normas contra el fraude; el Título XXIII, «Dela feria franca e de su paentamiento»,

que establecen la necesidad de vender el paño a la luz del día para evitar fraudes, y el Título XXV, «Delas condiciones del peso deconcejo».

B) EL DERECHO DEL CONSUMO

El derecho de consumo no es una disciplina jurídica autónoma, sino un conglomerado dispar de normas incardinadas en las distintas ramas jurídicas que van dirigidas a la protección del consumidor, por lo que para dar un tratamiento unitario a la materia deberían compilarse todas las disposiciones de desarrollo de la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios, donde se recoge el estatuto básico de los derechos del consumidor. En el ámbito inmobiliario, por su parte, las normas fundamentales son las advertidas:

1.º *LA LDC sobre condiciones generales de contratación.*

2.º *El Real Decreto 515/1989 sobre el deber de información a los consumidores en materia de promoción, construcción y venta de viviendas.*

El Real Decreto 515/1989, de 21 de abril, que empezará a regir el 17 de noviembre del presente año, desarrollando la Ley 26/1984, de 19 de julio, para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, ha establecido severas normas en orden a la información que de parte de los vendedores han de recibir los adquirentes o arrendatarios de viviendas (v. *La seguridad del consumidor en la adquisición de inmuebles*).

3.º *La Ley de 27 de julio de 1968 sobre garantías que deben prestar los promotores de viviendas que reciban cantidades a cuenta.* «Y a tales efectos se obliga a los promotores a garantizar la devolución de las cantidades entregadas más el 6 por 100 de interés anual mediante contrato de seguro o por aval otorgado por entidad de crédito, y a percibir las cantidades anticipadas por los adquirentes a través de una cuenta especial abierta en una entidad de crédito (art. 1.º)».

4.º *La Ley de Notariado y en especial el Reglamento Notarial*, que contiene las normas fundamentales de las escrituras públicas en sí mismo —y en cuanto establecidas en virtud del principio de seguridad jurídica— protectoras del consumidor. Así, el artículo 147 del Reglamento, redactado tras la reforma introducida por Real Decreto 1209/1984, de 8 de junio, que impone la obligación de información jurídica a ambas partes, asistiendo a los otorgantes y haciendo constar si la redacción del contrato obedece a condiciones generales de contratación de una de las partes. En el mismo sentido, el artículo 175 sobre la necesidad de acreditar el estado de cargas por certificación registral o la procedente consulta del Registro, que hoy actúa de oficio (Real Decreto 1558/92).

5.º *La Ley Hipotecaria y en especial el Reglamento para su ejecución,*

que al establecer el principio de calificación registral y la exclusión de los pactos personales, oscuros, y nulos potencia la labor del Registrador, en esta materia, en cuanto purifica los efectos reales de los contratos, provocando la activación de los principios constitucionales de seguridad jurídica y de protección de los consumidores.

Son innumerables las disposiciones protectoras como tendremos ocasión de analizar en el siguiente apartado.

C) LA PROTECCIÓN INMOBILIARIA DE LOS CONSUMIDORES

1. *La información como medida cautelar*

El principio de seguridad jurídica inmobiliaria y la tutela efectiva de los intereses sociales y particulares en juego hacen necesario, por razones de orden público, que el ordenamiento adopte medidas institucionales y legislativas suficientes para que, al margen de la jurisdicción contenciosa, sea posible su cumplimiento desarrollo. Ahora bien, como quiera que la realidad muestra que no en todos los casos esa seguridad y tutela tienen lugar, y no precisamente por la ausencia de medios legales, entendemos que una de las claves, que tienden a la realización y eficacia de esos principios y fines, es precisamente la *información*.

La información, pues, ayuda a erradicar de nuestro sistema inmobiliario los supuestos de fraude, y de fraude de la más distinta naturaleza. El *consumidor y usuario*, cuando pretenda adquirir una finca rústica o urbana —solar, piso, garaje...—, debe conocer de una forma sencilla y clara cuáles son los instrumentos jurídicos que *previenen* el fraude y cuáles son los riesgos que voluntaria y conscientemente asume; debe conocer, en suma, la situación física, jurídica y fiscal del inmueble.

La situación física puede apreciarla directamente, y mejor aún, acompañando su definición con el oportuno plano topográfico y volumétrico. La finca debe estar perfectamente deslindada, y su ubicación y destino denotan su condición rústica o urbana.

La situación jurídica, civil y administrativa se patentiza a través de la certificación o del dictamen del Registrador de la Propiedad, según la complejidad del caso, y de la cédula o consulta urbanísticas. El transmitente debe ser el propietario de la finca sin limitación alguna, la finca ha de tener la naturaleza jurídica rústica o urbana que se predica y el acto que se realiza —venta, segregación, división...— debe ser conforme a la legislación aplicable, manifestándose claramente las limitaciones derivadas de su particular situación —propiedad horizontal, estatutos, vivienda de propiedad horizon-

tal, secano, regadío, monte, etc.—. Y habida cuenta de que el cambio de destino de la finca en cuestión no es un acto puramente voluntario, la discordancia entre la situación física apreciada por el adquirente y la situación jurídica manifestada por el transmitente sólo pueda concordarse mediante la oportuna cédula urbanística que declare su verdadera naturaleza jurídica y la licitud de esa alteración que la realidad revela.

La situación fiscal de la finca se muestra a través del último recibo de la contribución territorial (o impuesto de bienes inmuebles que la sustituye) y de los impuestos de transmisiones patrimoniales onerosas, actos jurídicos documentados, sucesiones y donaciones, impuesto municipal sobre el incremento del valor de los terrenos y estatal de patrimonio...

Esa información, en definitiva, no la prestan distintas personas y entidades: vendedor o transmitente, Abogado, Agente de la Propiedad Inmobiliaria, Gestor Administrativo, Oficina de Información al Consumidor, Notario, Registrador de la Propiedad, Traductor Oficial de Idiomas, Cónsul... Y la seguridad jurídica, una vez materializada la adquisición, nos la brinda de manera conjunta e indisoluble la escritura pública y su inscripción en el Registro de la Propiedad.

La información como *medio* para conseguir esa seguridad y tutela, a que aludíamos al principio, es el objetivo que pretende alcanzar el presente estudio. El asesoramiento técnico es la piedra angular de la firmeza de la adquisición.

En términos generales, al consumidor le interesa conocer el proceso jurídico y material de formación del bien objeto de su adquisición para saber si está legalmente en el «comercio de los hombres», y una vez atendida esta necesidad tiene que ser consciente de la trascendencia jurídica —civil, administrativa y fiscal— del acto en la dinámica preventiva y patológica del Derecho.

2. El «principio registral» de información

El Derecho registral inmobiliario o Derecho hipotecario se inspira o fundamenta en una serie concatenada de principios básicos y generales, rectores de su contenido y positivamente formulados, sobre la que gira todo el concreto sistema tabular. Son los denominados, indistintamente, «principios hipotecarios» o «principios registrales». Y dentro de éstos podemos destacar ahora —por lo que se refiere a este punto del sumario— el *principio de publicidad*, formal y material, positivo y negativo.

«La publicidad en su aspecto sustantivo —o material, destaca CHICO Y ORTIZ— tiene una doble dimensión: positiva y negativa. La positiva reviste la forma de una presunción. La negativa no presume nada: afirma». Así, si

de un lado se establece la presunción *iuris tantum* de que el contenido del Registro es exacto y revela en su integridad la situación jurídica del Derecho inscrito (principio de legitimación: art. 38 LH) y la presunción *iuris et de iure* de que el tercero, en el supuesto de hecho legalmente previsto, es titular de la finca o derecho (principio de fe pública registral: art. 34 LH), de otro se «sanciona que lo que no está inscrito no afecta al que contrata confiado en el contenido registral» (art. 32 LH).

La publicidad formal, por su parte, «hace efectiva la publicidad material» como único medio de conocer el contenido del Registro. Y se desarrolla, en su aspecto positivo, a través de la manifestación de los libros —exhibición y nota simple informativa, sin garantía— y de la certificación registral (arts. 221 y sigs. LH y 332 y sigs. de su Reglamento), y en su aspecto negativo en la inoponibilidad del desconocimiento del contenido del Registro (arts. 32 LH), que por lo que se refiere a las «cargas» se activa en la contratación pública a través del artículo 175 del Reglamento Notarial.

Ahora bien, si como hemos dicho, siguiendo a CHICO Y ORTIZ, la publicidad formal «hace efectiva la publicidad material», conscientes de que publicidad formal y la publicidad material son dos aspectos de un mismo principio en cuanto la forma es el aspecto externo de la materia, requiere éste de un nuevo *complemento*, cual es el de la apreciación técnica del contenido que la publicidad expresa. Y ese complemento lo presta el propio Registrador a través del dictamen o informe no vinculante mediante el que cuantifica la trascendencia jurídico-registral del contenido de esa información a requerimiento del consumidor o usuario. Servicio profesional, pues, que pone al alcance de cualquier interesado la intelección de la publicidad material y formal, potenciando a un tiempo lo que CHICO Y ORTIZ denomina «precalificación», que presupone la valoración anticipada de los aspectos registrales de la contratación civil, una vez más, en fase cautelar (art. 355 RH).

Este «complemento» o desarrollo del principio de publicidad registral, que bien pudiera denominarse *principio de información* a instancia de parte, nos lleva, sin embargo, al planteamiento de una doble consideración práctica: la necesaria publicidad formal de las «cargas ocultas», tratada en la II Asamblea de Registradores por GARCÍA HERGUEDAS —entre otros—, por una parte, o de la discordancia entre el título y el Registro, y a la advertencia explícita de la trascendencia del tipo de publicidad solicitado (eficacia jurídica de la nota simple o de la certificación) y del plazo del asiento de presentación...). Esto es, al principio de información *ex officio* o «activado». *Ex officio* para aspectos formales, eficacia jurídica de la publicidad o plazo de caducidad del asiento de presentación, que puede constar en la propia nota, certificación o resguardo de presentación. «Activado» para los sustanciales, como las cargas no expresadas en el título o la discordancia —no impeditiva de la inscripción— de éste con el Registro, advirtiendo al consumidor de que el medio de

conocer la extensión de su derecho, si no ha consultado previamente el Registro o no aportó el transmitente la certificación registral prevenida en el citado artículo 175 del Reglamento Notarial, es la publicidad formal, suscribiendo la correspondiente solicitud si le parece conveniente. El Real Decreto 1368/1992, de 13 de noviembre, modifica el artículo 434 del Reglamento Hipotecario, introduciendo la obligación de hacer constar en la nota de inscripción, al pie del título, la concordancia o discordancia de las cargas expresadas en la escritura y las resultantes del Registro.

En esta misma línea se orienta hoy la Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, y en particular sus artículos 90 y 92. Por el primero se da nueva redacción al párrafo 2.º del artículo 1.453 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que recoge una prevención ya establecida para el procedimiento laboral, en los siguientes términos: «*El Registrador deberá comunicar al órgano judicial la existencia de ulteriores asientos que pudieran afectar al embargo anotado*». Disposición que, en virtud del principio de prioridad registral, interpretamos restringida, en principio, a aquellos supuestos de inscripción posterior de un título traslativo anterior, quiebras, suspensiones de pagos y cancelación del embargo anotado en virtud de la ejecución de un derecho preferente. Por el segundo, se redacta el artículo 1.490 de la citada Ley procesal de suerte que: «*El Registrador de la Propiedad comunicará a los titulares de derechos que figuren en la certificación de cargas y que consten asientos posteriores al del gravamen que se ejecuta el estado de la ejecución para que puedan intervenir en el avalúo y subasta de los bienes si les convinieren*». Y añade su segundo párrafo: «*La comunicación se practicará en el domicilio que conste en el Registro por correo o telégrafo. En la certificación a que se refiere el artículo anterior —certificación de cargas— se expresará el haberse practicado esta comunicación*». Como vemos, ambos preceptos responderían a lo que hemos denominado principio registral de información, *ex officio*, y atiende al desarrollo del principio de publicidad positivo, material y formal.

La reforma introducida por esta Ley 10/1992 es de extraordinaria trascendencia para el consumidor. Por un lado, se acentúa la correlación entre el Registro de la Propiedad y los Juzgados y Tribunales, evitando que se sigan procedimientos una vez ejecutada una carga preferente, inscrito un derecho dominical contradictorio con la anotación practicada o suspendida la ejecución general u ordinaria contra el deudor por la restricción de su capacidad de obrar —quiebra y suspensión de pago—, con notable economía procesal. Por otro, bajo el presupuesto del *domicilio registral* —si éste no consta no se darán los presupuestos, y valga la redundancia, de aplicación del art. 1.490 LEC— el Registrador comunicará a los titulares de derechos posteriores y no preferentes, esto es, sujetos a purga —se cancelarán cuando se materialice la adjudicación judicial del inmueble embargado, conforme al principio de

prioridad—, «el estado de la ejecución para que puedan intervenir en el avalúo y subasta de los bienes si les conviniera».

Ambos preceptos, por su parte, son susceptibles de aplicación sin previo desarrollo reglamentario, ya que el primero no necesita de alteración de los preceptos hipotecarios vigentes salvo en lo que se refiere a la delimitación de su ámbito material, que queda insito en el campo de la calificación registral, sin perjuicio de las matizaciones que el legislador considere convenientes (listado de aplicabilidad); y el segundo, tampoco. Por razones de técnica hipotecaria, bastará con abrir un legajo de «comunicaciones» donde se recojan los resguardos de las practicadas, haciéndose constar, facultativamente, al margen de la inscripción o anotación los derechos posteriores, la práctica de la misma y, en todo caso, en la propia certificación. Donde se reseñará, en su caso, asimismo, la imposibilidad de su práctica por no constar el domicilio del titular afectado en apartado específico, que bien pudiera contenerse en el de «observaciones», ulterior, pues, a la propia certificación, puesto que es la expedición de ésta la que se comunica, como en el caso en que se refleja la práctica de la nota marginal, o bien entendiendo, en sentido literal del precepto, que la comunicación es presupuesto de la expedición de la certificación de cargas, podrá insertarse en el cuerpo de la misma, así como podría añadirse, para mayor claridad, una certificación del Archivo, correspondiente al legajo de «comunicaciones», por xerocopia. Hoy su desarrollo se ha dictado por Real Decreto 1368/1992.

En el supuesto del artículo 131 de la Ley Hipotecaria no procederán las comunicaciones citadas por estar prevenida en su regla quinta la notificación judicial para el supuesto de titularidades ulteriores no preferentes.

En definitiva, lo que se plantea en interés del consumidor es el acercamiento de las disposiciones legales al usuario en pos de la mayor explicitación posible de la seguridad jurídica (hoy se olvida de forma decidida mediante el Real Decreto 1558/92 y la Orden Ministerial de 2-8-93, que recogen las sugerencias de la Comisión Europea y del Informe del Congreso de Diputados español sobre transacciones inmobiliarias de 10-7-1989).

VII. EL DERECHO COMUNITARIO DE LA CONSTRUCCION

El Derecho comunitario de la construcción es todavía una noción indefinida como resulta de lo que llevamos expuesto. Son, sin embargo, las políticas agrícola, de medio ambiente y de protección de los consumidores las que afectarán directamente a las condiciones del suelo edificable y a la forma de los contratos. Hoy por hoy, la Directiva en ciernes será sobre *condiciones generales de contratación*, que sin grandes novedades se adaptará al Derecho español, ya que la LDC, el anteproyecto de Ley de Con-

diciones Generales de Contratación y el Real Decreto 515/1989 —éste en cuanto al deber fundamental comunitario de información— ofrecen un nivel de protección muy elevado. Otra cosa es la aplicación práctica que deben instar los consumidores y las autoridades.

VIII. LA RESPONSABILIDAD DE LOS CONSTRUCTORES

La Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios —Ley 26/1984, de 19 julio— regula en sus artículos 32 a 38 la normativa aplicable en caso de infracción de sus preceptos, que nosotros por el objeto de estudio hemos de poner en relación a los Reales Decretos 1945/1983, de 22 de junio, y 515/1989, de 21 de abril, sobre calidad de las viviendas e información al comprador, según más extensamente veíamos en otro lugar.

En la Ley se establece genéricamente, y sin perjuicio de su carácter supletorio respecto de lo legislado por las Comunidades Autónomas, tres tipos de sanciones que corresponden a otras tantas infracciones, no obstante la responsabilidad civil, penal o de otro orden a que haya lugar:

1. Infracciones leves, multa de hasta 500.000 pesetas.
2. Infracciones graves, multa de hasta 2.500.000 pesetas, pudiendo rebasar dicha cantidad hasta alcanzar el quintuplo del valor de los productos o servicios objeto de la infracción.
3. Infracciones muy graves, multa de hasta 100 millones de pesetas, con la salvedad advertida respecto del punto anterior y la posibilidad del cierre del establecimiento o empresa durante cinco años previo acuerdo del Consejo de Ministros.

1. Patología de la adquisición

Aspecto fundamental, en el objeto de nuestro análisis preventivo, es el de la «patología» de la adquisición, términos que quieren abarcar la extensa gama de problemas jurídicos derivados del incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato, por razón de las características físicas y jurídicas de la vivienda, sin entrar en la valoración punible de la actuación de una de las partes. Cúmulo de supuestos que suelen denominarse, asimismo, fraude inmobiliario, tanto por parte del vendedor como del comprador.

Siendo requisitos esenciales de la compraventa la entrega de una cosa determinada a cambio de un precio cierto (art. 1.445 CC), el comprador deberá reparar en sí la cosa entregada, la vivienda cumple con todas las características que se concertaron al contratar y especialmente si el precio

se estableció en relación a la medida —metros cuadrados— o a tanto alzado —cuerpo cierto—, factor determinante de la posible reclamación (si se compra la vivienda como cuerpo cierto, en principio, no se puede reclamar por la falta de superficie que el documento refleja —art. 1.471—). Al vendedor le interesará, por su parte, la efectividad de la entrega del precio, y en caso de estar aplazado podrá establecer las garantías oportunas (reserva de dominio, condición resolutoria, hipoteca).

A) Teoría de los vicios ocultos

Con carácter general, suele distinguirse entre vicios ocultos y vicios patentes o manifiestos, según sean apreciables directamente o no por el comprador. En principio, la imputabilidad al vendedor se restringe a los vicios ocultos. Pero la distinción de unos y otros no siempre es tan clara como fuese de desear. Sobre todo en el caso de los vicios de la construcción.

El vendedor, conforme al artículo 1.461 del Código Civil, está obligado a la entrega y al saneamiento de la cosa vendida. Saneamiento que supone la responsabilidad del vendedor de la posesión pública y pacífica de la vivienda y de los vicios o defectos ocultos que hacen inservible o dificultan el uso a que se destina (art. 1.474). Y el saneamiento puede ser por evicción o por vicios ocultos.

a) Vicios en la construcción: saneamiento.

GÓMEZ DE LA ESCALERA distingue, dentro de este supuesto genérico, entre vicios del suelo, vicios de la dirección y vicios de la construcción, en base al artículo 1.591.1.º del Código Civil, o entre vicios del proyecto, vicios de dirección técnica y vicios de ejecución material. Y su definición jurisprudencial —siguiendo al mismo autor— es ésta.

b) Responsabilidad del propietario, promotor, constructor y técnico de la obra.

La responsabilidad decenal por vicios en la construcción requiere para surgir la concurrencia de una serie de circunstancias, que GÓMEZ DE LA ESCALERA sistematiza de la siguiente forma:

1.⁴ Requisito objetivo: Que el defecto sea *grave*. Esto es, que sea o pueda ser determinante del perecimiento físico o ruina, total o parcial, del edificio o su inutilidad. Por ejemplo, los vicios que afecten a la solera, grosor de los muros, impermeabilización, corrosión, inundaciones, filtracio-

nes, cimentación, red general de agua, drenaje, grietas, fisuras, desprendimientos en la fachada, humedades de techo y entresuelo...

2.^a Requisito temporal: Dentro del plazo de diez años desde que concluyó la construcción, dividiéndose la doctrina en su interpretación ya que la fecha inicial del cómputo puede ser la de la terminación material de las obras o la de su recepción por el propietario —sea o no el comitente—. GÓMEZ DE LA ESCALERA se inclina a favor del sentido material de la expresión y considera como el medio de prueba más adecuado al *certificado final de dirección de obras*, visado por los Colegios respectivos, o la *cédula de certificación definitiva*, en VPO.

3.^a Requisito causal: Se establece la presunción *iuris tantum* de que el vicio en la construcción manifestado dentro de los diez años siguientes a su conclusión obedece a la deficiente ejecución de la obra.

4.^a Naturaleza «oculta» del vicio: Es indiferente o irrelevante que el vicio sea aparente u oculto a efectos del artículo 1.591.1.º (STS de 12-2-1981). Si el vicio puede generar ruina, la obra está mal hecha. Interpretación que tiene relación con el momento inicial del cómputo del requisito temporal antes visto.

B) La responsabilidad de los terceros adquirentes. La facultad resolutoria del artículo 62 de la Ley del Suelo (45 TR/1992)

Desde la perspectiva de la legalidad urbanística, interesa al consumidor conocer el contenido de los artículos 88 y 62 de la Ley del Suelo y 25 a 29 de la Ley de Reforma del Régimen Urbanístico, hoy artículos 22 y 43 a 45 del nuevo TRLS.

Partiendo del nuevo régimen jurídico de la propiedad, que establece la adquisición paulatina de las facultades urbanísticas, el adquirente de la vivienda debe asegurarse de la legalidad del «producto final», esto es, de que el vendedor ha llegado a adquirir el derecho a la edificación —incorporación patrimonial—. Sólo en este caso es propietario de la vivienda que enajena.

Y para hacer efectiva esta información el ordenamiento le faculta para solicitar del Ayuntamiento la misma y obliga al vendedor a hacer constar ésta en el contrato (arts. 29.1 LR, 62 LS y 45TR/92).

El deber municipal de información y resarcimiento de daños y perjuicios si la información es incorrecta procede en todo caso (*cédula urbanística*, art. 63 LS, hoy 44 TR/92. Consulta urbanística, art. 43 TR/92). La negativa o el silencio administrativo, previa denuncia de la mora, puede hacer surgir el derecho a la indemnización si la situación no expresada supone la falta de incorporación de la vivienda al patrimonio del vendedor. En otro caso, la seguridad jurídica del comprador diligente sería, en un sistema tan complejo

como el actual, inexistente. La amenaza de la expropiación o venta forzosa, excluido el beneficio empresarial que el consumidor ha satisfecho (arts. 24.2, 77.3 y 83.3 de la Ley de Reforma), de recaer sobre el responsable —sanción— pasaría al tercero, que ni puede hacer nada para que la vivienda se concluya legalmente en plazo y conforme al planeamiento (ante la inacción administrativa), ni recupera la totalidad del precio entregado, soportando la sanción (al promotor o constructor si vendió la integridad del edificio, la actuación administrativa, por este concepto, le será indiferente). Sin el deber responsable de información, la indefensión del consumidor sería absoluta.

El artículo 62 de la Ley del Suelo (hoy recogido en el art. 45 del nuevo Texto Refundido), por otro lado, aunque atiende la urbanización de terrenos, obliga al vendedor a hacer constar en el título de enajenación el carácter no edificable del terreno, la calificación de edificio fuera de ordenación, en su caso (art. 60), la fecha de aprobación de la urbanización privada (y las cláusulas que vinculan al comprador) o los compromisos adquiridos en terrenos en proceso de urbanización. En el supuesto de que omita esta referencia expresa, el comprador podrá resolver el contrato en el plazo de un año desde la celebración del contrato y exigir la indemnización de daños y perjuicios. El fundamento, aparte del deber de información —gravámenes o limitaciones ocultas y uso según destino—, se encuentra en la subrogación forzosa del tercero frente a la Administración, por lo que a limitaciones y deberes legales supone, y en la efectiva transmisión del suelo en la venta de viviendas sobre el plano (en proporción a la cuota). Subrogación, sin embargo, no liberatoria para el vendedor. Deber de información que hoy se complementa con la necesaria constancia en el contrato de la situación urbanística de la finca y el grado de adquisición de las facultades dominicales por el vendedor, bajo responsabilidad de éste (no puede vender lo que no es suyo), no obstante la facultad rescisoria de los artículos 1.101, 1.124, 1.483, 1.902 y 1.909 del Código Civil y la posible *simulación* si el contrato se contrae a la parcela de terreno, cuando en realidad se está vendiendo una vivienda.

2. Medidas preventivas

El Real Decreto de 30 de marzo de 1990, que entró en vigor el pasado día 3 de octubre, supone un importante y decisivo paso en la prevención del fraude inmobiliario, erradicando o reduciendo sensiblemente la excepcional posibilidad —que las estadísticas reducen a un mínimo tan insignificante que pregona inexistencia, pero que como tal posibilidad debe excluirse— de la doble venta y del acceso prioritario de cargas no expresadas en la escritura de adquisición.

La reforma del artículo 418 del Reglamento Hipotecario habilita la presentación de los documentos por *telefax*, con independencia del lugar donde radique la finca —vivienda, en este caso—, por lo que la posibilidad de fraude se limita al tiempo que media entre el otorgamiento de la escritura de compraventa y la presentación en cualquier Registro de la Propiedad de España. La diligencia, pues, del interesado sigue siendo capital e irrenunciable en la defensa de sus derechos.

El Real Decreto 1558/1992, de 18 de diciembre, sobre colaboración entre Notarios y Registradores supone, por otra parte, un notable y oportuno avance en la erradicación del fraude inmobiliario, desarrollado por la Orden Ministerial de 2-8-1993.

3. La compraventa de viviendas sobre plano en la jurisprudencia hipotecaria

Planteada sobradamente la necesidad de proteger al adquirente de viviendas sobre plano, desde la doble perspectiva civil y urbanística, como medida, incluso, de fomento de la construcción, hemos de elogiar la doctrina que sientan las Resoluciones de 24 y 25 de junio de 1991 (*BOE* 16-8-1991), pronunciamiento imprescindible ante el vacío legal y las dificultades de apreciación de un objeto jurídico inexistente, como destacó el Registrador, objeto —y es lo máximo apreciable— en formación, determinante de la perfección del contrato de compraventa.

Se pretendía en este caso concreto anotar una demanda de propiedad de una vivienda, compeliendo a la otra parte al otorgamiento de la escritura de elevación a público del documento privado de compraventa sobre la finca registral constituida por un solar, en contradicción al principio de tracto sucesivo, que exige en este supuesto la previa declaración de obra nueva y división en régimen de propiedad horizontal.

La Dirección General, habida cuenta de la necesidad de arbitrar medios de protección del comprador —consumidor— conformes con la realidad social actual, que cohonesten con las exigencias de seguridad, certeza y fluidez del tráfico jurídico inmobiliario, entiende que si se accede a la formalización en escritura pública del contrato privado de compraventa el adquirente pasará a participar, en régimen de condominio, en el solar por el efecto traditorio de la escritura, en proporción a la cuota que se le asigna, procede la anotación de demanda, aunque tratándose de un condominio especial, por referencia a la propiedad horizontal en ciernes, hasta que no se inscriba ésta no procederá la inscripción de la propiedad separada, amparándose —puede añadirse— exclusivamente el carácter residual de la cuota indivisa.

IX. LA ARMONIZACION DE LAS LEGISLACIONES EN MATERIA DE CONSTRUCCION

La vía del artículo 100A del TCEE será la habilitada para instar la armonización en cuanto a circunstancias generales de contratación, deber jurídico de información y calidad de materiales, sin que sea impensable que se abran camino las condiciones de habitabilidad de las viviendas residenciales (armonización horizontal).

La armonización vertical, como en el caso de *time-sharing* o multipropiedad, regulándose su oferta y promoción, será sin duda el primer punto de referencia dada la necesaria conexión intercomunitaria que prevé el TJCE en materia inmobiliaria para pronunciarse sobre las leyes nacionales.

Y nos referimos a la multipropiedad a título de ejemplo porque la Resolución del Parlamento Europeo de 13 de octubre de 1988 «sobre la necesidad de llenar las lagunas jurídicas en el campo de la multipropiedad pide a la Comisión que presente una proposición de directiva sobre la armonización de las legislaciones nacionales en materia de multipropiedad; y en su Resolución de 11 de junio de 1991 sobre política comunitaria del turismo estima que la Comisión debiera presentar con urgencia una directiva general sobre la multipropiedad». Y el Consejo de las CCEE, haciéndose eco de esa necesidad, ha redactado un *proyecto de Directiva sobre multipropiedad* (aprobada el 19-11-1993 y pendiente de redacción definitiva).

Se alude en el Preámbulo del mismo a la Directiva 85/577/CEE, de 20 de diciembre de 1985, transpuesta por España por Ley de 21 de noviembre de 1991, «relativa a la protección de los consumidores en los casos de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales», que «no cubre las necesidades de los consumidores adquirentes en el campo de los contratos relativos a la concesión de inmuebles en régimen de disfrute a tiempo compartido, especialmente en lo que respecta a la forma y el lugar en que se celebra el contrato, la publicidad y más específicamente la *información* del adquirente, así como el establecimiento de un plazo de reflexión suficientemente largo».

La información a que se refiere el Anexo, como «Información mínima que debe contener el folleto a que se hace referencia en el artículo 8», sigue la misma línea del Real Decreto 515/1989 y no excede de sus exigencias formales. El artículo 15 sigue la técnica del respeto al Derecho nacional que establezca la máxima protección o mayor protección de los consumidores que la contemplada en la Directiva, como ocurre en España y reflejan los Anteproyectos de Ley de Tiempo Compartido y Complejos Inmobiliarios.

En este caso —puede observarse— el cumplimiento del requisito comunitario de intervención en el ámbito de los derechos reales: la *conexión* Derecho comunitario/Derecho nacional. Dice el punto 2 del mencionado Preámbulo que «el campo de los contratos relativos a la concesión de

inmuebles en régimen de disfrute a tiempo compartido tiene actualmente un carácter especialmente transfronterizo y, en consecuencia, una incidencia sobre la libre circulación de las personas, los servicios y los capitales que constituye el objeto del Título III de la 2.^a parte del Tratado instituyente de la CEE». Basta, pues, activar la conexión comunitaria para que la materia entre dentro del ámbito del Derecho comunitario. Decimos «activar» porque los objetivos comunitarios son tan genéricos que difícilmente existe materia no susceptible, aunque sea indirectamente, de regulación (nivel y calidad de vida, protección de los consumidores, medio ambiente...).

Por otra parte, debemos dejar constancia de las disposiciones comunitarias, que si bien no inciden en el Derecho de la construcción desde una perspectiva jurídica, formal o sustantiva afectan, sin embargo, a circunstancias materiales y objetivas del proceso. Así, a partir de 1969, como señala MOLINA DEL POZO, se han ido adoptando Directivas —unas doscientas— que, entre otras materias, afectan a los «aparatos elevadores y ascensores», a los «materiales y maquinaria de obras», a los «vehículos de motor», al «vidrio cristal» o a las «sustancias peligrosas». Estos actos comunitarios intentan salvar las trabas técnicas de la armonización. Y a esta finalidad atiende la Resolución de 7 de mayo de 1985 «que aprueba el denominado “Nuevo enfoque de armonización técnica”» que dio lugar a la aprobación de una Directiva sobre «productos de la construcción».

Finalmente, no hemos de olvidar la política comunitaria en materia de *contratación pública*, que afecta tanto a los *contratos de suministro* como a los de *obras*, bajo los parámetros del denominado Libro Blanco sobre la materia que determina la línea de actuación de la Comisión, planteando la mejora de las Directivas dictadas en el sentido de asegurar «una mayor transparencia» en los procedimientos de adjudicación. El marco jurídico procedimental se articula sobre la distinción de tipos que dan lugar a los procedimientos abierto, restringido o cerrado, siendo la regla general el primero. La armonización, por su lado, viene impuesta por la Directiva 89/665/CEE, que impone la obligación a los Estados miembros de «modificar, en su caso, los procedimientos jurisdiccionales de forma que se garantice a los licitadores un recurso eficaz y rápido contra los procedimientos de adjudicación que se revelen manifiestamente incompatibles con lo dispuesto en la norma comunitaria», pudiendo adoptarse medidas cautelares de suspensión y derivarse, cuando correspondan, indemnizaciones a favor de los empresarios y proveedores perjudicados.

El 21 de abril de 1993, por otro lado, el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas (DOCE)* publicó la Directiva 93/13/CEE del Consejo sobre Cláusulas Abusivas, que comentamos en otro lugar.

Consideraciones críticas sobre la propiedad en la vigente y anteriores Leyes del Suelo

De acuerdo con el Preámbulo de la Ley de Reforma 8/90, de 25 de julio:

«Un esquema positivo coherente ha de partir del reconocimiento a toda propiedad inmueble, como inherente a ella, de un valor que refleja sólo su rendimiento (real o potencial) rústico (valor inicial en la terminología de la vigente Ley), sin consideración alguna a su posible utilización urbanística. Las plusvalías imputables sólo a la clasificación y calificación urbanística, y consecuentemente a los aprovechamientos resultantes, derivan del planeamiento en la forma, con la intensidad y en las condiciones que la legislación urbanística y, por remisión de ella, dicho planeamiento determinan, habiendo de darse en todo caso cumplimiento al precepto constitucional (art. 47) según el cual la Comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos.»

El precio del suelo, determinado de acuerdo con criterios que desarrollan dichos presupuestos axiomáticos (y que dista del precio de mercado), soporta aún mayor minoración en los casos de «incumplimiento de la función social de la propiedad» (arts. 52, 57 y 62.2 LS/92), facilitándose de tal suerte el ejercicio de la potestad pública (que no deber, arts. 42 y DA 1.º LS/92) de expropiación o venta forzosa.

El sistema de valoración y concepción de la propiedad, instrumentados por la Ley 8/90, constituyen el final de un proceso lógico que se inicia con la LS/56. Todas las Leyes del Suelo (LS/56, LR/75 y LR/90) se proponen poner término al elevado precio del suelo para hacer accesible el derecho a la vivienda, todas se reconducen monocordemente a tal efecto a la «función social» de la propiedad y todas colocan al propietario del suelo bajo sospecha («especulador», antisocial).

Pero el propietario del suelo, dígame ya de entrada, es un mero sujeto pasivo del *ius imperii* (Urbanismo como función pública) y del mercado (oferta/demanda que es función, entre otros factores, del suelo urbanizable que unilateralmente programa la Administración). Difícilmente puede el propietario retener el suelo con fines especulativos cuando carece de dicha facultad, habida cuenta de que el *ius aedificandi* se le impone coactivamente.

Para situar el sistema de valoraciones/propiedad de la LS/92 es conveniente remitirse a la primera fase del proceso, o sea, la LS/56, recordando el párrafo tantas veces citado de su Exposición de Motivos:

«Si ideal en la empresa urbanística pudiera ser que todo el suelo necesario para la expansión de las poblaciones fuera propiedad pública mediante justa adquisición para ofrecerlo, una vez urbanizado, a quienes desearan edificar, la solución, sin embargo, no es viable en España. Requeriría fondos extraordinarios cuantiosos que no pueden ser desviados de otros objetivos nacionales y causaría graves quebrantos a la propiedad y a la iniciativa privada.»

La LS/56, de acuerdo con la función social de la propiedad, previó la constitución de patrimonios municipales del suelo como reguladores del precio en el mercado de solares, instrumentó medidas fiscales, impuso la obligatoriedad de los propietarios a satisfacer los gastos de urbanización, determinó diferentes valoraciones del suelo (si bien los tribunales aplicaron criterios de mercado, de acuerdo con el art. 43 LEF...) y, especialmente, instrumentalizó el Urbanismo como función pública.

La LR/75 opera una vuelta de tuerca adicional en la instrumentación de la «función social» de la propiedad: expropiación en base a criterios urbanísticos/no de mercado; cuantificación de cesiones gratuitas dotacionales de suelo; atribución a la Administración del 10 por 100 del aprovechamiento medio en suelo urbanizable; supresión del aprovechamiento mínimo edificatorio que la LS/56 «otorgaba» en suelo no urbanizable...

La LR/90 se aproxima al referido *desideratum* expresado en la Exposición de Motivos de la LS/56 con un coste mínimo para la Administración, en base al *ritornello* de la función social de la propiedad (art. 33.2 CE): criterios de valoración urbanística en todo tipo de expropiaciones (urbanísticas o no) y aún mayor minusvaloración en los supuestos generosamente denominados de «incumplimiento de la función social de la propiedad»; apropiación por la Administración del 15 por 100 del aprovechamiento no sólo en suelo urbanizable/apto para urbanizar, sino también en suelo urbano; no cuantificación legal de las cesiones de suelo dotacionales públicas...

La «función social» de la propiedad opera como una «nebulosa», ni siquiera concepto jurídico indeterminado, en cuanto que posibilita modula-

ciones del derecho de propiedad tan diferentes en tan escaso espacio de tiempo, con flagrante vulneración de los principios de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE).

No es de extrañar que DE LOS MOZOS (*El derecho de la propiedad: crisis y retorno a la tradición jurídica*. Edersa/93), ante la inflación y consiguiente *flatus vocis* del término, se vea obligado, págs. 125-126, a:

«... defender unos conceptos jurídicos de cierta confusión a la que hemos llegado, pues, como es sabido, la confusión es el camino más corto para llegar a la arbitrariedad.» Y en pág. 127: «Lo mismo sucede cuando, situados de lleno en el campo de las relaciones entre el Derecho público y el Derecho privado o, mejor dicho, entre el interés general y el interés privado, en el derecho de la propiedad viaja uno en la “galaxia” de la función social de la propiedad y se encuentra con que una legislación nueva, permanentemente cambiante, no solamente confunde la “reserva de Ley” con la “garantía constitucional de la propiedad”, sino que incide de manera alarmante en la “seguridad jurídica”, que constituye, como es sabido, no sólo un presupuesto obligado para el buen funcionamiento del sistema jurídico, sino una también verdadera garantía de la paz social.»

Pero con ello se ha conseguido que los «especuladores», es decir, propietarios del suelo, se incorporen coactivamente al proceso de urbanización/edificación, en las condiciones y plazos previstos en el planeamiento (art. 19 LS/92), aportando gratuitamente suelo (que la Ley no cuantifica sino como *standard* mínimo en suelo urbanizable, arts. 72.3 y 83 LS/92) para dotaciones públicas y suelo edificable en suelo urbano/urbanizable (15 por 100 del aprovechamiento, arts. 20 y 27 LS/92), costeando o ejecutando a su cargo la urbanización, solicitando licencia de edificación previo el cumplimiento de los deberes urbanísticos correspondientes en plazos perentorios, edificando los solares en el plazo fijado en la preceptiva licencia y aportando suelo barato (alejado del valor real de mercado) a efectos expropiatorios, de ocupación directa o transferencia de aprovechamientos, con la penalización (sin garantía procesal) de una mayor minoración del valor y privación del suelo («facultad» de la Administración, art. 42 y DF 1.º 3 LS/92) en el caso de incumplimiento de las facultades-deberes en las condiciones y plazos establecidos.

El *desideratum* visto de la LS/56 se ha alcanzado con un coste mínimo para la Administración. Ha bastado ir cambiando la legalidad, acentuando progresivamente la «función social» de la propiedad. Y desde la LS/56 se reitera, sin rubor lógico, idéntica cantinela:

«La Ley configura las facultades dominicales sobre los terrenos según su clasificación urbanística, constituyendo un estatuto jurídico del suelo. Las limitaciones y deberes que implica definen el contenido normal de la propiedad según su naturaleza urbana y, por tanto, no da lugar a indemnización» (de la Exposición de Motivos). Igualmente, artículos 76 y 78 LS/76 y 5 y sigs. LS/92, y el impagable Preámbulo de la Ley de Reforma 8/90.

Similar procedimiento legal, «a fin de cohonestar el derecho de propiedad con la función social» (Exposición de Motivos de la Ley de bases para la reforma de la LAU 22-12-55), puede observarse en las leyes de arrendamientos urbanos hasta la vigente Ley/64 por lo que se refiere a los arrendamientos de «renta antigua», mediante los que se otorga un derecho (a la vivienda) a costa del vaciamiento del derecho de los propietarios. Por su claridad de exposición y conexión con el tema es oportuno remitirse a nota de pág. 295, *Poseción y propiedad*, Bosch/90, de LACRUZ BERDEJO:

«La limitación de los precios de los bienes en el mercado realizada por el Estado en atención a necesidades públicas y con la finalidad de frenar la especulación no constituye expropiación en sentido legal. Pero —observa TRIMARCHI— “si el límite al correspondiente se fija en medida irrisoria y se acompaña a la imposición de la relación contractual, de aquí surge un verdadero y propio vaciamiento de la propiedad, en contraste con la Constitución...” Hay una discriminación entre propietarios y la imposición de un gravamen específico a los dueños de casas o pisos de “renta antigua” que más bien debiera, en su caso, ser soportado por la generalidad. Además, si la prórroga legal se perpetúa casi indefinidamente atribuyendo al arrendatario una suerte de dominio útil y el canon arrendaticio es diez o cincuenta veces inferior a lo que constituiría una equitativa remuneración del capital, se opera —prosigue TRIMARCHI, con cita de las SS. de 22 de diciembre de 1977 y 27 de julio de 1972 de la Corte constitucional italiana— “sustancialmente una gradual transferencia del dominio al arrendatario, con violación de los principios constitucionales en temas de propiedad”. Creo que puede decirse lo mismo, y con más razón, de la intolerable situación española, y es de esperar que en algún momento se suscite la cuestión de la defensa constitucional del dominio frente al mantenimiento de una legislación que en tantos supuestos —en particular el del profesional o comerciante que atemperan sus precios a la evolución del valor de la moneda mientras se lucran de la congelación de las rentas del local donde

ejercen su actividad— es gravemente injusta y contraria al sentido del artículo 33.1 de la Constitución.»

Deviene, por consiguiente, ineludible remitirse a la regulación que del derecho de propiedad hace la C.E. Son fundamentales los siguientes preceptos:

- Reconocimiento del derecho de propiedad (art. 33.1).
- La función social delimitará su contenido de acuerdo con las leyes (art. 33.2).
- Reserva de Ley para la regulación del ejercicio del derecho de propiedad. Ley que deberá respetar su contenido esencial (art. 53.1).
- Expropiación sólo por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes (art. 33.3).
- Libertad de empresa/economía de mercado (art. 38).
- Interpretación del derecho de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y acuerdos internacionales (art. 10.2).
- Derecho a la vivienda, utilización del suelo de acuerdo con el interés general y participación de la Comunidad en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos (art. 47).
- Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivos (art. 9.2).
- Subordinación al interés general de toda riqueza del país (art. 128).

El esquema constitucional de la propiedad privada viene incardinado en el sistema económico de mercado/libertad de contratación, pero atemperado por su función social, como corresponde a un Estado social y democrático de derecho (art. 1 CE), siguiendo la pauta inaugurada por la Constitución alemana de Weimar (1919), moneda corriente hoy en el constitucionalismo. Antecedentes en España: Constitución de 1931, Fuero de los Españoles (1945), LEF (1954), Leyes del Suelo (1956 y 1976), Legislación de arrendamientos (hasta la vigente de 1964), Legislación agraria (hasta el vigente Texto Refundido de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 1973).

La nueva legislación y sistema constitucional sobre la propiedad supone un cambio de las Constituciones decimonónicas (efecto expansivo de la Revolución francesa y Código napoleónico) que consideraban el derecho de propiedad inviolable y sagrado, como expresión de la personalidad y autonomía frente al poder, como un *dominium rerum* que hacía real el *dominium sui* de LOCKE, derecho subjetivo (en la construcción de la dogmática alemana, a partir de los principios revolucionarios «burgueses» y recogiendo la

tradición jurídica secular a partir del Código justiniano) según el cual el dominio se presume libre y toda limitación administrativa, incluida la expropiación, debe legitimarse.

El artículo 17 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789) establecía el carácter inviolable y sagrado del derecho de la propiedad y que nadie podría ser privado del derecho de propiedad sino por causa de necesidad pública legalmente constatada y bajo la condición de una indemnización justa y previa. En parecidos términos se expresa la Declaración de Independencia americana.

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 24 de junio de 1793 establecía en su artículo 1.º:

«El Gobierno está instituido para garantizar al hombre el goce de sus derechos naturales e imprescriptibles.»

Derechos (art. 2.º) de igualdad, libertad, seguridad y propiedad.

El Código napoleónico de 1804 (art. 544) define la propiedad como «el derecho de disfrutar y disponer de las cosas de la manera más absoluta, siempre que no se haga de ellas un uso prohibido por las leyes o reglamentos».

«De la manera más absoluta», expresión ésta no incluida en su homólogo español, que no se entendía por los redactores del Código en el sentido de uso antisocial de la propiedad (*ius abutendi*, en sentido literal), sino como garantía de los propietarios una vez despojada la propiedad de las pesadas cargas que la comprimían y sustraían del mercado/libre disponibilidad (censos irredimibles, fideicomisos, vinculaciones, etc.).

No resultará ocioso transcribir los preceptos más característicos del «napoleonizado Código Civil español (1889) sobre el derecho de propiedad.

Art. 348: «La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa sin más limitaciones que las establecidas en las leyes. El propietario tiene acción contra el tenedor y el poseedor de la cosa para reivindicarla.»

Art. 349: «Nadie podrá ser privado de su propiedad sino por autoridad competente y por causa justificada de utilidad pública, previa siempre la correspondiente indemnización. Si no precediere este requisito, los Jueces ampararán y, en su caso, reintegrarán en la posesión al expropiado.»

Art. 350: «El propietario de un terreno es dueño de su superficie y de lo que está debajo de ella y puede hacer en él las obras,

plantaciones y excavaciones que le convengan, salvo las servidumbres, y con sujeción a lo dispuesto en las Leyes sobre Minas y Aguas y en los Reglamentos de Policía.»

Art. 358: «Lo edificado, plantado o sembrado en predios ajenos y las mejoras o reparaciones hechas en ellos pertenecen al dueño de los mismos con sujeción a lo que se dispone en los artículos siguientes.»

Debe igualmente recordarse la Declaración Universal de los Derechos Humanos (10-12-48), de aplicación constitucional (art. 10.2 CE):

«Toda persona tiene derecho a la propiedad individual y colectivamente. Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad.»

Así como el Protocolo adicional 1 al Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales:

«Toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la Ley y los principios generales del Derecho internacional.»

Protocolo muy tardíamente ratificado por España (2-11-90, *BOE* 12 enero 1991) y con la reserva de su interpretación a partir del artículo 33 CE. Declaración universal que refleja la concepción revolucionaria de los derechos como «innatos» y, por consiguiente, con un límite al arbitrio del poder, «considerando esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión».

El derecho de propiedad del suelo nunca se ha considerado «absoluto» ni en el momento álgido de la ideología liberal, como se deduce de los transcritos artículos 544 del Código napoleónico y homólogos del Código Civil español, ni en la tradición jurídica de que los Códigos decimonónicos traen causa. Ya en el Digesto se limitaba la altura de la edificación, y en las Partidas, el precepto siempre citado: «Señorío es poder que ome a en su cosa de facer della e en ella lo que quissiere, segund Dios e segund fuero.» Y fue lugar común la expresión de HUGO DONELLUS (1527-1591) de que «sine dubio aedificandi ius publicum est». El Derecho urbanístico como «función pública», racionalizadora del *ius aedificandi*, no es una innovación de la LS/56, sino un tópico de la tradición jurídica en cuanto que la construcción y ordenación de la ciudad trasciende el interés individual.

Pero es muy distinto agregar a la «función pública», que constituye el urbanismo, la nebulosa jurídica de «función social» que permite, dada su

total indeterminación, una administración extrema del derecho de propiedad. Este es considerado no a partir de la lógica que le es propia (derecho subjetivo, utilidad individual, autonomía de la libertad, limitaciones sólo por causa acreditada de interés público...), sino de la lógica de la «función social», nebulosa jurídico-conceptual y, por ende, de carácter necesariamente expansivo y totalizador a costa del correspondiente debilitamiento progresivo de la utilidad privada del derecho subjetivo.

La «función social» de la propiedad, como es notorio, es una construcción técnica modelada y desarrollada por DUGUIT en el tránsito al siglo xx, como reacción del Positivismo a la noción (tachada de metafísica, acientífica) de derechos subjetivos. Se sustituye la concepción de la propiedad como derecho subjetivo (poder/interés del titular jurídicamente protegido) por la de propiedad como «función social», los derechos por situaciones jurídicas objetivas. Para DUGUIT, el «detentador» de la propiedad no tiene ningún derecho sobre ella, sino que es una situación de hecho que le obliga a realizar una cierta función social, y su apropiación es protegida en la medida, y solamente en la medida, en que se cumple dicha función.

La etiqueta «función social» hizo fortuna por cuanto significaba de corrección del liberalismo decimonónico y distanciamiento de ideologías socialistas radicales (especialmente de la ideología marxista y del posteriormente llamado «socialismo real»). Pero dicho tópico jurídico se utiliza en muy diversos sentidos: como negación del derecho subjetivo en favor de la solidaridad social (DUGUIT), de apoyo a la teoría del «bien común», pero con respeto a la propiedad privada como expresión de la libertad (doctrina social de la Iglesia) y, en general, como una limitación/modelación del derecho subjetivo por dicha «función social» que no se define, sino que deja al legislador su instrumentación según criterios de oportunidad. Técnica etérea ésta utilizada indistintamente, en lo que a España se refiere, por el franquismo (Fuero de los Españoles, LEF; Leyes del Suelo, de Arrendamientos, de la Propiedad Agraria...) y por el legislador constitucional (Ley de Reforma del Suelo 8/90...).

La crítica que desde tan diferentes posiciones (comunismo, social-democracia, fascismo, Iglesia, etc.) se opera sobre la propiedad/sistema económico diseñados en los Códigos y Constituciones decimonónicas se basa en una constatación que, lúcida y dialécticamente, explicitó Marx, es decir, que los derechos y libertades constitucionalizados (entre ellos el de propiedad privada) son meramente «formales», garantía abstracta, no real, puesto que sólo tiene efectivamente garantizados los derechos la minoría propietaria, *beati possidenti*, los detentadores de la propiedad de los medios de producción, que elevan a categoría jurídica-política el sistema económico que les es favorable, mientras que la inmensa mayoría, mediante el contrato de trabajo, deviene mera mercancía, no-persona, a precio de subsistencia física

para la necesaria renovación de la fuerza del trabajo. Por lo que a fin de que dichos derechos y libertades devengan «reales», esto es, accesibles a todos (materialización del principio de igualdad), es necesario abolir la propiedad privada (marxismo y demás formas de comunismo autoritario o libertario) o, en versión descafeinada, operar limitaciones y vincular la propiedad al interés general, así como constitucionalizar los derechos (*desideratum*, más bien) socioeconómicos.

La CE (art. 33.1) reconoce y garantiza el derecho de propiedad privada, acepta dicho derecho como un *prius* metaconstitucional, expresión de la dignidad personal (art. 10.1). Dicho derecho se halla directamente vinculado con la economía de mercado/libertad de empresa/libertad de contratación (art. 38) no obstante un adecuado intervencionismo corrector de desequilibrios socioeconómicos (arts. 9.2, 33.2 y 3, 38, 39 y ss., 53.3, 128 y 129 CE). Las Constituciones del llamado «socialismo real» (ya obsoletas, por ineficaces, al menos en el presente histórico) sustituyeron los llamados derechos «formales» por una teórica igualdad socioeconómica, subvirtiendo radicalmente el orden jurídico de la revolución «burguesa» y de la tradición jurídica de la que ésta traía causa, suprimiendo la libertad y la propiedad garantías de la dignidad humana frente al poder. La Constitución garantiza la propiedad privada como derecho subjetivo, poder/interés jurídicamente protegido, esfera de libertad, autonomía de la persona frente al Estado, manteniendo las conquistas jurídico sociales de la Revolución francesa y de la tradición occidental. Pero, y de acuerdo con el artículo 9.2 CE:

«Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para la que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos con la vida política, económica, cultural y social.»

Precepto que se conecta con los principios rectores de la política social y económica (arts. 39 a 52, derecho al trabajo, a la vivienda, seguridad social, cultura, medio ambiente, etc.), cuya progresiva consecución legítima el poder de los poderes públicos (arts. 1, 9, 10 y 53 CE).

Ciertamente que la «función social» delimitará el contenido del derecho de propiedad privada de acuerdo con las leyes (art. 33.2 CE). Pero dicha «función social», cualquiera que sea la instrumentación que de la misma se haga, no puede caricaturizar el derecho de propiedad hasta hacerlo irrecognoscible, dado que no sólo se reconoce el derecho de propiedad privada (art. 33.1 CE) y garantizado frente a la confiscación (art. 33.3), sino que, ade-

más, las leyes que regulan el ejercicio de derecho de propiedad deben, en todo caso, respetar su contenido esencial (art. 53.1 CE).

Pero ¿cuál es el contenido esencial del derecho de propiedad?

Sobre el contenido esencial de los derechos que la Ley debe respetar, sobre su determinación, la doctrina se remite necesariamente a la única Sentencia del Tribunal Constitucional al respecto, concretamente la 11/81, de 8 de abril, en relación al Decreto 17/77, regulador del derecho a la huelga, que utiliza dos caminos complementarios:

— Acudir a la naturaleza jurídica del Derecho, a aquellas facultades necesarias para que el Derecho sea reconocible como perteneciente al tipo de derecho en cuestión.

— Acudir a los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos. Se puede entonces hablar de una esencialidad del contenido del Derecho para hacer referencia a aquella parte del contenido del Derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al Derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo se rebasa o desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección.

No se sostienen, por consiguiente, a partir de tales criterios heurísticos las consideraciones que sobre la preconstitucional LS/76 sustentan GARCÍA DE ENTERRÍA y PAREJO ALFONSO. Así, PAREJO ALFONSO, *Régimen urbanístico de la propiedad y responsabilidad patrimonial de la Administración*, IEAL/82, pág. 47:

«Las facultades que van más allá del goce y disfrute de las cosas (la tierra) conforme a su naturaleza y, por tanto, a su destino propio, es decir, las de transformación del suelo, no forman parte del contenido del Derecho como tal. No existen facultades como poderes del titular dominical. Existe la función pública urbanística, única capaz de definir y, por tanto, crear dichas facultades.»

Con tales premisas sofisticadas la conclusión se desprende con una lógica impecable en pág. 416, *Lecciones de Derecho urbanístico*, I, Cívitas/79, de GARCÍA DE ENTERRÍA y PAREJO ALFONSO:

«Resulta entonces una conclusión aparentemente paradójica, pero en realidad rigurosa, y que se hace excepcionalmente visible en la espectacular operación de conversión de suelo no urbanizable en suelo urbanizable o urbano: Lejos de privar de ninguna facultad previa al propietario, la ordenación urbanística le está otorgando

un positivo beneficio. Entonces el problema no se plantea en los términos a que el artículo 87.1 se ha creído obligado a replicar, esto es, si la ordenación resulta un derecho a ser indemnizado, sino en los términos justamente inversos: cómo justificar la atribución de un beneficio, que económicamente puede llegar a ser considerable, en favor de los propietarios del suelo por virtud de una iniciativa pública sin que esos propietarios tengan que compensar ese enriquecimiento de alguna manera.»

Gran parte de la doctrina se ha dejado sugestionar por la autoridad y capacidad jurídica de convicción, por la dialéctica de la, sin duda, genialidad de GARCÍA DE ENTERRÍA. Pero los administrativistas no siempre logran sustraerse a la seducción de la *razon imperii*, aunque pretendan y parcialmente consigan, nunca definitivamente (tarea de un Sísifo dada la capacidad mutante y naturaleza totalizadora del Poder), someterla a Derecho. La propiedad es un derecho civil que la Constitución reconoce y ampara, y el Derecho civil es fundamentalmente un estatuto de los derechos subjetivos que o constituyen un poder frente al Estado o no son derechos subjetivos, aunque nominalmente conserven dicha denominación. Es natural que el Poder, con la cobertura de autoridad de dicha doctrina, haya extremado la «administrativización» del derecho de propiedad con la Ley de Reforma 8/90 en base a la lógica de los principios que dicha doctrina le ha facilitado.

Ya se ha visto al principio cómo la Ley 8/90 entiende que el *ius aedificandi* es creación del Plan y la plusvalía pertenece por consiguiente al planificador, es decir, al Ayuntamiento. Pero si el legislador (y referida doctrina) fuera consecuente con su propia lógica, debiera concluir que igualmente el aprovechamiento rústico pertenece al planificador, ya que el suelo que lo sustenta deriva de la clasificación del Plan. O sea, la titularidad del suelo pertenece al propietario y su aprovechamiento rústico/urbanístico pertenece a su creador, el planificador. Una suerte de vuelta al dominio medieval, el dominio útil (verdadero dominio), es del planificador, y el dominio directo (meramente formal), del propietario. El resultado de dicha tesis legal/doctrinal, llevada a sus propias consecuencias lógicas, vacía completamente de contenido el derecho de propiedad: las facultades de aprovechamiento del suelo (rústico y urbano) constituyen un derecho independizado del dominio, cuyo titular es la Administración en razón de que el planeamiento (título de adquisición del derecho) «crea» dicho aprovechamiento mediante la ordenación integral del suelo.

Muy otra es la opinión de PARADA VÁZQUEZ, *Derecho administrativo/ bienes públicos y urbanismo*, Editorial Marcial Pons/88, págs. 277 y ss., quien concluye en págs. 284-285:

«Esta tesis, como todas aquellas explicaciones que consideran el urbanismo como una función pública (GARCÍA DE ENTERRÍA y PAREJO ALFONSO) conducen siempre a la misma arbitrariedad de justificar el enriquecimiento de los propietarios de suelo urbano y urbanizable en la condena a la miseria edificatoria de los de suelo no urbanizable, para lo cual sitúan en la propia Ley del Suelo y en los Planes el origen último de la facultad de edificar, negando que ésta preexiste como facultad del propietario (art. 33 CE y art. 348 CC) y como una realidad física: La aptitud de toda superficie para soportar las construcciones.»

«Si la Ley del Suelo y los Planes de urbanismo no limitan un derecho de edificar preexistente, como aquí sostenemos, sino que, por lo contrario, son los que lo crean, no se comprende por qué la creación pública de *ius aedificandi* no ha supuesto su atribución siempre a una corporación pública en vez de su asignación gratuita a los propietarios de suelo urbano y urbanizable que ha hecho por merecerlo tanto —es decir, nada— como los propietarios de suelo rústico o no urbanizable. Por lo demás, con una aplicación como la que se critica los juristas italianos se hubieran ahorrado las declaraciones de inconstitucionalidad de la Ley Urbanística de 1942, y los franceses el recurso a la humilde confesión de que las servidumbres urbanísticas debieran ser indemnizables, pero no lo son por razones de imposibilidad financiera.»

BARNÉS VÁZQUEZ, por su parte (*La propiedad constitucional*, Editorial Cívitas/88), critica asimismo la doctrina ejemplificada en GARCÍA DE ENTERRÍA/PAREJO ALFONSO, aunque, en última instancia, creemos, su concepción de la propiedad constitucional (propiedad-función, en arts. 33.2 y 47 CE) es muy similar. Pero por lo que ahora interesa, en págs. 129 y sigs. de la citada obra dice:

«En este sentido, se sostiene (con referencia a la doctrina representada por GARCÍA DE ENTERRÍA y PAREJO ALFONSO) que el *ius aedificandi* que constituye, en suma, la principal facultad de aprovechamiento explotación (o de goce, si se quiere) de la propiedad urbana no es una facultad del propietario, puesto que —se afirma— se ha convertido en una atribución del poder público, en una función pública que a través del plan urbanístico define el contenido del derecho de propiedad.»

«A nuestro juicio, sin embargo, el titular del suelo urbano cuenta, en todo caso, con la facultad de goce (y, por extensión, la de disposición) que se traduce en la edificabilidad o, en otros térmi-

nos, mantiene un “poder funcionalizado” dirigido a la edificación. Facultades que en ningún momento pierde el titular del derecho salvo indemnización, puesto que de lo contrario estaríamos negando el derecho de propiedad mismo, y ello, además, porque si la facultad de explotación característica de la propiedad urbana —*ius aedificandi*— ya no pertenece al titular, carecería entonces de todo contenido sustantivo exigido por la propiedad constitucional.» E insiste, en pág. 323, en que la «potestad de goce se identifica precisamente con la finalidad del derecho: *ius aedificandi* en la propiedad urbana o facultad de explotación de cultivos en la agraria».

Pero no debe *a priori* reducirse necesariamente el aprovechamiento del suelo rústico al cultivo. Tal conclusión se basa en la aparente secuencia lógica: suelo rústico, luego aprovechamiento rústico. El suelo rústico, no urbanizable, tendrá un aprovechamiento de cultivo, forestal, etc., si la naturaleza del suelo lo permite y, además o alternativamente, en su caso edificatorio, según la libertad del titular del fundo, a salvo, claro es, de la ordenación racionalizadora y justificada del Plan.

PARADA VÁZQUEZ insiste al respecto, obra citada, pág. 284:

«... en el cual (suelo no urbanizable) el aprovechamiento edificatorio urbano o residencial desaparece para cualquier titular, salvo excepciones discrecionales que no garantizan siquiera el mínimo de la anterior regulación del suelo rústico (se refiere a la LS/56)... Aparece como una medida sin justificación económica, ni urbanística, ni social... Socialmente, tampoco es razonable ni justo eliminar de forma absoluta el aprovechamiento de edificación sobre el propio fundo (rústico), históricamente respetado y profundamente arraigado en la conciencia popular en aquellas regiones en que la propiedad se encuentra muy dividida y repartida entre todas las capas sociales (norte y noroeste de España, zonas de Levante, islas Canarias, etc.) y en donde la misma es valorada antes como solar que en función de sus aprovechamientos agropecuarios.»

Tampoco puede admitirse la tesis conciliadora de BARNÉS VÁZQUEZ que admite la titularidad del aprovechamiento del propietario, pero remite la elección de dicho aprovechamiento a los poderes públicos (págs. 324 y sigs., ob. cit.). Las facultades de libre aprovechamiento del suelo (arts. 348 y 350 CC), según las posibilidades de éste (naturaleza de las cosas), son consustanciales al dominio no obstante su racionalización/ordenación (que debe justificarse/acreditarse), que puede limitar, vincular, prohibir un determinado aprovechamiento (función pública). Pero BARNÉS VÁZQUEZ se ve obligado a admitir en nota náufraga de pág. 326 tímidamente:

«Lo que, sin embargo (la conciencia jurídica), no parece haber asumido es el deficiente sistema de garantías jurídico-procesales a su titular, así como la mediatizada (con cierta frecuencia) formación de la decisión pública sobre el aprovechamiento urbanístico. Factores externos al sistema legal que pudieran traer su causa en la ausencia de criterios legales acerca de la decisión administrativa sobre la clasificación de suelo urbanizable.»

Cuestión trascendental esta de la deslegalización del derecho de propiedad (arts. 33 y 53.1 CE) y remisión al criterio autónomo de la Administración (arts. 9.3, 103 y 106 CE), de la que más adelante se tratará.

Resulta, en cualquier caso, beatífica la concepción que de la propiedad del suelo sustenta BARNÉS VÁZQUEZ, propiedad-función en la que la libertad real del propietario (no una libertad abstracta, caprichosa) consiste en la realización de la función social/pública racionalmente diseñada por un poder omnisciente y justo. Construcción de sabor genuinamente hegeliano, quien (HEGEL) no por casualidad se convirtió en el filósofo oficial del Estado prusiano.

En tal sentido (pág. 141, ob. cit.):

«Como veníamos observando, la noción constitucional del derecho de propiedad social, la propiedad privada, lejos de ser uno de los elementos que hay que contraponer a modo de tesis o antítesis, representa, por el contrario, la síntesis superadora. Ahí se han dado cita intereses generales y particulares, valores y bienes constitucionales diversos al menos en apariencia contrapuestos, que han sido artesanalmente regulados en perfecto equilibrio... Como hemos reiterado, tal equilibrio se ha traducido en una perfecta "fusión" de intereses, hasta el extremo de identificarse con plenitud el interés del particular —titular del derecho— y la función social, que representa a la entera colectividad.»

Igualmente, en págs. 115-116:

«Y es que sólo desde la óptica apuntada (el interés del particular y la función social no son "partes en litigio", sino que, por el contrario, coinciden plenamente) puede llegarse a una cabal comprensión de lo que sea el derecho subjetivo constitucional de la propiedad privada... Porque, en efecto, siendo la función y el poder o libertad como las dos caras de una misma moneda —indisolublemente unidas—, hemos de concluir que la esencia —común denominador de todas las formas de propiedad— no

puede estar sólo en una esfera de libertad, sino en un poder o libertad funcional (es decir, libertad para algo).»

Y para terminar (pág. 305):

«Por último, la función social, digna representante de tal principio (derecho a la propiedad), al erigirse en el espíritu interno del derecho de propiedad, es la que alcanza la perfecta síntesis o fusión entre la libertad y el deber que deviene así en poder funcional.»

La Constitución, repetimos, reconoce el derecho de propiedad privada (art. 33.1) y garantiza frente al legislador su contenido esencial (art. 53.1 CE). Contenido esencial que, de acuerdo con los criterios complementarios anteriormente referidos de la STC 11/81, de 8 de abril, naturaleza jurídica/interés jurídicamente protegido, debe reconducirse a la construcción civil asentada en la conciencia sociológica y comunidad jurídica, según la cual, y de acuerdo con la tradición jurídica, el dominio es un poder jurídico pleno (en principio) sobre una cosa (derecho real), la cual queda sometida al señorío exclusivo de su titular. Es el derecho real más comprensivo y que sirve de tipo a todos los demás, *ius plenum in re corporali*, al que le son consustanciales las facultades de goce/disposición, área de libertad individual y fundamento de la sociedad civil, como reconoce la Constitución (art. 10) y promueve (art. 9.2).

Construcción del dominio que cualquier manual de Derecho civil ofrece. De interés, obra citada de DE LOS MOZOS, págs. 223 y sigs., que sigue la sistemática de LACRUZ BERDEJO en *Elementos de Derecho civil*, III-1. *Poseción y propiedad*, Bosch, última edición/90.

Es tradicional definir el derecho de propiedad por su contenido, es decir, por sus facultades. Tal es la técnica del Código Civil. Suelen clasificarse las facultades del dominio, limitándonos a las que aquí interesan.

a) *Facultades de libre goce o aprovechamiento*

Poseer, usar, gozar, disfrutar (arts. 348 y 354 fundamentalmente).

Como modalidad del goce o libre aprovechamiento del suelo: aprovechamiento urbanístico (*ius aedificandi*) y rústico (plantación, siembra...), artículo 350 CC. Y en virtud del libre aprovechamiento del suelo, la facultad de accesión (arts. 358 y sigs. CC), ya se extienda como «modo de adquirir» o extensión del dominio preexistente. El *ius abutendi*, debe puntualizarse, nunca ha sido entendido, contra lo que pudiera creerse, como

«abusar» en el sentido vulgar del término, sino «el significado de uso que comporta la transformación o la destrucción de la cosa, de acto de uso no repetible» (STEFANO RODOTÁ, *El terrible derecho. Estudios sobre la propiedad privada*, Cívitas/86, pág. 75). En cualquier caso (art. 7.2 CC): «La Ley no ampara el abuso de derecho o el ejercicio antisocial del mismo.» Y artículo 562 del Código Penal.

b) *Facultad de libre disposición («ius disponendi»)*

Enajenar total (con las limitaciones de arts. 636 y 806 y sigs. CC) o parcialmente (disposición de facultades, derechos reales limitados) imposición de cargas o gravámenes, a título oneroso o lucrativo, *inter vivos* o *mortis causa*. Propiedad no vinculada ni amortizada en razón de la libertad del dominio/libertad de mercado (arts. 641, 781 y 785 CC, 26 y 27 LH).

c) *Facultad de reivindicación (acción real)*

(art. 348 CC, con las excepciones de arts. 464 y 1.473 CC y 34 LH)

Modernamente, por influjo de la dogmática alemana, se contempla el dominio a partir de sus caracteres esenciales (generalidad, abstracción y elasticidad) y atributos (absoluto, exclusivo) más bien que como suma de facultades. Con cita de LACRUZ, obra citada, pág. 284, Sentencia sintetizadora de 3-12-46 (cuyo texto repite la de 2 de octubre de 1975):

«... el dominio es el señorío abstracto y unitario sobre la cosa y no la suma de sus facultades de las que el propietario puede verse privado temporalmente, sin que por ello pierda la integridad potencial de su derecho, determinante de la posibilidad de recuperación efectiva de todas las facultades dominicales.»

Dicho señorío, potencialmente absoluto, tiene las limitaciones/delimitaciones establecidas por las leyes (arts. 348 y 350 CC y 33.2 CE).

Ha de estarse, por consiguiente, a la «función pública» que constituye el urbanismo y la «función social» de la propiedad que delimita el contenido de la propiedad inmobiliaria (art. 33.2 CE) de acuerdo con las leyes urbanísticas (LS/92, instrumentada mediante el Plan de Urbanismo) y agrarias (fundamentalmente Ley de Reforma y de Desarrollo Agrario de 1973 y normativa autonómica al respecto). Debe tenerse en cuenta, además, la delimitación resultante de las por el Código Civil llamadas «servidumbres legales de interés público» (por razón de protección del demanio, en interés

histórico-artístico, etc.), las cuales deben integrarse armónicamente en el planeamiento urbanístico (legislación sectorial). Pero el cúmulo de limitaciones/delimitaciones legales tiene una frontera constitucional: no pueden «desencializar» el derecho subjetivo. Porque, en tal caso, el derecho subjetivo (poder/interés del titular jurídicamente protegido) quedaría desvirtuado, desnaturalizado, irreconocible.

En tal sentido, la STS de 21-2-81:

«... por mucho que se enfatice sobre la mutación sufrida por el derecho de la propiedad en materia urbanística, hasta convertirse en un derecho de los llamados “estatutarios”, su declinación respecto del sentido que ha tenido en sus momentos de mayor esplendor, en los que estaba permitido, en su ejercicio, hasta el *ius abutendi*, no puede llegar hasta el extremo de reducirlo a un derecho inerte, totalmente sometido a cuantas prohibiciones y limitaciones tengan a bien adoptar las distintas autoridades administrativas por rectas que sean sus intenciones; y no puede llegar a esos extremos porque la propiedad del particular sigue siendo algo más que una simple función pública o social, puesto que conserva su núcleo primario de derecho subjetivo, uno de los principales de los que integran la constelación de derechos de la personalidad, amparado en la cobertura legal que le proporciona el Código Civil (arts. 348, 349 y 350) y la propia Constitución (art. 33)... Al propietario no se le puede negar, en principio, el ejercicio del *ius aedificandi* en cuanto constituye una de las facultades más genuinas de su derecho dominical, si bien el moderno Derecho urbanístico ha impuesto, sin desconocer tal derecho básico de la persona, una racionalización del uso y aprovechamiento del suelo en función de las necesidades e intereses superiores de la colectividad.»

La Exposición de Motivos de la Ley de Reforma Agraria Andaluza (3 de julio/84) dice:

«La función social de la propiedad es un tópico jurídico de muy diversas interpretaciones. Se puede decir con práctica aceptación general que la función social de la propiedad supone la incorporación de la perspectiva del deber al derecho subjetivo, deber que modaliza su ejercicio, ejercicio que se aboca en la búsqueda de un logro social que al mismo tiempo preserva el ámbito del poder del titular.»

Dicha Ley instrumenta la expropiación del uso o dominio de la propiedad rústica por causa de interés social ante el incumplimiento de la función

social de la propiedad, remitiéndose a los artículos 71 y sigs. de la LEF, es decir, en cuanto que el incumplimiento de dicha función, *por no aprovechamiento del bien según su naturaleza y consiguiente utilidad social, con perjuicio social*, opera como causa de expropiación por interés social en favor de los perjudicados (beneficiarios de la expropiación). Una interpretación de la «función social» plenamente lógica con la racionalidad del uso del bien para evitar un perjuicio social efectivamente ocasionado (por omisión) por el propietario y que puede reconducirse sin violencia a la prohibición civil del abuso o ejercicio antisocial del derecho (art. 7.2 CC).

La Sentencia del Tribunal Constitucional 37/87, de 26 de marzo, se pronunció sobre dicha Ley de Reforma Agraria Andaluza, fallando su adecuación al artículo 33 del Código Civil y realizó las siguientes consideraciones:

«La referencia a la “función social” como elemento estructural de la definición misma del derecho a la propiedad privada o como factor determinante de la delimitación legal de su contenido pone de manifiesto que la Constitución no ha recogido una concepción abstracta de este derecho como mero ámbito subjetivo de libre disposición o señorío sobre el bien objeto del dominio reservado a su titular, sometido únicamente en su ejercicio a las limitaciones generales que las leyes impongan para salvaguardar los legítimos derechos o intereses de terceros o del interés general. Por el contrario, la Constitución reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura y protege, ciertamente, como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también y al mismo tiempo como un conjunto de deberes y obligaciones establecidos, de acuerdo con las leyes, en atención a valores o intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio esté llamada a cumplir... Utilidad individual y función social definen, por tanto, inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes.»

La sentencia citada no es precisamente un modelo de técnica jurídica y se presta a instrumentaciones equívocas. Desorbita, partiendo de una apriorística e «incivil» concepción del Derecho civil, a nuestro entender, adecuado planteamiento y aplicación que la Ley de Reforma Agraria Andaluza hace del interés social como *causa expropriandi* (art. 33.3), siguiendo las pautas de la LEF, que pueden reducirse al uso *civiliter* que de la propiedad debe hacerse (art. 7.2 CC). Resulta superfluo e incontinente y, lo que es más grave, desnaturalizador del derecho que la Constitución reconoce como un

prius y garantiza (arts. 33.1 y 53.1) invocar la «función social» (art. 33.2) nada menos que como «elemento estructural de la definición misma del derecho de propiedad privada».

La Constitución, por otra parte, de acuerdo con el citado artículo 53.1, establece que sólo por Ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio del derecho de propiedad. Esto es, que la Ley (principio de reserva de la Ley) debe establecer los criterios materiales a que ha de ajustarse el planeamiento urbanístico para la clasificación del suelo, y Ley que, en cualquier caso, deberá garantizar el contenido esencial del derecho de propiedad.

La repetidamente citada STC 37/87, de 26 de marzo, establece, por lo que a la reserva de Ley se refiere:

«Prohíbe esta concreta reserva de Ley toda operación de deslegalización de la materia a todo intento de regulación del contenido del derecho de propiedad privada por reglamentos independientes o *extra legem*, pero no la remisión del legislador a la colaboración del poder normativo de la Administración para completar la regulación legal y lograr así la plena efectividad de sus mandatos, remisión inexcusable por lo demás, cuando como en el caso arquetípico de la propiedad inmobiliaria las características naturales del bien objeto de dominio y su propia localización le hacen susceptible de diferentes utilidades sociales que pueden y deben traducirse en restricciones y deberes diferenciados para los propietarios y que, como regla general, sólo por vía reglamentaria pueden establecerse.»

Muy oportunamente, por lo que se refiere a la Ley de Reforma 8/90 y extrapolable al Texto Refundido del Real Decreto Legislativo 1/92, de 26 de junio (LS/92), opina GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de Reforma del Régimen Urbanístico y valoraciones del suelo*, Editorial Cívitas/90, págs. 70-71:

«No es que el legislador no pueda recabar la colaboración reglamentaria, como dice la citada STC 37/87, de 26 de marzo. Sino que la Ley debe regular por sí misma todo cuanto sea susceptible de ser regulado a través de normas legales, de tal modo que sólo cuando la Ley no puede ir razonablemente más allá por la propia naturaleza del objeto normado cesa la exigencia de reserva material de la Ley.»

«Lo que supone, aplicando el Ordenamiento jurídico urbanístico, que la Ley debe establecer los criterios materiales a que ha de ajustarse el planeamiento para la clasificación del suelo. Si de

esta clasificación depende nada menos que las facultades urbanísticas, si de ello depende que un terreno quede reducido para siempre a no servir más que para usos agrícolas o puede servir de base a los más altos rascacielos, debe ser la Ley la que fije los criterios de clasificación.»

«Esto supuesto, es evidente que la legislación urbanística no cumple el principio de reserva de Ley. No la cumplía la legislación anterior a la Ley 8/90 y no la cumple esta Ley. No la cumple, al menos, por lo que respecta al suelo urbanizable común y por lo que respecta a la categoría de suelo en que más imperiosamente se impone cumplir con el mismo: el suelo urbanizable.»

Se cumple el principio de reserva de Ley por lo que se refiere al suelo urbano (consolidación de la edificación y/o urbanización básica), artículos 10 y 13 LS/92 (art. 78 LS/76). La LS/92, artículo 11, como la LS/76, artículo 79, no establece criterio material alguno para la clasificación de suelo urbanizable/apto para urbanizar. Tampoco por lo que se refiere al suelo no urbanizable común, artículo 12, frase primera, LS/92 [art. 80.a) LS/76]. La deslegalización resulta clamorosa.

La inexistencia de criterios legales objetivos de determinación del suelo no urbanizable común y urbanizable o apto para urbanizar implica una flagrante deslegalización del derecho y su remisión a criterios de oportunidad por la Administración planificadora («cheque en blanco» como califica cierta doctrina), criterios de discrecionalidad tan difícilmente separables de la arbitrariedad, poder taumatúrgico conferido a la Administración por un poder legislativo que hace dejación de su responsabilidad. Ciertamente que la Administración deberá motivar su discrecionalidad y oportunidad y cuya actuación es objeto de control jurisdiccional (desviación de poder), verdadera «prueba diabólica» para el administrado, además de los «privilegios legales» de presunción de validez y ejecutividad de los actos administrativos. La práctica generalizada de la ordenación municipal evidencia que ese poder taumatúrgico que se concede a la Administración local deriva en clasificaciones/reclasificaciones extrañamente oportunas/oportunistas, información privilegiada, etc. Institucionalmente se facilita la arbitrariedad, y si a ello se añade (y debe añadirse) el colapso crónico del poder judicial, el control judicial de la arbitrariedad (arts. 9.3 y 106 CE), resulta las más de las veces ilusorio. Dado el amplio campo de discrecionalidad administrativa que deriva de la deslegalización (donde se confunden los reinos de la discrecionalidad/arbitrariedad), poder exorbitantes de la Administración y debilidad del poder judicial, el artículo 24 CE resulta mera garantía formal, inoperante.

Sorprende por ello la opinión de GARCÍA DE ENTERRÍA/PAREJO ALFONSO, obra citada, pág. 410:

«El primer problema es el de si una actuación administrativa tan relevante, que nada menos define el contenido normal de la propiedad, como dice el artículo 87.1 LS/76, no está restringiendo el principio de reserva de Ley que en la regulación de la propiedad del suelo resulta hoy de los artículos 33.2 y 53.1 de la Constitución. Entendemos que no, porque el Plan ejercita por remisión delegativa que expresamente le confiere la Ley del Suelo. Expresamente lo dice así el artículo 76, los límites del derecho los establece esta Ley o, en virtud de la Ley del Suelo, por mandato de ésta, conforme al contenido y con las formas que dicha Ley prescribe. Se trata del fenómeno delegativo bien conocido de la remisión o reenvío formal por la Ley en favor de un Reglamento, supuesto que el Plan, no obstante su contenido singularizador y no abstracto y general, tiene naturaleza normativa y, en concreto, reglamentaria, como ya nos consta.»

La LS/92 culmina el proceso de vaciamiento del derecho de propiedad perpetrado por la LS/56 y LS/76. El *ius aedificandi* resulta creación exclusiva del planificador. También el legislador (como anteriormente se hizo notar), para ser lógico con sus propias premisas, debe concluir que el aprovechamiento rústico pertenece al planificador, ya que es «creado» por el Plan. Una vuelta al dominio dividido medieval, el dominio «útil» pertenece a la Administración, y el dominio «directo», meramente formal, a quien todavía se denomina propietario. En buena, elemental lógica, debiera (repetimos) concluirse que el verdadero propietario es el planificador, ya que la propiedad reconocida al propietario del suelo es meramente formal, vacía de contenido. No se entiende con tales presupuestos cómo el legislador, en razón de qué título, concede graciosamente (como ya vimos, ENTERRÍA/PAREJO ALFONSO apuntaron) al propietario una participación en las plusvalías generadas por el Ayuntamiento, planificador, siempre que, eso sí, en suelo urbano/urbanizable, consiga superar con éxito el «verdadero camino de perfección» (en feliz expresión de FRANCISCO PERALES MADUEÑO, «El nuevo texto refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana del Estado», RDU, 129/92, pág. 53) de adquisición gradual de deberes o facultades en los plazos perentorios al efecto, con el apercibimiento de expropiación-sanción (?) caso de incumplimiento, eso sí, previa audiencia al interesado, se supone que para que realice su autocritica y acepte la sanción como expiación por no haber superado el ascético «camino de perfección» purificador de su concepción «burguesa» de la propiedad.

Pero ¿en qué consiste el derecho de propiedad según la LS/92?

En principio, tal derecho es un deber de acuerdo con el artículo 19:

«La aprobación del planeamiento preciso según las clases de suelo que se trate determina el deber de los propietarios afectados de incorporarse al proceso urbanizador y al edificatorio en las condiciones y plazos previstos en el planeamiento o legislación urbanística aplicables, conforme a lo establecido en esta Ley.»

En segundo lugar, también deber, artículo 20:

«La ejecución del planeamiento garantizará la distribución equitativa de los beneficios y cargas entre los afectados e implicará el cumplimiento de los siguientes deberes legales:

- a) Ceder los terrenos destinados a dotaciones públicas.
- b) Ceder los terrenos en que se localice el aprovechamiento correspondiente a los Ayuntamientos por exceder del susceptible de apropiación privada o, en su caso, adquirir dicho aprovechamiento por su valor urbanístico en la forma que establezca la legislación urbanística aplicable.
- c) Costear y, en su caso, ejecutar la urbanización en los plazos previstos.
- d) Solicitar la licencia de edificación, previo cumplimiento de los deberes urbanísticos correspondientes, en los plazos establecidos.
- e) Edificar los solares en el plazo fijado en la preceptiva licencia.

El cumplimiento de estos deberes determina la gradual adquisición de las facultades urbanísticas que se definen y regulan en la sección siguiente.»

Más los clásicos deberes legales de uso, conservación (art. 21). Deberes/obligaciones *propter rem*, independientemente de quién sea su titular (art. 22).

Insiste la LS/92 en los pretendidos derechos de los propietarios, derechos que son deberes («facultades urbanísticas»: urbanizar, aprovechamiento urbanístico parcial, edificar, edificación; arts. 23 y sigs.).

Y al final del «camino de perfección» o «plan quinquenal» el propietario del suelo deviene propietario de la edificación («accesión retardada») siempre que la misma se halle amparada por licencia no caducada y conforme con la ordenación urbanística (art. 37.1), porque la edificación realizada al amparo de licencia posteriormente declarada ilegal por contravenir la ordenación urbanística aplicable no queda incorporada al patrimonio del propietario del suelo (art. 40).

¿Y qué si incumple alguno de los deberes urbanísticos? Procede, como anteriormente se adelantó, la expropiación o venta forzosa por incumplimiento de la función social de la propiedad, con valoración aún más reducida (arts. 52, 57 y 62.2), a no ser que el propietario del suelo tenga la fortuna de que el mismo se halle en municipio «exento» (DA 1.ª3) o que la Administración opte arbitrariamente por no aplicar dichas medidas.

Pero la lógica de la LS/92 (y anteriores LS) quiebra en sus premisas axiomáticas, acrílicas, «peticiones de principio» («quod erat demonstrandum»). El aprovechamiento agrícola/urbano/urbanizable del suelo responde a la lógica de los hechos, de su propia naturaleza y del mercado que el Plan ordena/racionaliza, pero en ningún caso crea, y su instrumentación corresponde al propietario, como facultades del dominio, goce/disposición, sin las cuales no es reconocible el derecho. El Plan no crea, no tiene poder taumatúrgico alguno, sino que conforma, racionaliza, una materia que le viene dada. La incriminación que las Leyes del Suelo hacen sistemáticamente del propietario del suelo como «especulador» oculta la incompetencia e incapacidad de gestión de una Administración a la que se le reconoce un *ius imperii* absoluto, un cheque en blanco, de planificador y gestor. Escaso margen de especulación le resta al propietario ante la «función pública» que constituye el urbanismo y totaliza la ordenación del espacio y cuando el propietario necesariamente se ve sometido a las leyes del mercado, por otra parte, fuertemente intervenido.

Resulta altamente ilustrativa la opinión al respecto, precisamente, de TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ en «Informe redactado sobre la Ley 8/90, de 25 de julio, y sobre el anteproyecto del Texto Refundido de la legislación del suelo», informe redactado como miembro de la Comisión de Expertos constituida en el MOPU, *RDU*, 129/92, págs. 16-17:

«Hay que decir, además, que la visión del legislador que resulta de la Exposición de Motivos de la Ley 8/90 es un tanto ingenua. Parece pensar que los planes no se cumplen en plazo porque los propietarios son gente desidiosa que además prefieren permanecer esperando que suban los precios de los terrenos, y esto no es así en absoluto. Pudo serlo en 1956 cuando se promulgó la primera Ley del Suelo, pero entre el escenario económico español de 1956 y el de hoy no hay ninguna semejanza, como es evidente.»

«El propietario del suelo —aunque a él sigan aludiendo los textos legales— no cuenta para nada en este sector, por lo menos desde la reforma de la Ley de 1975, que, lógicamente, puso sus ojos en el empresario inmobiliario. Ese es el auténtico protagonista, y un empresario no es un rentista que se conforme con esperar a que su patrimonio aumente.»

Pero el legislador de la Ley 8/90 no es ciertamente inocente ni ingenuo, como tampoco el de 1956 y 1975, sino que utiliza el fácil y recurrente recurso a una dialéctica sofisticada. Se hace derivar el problema social (escasez de viviendas) de la «especulación» antisocial del propietario (ganancia ilegítima) como fundamento legitimador para la implementación de medidas de «justicia social» a costa del propietario (función social de la propiedad). Tales presupuestos (dialéctica de la función social en materia urbanística) se ejemplifican en la doctrina de GARCÍA DE ENTERRÍA/PAREJO ALFONSO, también TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ, y la misma ha servido de legitimación autorizada de la Ley 8/90.

No se comprende, por ello, el intento de TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ de desmarcarse de la Ley 8/90 y LS/92, cuya filosofía se enraiza en dicha doctrina. En referido informe se dice:

«Desde entonces se sabe (GARCÍA DE ENTERRÍA lo explicó magistralmente un año antes de su ya clásico trabajo sobre los principios de la Ley del Suelo en *Problemas actuales del régimen local*, Sevilla, 1957) que el levantamiento de las cargas y el cumplimiento de los deberes depende de la posibilidad —y la legitimidad— de la adquisición por el propietario de las plusvalías que resulten del Plan. Los puentes estaban, pues, tendidos ya. En este sentido, por lo tanto, la Ley 8/90 no es una innovación.»

«La novedad de la Ley es la radicalización exagerada de ese esquema, la formalización de la estructura secuencial de la propiedad, la disección de las distintas facultades que integran el derecho y el encadenamiento rígido y formal de cada una al cumplimiento de los distintos deberes de forma que o bien no nacen o bien se pierden cuando esos deberes no se cumplen. El perfil del derecho, a fuerza de extremar sus rasgos, se ha hecho caricatura. El vicio está, pues, en la exageración, no en el concepto, como acertó a subrayar BENAVENTE con su nueva bienaventuranza: “bienaventurados sean nuestros imitadores porque de ellos serán nuestros defectos”.»

«La Ley 8/90 ha instaurado un urbanismo a toque de corneta, en el que cuando ésta suena todo debe estar en orden, pues si los plazos establecidos no se han cumplido entra en juego la expropiación bajo la forma de expropiación por incumplimiento de la función social de la propiedad o expropiación-sanción.»

Al «no es esto, no es esto» orteguiano, exculpatorio de TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ, la Exposición de Motivos de la Ley 8/90 le opone que «esto» es «más de lo mismo». La clásica escenificación goyesca de «Saturno devorando a sus hijos».

Igualmente falaz resulta la instrumentación que del artículo 47 CE operan la Ley 8/90 y LS/92:

«La Comunidad participará en las plusvalías que genera la acción urbanística de los entes públicos.»

Pero la Administración no genera, no crea, con el planeamiento plusvalía alguna; tan sólo se apropia coactivamente, por causa de nebulosa «función social», del 15 por 100 del aprovechamiento, más cesiones gratuitas de suelo para dotaciones públicas que la Ley ni siquiera cuantifica (deslegalización del derecho).

Todas las Leyes del Suelo (LS/56, LS/76 y LS/90) reiteran el mismo *ritornello*. Así, la LS/56:

«La Ley configura las facultades dominicales sobre los terrenos, según clasificación urbanística, constituyendo un estatuto jurídico del suelo. Las limitaciones y deberes que implica definen el contenido, normas de la propiedad según su naturaleza, y, por tanto, no dan lugar a indemnización.»

Igualmente, artículos 76 y 87 LS/76 y 5 y siguientes LS/92.

GARCÍA DE ENTERRÍA/PAREJO ALFONSO, obra citada, pág. 409, se remiten a la precisión conceptual limitación/delimitación, hoy moneda corriente:

«La doctrina alemana, desde GIERKE, distinguió por eso con toda corrección entre *Eigentumsbegrenzung*, delimitación de la propiedad que define su contenido esencial, y *Eigentumsbeschränkungen*, limitaciones de la propiedad que reducen o condicionan en situaciones singulares ese contenido normal que la Ley ha diseñado previamente. Lo que sobre la propiedad inmueble opera la Ley del Suelo (del 76) y los instrumentos de ordenación urbanística que ella habilita, los Planes en primer término, al determinar preceptivamente los usos posibles sobre los predios, es, justamente, establecer esos “límites” intrínsecos que “definen el contenido normal” del derecho de propiedad inmueble, como hemos visto que precisan, con absoluta corrección, los artículos 76 y 78.1 LS.»

«Que la Ley (aquí la LS) pueda acometer esa función de delimitación del contenido normal de la propiedad o de establecimiento de sus límites es lo normal, según hoy establece el básico artículo 33.2 de la Constitución a que luego tendremos que referirnos más despacio.»

Pero la referida interpretación doctrina/legal de la «función social» como delimitadora, conformadora, estructuradora del derecho de propiedad privada opera un vaciamiento radical del derecho. Este es considerado no a partir de la lógica que le es propia (derecho subjetivo, utilidad individual, autonomía de la voluntad, expresión de la libertad/dignidad de la persona), sino desde la lógica de la «función social», nebulosa jurídico-conceptual, más que concepto jurídico indeterminado, y por consiguiente de carácter necesariamente expansivo y totalizador a costa del correspondiente debilitamiento de la utilidad privada del derecho subjetivo.

La inseguridad jurídica y la arbitrariedad resultantes (art. 93 CE) son, sin embargo, consecuentes con la lógica perversa de la nebulosa «función social». Las diversas Leyes del Suelo (LS/56, LS/76, LS/90) instrumentan muy diferentes estatutos «ordinarios» (?) de la propiedad inmobiliaria, operando respectivamente una vuelta de tuerca adicional en la «administrativización» y vaciamiento del derecho a partir de un idéntico principio delimitador (vampirizador más bien) del contenido esencial del derecho, la «función social», constituyendo, creemos, un fraude constitucional.

Remitiéndonos nuevamente a DE LOS MOZOS, obra citada, pág. 202:

«En suma, la función social de la propiedad no es un concepto jurídico en sentido propio y no se puede poner en el mismo plano que el concepto de propiedad. Si se pudiera poner en el mismo plano, resultaría ser una condición o requisito de su reconocimiento, como sucede con la causa respecto del contrato y del reconocimiento general de la autonomía privada. Pero éste no es el caso. Concepto de propiedad y función social son, por tanto, categorías heterogéneas que no pueden ponerse en el mismo plano. Se opone a ello, además, la noción de derecho subjetivo y la propia unidad del concepto de propiedad por mucho que se aplique o recaiga sobre objetos de diversa naturaleza. En una palabra, la función social de la propiedad no es un concepto jurídico y aunque tenga un significado o una relevancia jurídica queda fuera del sistema.»

Y continúa DE LOS MOZOS en pág. 208:

«Por ello, y en tercer lugar, al referirse a que el criterio de la función social se desarrollará de “acuerdo con las leyes”, no sólo está aludiendo a la “reserva de Ley”, sino a que la función social es un “criterio” legislativo, es decir, de política legislativa, pero no por ello adquiere las dimensiones (por su necesaria inconcreción además) de un “principio general del Derecho” y ni siquiera de un *standard* jurídico o “cláusula general”, como el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo, sin olvidar, por otra parte, que

tal “criterio” se encuentra igualmente limitado por el “contenido esencial” del derecho de propiedad. Todo ello teniendo en cuenta además que toda la política social o económica del Estado se halla sujeta a la limitación que reconoce la libre empresa dentro del marco de la economía de mercado (art. 38 CE), aparte de hallarse sujeta, desde otro plano distinto al constitucional, en muchos aspectos a los objetivos de la política económica y social de la CEE.»

Es obligación de los poderes públicos (arts. 9.2 y 53.3 CE) hacer efectivos, reales, los principios rectores de la política social y económica, es decir, posibilitar que la generalidad tenga acceso al disfrute de los derechos socioeconómicos. Sólo la incapacidad, por incompetencia, de los poderes públicos en hacer efectivos dichos derechos busca la fácil coartada utilizando la función social de manera «desencializadora» de los derechos de los titulares, con escasa, por otra parte, utilidad para los no titulares. Cuando el derecho al trabajo (art. 40 CE), por ejemplo, vía normal para hacer efectivo el derecho a la vivienda (art. 47 CE) y a la propiedad en general, resulta una quimera, la dignidad de la persona (art. 10.1 CE) es sólo una palabra vacía, y el sacrificio de los propietarios («especuladores») tan sólo se resuelve en empobrecimiento general.

Pero la Constitución no sólo reconoce el derecho a la propiedad privada (art. 33.1) cuyo contenido esencial deben preservar las leyes (art. 53.1), sino que además garantiza que:

«... nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto en las leyes (art. 33.3).»

Ya se recordó con anterioridad el artículo 17 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789), el cual sólo admite la privación del derecho de propiedad por causa de necesidad pública legalmente constatada y bajo condición de una indemnización justa y previa. Dicha garantía, igualmente, en el artículo 349 del Código Civil. El Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales, protocolo adicional 1, se remite también a la utilidad pública como *causa expropriandi*, si bien el Estado español lo ratificó con la reserva del artículo 33.3 de la Constitución española. El Estado intervencionista amplía la tradicional *causa expropriandi* de «utilidad pública» al «interés social». La Constitución de 1931 habla de «utilidad social». La expropiación por causa de interés social es introducida en nuestro Ordenamiento por la LEF/54. En su Exposición de Motivos refiere:

«El artículo 32 del Fuero de los Españoles de 17 de julio de 1945, en su párrafo segundo, amplía significativamente el principio sin perjuicio de conseguir una más rígida formulación de los límites de legalidad. “Nadie podrá —dice— ser expropiado sino por causa de utilidad pública o de interés social, previa la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto en las leyes”. Al consagrar la expropiación por interés social la Ley fundamental viene a incorporar jurídicamente una concepción que habiendo superado el agrio individualismo del sistema jurídico de la propiedad privada de la economía liberal viene a entender implícita, tras toda relación de dominio, una función social de la propiedad.»

Y de acuerdo con los artículos 71 y siguientes de la Ley de Expropiación Forzosa, existe causa de interés social para la expropiación en determinados supuestos de incumplimiento de la función social de la propiedad, con perjuicio social. A la modulación que la Ley hace de la función social/interés social como *causa expropriandi* se remite la legislación posterior: Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 1973, la Ley de Expropiación Forzosa por incumplimiento de la función social de la propiedad de viviendas de protección oficial (1-4-77), Ley sobre fincas manifiestamente mejorables (16-20-79), Ley de Reforma Agraria Andaluza (3-7-84), si bien el Estado retiene la competencia exclusiva sobre legislación sobre expropiación forzosa (art. 149.1.18 CE).

La Constitución (art. 33.3) curiosamente reproduce casi literalmente el artículo 32 del Fuero de los Españoles: «*En ningún caso se impondrá la pena de confiscación de bienes. Nadie podrá ser expropiado sino por causa de utilidad pública o interés social, previa la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto en las leyes*». Previa indemnización, garantía igualmente del artículo 349 del Código Civil. La *ratio iuris* del precepto constitucional (art. 33) conlleva la interdicción de la confiscación y el previo pago del justiprecio como garantías del derecho, pero el silencio constitucional (consciente, sin lugar a dudas) resulta, cuando menos, turbador.

Las garantías del propietario frente a la expropiación son, de acuerdo con la jurisprudencia:

- *Causa expropriandi*: utilidad pública o interés social.
- Derecho a indemnización: justa compensación económica, equivalente económico. Valor que permita al expropiado adquirir en el mercado un bien o derecho análogo con el que sustituir, sin beneficio para él, pero tampoco sin merma patrimonial alguna, el que tenía con anterioridad. Fundamentalmente artículo 43 LEF.
- Expropiación de acuerdo con las leyes.

El concepto de «utilidad pública» viene utilizándose tradicionalmente como referencia a la ejecución o implantación de obras o servicios públicos. Así, artículos 10 LEF y 132 LS/92.

Respecto al «interés social», es de interés recordar la Exposición de Motivos de la Ley de Expropiación Forzosa:

«No se trata, pues, según claramente se precisa en la Ley, de dejar toda propiedad supeditada a la eventualidad de una expropiación por un interés social indefinido o enunciado de modo abstracto, sino simplemente de aquel caso en que la Ley fija al propietario una directiva concreta y le conmina con la expropiación para el supuesto de que la incumpla.»

La Ley de Expropiación Forzosa contempla supuestos de incumplimiento de la función social de la propiedad, con perjuicio social, y contemplando como beneficiarios de la expropiación a los perjudicados. En igual sentido, la normativa anteriormente referida, tanto pre como postconstitucional.

Pues bien, la LS/92 subvierte radicalmente las garantías constitucionales frente a la expropiación por lo que se refiere a la *causa expropriandi*, determinación del justiprecio y garantías procedimentales.

Los criterios de justiprecio en «expropiaciones urbanísticas» (arts. 46 y sigs. LS/92) se remiten a las valoraciones catastrales, las cuales si bien deben remitirse a valores de mercado (art. 66.2 Ley de Haciendas Locales), su permanencia en el tiempo (de las valoraciones catastrales) las hace irreconciliables con el valor del mercado por definición cambiante. Es decir, que la referencia al mercado es meramente ilusoria. Por lo que en la expropiación urbanística no opera la equivalencia del valor económico. Pero tales valoraciones no sólo se aplican a las expropiaciones urbanísticas, sino a todo tipo de expropiaciones (art. 46 LS/92), derogándose el artículo 43 de la Ley de Expropiación Forzosa. La Administración tributaria, sin embargo, recauda no según valoraciones catastrales, en las que no cree, sino según valoraciones reales de mercado (Impuesto sobre el Patrimonio, Transmisiones, Sucesiones y Donaciones). La arbitrariedad es flagrante (art. 9.3 CE).

Igualmente, por lo que se refiere a la expropiación-sanción o por incumplimiento de la función social de la propiedad. Ya la LS/76, artículo 124.2, disponía:

«El incumplimiento de las obligaciones y cargas impuestas por la presente Ley habilitará a la Administración competente para expropiar los terrenos afectados.»

Mera habilitación formal de la Ley, sin referencia a criterios materiales legales que la justifique.

La LS/92, entre los supuestos de aplicación de la expropiación contempla el de incumplimiento de la función social de la propiedad [art. 206.1.f)]. Se habilita a la Administración la potestad expropiatoria (o, en su defecto, la aplicación del régimen de venta forzosa del terreno, arts. 227 y sigs.) por incumplimiento de la función social de la propiedad:

«Por inobservancia de los plazos establecidos para la urbanización de los terrenos y su edificación o, en general, de los deberes básicos establecidos en esta Ley...» [art. 207.a)].

Se aplica, por consiguiente, al incumplimiento de deberes de los artículos 19 y siguientes y 186 de la Ley del Suelo.

La LS/92 ni siquiera se remite formalmente al interés social como *causa expropriandi* constitucional. Violenta burdamente el lenguaje para sus propios fines: denomina función social al cúmulo de deberes que establece, identifica «implícitamente» dicha función social con el interés social y concluye como *causa expropriandi* cualquier incumplimiento de cualquiera de los deberes. Pero el incumplimiento de la función social como *causa expropriandi* por «interés social», instituto expropiatorio (intervención máxima sobre el derecho) que constituye la «última ratio», opera en supuestos legalmente tasados cuando el interés social (no un interés social «difuso») lo demanda por el perjuicio social efectivamente ocasionado. Cuando no se dan tales supuestos de excepción, la Administración, de acuerdo con el principio general de proporcionalidad e intervención mínima (principio penal y también del Derecho administrativo, art. 96 LPA/92), habrá de aplicar las medidas ordinarias que las normas de procedimiento administrativo establecen.

El legislador invoca incontinentemente principios inefables cual si de un operador «litúrgico» se tratara, siendo meros *flatus vocis* para legitimar la adquisición coactiva de terrenos a precio de saldo, confiscatorio (arts. 52, 57 y 62 LS/92) y sin garantía procesal alguna, salvo el trámite de audiencia para que el propietario incumplidor de cualquiera de los deberes de los artículos 19 y siguientes de la Ley del Suelo, en plazos perentorios al efecto, realice su autocrítica. Dicha expropiación-sanción no constituyen una «última ratio», sino una sanción ordinaria para el caso de incumplimiento de cualquiera de los deberes urbanísticos y a precio confiscatorio. ¿No se le admitirá, siquiera, la presunción de inocencia como en el proceso penal o procedimiento sancionador administrativo? ¿No se exigirá dicha responsabilidad a título de culpa o dolo?

Pero los denominados supuestos de incumplimiento de la función social de la propiedad no excitan al legislador a su lógica subsanación.

Dicha potestad expropiatoria (o de venta forzosa) constituye simple

«facultad» discrecional (arbitrariedad, más bien, art. 42 LS, e, incluso, de acuerdo con DA 1.ª3, párrafo 2.º) en los Municipios de población inferior a 25.000 habitantes (la inmensa mayoría):

«La expropiación o sujeción al régimen de venta forzosa por incumplimiento de los plazos para urbanizar o edificar no será aplicable en estos Municipios, salvo que el Ayuntamiento, para la totalidad o parte del término municipal, acuerde su aplicación con carácter general.»

La inconsecuencia lógico-jurídica es patente. La razón de fondo no lo es menos: la Administración municipal carece estructuralmente de capacidad técnico-económica al efecto. Pero no importa que el propietario del suelo («especulador») carezca de capacidad para cumplir los deberes urbanísticos que le son impuestos («verdadero camino de perfección»). La expropiación, sanción o venta forzosa a precio de saldo penderá sobre él como una espada de Damocles a merced de la discrecionalidad municipal, salvo que tenga la fortuna de que su propiedad se halle en territorio «exento».

La lógica de la arbitrariedad del Poder reside en que la expropiación por incumplimiento de la función social de la propiedad ha institucionalizado lo que la Ley de Expropiación Forzosa trató de evitar: la posibilidad de expropiación en fraude legal. De acuerdo con la Exposición de Motivos de la Ley de Expropiación Forzosa:

«La Ley ha intentado, y cree haberlo conseguido, conciliar las exigencias idénticamente imperativas del respeto a la propiedad privada, evitando la posibilidad de expropiación en fraude legal, y del no menor respeto a la función social de esa propiedad, al procurar ordenar un procedimiento que permita hacer posible la expropiación a favor de un particular con garantía en el cumplimiento de la finalidad impuesta por la Ley.»

Por lo que a la «adquisición de facultades urbanísticas» («verdadero camino de perfección») se refiere, resulta sumamente ilustrativa la opinión de GONZÁLEZ PÉREZ sobre la Ley 8/90, obra citada, págs. 68 y 69:

«En la Ley que comentamos el derecho de propiedad urbana aparece desprovisto de las facultades inherentes a la propiedad. Para la Ley de Arrendamientos Urbanos las únicas facultades inherentes a la propiedad sobre el suelo son las facultades para aprovechamientos agrícolas, forestales y ganaderos, cinegéticos u otros semejantes (art. 5), es decir, la de la propiedad rústica. El propietario de suelo urbano o urbanizable carece en absoluto de la

facultad de edificar. Es un derecho vacío, de facultades urbanísticas. El aprovechamiento urbanístico es ajeno al derecho de propiedad. “El contenido urbanístico de la propiedad inmobiliaria —comienza el art. 11— se integra mediante la adquisición sucesiva de los siguientes derechos...” Estos son: el derecho a urbanizar (que se adquiere en los términos del art. 12), el derecho al aprovechamiento urbanístico (que se adquiere por el cumplimiento de los deberes que establece el art. 15), el derecho a edificar (art. 20) y el derecho a la edificación (art. 25).»

«A tenor de la normativa contenida en estos artículos..., el derecho a edificar es la culminación de un proceso cuyo desarrollo y ejecución queda en manos de las Administraciones públicas.»

«El propietario urbano se ha quedado degradado a la mera condición de agente de la Administración pública. Esta, con la mayor de las libertades en lo que afecta al suelo urbanizable y no urbanizable común, atribuye potencialidades distintas en consonancia a la diversa clasificación del suelo. Ella fija rigurosamente los programas de desarrollo del planeamiento y de ejecución de las previsiones urbanísticas. No queda margen alguno al propietario (si no es en los supuestos anecdóticos de la urbanización y edificación).»

«Por último, la Ley de Arrendamientos Urbanos, siguiendo la línea de leyes anteriores, consagra una normativa que conduce a la privación al propietario de sus facultades dominicales, sin indemnización. El propietario que no ha podido cumplir todas las exigencias que la Ley prevé para llegar a adquirir el derecho a edificar y a la edificación se ve privado de sus derechos a construir de unas de las facultades a cambio de una indemnización mísera.»

La LS/92 degrada ciertamente al propietario del suelo («especulador», antisocial) a la mera condición de agente de la Administración, coherentemente con las pautas legales anteriores de que trae causa. Refiere RODOTA, obra citada, págs. 232-233:

«... la antigua y siempre recordada afirmación de quienes ven en cualquier disminución de los poderes del propietario nada más y nada menos que su progresiva reducción a la condición de funcionario del Estado, como en efecto ocurrió en las ideologías totalitarias que teorizaban una posición del Estado o del Volk muy especial en relación con el individuo.»

Con amplia nota bibliográfica sobre el Estado fascista, pero extrañamente, por su condición de comunista, sin referencia alguna al llamado «socialismo real».

JAVIER BARNÉS, por su parte, obra citada, pág. 70, si bien con anterioridad a la Ley 8/90, insiste:

«Más en concreto, si el *dóminus* no se ha convertido —en virtud de la función social— en mero agente público (sería inútil el reconocimiento de la propiedad privada)...»

Y más adelante, pág. 77:

«Aunque no cabe caracterizar al titular dominical como un funcionario o agente público, podríamos contemplarlo, en cambio, representando el papel de “administrador” de los bienes objeto del derecho. Con el uso, en lenguaje figurado, de estos términos no se pretende sino subrayar que, sin transformarse en un mero servidor o ejecutor de las eventuales órdenes de la Administración, no es tampoco el titular exclusivo y excluyente de los bienes: ostenta, por lo contrario, ciertos poderes, delimitados, que recaen sobre determinados bienes. Se persigue, en fin, poner de relieve, de un modo plástico, la identidad entre la utilidad privada y la social que residen en el contenido del derecho estatutario definido (lo que nunca sucedería con un “agente público”), al tiempo que se destaca el carácter derivado y secundario del dominio (cuyo titular “administraría” unos bienes que originariamente corresponden a la sociedad, por lo que su ejercicio habrá de ser fiel reflejo y no podrá renegar del principio que le dio luz).»

Texto ejemplar que todo propietario del suelo («especulador») debiera meditar antes de emprender el purificador «camino de perfección» que la LS/92 le ha trazado.

La LS/92, para concluir, opera una vuelta de tuerca adicional en el proceso de «administrativización» y vaciamiento del derecho de propiedad privada, que la Constitución española, no obstante, garantiza. La mutación operada en la institución civil del derecho de propiedad no es inocente, no es ingenua. El Derecho civil es un derecho entre iguales. El derecho administrativo constituye un *ius imperii* por causa (coartada) de, en este caso, la nebulosa «función social», reino de la arbitrariedad del Poder, que reduce al ciudadano a la condición de súbdito.

Estimamos, con parte de la doctrina, que la vigente Ley del Suelo constituye un fraude de la Constitución por cuanto que, remitiéndose formalmente a preceptos constitucionales, vacía de contenido el derecho de propiedad privada que la Constitución reconoce y garantiza en artículos 33 y 53.1 mediante una instrumentalización indiscriminada y totalizadora de la nebulosa «función social», reduciendo al propietario del *status* de *dominus*

al de *servus*, sometido a una irracional mecánica secuencial y perentoria de deberes como condición para materializar parte del *ius aedificandi* que la Administración se irroga como propio y utilizando el instituto expropiatorio como medida ordinaria de expropiación-sanción con precio confiscatorio, sin garantías procesales y en base a un «difuso» interés social que se invoca como legitimación, otorgándose, por otra parte, omnímodos poderes a la Administración («cheque en blanco», deslegalización) en cuanto a la clasificación del suelo, entre otros extremos, se refiere.

Debe devolverse a la propiedad su *status* de «dominium plenum in re corporali», área de libertad individual, condición de ciudadano, que no de súbdito/agente de la Administración, poder jurídicamente protegido frente a la arbitrariedad de los poderes públicos, sin perjuicio de la ordenación del urbanismo como «función pública», racionalizadora/no totalizadora, que trasciende el interés individual.

La Constitución recupera y garantiza, frente al régimen anterior, el sistema de libertades de las Declaraciones de Derecho, calificado de «burgués» y formal por los totalitarismos, al tiempo que, de acuerdo con el nuevo orden que inicia la Constitución alemana de Weimar (1919), constitucionaliza la obligación de los poderes públicos de promover las condiciones para que la libertad e igualdad y los derechos socioeconómicos sean reales y efectivos (art. 9.2 CE). El Poder se legitima como garante y promotor de los derechos y libertades porque, parafraseando el principio bíblico, la persona no se sitúa en función del Estado, sino el Estado en función de la persona, ciudadano, no súbdito.

Puede el particular arguir, frente a la arbitrariedad de la Administración (planeamiento urbanístico), «desviación de poder», prueba «diabólica» ésta cuando el ámbito de discrecionalidad («cheque en blanco») es tan amplio que sus contornos se difuminan con los de la arbitrariedad y cuando, además y en última instancia, la acción judicial legitima el sistema de la legalidad urbanística.

Recurso más radical y efectivo en cuanto que cuestiona el sistema legal, resulta la promoción ante la jurisdicción ordinaria de la «cuestión de inconstitucionalidad» (arts. 163 CE y 35 y sigs. LOTC) a fin de que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la vigente Ley del Suelo.

La utilización que del lenguaje en general y de la «función social» en particular hacen las Leyes del Suelo, evoca el siempre actual diálogo de *Alicia a través del espejo*:

«—Cuando yo uso una palabra —insistió Humpty-Dumpty con un tono de voz más bien desdeñoso— quiere decir lo que yo quiero que diga..., ni más ni menos.

—La cuestión —insistió Alicia— es si se puede hacer que las palabras signifiquen tantas cosas diferentes.

—La cuestión —zanjó Humpty-Dumpty— es saber quién manda...; eso es todo.»

ANA MARÍA ECHEANDÍA MOTA
Secretaria del Ayuntamiento de Noya

La intransmisibilidad de la posición jurídica de socio en el contrato de sociedad

SUMARIO: I. LA INTRANSMISIBILIDAD *INTER VIVOS* DE LA CONDICION DE SOCIO.—II. LA MUERTE DEL SOCIO EN LA EXTINCION DEL CONTRATO DE SOCIEDAD.—III. LA CONSIDERACION DE SOCIO Y SU INTRANSMISIBILIDAD *MORTIS CAUSA*.—IV. INCIDENCIA DEL DERECHO ROMANO EN LA REGULACION DEL CONTRATO DE SOCIEDAD SEGUN NUESTRO CODIGO CIVIL.

Como es sabido, la constitución del contrato de sociedad aparece en el Derecho Romano clásico (1) sobre el precedente quiritarario del *consortium erecto non cito* constituido por los herederos del causante. Juntamente con dicho contrato surge la prohibición de que, en las sociedades de carácter privado, un socio pueda ser sustituido por otro y, la de que el heredero, ocupe el lugar del socio fallecido. Esta última prohibición perdura en el derecho justiniano, si bien se fueron admitiendo algunas excepciones.

Ciniendonos a las sociedades privadas, y concretamente a las *societates omnium bonorum*, resulta sugestivo entrar en su estudio con la doble finalidad de aportar una reflexión que ayude a justificar su exigencia en el Código Civil y de contribuir a un mejor conocimiento de una temática multiseccular. Nos ceñiremos al tipo contractual de dichas *societates omnium bonorum* que han de considerarse como la forma originaria de las socieda-

(1) Es una opinión generalmente aceptada que la *societas omnium bonorum* estuvo completamente configurada en la época clásica. Entre otros, A. POGGI. *Il contratto di società in Diritto Romano Classico*. Fasc. I, Roma, 1972, pp. 2 ss., A. TORRENT: «Consideraciones sobre la *societas omnium bonorum*», en *RISG* XI (1963-67), pp. 205 ss., y M. TALAMANCA: «Società in generale Diritto Romano», en *Enciclopedia del Diritto*. Milano, 1990, pp. 817 ss.

des privadas; a semejanza del contrato que les daba origen, se configuraron las restantes clases de contratos de sociedad (2). No entraremos en el estudio de las de naturaleza pública que estaban sujetas a un régimen sensiblemente distinto, y que, por ello, daban lugar a conclusiones diversas de las que se deducen de la consideración de las primeras.

El carácter personalísimo de la relación obligatoria que nace del contrato y la muerte del socio como causa general de extinción del mismo y sus posibles excepciones, llevaban como consecuencia la intransmisibilidad de la posición jurídica de socio. Tal regulación romana ha tenido incidencia en nuestro Código Civil.

I. LA INTRANSMISIBILIDAD *INTER VIVOS* DE LA CONDICION DE SOCIO

En los contratos no formales, como el de sociedad, el vínculo entre los sujetos surge de la palabra dada y exige que ésta se mantenga hasta que se haya cumplido por completo la prestación objeto del mismo, que siempre ha de perseguir la consecución de un interés común a todos los contratantes, aunque éste no les produzca ningún lucro.

Las relaciones de los socios tienen su fundamento en la amistad y en la confianza, debiéndose fidelidad mutua (3) y están protegidos por una acción de buena fe: la *actio pro socio*, con condena infamante.

Todas estas características estuvieron sustraídas a la voluntad de los contratantes porque constituían los elementos esenciales del contrato; de ahí que su propia existencia dependiera de su cumplimiento.

La consideración especial de los sujetos contratantes y su relación *in iuitu personae* conllevaba que el contrato se circunscribiera al ámbito estricto de los socios. Se aplicó a ultranza el principio *res inter alios acta aliis nec nocere nec prodesse potest*, sin que pudiera existir ninguna excepción; porque la mutua confianza que se depositaron fue personal e intransferible

(2) Este es el criterio mayoritariamente sostenido por la doctrina, aunque algunos autores se han planteado su revisión. En este sentido, A. GUARINO: «Societas consensu contracta», en la *Società in Diritto Romano*. Napoli, 1988, pp. 11 ss. Y WIEACKER, recensión de la obra y del autor citado, en *IURA*, 1973, pp. 243 ss. M. KASER: «Neue Literatur zur societas», en *SDHI*, 1975, p. 281. Todo ello citado por M. TALAMANCA *Op. cit.*, p. 284.

(3) CICERÓN, recogiendo el sentir de su época, manifestó que: «... no se puede vivir sin amistad...» y que: «los amigos son más necesarios que el fuego, que el agua y que el pan». Cic., *Lael.* 6,22. «Non aqua, non igni, ut aiunt, locis pluribus utimur quam amicitia». Y tal como afirma SCHULZ «de la amistad romana derivan una gran multitud de deberes serios e importantísimos». Cf. F. SCHULZ: *Principios del Derecho Romano*. Trad. al esp. por M. ABELLÁN VELASCO. Madrid, 1990, pp. 253 ss.

a otras personas (4). Esto se tradujo en el principio de vinculación exclusiva de los socios, recogido en el texto *D. 17,2,20* (Ulp., *Ed. 31*): *nam socii mei socius meus socius non est* (5).

Este enfoque explica que la muerte de uno sólo de los socios fuera un modo involuntario de extinción del contrato y que, en vida, tampoco pudieran realizar ningún negocio o acto jurídico que pudiera implicar sustitución o subrogación en el lugar de alguno de ellos, puesto que cualquier cambio producido en este sentido hubiera conllevado la extinción del contrato.

Por el mismo motivo, tampoco podía utilizarse la enajenación de la participación en el haber social como medio transmisivo de la posición de socio. Las fuentes fueron explícitas sobre el particular al decir (Gai, *Ed. prov. 10*) (6): *Nemo ex sociis plus parte sua potest alienare, etsi totorum bonorum socii sint*. Texto que limitaba la capacidad de disposición del socio a uno o varios elementos materiales que constituían su parte en la sociedad; y el precio obtenido por la venta pasaba a engrosar el activo común al tratarse, como hemos dicho, de una *societas omnium bonorum*.

Si el objeto de la venta era la totalidad de la parte del socio, se estaba ante lo que GAYO definió como sucesión por compra de bienes (7), sobre cuya validez y eficacia, en relación a este contrato, debemos reflexionar. Para que pudiera llevarse a cabo la enajenación era imprescindible que previamente se delimitara, con toda precisión, el objeto de la venta, es decir, que se concretara la parte que le correspondía al socio enajenante, al efecto de llevar a cabo la *traditio* o el acto que corresponda, según la cosa o derecho, con arreglo a cada uno de los elementos individualmente considerados. No podía entenderse como una *universitas*, ya que si así fuera se estaría ante un supuesto de cesión de contrato, figura desconocida en el Derecho Romano.

(4) J. MACQUERON. *Histoire des Obligations. Le droit romain*. Aix-en-Provence, 1971. pp. 390 ss. En igual sentido, entre otros autores, C. ARNO: *Il Contratto di Società* Torino, 1938. pp. 342 ss.

(5) F. SERRAO: «Sulla rilevanza esterna del rapporto di società», en *St. Volterra*, 5 (1971), pp. 743 ss. Considera que el texto citado no es el más significativo para indicar el principio de que el contrato de sociedad produce efectos sólo entre los socios sino que tenga ninguna eficacia respecto a los terceros que no han intervenido en la conclusión del mismo. Sostiene que cualquier actividad del socio respecto a terceras personas —como es el caso previsto en los textos *D.17,2,19* y *21* (Ulp., *Sab. 30*), *D.17,2,22* (Gai. *Ed. prov.*, 10) y *D.17,2,23* (Ulp., *Sab. 30*)— no constituye una actividad social sino un acto realizado por cuenta única y exclusivamente del sujeto que lo lleva a cabo y, por este motivo, está al margen de la sociedad. Cf. KNUTEL: «Die Haftung für Hifspersonem im römischen Recht», en *ZSS*, 1983, pp. 423 ss.

(6) *D. 17,2,68 pr.*

(7) GAI, *Inst.* 3,78: *Bona autem ueneum aut uiuorum aut mortuorum (...) Mortuorum bona ueneunt uelut eorum quibus certum est neque heredes neque bonorum possessores neque ullum alium iustum successorem existere*

La delimitación de la cuota debía realizarse mediante el ejercicio de la *actio communio dividundo* para procederse a la liquidación de la misma, por cuanto, en éste tipo de sociedad (8), los bienes de los socios formaban una *communio* en la que los comuneros tenían sus derechos y propiedades circunscritos a la cuota o participación que poseían en la sociedad (9); en ella regía el *ius prohibendi* propio de toda *communio*.

La liquidación previa implicaba de por sí la extinción de la sociedad y, además, si la venta era voluntaria, concurriría otra causa de extinción que vendría dada por la falta de interés del socio en permanecer en la sociedad, lo cual podría interpretarse como una renuncia tácita a su condición de socio. De no ser la venta voluntaria sino necesaria, como sería el caso previsto en el *D. 17,2,65,1* (Paul., *Ed. 30*): *Item bonis a creditoribus venditis unius socii, distrahi societatem Labeo ait*, también provoca, como consecuencia, la extinción de la sociedad, ya que, al igual que el caso anterior, la cuota de participación en la misma pasaba a titularidad del adquirente, quedando el socio desprovisto de patrimonio a consecuencia de la enajenación efectuada por sus acreedores; no adquiriría el importe de la venta, porque lo obtenido ha de aplicarse a satisfacer sus propios créditos y deudas. De esta suerte, lo obtenido por la venta no se incluiría en el activo de la sociedad, a no ser que, una vez satisfechas las deudas, resultara un sobrante, que sí se incorporaría a dicho activo. Salvo en este último supuesto, la sociedad se extinguía, porque no se admitía en la misma ningún socio sin aportación de bienes, ya fueran corporales o incorporeales o de trabajo propio, ya que siempre debía mediar alguna aportación (10).

Por consiguiente, tanto si la enajenación de la totalidad de la cuota tenía lugar voluntariamente como si se llevaba a cabo necesariamente, ambos tipos de venta producían como efecto la extinción del contrato de sociedad. En el primer caso, la extinción era debida a la falta de voluntad del socio para continuar en el mismo, que se desprendía del hecho de querer enajenar su cuota y del ejercicio de la acción de división que se llevaba a cabo para la individualización. En el segundo supuesto, se producía también la extinción, porque al aplicarse la totalidad de lo obtenido por la venta a la satisfacción de todas las deudas, el socio dejaría de serlo al no tener ninguna aportación en la sociedad.

De todo ello puede deducirse que, en las sociedades privadas, nunca se

(8) Como es sabido, en otros casos no se forma ninguna copropiedad, como, por ejemplo, el supuesto recogido en el texto *D. 17,2,71* (Paul., *Ep Dig. Alf*, 3).

(9) Este tipo de copropiedad era propio de la época clásica y ha sido denominada por la doctrina «propiedad plúrima parcial» para diferenciarla de la «propiedad plúrima integral» que era la que existía con anterioridad. Cf. A. TORRENT: «Notas sobre la relación entre *communio* y copropiedad», en *Studi Grosso*, II (1968), pp. 101 ss.

(10) Cf. *D. 17,2,5,2* en relación a *D. 17,2,29*, pr y 1

permitía que la enajenación de la cuota se utilizara como instrumento para que el socio pudiera transmitir su condición de tal. Siempre e independientemente del medio que se utilizara, los únicos objetos que se transmitían con la venta eran los elementos constitutivos de la cuota social, sin que ello implicara ningún cambio en los sujetos, ya que de pretenderlo provocaría como consecuencia la extinción de la sociedad y, por lo tanto, no llegaría a producirse cesión alguna.

Tampoco podía plantearse la venta como enajenación del derecho del socio, porque en el casuismo que aparece en las fuentes referido a las enajenaciones de *res incorporales* (11), el objeto de la venta era el contenido o ejercicio del derecho correspondiente, de acuerdo con el modo de ver de los juristas romanos clásicos que no operaban con la noción de compraventa traslativa de la propiedad. La aplicación de esto al contrato de sociedad chocaría con el carácter *intuitu personae* referido a los socios, y por ello dudamos de la eficacia y de la validez de una venta cuyo objeto hubiera sido el derecho del socio.

Conclusión distinta de la anterior se obtiene en el caso de las *societates publicanorum* que precisamente por la particularidad de su objeto y por la finalidad pública perseguida, permitían que pudieran sustituirse las personas de los socios, sin que ello implicara la extinción del contrato. Si bien se preceptuaba que los sujetos reunieran, además de los requisitos normalmente exigidos en cuanto a la capacidad, aquellas exigencias específicamente concretadas en las *leges licitationis* (12) del contrato. Tal peculiaridad se explica porque tales sociedades constituían, a diferencia de las anteriores, lo que modernamente se conoce por persona jurídica; y, además, primordialmente, porque, al tener éstas una finalidad pública, la consecución de esta finalidad no podía quedar interrumpida por cualquier vicisitud que se produjera en las personas de los socios. En las *societates publicanorum* el carácter *intuitu personae* era interpretado en relación a la idoneidad del socio para lograr el fin pretendido, como hemos de ver más adelante.

No se podían establecer estipulaciones a favor o a cargo de terceras personas ajenas al contrato. Esta prohibición tuvo carácter general durante

(11) Entre otras fuentes, pueden citarse las rúbricas *D.* 18,4 y *C.* 4,39 relativas a la venta de herencia, *D.* 32,59 en relación con *D.* 30,44,5, que aluden a la venta de créditos, la venta de *milvua* en *D.* 31,22,21. *D.* 32,102.2 y 20; la venta de derechos de goce como servidumbres, usufructo y enfiteusis también aparece en los textos, etc. Cf. «Vendita in generale a) Diritto Romano», en *Enciclopedia del Diritto, Op. cit.*, XLVI, pp. 303 ss. Para la venta de herencia. A. TORRENT, *Venditio hereditatis La venta de herencia en Derecho Romano* Salamanca, 1966, p. 236.

(12) Sobre este particular resulta de especial interés el artículo de J. A. ARIAS BONET: «Societas Publicanorum», en *AHDE*, XIX (1948-49), Madrid, pp. 266 ss. y la bibliografía citada por F. CANCELLI «Società», en *NNDI*, XII, p. 495 y, además, ZIMMA *Ricerche sulle società di publicani*. Milano, 1981. KLINGENBERG, en *ZSS*, 1982, pp. 403 ss.

todas las etapas de la vigencia del Derecho Romano hasta que, en la época justinianeas, se dejó sin efecto en algunos supuestos en los que había un interés para el estipulante; fueron excepciones concretas, que no alcanzaron al contrato de sociedad.

Tampoco se admitió que el sujeto se obligara mediante estipulaciones para después de la propia muerte (13). Se trata de lo que ALBANESE (14) denomina «término inicial *post mortem meam*». Desde la perspectiva de la propia estipulación era inadmisibles, porque su eficacia estaba circunscrita al ámbito *inter vivos* y, desde la perspectiva del contrato de sociedad, su inserción hubiera implicado admitir que el socio causante obligara a su heredero a continuar vinculado al contrato. Esto último hubiera vulnerado la regla recogida en el texto de PAULO, *D.* 45,1,83, pr (Paul., *Ed.* 72) (15) que circunscribe los efectos del negocio jurídico a la esfera estrictamente personal de quien los realiza, y hubiera implicado también una transgresión del principio de vinculación exclusiva de los socios. En consecuencia, la inserción de tal estipulación hubiera producido la nulidad, tanto de la propia estipulación como del contrato.

Tal argumentación, unida al carácter *intuitu personae* que prima en la relación entre los socios y que convierte en personalísimas las obligaciones nacidas del contrato, es igualmente válida para justificar la prohibición de constituir sociedad, a su heredero (16), al tratarse de una estipulación hecha por otro.

No tuvieron incidencia en el contrato de sociedad las transformaciones producidas en el Derecho Romano clásico que implicaron la revisión de algunos principios y la inaplicación de otros que habían informado hasta entonces los contratos. Ello fue debido al uso reiterado de los *pacta adiecta* (17), mediante los cuales podían modificarse convencionalmente extre-

(13) Cf. GAI, *Inst* 3,100. *Denique inutilis est talis stipulatio, si quis ita dari stipuletur: POST MORTEM MEAM DARI SPONDES? uel ita. <POST MORTEM TVAM DARI SPONDES? ualeat autem, si quis ita dari stipuletur: CVM MORIAR DARI SPONDES? uel ita>: CVM MORIERIS DARI SPONDES? id est ut in nouissimum uitae tempus stipulatoris aut promissoris obligatio conferatur; nam inelegans esse uisum est ab heredis persona incipere obligationem. Rursum ita stipulari non possumus. PRIDIE QVAM MORIAR, aut. PRIDIE QVAM MORIERIS, DARI SPONDES? quia non potest aliter intellegi 'pridie quam aliquis morietur', quam si mors secuta sit; rursus morte secuta in praeteritum reducitur stipulatio et quodammodo talis est: HEREDI MEO DARI SPONDES? quae sane inutilis est.*

(14) B. ALBANESE: *Gli atti negoziali nel Diritto Privato Romano*. Palermo, 1982. pp. 320 ss..

(15) Cf. *Inter stipulantem et promittentem negotium contrahitur; itaque alius pro alio promittens «datum facturumve eum», non obligatur; nam de se quemque promittere oportet; (...).*

(16) Cf. *D* 17,2,35 (Ulp., *Sab.* 30) que dice: *Nemo potest societatem heredi suo sic parere, ut ipse heres socius sit (...).*

(17) B. ALBANESE: *Op cit* pp. 149 ss.

mos no esenciales de los mismos; lo que implicó que paulatinamente los contratos dejaran de considerarse como un vínculo estrechamente personal entre los sujetos, para dar supremacía al aspecto puramente convencional. Ello conllevó, a su vez, una transformación en los criterios determinativos de la responsabilidad, dando entrada al carácter objetivo frente al subjetivo, que era el anteriormente existente; y esta mutación provocó que se otorgara validez a ciertas estipulaciones en favor de tercero. Pese a todos estos cambios quedaron algunas reminiscencias de otros tiempos, como fue el caso de la prohibición de obligarse para después de la propia muerte.

Debido a su función reipersecutoria se fue reconociendo, de modo paulatino, la transmisibilidad al heredero de las obligaciones nacidas de contratos. Para ello se utilizó la inserción de una cláusula en las estipulaciones en la que el sujeto declaraba que se obligaba por sí mismo y por el propio heredero, cláusula cuyo uso reiterado la transformó en regla jurídica (18). Con todo, tal transmisión sólo podía ser a título universal y nunca podía tener la consideración de sucesión particular, debido, entre otras causas, a que perduraba la influencia del carácter personal de la obligación.

Todo ello no afectó al contrato de sociedad. De haberse admitido, hubiere implicado una modificación en los elementos esenciales configuradores del mismo, y particularmente hubiera afectado al carácter personalísimo de la posición de socio, dando lugar a otro contrato distinto por cuanto el de sociedad no hubiera existido al faltarle los elementos que lo generaban.

Desde del punto de vista sucesorio, la inadmisibilidad de la transmisión al heredero de la condición de socio por actos *inter vivos* viene reforzada por la circunstancia de que si, en el momento de constituir el contrato, uno de los socios o todos ellos convinieran su sucesión en la sociedad a favor de su respectivo heredero, tal pacto podría interpretarse como un pacto sucesorio, que habría que incluir dentro de los *pacta de succedendo* o pactos sucesorios confirmativos o de institución.

Estos pactos eran inadmisibles en el Derecho Romano por cuanto la figura del contrato y los pactos adjuntos al mismo generaban obligaciones sólo *inter vivos*. Su utilización no podía hacerse extensiva para designar a un sucesor, al ir en contra del espíritu de aquel derecho e incluso de los *boni mores* de la época, ya que el llamamiento a la sucesión únicamente podía realizarse *ex testamento* o *ab intestato*, pero nunca por vía contractual (19).

(18) E. BETTI. *La Struttura dell'Obbligazione Romana e il Problema della sua genesi*. Milano, 1955, pp. 59 ss

(19) Este sentido se deduce de varios textos como: *D.* 39,5,29,2 (Pap, *Resp.* 12)-*D.* 45,1,61 (Iul. Urs., *Fer.* 2) y *C.* 8,38,4 y ha sido puesto de manifiesto por gran número de autores de la doctrina romanística moderna, por ejemplo, M. KASER: *Derecho Privado Romano*. Trad. al esp. por J. SANTA CRUZ TEIXEIRO, 2ª ed., Madrid, 1982. pp. 304 ss.

II. LA MUERTE DEL SOCIO EN LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO

En el Digesto, y también en las Instituciones de GAYO, se establece expresamente que la muerte del socio constituye una de las causas de extinción del contrato de sociedad. El texto aludido en el *Corpus Iuris Civilis*, que hemos citado anteriormente, es de MODESTINO (20); el de GAYO (Gai, *Inst.* 3,152) dice: *Soluitur adhuc societas etiam morte socii, quia qui societatem contrahit certam personam sibi eligit*. Ambos textos no plantean discusión alguna en la doctrina, ya que, por la misma naturaleza del contrato, la muerte del socio conllevaba la extinción del mismo.

El contrato de sociedad, creado en el ámbito del *ius gentium* (21), cuya finalidad era la de que pudieran realizarse negocios jurídicos generalmente de naturaleza eminentemente comercial, se utilizó también para otro tipo de actividades. El *status civitatis* no implicó ningún impedimento para su conclusión, porque se dejaron a un lado los requisitos relativos a la ciudadanía y los derechos unidos a ella que había establecido el *ius civile*.

Destaca TALAMANCA (22) que, en la época de Q. MUCIO, siglos II y I a. C., existe constancia a través de los textos (23) de que, en la práctica, se constituían sociedades *consensu contractae* entre los *cives*, aunque sus raíces llegaban hasta el derecho quirritario en la figura del *consortium ercto non cito* (24).

La forma quirritaria de constitución del *consortium* no era contractual, ni en ningún momento de su vigencia se podía convertir en contrato. Era una comunidad entre hermanos que se constituía a la muerte del *pater* (25), ya

(20) Cf. D. 17,2,4,1 (Mod., Reg. 3), Gai, *Inst.* 3,152, respectivamente, y también I 3,25,5.

(21) Así lo consigna Gai, *Inst.*, 3,154, cuando dice: *...Sed ea quidem societas de qua loquimur, id est quae nudo consensu contrahitur, iuris gentium est; itaque inter omne homines naturali ratione consistit*.

(22) M. TALAMANCA: *Op. cit.* p. 818.

(23) Entre otros, D. 44,7,57 (Pompon., Q. Muc., 36): *In omnibus negotiis contrahenda, sive bonis fide sint, sive non sit, si error aliquis intervenit, ut aliud sentiat (...)*.

(24) Cf. Gai, *Inst.*, 3,154 a. Que el origen del contrato de sociedad hay que buscarlo en el antiguo *consortium ercto non cito* ha sido un criterio generalmente admitido por la doctrina. Pero incluso los autores que negaron este origen, como MACQUERON, pusieron de relieve la gran influencia que tuvo el *consortium* en determinados aspectos del contrato de sociedad. Cf. J. MACQUERON. *Op. cit.*, pp. 170 ss. M. TALAMANCA: *Op. cit.*, pp. 815 ss. A. TORRENT. *Op. cit.*, en *RISG*, pp. 205 ss., entre otros.

(25) Independientemente de la discrepancia doctrinal que existe entorno a la forma de constitución del *consortium ercto non cito*, entre los autores que sostienen el origen voluntario y consensual y los que se pronuncian por la formación, de manera automática, provocada por la muerte del *pater* y la voluntad de los *fratres* sólo tiene incidencia para su pervivencia; criterio, este último, al que nos adherimos, no cabe duda alguna que en el *consortium inter fratres* está el germen del contrato de sociedad. Cf. A. TORRENT: «*Consortium ercto non cito*», en *AHDE*, XXX IV (1964), pp. 479 ss. J. ARIAS RAMOS.

que sólo podía estar integrada por los *fili* del *pater* causante, sin que pudieran intervenir terceras personas. Otra peculiaridad radicaba en su objeto, el cual se refería siempre a la herencia. El *consortium* potenciaba la vida del grupo familiar manteniendo en su seno una unidad económica, mediante la copropiedad de los bienes materiales, quedando fuera del mismo las relaciones de carácter personal.

Con el transcurso del tiempo se adoptó la misma forma jurídica para sujetos distintos a los indicados y con un objeto diferente al de la herencia. Fue lo que la doctrina ha denominado «consorcio entre extraños», de cuya existencia dan fe los fragmentos de GAYO descubiertos en el año 1933 en El Cairo (26).

La sociedad entre extraños fue, sin duda, un paso decisivo para propiciar la existencia del contrato de sociedad (27), a pesar de que la finalidad pretendida con aquella forma de *consortium* no era la de generar un contrato, sino la de crear una comunidad indivisa. La comunidad entre extraños se diferenciaba también, por su forma de constitución, de lo que sería el contrato de sociedad, ya que en éste era suficiente el consentimiento prestado por los sujetos y, en cambio, en aquel consorcio debían realizarse una serie de formalismos ante el pretor, lo cual circunscribía su realización únicamente a los ciudadanos romanos.

Pese a las diferencias indicadas, el contrato de sociedad tomó de aquellas figuras las características que luego lo configuraron; porque, al igual que los restantes contratos consensuales, se sancionaron de nuevo, y de una manera más flexible y acorde con las necesidades de los nuevos tiempos, instituciones muy antiguas que tuvieron validez en el *ius civile* (28).

Tal como resume ARIAS RAMOS, basándose en el fragmento gayano de El Cairo anteriormente citado, de la *societas erecto non cito*, que era legítima e *inseparabilis*, se pasó al consorcio artificial, que era voluntario,

«Los orígenes..» *Op. cit.*, pp. 149 ss. GIRARD: *Manuale élémentaire de Droit Romain*, 7.^a ed., París, 1924. ALBERTARIO: «Appunti sul consorzio familiare romano», en *Riv. dir. comm.*, XXXII (1934), p. 232. En contra, LEVY-BRUHL: «Le consortium artificiel du nouveau Gaius», en *Nouv. et*, París, 1947, pp. 60 y los autores citados en la n. 1; con reservas, J. A. ARIAS BONET: «Societas...», *Op. cit.*, pp. 237 ss.

(26) Cf. GAI, *Inst.*, 3.154 b, que dice: *Alii quoque qui uolebant eandem habere societatem, poterant id consequi apud praetorem certa legis actione.* (..).

(27) WIEACKER sostiene que la sociedad tiene, al menos, un doble origen, uno, proviene del «Wahlkonsortium» entre extraños y otro, de convenciones *iuris gentium* para finalidades más limitadas. Un reflejo de este doble origen se encuentra en la casuística que nos presenta la distinción entre *societas omnium bonorum* y *societas unius negotiationis*. Cf. WIEACKER: *Societas Hausgemeinschaft und Erwerbsgesellschaft*, 1936; y también, en ZSS, 1952, pp. 488 ss en relación pp. 302 ss.

(28) A. D'ORS y PÉREZ PEIX: «La formación histórica de los tipos contractuales romanos», en *AAMN*, V, (1950), p. 262.

formal y proveniente de una *legis actio*, y de éste se pasó a la *societas omnium bonorum* no solemne y consensual (29).

La desaparición de todo formalismo y el efecto vinculante del mero consentimiento propiciaron que surgiera el contrato de sociedad en los términos en que se fue configurando, y, en algunos casos, se llegó incluso a una situación de copropiedad entre los sujetos intervinientes (30). En el contrato de sociedad se constituía una caja común integrada por las aportaciones de todos los socios, y que les permitía la consecución de determinadas finalidades que, de manera individual, hubieran sido de difícil o de imposible logro. Del antiguo consorcio familiar derivó también el *ius quodammodo fraternitatis* que existía en las relaciones entre los socios, *ius* que fue puesto de manifiesto en el texto *D. 17,2,63, pr* (Ulp., *Ed. 31*): ... *quum societas ius quodammodo fraternitatis in se habeat*; texto que, aunque en un principio se consideró interpolado, según ARIAS RAMOS, posteriormente se cambió de criterio, teniéndosele por auténtico (31).

El fundamento del contrato radicaba en la confianza recíproca de los sujetos contratantes, que implicaba una consideración particularizada de las personas que lo suscribían, dando origen a una relación que hoy denominamos de tipo personalísimo. El consentimiento, expresa o tácitamente, manifestado por cada una de las personas contratantes (32) se emitía en atención al de los otros sujetos que intervenían en la conclusión del mismo, es decir, *intuitu personae* (33); lo que llevó a aplicar a ultranza el principio de vinculación exclusiva de los sujetos contratantes (34). A diferencia de los demás, no existió en este contrato una contraposición de sujetos como si unos constituyeran la parte deudora y otros la acreedora, sino que los socios aunaban sus esfuerzos a nivel patrimonial o con la aportación de su propio trabajo, para la consecución de un fin común. Todos ellos eran a la vez deudores y acreedores: eran deudores de la aportación que forzosamente estaban obligados a realizar y eran acreedores de los beneficios que pudie-

(29) J. ARIAS RAMOS «Los orígenes del contrato de sociedad: *consortium* y *societas*», en *RDP*, XXVI (1942), p. 150. A las fuentes indicadas habría que añadir otras que se basaron en la actividad agrícola y comercial desarrollada por el pueblo romano, ampliamente recogidas por V. ARANGIO RUIZ: *La società in Diritto Romano*. Napoli, 1950, pp. 22 ss.

(30) A. TORRENT: «Notas sobre la relación entre..», *Op. cit.*, pp. 98 ss. y también, J. ARIAS RAMOS: «Los orígenes..», *Op. cit.*, pp. 146 ss.

(31) J. ARIAS RAMOS. «Los orígenes..», *Op. cit.*, pp. 152 ss.

(32) En estrecha relación con el consentimiento del contrato se encuentra el requisito de la *affectio societatis*. La polémica en torno a su origen y a su exigibilidad está ampliamente recogida en C. ARNÖ: *Il contratto di Società Corso di Diritto Romano* Torino, 1963, pp. 19 ss.

(33) Cf. GAI, *Inst.*, 3,152 y, en igual sentido, *l. 3,25,5*, que dice: ...*qui societatem contrahit, certam personam sibi eligit* (..).

(34) Cf. *D. 17.2.19 y 20* y GAI, *Inst.*, 3,152

ran producirse, en la proporción que tuvieran derecho a percibir. El interés perseguido afectaba únicamente a la esfera privada de los socios, que estaban obligados a comportarse como hombres honestos conforme a los usos comerciales de la época. Estaban sujetos a la palabra dada, es decir, a la *fides* (35) que, desde el punto de vista contractual, constituyó un medio para poder vincular la actuación de las personas a las que no se les podían aplicar los medios coercitivos previstos por el *ius civile*.

La confianza recíproca y la consideración específica de las personas que lo suscribían justificaron que, a la muerte de alguna de ellas, el contrato se extinguiera automáticamente sin que interviniera ninguna declaración de voluntad y sin que fuera transmisible la condición de socio (36).

Cualquier cambio que experimentan los sujetos, en el número o en la transmisión de la condición de socio a terceras personas, provocaría la extinción automática de la sociedad. De persistir el interés de los sujetos para que la ejecución del contrato continúe, debía constituirse un nuevo contrato (37), para así responder a la voluntad de mantener los lazos fraternales que vinculaban a los socios. Estos constituyeron el contrato de sociedad en atención a los sujetos que intervenían en el mismo; por lo tanto, debían ser éstos, y no otros, los que estuvieran obligados por el vínculo contractual. De ahí que las relaciones entre los socios, a semejanza de lo que acaece en la figura del *consortium* entre hermanos, se hayan denominado relaciones fraternales e *intuitu personae*. En realidad, podían considerarse como una forma de decir que los sujetos se escogían entre sí porque

(35) La *fides* en Roma presenta una amplia y compleja problemática al ser uno de los conceptos básicos de cuya consideración han derivado principios jurídicos fundamentales en aquel ordenamiento jurídico y que han sido recogidos en los ordenamientos jurídicos vigentes. Sobre el particular pueden destacarse como obras fundamentales la de KUNKEL y, posteriormente, la de LOMBARDI. Cf. J. KUNKEL «Fides als Schöpferisches Element in rom. Schuldrecht», en *Fests. Koschaker*, II (1939), pp. 5 ss., y L. LOMBARDI: *Dalla Fides alla Bona fides* Milano, 1961. También, A. CASTRESANA. *Fides, bona fides. Un concepto para la creación del derecho* Madrid, 1991.

(36) En las *societates publicanorum* la muerte de alguno de los socios no provocaba la extinción automática del contrato de sociedad por las peculiaridades que caracterizaron a estas sociedades. No sólo puede destacarse su origen diverso del de las sociedades *omnium bonorum*, ya que provienen del mundo helénico, sino que las diferencias estriban en la propia finalidad y objeto perseguido con la sociedad. Se pretende la gestión de lo que hoy denominamos un servicio público, lo que genera una relación especial y distinta a las relaciones de carácter privado. En primer lugar, hay una adjudicación del contrato a un sólo sujeto *manceps* o bien a todos los socios si actúan todos a la vez. En segundo lugar, el Estado o ente público adjudicatario no se convierte en socio de la sociedad adjudicataria. Por último, y lo más importante es que la gestión no puede quedar suspendida por la muerte de alguno de los socios, por lo que se admite que se transmita su posición de tal al heredero. Cf. J. A. ARIAS BONET. *AHDE*. XIX (1948-49), pp. 218 ss. En definitiva, aquí el interés común radicaba en la obtención del lucro que conllevaba la ejecución del contrato.

(37) C. ARNÒ *Op. cit.*, pp. 148 ss.

consideraban que, aunando sus fuerzas, lograrían con mayor facilidad el fin común perseguido. Posibilidad que encuentra apoyo en la propia evolución de la figura, evolución recogida con toda precisión por J. MACQUERON, que destaca cómo con el devenir del tiempo se va otorgando más preponderancia al aspecto económico por encima del fraternal, lo cual tuvo su culminación en el derecho justinianeo y se tradujo en una más severa exigencia respecto de la responsabilidad de los socios en el caso de incumplimiento de sus obligaciones contractuales (38).

La evolución que ha experimentado el contrato a lo largo del tiempo presenta la constante consideración de la muerte como causa de extinción *ipso iure*, debido a que las relaciones entre los socios se han considerado siempre *intuitu personae* y que este carácter, junto con el interés económico, ha sido esencial en el contrato.

Entendemos que inicialmente la sociedad —que constituye un contrato plural, en el que no hay contraposición de intereses entre los socios, sino que aquéllos son compartidos y comunes— estaba pensada para tener, como todos los contratos de buena fe, una estructura bilateral, es decir, que únicamente intervenían el mínimo imprescindible de sujetos para la existencia de tal contrato de sociedad (39).

Como expone GUARINO (40), refiriéndose a la época preclásica (41) y clásica, la sociedad tenía la estructura de contrato bilateral, dando lugar a la constitución de una *societas* dualista. Admite que, en este mismo período, era posible que las partes convinieran en la creación de sociedades plurales y que, en este caso, la disolución de la sociedad sólo se produce por *dissensus sociorum*, ya que las demás causas, como la renuncia, la muerte, la *capitis deminutio* y la quiebra del socio, sólo eran posibles si se habían acordado previamente con *pacta adiecta* (42). A su entender, no fue hasta la época postclásica y particularmente en la justiniana cuando, gracias a la normación de los *pacta adiecta* que se habían utilizado en los períodos anteriores y a la visión de la sociedad como un embrión de corporación (43), se tuvieron en cuenta de manera general y sin necesidad de que existiera ningún pacto expreso al respecto, para las sociedades con pluralidad de sujetos, las mismas causas de extinción previstas como regla general para las sociedades con estructura bilateral. Todo ello fue una conse-

(38) J. MACQUERON. *Op.cit.*, p. 175.

(39) Corroboran este criterio los textos de la época que, entre otros, pueden tenerse en cuenta: GAI, *Inst.*, 3,148 y 154; I 3,25,1 pr, 1 y 3.

(40) A. GUARINO. *La Società in Diritto Romano*. Napoli, 1988, p. 42.

(41) En nuestra exposición tomamos la expresión «época clásica» en sentido amplio comprendiendo también el período anterior.

(42) A. GUARINO: *Op. cit.*, pp. 42 y 81.

(43) A. GUARINO. *Op. cit.*, p. 83 en relación a la p. 154.

cuencia de la conversión en norma de los *pacta adiecta*, utilizados en la época clásica (44) en los contratos.

En este caso, según GUARINO, la muerte del socio como causa de extinción no se consideraba *intuitu personae*, sino *intuitu patrimonii*, puesto que la sociedad constituía un ente en el que se daba una coestión por parte de los socios (45).

El criterio de GUARINO nos parece discutible. Ciertamente en los textos no se encuentra ningún fundamento que permita considerar a la sociedad como un ente distinto de los sujetos que la configuran. No cabe duda alguna de que el contrato de sociedad, e incluso la acción que lo protege (la *actio pro socio*), iba referido a un contrato con estructura bilateral; pero ello no fue óbice para que, posteriormente, su aplicación se hiciera extensiva a supuestos con pluralidad de sujetos. Tal evolución aparece del todo conforme con la transformación que sufrió la utilización de la figura jurídica, que primero fue pensada para el desarrollo de la actividad económica circunscrita a un ámbito reducido, ampliándose después este ámbito y utilizándose para el desarrollo de una auténtica actividad empresarial a gran escala. El mero incremento en el número de los sujetos contratantes no tenía por qué provocar la modificación de las reglas configuradoras de la *societas*. Tal criterio llevó a la convicción de que las causas de extinción del contrato debían darse independientemente del número de sujetos intervinientes, al no ser el número, sino la cualidad y condición de los mismos, lo que les servía de fundamento.

A mayor abundamiento, hay que tener en cuenta que el fenómeno de la ampliación del número de sujetos no es exclusivo del contrato de sociedad, sino que se dio en igual medida en los restantes negocios jurídicos. En los primeros tiempos en los que la vida del pueblo romano, y consiguientemente su derecho, no estaban muy desarrollados, se operaba con soluciones y esquemas simplistas y, por lo que no es de extrañar, que los negocios aparecieran estructurados únicamente de manera bilateral. Progresivamente se fue evolucionando y aquellos planteamientos resultaban insuficientes y, en algunos casos, inadecuados para solucionar las nuevas necesidades surgidas. Para dar respuesta a todo ello se fueron variando, aunque de forma paulatina y nunca de manera radical, algunos criterios jurídicos imperantes hasta entonces, pero que habían ido quedando cada vez más obsoletos para atender a las nuevas necesidades. En este sentido, una variación trascendental y de gran incidencia en toda la materia contractual fue el cambio del criterio determinativo de la responsabilidad por

(44) A. GUARINO. *Op. cit.*, p. 82

(45) A. GUARINO. *Op. cit.*, p. 83 en relación con la p. 153. El fundamento de su tesis radica en el análisis de los textos de *Gai. Inst.*, 3, 149 y 150; *Gai. Inst.*, 3, 137 e *I* 3, 22, 3.

la promulgación de la *lex Poetelia*, que hizo que dicha responsabilidad dejase de ser estrictamente personal para admitirse la responsabilidad objetiva. El surgimiento de los negocios de buena fe debido a la supresión de los formalismos y a la preponderancia de la voluntad por encima de cualquier otro requisito, junto con otros factores que no vienen al caso comentar aquí, provocó, entre otros efectos, el que se admitiera la pluralidad de sujetos en los negocios jurídicos. Aunque este fenómeno fue general para todas las figuras jurídicas, en el caso de que dejaran de ser bilaterales, no por ello en todas ellas se transformaron sus causas de extinción, ni para tener eficacia tuvieron que pactarse expresamente por los sujetos contratantes.

En consecuencia, la muerte, como causa de extinción *ipso iure* del contrato, se aplica tanto en los contratos de estructura bilateral como en los de estructura plural; al tratarse de una causa de extinción que tiene su fundamento en la propia esencia del contrato. Lo cual, salvo la excepción postclásica que después aludiremos, no quedaba vedado a la disponibilidad de las partes porque hubiera vulnerado el espíritu del derecho de la *civitas*.

La manera como intervenían los sujetos contratantes y el hecho de que no existiera entre ellos contraposición de intereses, sino unión de esfuerzos para lograr un fin común, hacen que nos cuestionemos si se generó lo que hoy denominamos persona jurídica (46).

La respuesta a este interrogante se encuentra en la esencia del propio contrato. El carácter eminentemente personalista de éste no permitía que pudiera considerarse como un ente distinto de los sujetos que lo configuraban. En todo momento mantuvo su naturaleza contractual, ya que la manifestación de voluntad de los sujetos implicaba una vinculación que aparecía como exclusivamente interna. La eficacia del contrato se circunscribía a los socios sin ningún reflejo hacia el exterior, ya que la finalidad perseguida no rebasaba la esfera estrictamente individual de cada uno. Cada socio continuaba siendo el propietario de su aportación al haber social, al igual que lo era de los beneficios obtenidos con la gestión común, con una participación individual en la cantidad y en la forma precisada en el momento de la constitución del contrato (47). En algunos casos, cabía constituir una *communio*. Todo ello impedía que pudiera considerarse a la so-

(46) Es conocida la polémica suscitada en torno a la persona jurídica en el Derecho Romano, que está protagonizada, básicamente, por dos sectores doctrinales contrapuestos. Uno, es el que sostiene que el origen y la configuración de la teoría sobre esta figura se encuentra en los propios textos romanos. Otro sector, en cambio, entiende que esta figura era totalmente desconocida en aquel derecho. Esta problemática ha sido tratada con gran profundidad por ORESTANO, a cuyas conclusiones nos adherimos. Cf. R. ORESTANO: *Il problema delle persone giuridiche in Diritto Romano* I. Torino, 1968, especialmente pp 79 ss.

(47) Cf. C 4,37,1

ciudad como un sujeto autónomo, con derechos y obligaciones distintos de las de los socios, es decir, como una persona jurídica (48).

La vinculación meramente interna de los sujetos la encontramos reiterada en distintos textos del *Digesto* como Ulp., *Sab.* 30 y Ulp., *Ed.* 31 (49). También se encuentra en la propia estructura de la acción que protegía el contrato y que se otorgaba a cada uno de los socios durante la vigencia de la sociedad para poder reclamar y hacer efectivas las obligaciones entre ellos. Una vez disuelta la sociedad, servía para liquidar las obligaciones entre los mismos.

En definitiva, el contrato de sociedad romano no elevaba el conjunto de los socios a persona jurídica (50), ni tampoco lo pretendía. Los socios eran los titulares de los derechos y de las obligaciones de la sociedad; pero no lo eran de la sociedad como grupo colectivo, porque *societas non habet corpus*. La configuración del contrato de sociedad estaba impregnada de la actitud individualista que dominó la doctrina a partir del siglo II a C. Esta actitud implicó que las comunidades se organizaran con el criterio de poner en común lo menos posible (51).

Este principio se mantuvo a ultranza hasta la época de Justiniano en la que el término *societas* tomó otro rasgo al ser contemplado desde otra perspectiva. RICCOBONO, basándose en un texto de POMONIO (*Sab.* 13) (52), sostiene que Justiniano empezó a considerar a la sociedad como un grupo colectivo dotado de voluntad propia y con intereses diversos de los propios de cada uno de los socios. Esto explica que los compiladores retocaran sin más los textos y presentaran a la sociedad como una unidad. Con todo, aunque, desde el punto de vista económico, el interés de los socios se consideró en conjunto, continuó siguiéndose la postura tradicional. Así, en lo referente a las consecuencias jurídicas, solamente se tuvo en cuenta la persona de los socios singulares y sus respectivos intereses (53).

(48) Generalmente, se suele indicar por la doctrina, apoyándose en el análisis de los textos del *D.* 34,1, pr y 1; *D.* 37,1,3,4; *D.* 46,1,22 y *D.* 47,2,31,1, que las *societales publicanorum* constituyeron personas jurídicas. Afirmación que nos parece un tanto radical en relación a la época a la que va referida, de ahí que consideremos más prudente la afirmación de J. A. ARIAS BONET en el sentido de que existieron cosas comunes, arcas comunes y se actuaba por medio de un actor, sin afirmar de forma categórica su condición de persona jurídica. Cf. J. A. ARIAS BONET: «*Societas publicanorum*» (...), *Op. cit.*, pp. 287 ss.

(49) Cf. *D.* 17,2,19; *D.* 17,2,20 y en igual sentido *D.* 50,17,47,1.

(50) C. ARNÖ: *Op. cit.*, pp. 137 ss.

(51) F. SCHULZ: *Principios...*, *Op. cit.*, pp. 169 en relación con 175.

(52) *D.* 17,2,60.

(53) S. RICCOBONO: «*Communio e comproprietà*», en *Essays in Legal History*, p. 102. En igual sentido se había pronunciado P. BONFANTE: *Istituzioni di Diritto Romano* Torino, 9.^a ed., 1932, p. 289.1. Elaboró su criterio basándose en los relieves críticos de SEGRÉ al texto *RISG.* 8 (1889), pp. 150 ss., nota 193. Todo ello está citado, a su vez, en A. POGGI: *Op. cit.*, Fasc. II, Roma, 1972, pp. 18 y 19.

Ciertamente, este proceso evolutivo hizo que se ampliara progresivamente el significado del término *societas*, el cual fue utilizado también para designar algunas figuras asociativas; como en el caso previsto en un texto del *Digesto* (GAI, *Ed. Prov.* 3) (54), en el que el vocablo *societas* se utiliza en el sentido de *corpus*, y en el otro (ULP., *Ed.* 39) (55) que va referido a *collegium* (56). Pero una cosa es que el término se utilizara con cierta amplitud para designar figuras jurídicas que implicaban colegialidad y otra cosa distinta es que el contrato de sociedad hubiera adquirido la condición de persona jurídica, supuesto que no puede atribuirse en modo alguno al ámbito de aplicación del Derecho Romano, pese a que, con el transcurso del tiempo, se hubieran relajado algunas de las exigencias iniciales.

La posibilidad de que los sujetos contratantes pudieran utilizar los *pacta adiecta* para convenir lo que estimaran oportuno, con las únicas limitaciones de no vulnerar la esencia del contrato y no atentar contra los principios inspiradores del derecho (57), permitía que, en caso de existir una pluralidad de socios, éstos podían acordar que, en el caso de que falleciera uno de ellos, la sociedad continuara con los socios supervivientes (58). Se trata de una peculiaridad reconocida sólo a las sociedades con varios sujetos, porque evidentemente si éstos sólo fueran dos, no cabría pacto en este sentido, al no poder existir sociedades de un solo socio. Por eso se atribuyó a la época postclásica (59) la utilización de este acuerdo porque fue en ella cuando proliferaron los negocios con diversos sujetos.

La inserción de dicho pacto en el contrato implicaba que, en el momento de la constitución del mismo, todos los sujetos contratantes hubieran manifestado su anuencia al respecto. Por este motivo, en el momento en el que fallecía uno de los socios no se producía una novación del contrato, ni desde un punto de vista subjetivo ni desde el punto de vista objetivo, al no existir ningún cambio de sujetos, ni del objeto de la sociedad (60). Incluso

(54) Cf. *D.* 3,4,1 pr

(55) Cf. *D.* 37,1,3,4.

(56) A. POGGI: *Op. cit.*, Fasc II, pp. 21 ss. Y en igual sentido, A. GUARINO: *L' Ordinamento Giuridico Romano*. Napoli, 1990, p. 6.

(57) G. GROSSO: *Efficacia dei Patti nei Bonae Fidei iudicia. Patti e Contratti* Torino, 1928. pp. 14 ss

(58) Podría aquí reproducirse la problemática suscitada por A. GUARINO, a la que nos hemos referido anteriormente, y plantearnos si era necesario un pacto previo de todos los socios para que la sociedad continuara con los supervivientes o si, por el contrario, su continuación era automática y el pacto sólo era necesario para convenir la extinción del contrato. La respuesta debe ser idéntica a la que hemos dado anteriormente, ya que por los argumentos expuestos resulta evidente la necesidad de dicho pacto si se quiere la continuación.

(59) Entre otros autores, consideran a este pacto como una excepción postclásica, A. GUARINO: *Op. cit.*, p. 123.

(60) Cf. GAI, *Inst.* 3,176.

el pacto estaba protegido por la propia acción del contrato (61). Tampoco conllevaba ninguna vulneración del carácter *intuitu personae*, puesto que, tal como hemos señalado anteriormente, el consentimiento lo habrían manifestado todos los sujetos, preveyendo la posibilidad de continuar igualmente si faltare alguno de ellos; consentimiento que había de durar mientras estuviera vigente el contrato (62).

Si el pacto se hubiera introducido *a posteriori* una vez constituida la sociedad, entendemos que podía ser plenamente válido siempre que respetase los requisitos aludidos y que se hubiere adoptado por todos los socios. La eficacia de este pacto estaría supeditada a que se hubiera adoptado con anterioridad al momento de la muerte de alguno de los sujetos, ya que de no ser así y de producirse aquel evento, la sociedad se extinguiría; y, aunque mediara el acuerdo en aquel sentido, de hecho no se produciría una continuación, sino que surgiría una nueva sociedad, porque el nuevo consenso crearía una nueva relación aunque los sujetos, salvo la persona del fallecido, y el objeto fuesen los mismos. Así se pronuncia GAYO cuando dice: ... *sed utique si adhuc consentiant in societatem, noua uidetur incipere societas* (63).

En definitiva, si el pacto de continuación de la sociedad con los socios supervivientes se hubiera introducido inicialmente desde el momento de la constitución del contrato, el pacto no sólo era válido, sino que además estaba protegido por la misma acción del contrato. Si el pacto se hubiera introducido *a posteriori* pero antes de la muerte de cualquiera de los socios, también estaría dotado de validez si mediara el consentimiento unánime de todos los socios; si bien, en este caso, el pacto estaría protegido no por la acción, sino por una excepción tal como se deduce de varios textos (64) referidos al contrato de compraventa. Y, en todo caso, para que el pacto tuviera eficacia debería ser anterior al momento de la muerte de alguno de los socios para evitarse el efecto extintivo que este evento produce.

III. LA CONSIDERACION DE SOCIO Y SU INTRANSMISIBILIDAD *MORTIS CAUSA*

En las sociedades de naturaleza privada, el carácter personalista de la condición de socio se manifestó también en las relaciones *mortis causa* al prohibirse expresamente que los socios, mediante un acto con eficacia supeditada a la muerte del socio, incorporaran convencionalmente uno de los

(61) P. E. VIARD *Les pactes adjoints aux contrats en Droit Romain Classique* Roma, 1972, p. 116.

(62) Cf. C. 4,37,5.

(63) Cf. GAI, *Inst.* 3,153

(64) Cf. D. 18,5,3; D. 2,14,7,6 y C. 2,3,13

pacta adiecta en el que se hiciere constar que el lugar dejado por el socio fallecido lo ocuparía su heredero. El texto de POMONIO (*Sab.* 12) (65) es taxativo en este sentido cuando dice: *Adeo morte socii solvitur societas, ut nec ab initio pacisci possimus ut heres etiam succedat societati. Haec ita in privatis societatibus ait.* La doctrina cuestiona la autenticidad del mismo, que se tilda de estar interpolado, al menos desde un punto de vista formal, ya que desde la perspectiva sustancial no se discute su autenticidad (66).

No se admite un pacto de este tenor aunque lo hubieran suscrito todos los sujetos contratantes, por cuanto implicaría una vulneración del carácter *intuitu personae* que rige en la relación entre los socios y que exigía que el consenso fuera de todos ellos, puesto que en este caso faltaría el del heredero. El consentimiento de éste sería ineludible por tratarse de un contrato de buena fe que implicaba el estar obligado a comportarse con lealtad a la palabra dada, y era el propio sujeto y no otro por él el que debía someterse a ello. La ausencia de todo formalismo permitió que, con independencia de la ciudadanía del socio, quedara éste vinculado por su mera declaración de voluntad, con lo que se salvó el obstáculo que de otra manera hubiera sido imposible de solucionar, ya que la vinculación al cumplimiento del negocio jurídico hubiera sido distinta para cada sujeto en atención a su ciudadanía y, por lo tanto, al derecho que le fuera aplicable.

El vínculo que generaba la *obligatio* del *ius civile* no podía hacerse extensivo a los extranjeros; por ello se utilizó la *fides*. La lealtad a la palabra dada implicaba un sometimiento a la *fides* individual de los contratantes (67) y este individualismo que se manifestó también en la acción que protegía el contrato, la *actio pro socio*, que, como hemos dicho ya, era de naturaleza personal.

Las circunstancias expuestas explican que, según los juristas romanos, estuviera prohibido pactar la sucesión *mortis causa* de la condición de socio. La muerte extinguía el contrato de sociedad, porque se trata de un contrato personalísimo y, por ello, el título de socio no podía transmitirse, ni por sucesión, ni por donación *mortis causa*. La intransmisibilidad, por tanto, provenía del propio título.

Por lo que respecta a la donación, tampoco podía utilizarse como medio de transmisión de la posición de socio, porque el contrato de sociedad era incompatible con cualquier idea de liberalidad, al perseguir la consecución de un fin común con la actuación conjunta de todos los socios (68).

(65) Cf. *D.* 17,2,59 pr.

(66) Se pronuncian en este sentido, entre otros autores, M. R. CIMMA: *Ricerche sulle Società di Pubblicani*, Milano, 1981, pp. 231 ss. También, V. ARANGIO RUIZ: *Op. cit.*, pp. 157 ss.

(67) L. LOMBARDI: *Op. cit.*, pp. 26 ss. Y A. CASTRESANA: *Op. cit.*, pp. 66 ss.

(68) Cf. *D.* 4,4,16,1, *D.* 17,2,5,1 y *D.* 39,6,35,5

Con referencia al aspecto concreto de la sucesión hereditaria en la época en que surgió el contrato, se trata de una sucesión universal (69) en la que el sujeto adquiría, activa y pasivamente, la titularidad de todo un patrimonio proveniente del causante.

La transmisión de derechos a título universal tenía lugar a través de la herencia o de la *bonorum possessio*. Por tanto, la herencia constituía un caso de *successio* en cuanto al difunto le sucedía el heredero y estaba integrada en el ámbito del *ius quod ad res pertinet* (70). Constituyó un modo de adquisición *per universitatem* de las cosas corporales e incorporeales pertenecientes al difunto, como así se deduce de relacionar los dos textos de GAI, *Inst.* 2,97 y 2,14.

Nos referimos aquí al heredero del socio, es decir, del sucesor universal y que, según los clásicos, por ser tal, sucede al causante, *in locum defuncti*, a lo que los postclásicos añaden *in ius defuncti* (71). En principio habría que pensar que el heredero sucediera al causante también en el contrato de sociedad cuyos derechos y obligaciones le serían transmitidos por unidad de acto, junto con la totalidad del patrimonio, *transmissio per universitatem*.

Pero por lo que respecta a este contrato, al heredero sólo se le transmiten los derechos y obligaciones provenientes del mismo, sin que pueda adquirir el título o *status* jurídico de socio; no se transmitía el derecho, sino su contenido.

La posición jurídica o título de socio implicaba una obligación personalísima que, como tal, vinculaba únicamente al sujeto, es decir, al socio. Por ello, no han faltado quienes (72) advierten que lo que en tales casos sucedía no es que dichas obligaciones no se transmitieran y no fueran objeto de sucesión, sino que desaparecían con la muerte del obligado y, como consecuencia, no podían transmitirse.

A toda esta argumentación debe añadirse la referencia al elemento temporal. Desde esta perspectiva, la sociedad está sujeta a un plazo de duración, ya que, de no ser así, podría darse la transmisión indefinida de la condición de socio convirtiendo a la *societas* en una figura perpetua; posibilidad que estaba expresamente prohibida, considerando nulas a estas sociedades (73). Con ello, se reafirmó el individualismo y el personalismo de la sociedad. De no ser así, se llegaría a una situación similar a la de las sociedades a las que se les reconoce personalidad jurídica.

(69) Cf. D. 5,2,6,1, D. 24,3,58; D. 38,16,1; GAI, *Inst.* 2,157 y ULP, *Ept.* 29,1. Estos textos están ampliamente comentados por G. IMPALLOMENI. «Successioni (Diritto Romano)», en *NNDI*, T. XVIII, pp. 705 ss.

(70) R. AMBROSINO «*Successio in ius - Successio in locum - Successio*», en *SDHI*, 1945, pp. 176 ss.

(71) M. KASER: *Op. cit.*, pp. 298 ss.

(72) R. AMBROSINO: *Op. cit.*, p. 181.

(73) Cf. D. 17,2,7 y D. 17,2,1.

Es obvio que si la condición de socio pudiera irse transmitiendo de un socio a su heredero, de éste al suyo y así sucesivamente, la sociedad no se extinguiría nunca fuera de los casos de que se hubiera constituido para la realización de un objeto concreto o se hubiera determinado en su constitución un plazo de duración.

Quedaría incompleta nuestra reflexión sobre la temática examinada si no aludieramos, aunque sea de forma tangencial, a la peculiaridad que presentan sobre este extremo las *societates publicanorum*. En ellas no rige la prohibición aludida, debido a que su objeto era lo que hoy denominamos la gestión de un servicio público. Como sea que tal servicio público no podía quedar interrumpido por la muerte de uno de los socios de la sociedad que lo gestionara, se relegó a un segundo plano el elemento personal del contrato. Las obligaciones de los socios perdieron su carácter personalísimo y formaron una estructura interna análoga a la de las personas jurídicas modernas (74), aunque, en Roma, no existían aún como tales.

Dichas características permitieron que, en estas sociedades, la muerte no operara como causa de extinción del contrato, porque hubiera redundado negativamente en el servicio objeto de la prestación. Con lo cual, al producirse la muerte de alguno de los socios no hubo inconveniente alguno para que continuara la sociedad con los restantes y con el heredero del socio fallecido, siempre que la parte del socio difunto hubiera sido adscrita a la persona del heredero, según *D. 17,2,59, pr* (POMP., *Sab. 12*): ... *in societate vectigalium nihilominus manet societas et post mortem alicuius, sed ita demum, si pars defuncti ad personam heredis eius adscripta sit, ut heredi quoque conferri oporteat; quod ipsum ex causa aestimandum est*(...); y *D. 17,2,63,8* (ULP., *Ed. 31*): ... *et circa societates vectigalium caeterorumque idem observamus, ut heres socios non sit, nisi fuerit adscitus* (...) (75).

Otra peculiaridad de estas sociedades fue la de que prestaron un servicio público que previamente había sido ofertado y adjudicado por lo que de algún modo podría asimilarse a lo que hoy llamamos Administración Pública. Los socios constituían la sociedad para poderse hacer cargo de la prestación y, para ello, si se les adjudicaba la gestión, se adherían a lo que hoy denominamos «pliego de condiciones» del contrato que en aquel tiempo se designaba como «*leges censoriae*», que tenía la doble finalidad de adjudica-

(74) J. A. ARIAS BONET: *Op. cit.*, p. 303.

(75) Sobre la forma de convenirse la continuación de la sociedad ha surgido, en la romanística moderna, una interesante problemática, ampliamente recogida por M. R. CIMMA *Op. cit.*, pp. 236 ss. Simplificando las distintas opiniones vertidas, podemos hacer referencia a dos corrientes contrapuestas. Una de ellas representada, entre otros, por MITTEIS y GAUDEMET, que entienden que el acuerdo consiste en una simple cláusula inserta en el propio contrato y, la segunda, representada por DEL CHIARO y ARNÓ, que se pronuncian por la existencia de dos actos diversos.

ción del contrato y de notificación a los contribuyentes, a modo de edicto, de las obligaciones que debían cumplir. La sociedad adjudicataria debía, al igual que en la actualidad, prestar una garantía para responder de la correcta ejecución del contrato (76).

Por todas estas peculiaridades, como hemos indicado, tales sociedades no podían extinguirse por la muerte de un socio, porque ello hubiera podido implicar la interrupción de la prestación del servicio público. En este caso, el carácter *intuitu personae* sólo se tenía en cuenta en el momento de la constitución de la sociedad, porque, una vez se había contratado con el ente público adjudicatario, la obligación de llevar a cabo la gestión pública primaba por encima de la propia sociedad. Se producía aquí una duplicidad de contratos: el primero era el de constitución de la sociedad y el segundo el que suscribía la sociedad ya constituida con el ente público. El personalismo se reducía, en estos casos, a los supuestos en los que el propio pliego de condiciones establecía una serie de requisitos que deberían cumplir los sujetos con los que se contratara.

En este caso, al presumirse que la sociedad estaba integrada por más de dos sujetos, y habida cuenta de las características expresadas, no había inconveniente, y así lo recogen las fuentes, para admitir la continuación de la sociedad por los socios supervivientes y el heredero del socio fallecido.

En las sociedades de carácter privado, en el supuesto de que el heredero quisiera continuar en el contrato de sociedad y manifestara su voluntad en este sentido a los consocios supervivientes, su anuencia no evitaría la extinción del contrato.

Con la muerte del socio causante la sociedad se habría disuelto *ipso iure*, privando a los demás socios de la facultad de prorrogarla. Pero ello no era óbice para que, si existía voluntad de continuación manifestada, expresa o tácitamente, por todos los sujetos interesados, pudiera constituirse una nueva sociedad. Tal posibilidad está expresamente contemplada en el D. 17,2,37 (Pomp., Sab. 13): *Plane si hi, qui sociis heredes extiterint, animum interint societatis in ea hereditate, novo consensu, quod postea gesserint, efficitur, ut in pro socio actionem deducatur*.

La nueva sociedad estaría integrada por los consocios del socio fallecido y por el heredero de éste, el cual no actuaría como tal heredero, sino que lo haría como un sujeto más, como un socio; y el consentimiento contractual se otorgaría en atención a su persona y no a su cualidad de heredero (77). Su actuación en la nueva sociedad no implicaría nunca una subrogación en el título de socio de su causante, porque dicho título era intransmisible y, además, estaba circunscrito al contrato del que surgía.

(76) J. A. ARIAS BONET: *Op cit.*, pp 285 ss.

(77) Cf GAI, *Inst*, 3,153 *in fine*, que dice. ... *sed utique si adhuc consentiant in societatem, noua uidetur incipere societas*

La muerte del socio provocaba, como consecuencia, la disolución de la sociedad. Se procedía a la liquidación del haber del contrato y a la transmisión al heredero del socio fallecido de los beneficios obtenidos por su causante (78), exigiéndole que concluyera todo lo iniciado por el difunto y que a su muerte hubiera quedado inconcluso (79). También se transmitía al heredero la responsabilidad derivada de la actuación de su causante en la sociedad (80), y aquél debía responder, en caso de dolo, de su propia actuación en la realización de los actos cuya conclusión se le exigía.

El carácter personalista de la condición de socio aparece de nuevo en otro texto (PAUL., *Ed.* 32) (81) que dice: *Societas quemadmodum ad heredes socii non transit, ita nec ad arrogatorem, ne alioquin invitus quis socius efficiatur, cui non vult; ipse autem arrogatus socius permanet: nam et si filiusfamilias emancipatus fuerit, permanebit socius.*

La equiparación de la figura del heredero al arrogante pone de manifiesto que, tanto si se trata de una sucesión universal *inter vivos* —como es el caso de la arrogación— como si se está ante una sucesión universal *mortis causa* —como es el caso del heredero—, la condición de socio no se transmite al nuevo adquirente.

La *adrogatio* constituía uno de los modos de adquirir primitivos (82) por la que el adrogante se hacía con la totalidad de los bienes del adrogado por medio de un acto único; de ahí que se encuadre dentro de las denominadas sucesiones universales *inter vivos* (83). Y, al igual que en las sucesiones *mortis causa*, únicamente son intransmisibles las situaciones personalísimas, entre las que se encuentra la condición de socio.

Como el hijo emancipado, el adrogado continuará siendo socio pese al cambio de su *status familiae*. Lo cual vuelve a evidenciar la intransmisibilidad de la condición de socio, ya que lo único que es objeto de transmisión es el capital o participación de cada uno en la sociedad; pero su lugar no es ni puede ser ocupado por nadie, porque se ha contratado en atención a su persona.

(78) Cf. *D.* 17,2,63,8

(79) Cf. *D.* 17,2,40.

(80) Cf. *D.* 17,2,35 y 36.

(81) Cf. *D.* 17,2,65,11.

(82) A. TORRENT. «La *adrogatio* en el sistema de las sucesiones universales *inter vivos*», en *RIDA*, XIV (1967), p. 453

(83) Cf. GELLIO (5.19 9); GAI., *Inst.*, 2,99, *D.* 17,2,2, *D.* 1,7,40 pr.; ULP., *Reg.* 8.8.

IV. LA INCIDENCIA DEL DERECHO ROMANO EN LA REGULACION DEL CONTRATO DE SOCIEDAD SEGUN NUESTRO CODIGO CIVIL

La influencia del Derecho Romano en la elaboración de los Códigos Civiles europeos modernos aparece clara en lo que respecta al contrato de sociedad que viene regulado en los arts. 1.665 a 1.708 del Código Civil. En ellos subyace la influencia romana compaginada con elementos surgidos con posterioridad a la vigencia de aquel derecho y que fueron propiciados por las mutaciones sociales y, más concretamente, por las nuevas necesidades provocadas por el tráfico jurídico que el Código Napoleónico se encargó de recoger y que pasaron al español.

El elemento fundamental que favoreció el hecho de que, a nivel jurídico, se dieran los nuevos planteamientos fue la elaboración de la teoría del derecho subjetivo, inexistente en Roma, porque el término *ius*, que es el que sirvió también para la denominación de aquel derecho, se utilizaba sin distinción alguna, unas veces para referirse al poder jurídico y otras para aludir al ordenamiento jurídico. Individualizado el derecho subjetivo, se entendió como *ius inter partes*. El poder de mandar *inter partes* (84), que pertenece al ámbito de la autonomía privada, contribuyó a incrementar este derecho y a que gozara de preferencia por encima de otros elementos, como los formales.

En el contrato de sociedad, la preponderancia de la autonomía privada constituyó una de las circunstancias que contribuyeron a que el régimen actual se apartara del rigorismo romano, pese a que ya en aquel derecho se reconoció eficacia jurídica a la mera voluntad de las partes. En la regulación del Código Civil prima la autonomía de la voluntad y, por ello, se permite a los socios que, respetando las normas de derecho público, puedan convenir lo que estimen oportuno siempre que haya unanimidad en el acuerdo. Lo cual era más acorde con las necesidades del tráfico.

En consecuencia, para poder analizar si puede o no transmitirse la posición jurídica de socio al amparo de nuestro Código Civil, debemos averiguar, si se encuentran dentro de los principios de derecho público que impregnan este contrato, los principios *intuitu personae* y las obligaciones derivadas del mismo que son personalísimas. Unos y otras eran los impedimentos básicos que existían en Roma para que pudiera llevarse a cabo la transmisión.

La relación entre los socios continúa caracterizada como *intuitu personae*, pero con un sentido distinto al que tuvo en el Derecho Romano. El

(84) F. CARNELUTTI *Teoría General del Derecho* Trad. al español. Madrid, 1955, pp 199 ss.

factor desencadenante de esta transformación vino propiciado por la circunstancia de que, en nuestro Código, a diferencia de otros códigos extranjeros, como el alemán de 1896 (§ 705 y ss.) o el portugués de 1966 (arts. 157, 158 y 980), el contrato de sociedad constituye una persona jurídica distinta e independiente de los socios que la integran, disponiéndolo así el art. 1.669 *a sensu contrario* (85), que únicamente predica la falta de personalidad para las sociedades irregulares que, por serlo, tienen eficacia exclusivamente entre los sujetos contratantes al mantenerse secretos los pactos de los socios (86).

Con el reconocimiento de personalidad parece que el legislador ha querido que el contrato extendiera sus efectos hacia el exterior, es decir, que la relación asociativa creada con el contrato pudiera actuar como un ente distinto de los sujetos que la integraban (art. 36 en relación con el art. 1.669 del Código), de tal manera que todos los actos y negocios jurídicos que realizara vincularían a la sociedad como entidad con los terceros intervinientes en los mismos. Y, por este mismo motivo, la sociedad como tal entidad es la responsable respecto del socio y viceversa (arts. 1.686 y 1.688, respectivamente), porque se forman patrimonios distintos y separados: el patrimonio de la sociedad y los patrimonios privativos de los socios.

La justificación de la regulación de nuestro Código hay que buscarla en el ordenamiento jurídico francés, que fue el que le sirvió de base. Este partió de la consideración de que la persona jurídica no obedecía a ninguna creación legal, sino que se generaba cuando había un grupo que pretendiera un ejercicio colectivo de intereses lícitos, dignos de ser jurídicamente reconocidos y protegidos. Este criterio, aplicado al contrato de sociedad, hizo que los juristas otorgaran a ésta personalidad jurídica con la finalidad de preservar el patrimonio social de la acción ejecutiva de los créditos personales de los socios. Por ello, a principios de este siglo y a través de la regulación del Código de Comercio, que se apartó de la regulación del Código Civil y del Código Procesal civil, se atribuyó personalidad jurídica a la sociedad (87).

(85) Art. 1.669 C.C. «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»

(86) En este sentido se pronuncia la jurisprudencia interpretando diversos supuestos de hecho. Pueden citarse, entre otras, las Sentencias de T.S. de 5 de julio de 1982, 20 de marzo de 1984 y 18 de noviembre y 22 de diciembre de 1986. El régimen de estas sociedades es el de la comunidad de bienes en aplicación del último párrafo del art. 1.669 en relación con los arts. 399 y ss., supuestos que vienen recogidos, entre otras, en la Sentencias del T.S. de 3 de abril de 1982 y 20 de marzo de 1988.

(87) A. CICU y F. MESSINEO, *Trattato di Diritto Civile e Commerciale* Vol. XXVIII *Le Società in genere. Le società di persone* Milano, 1982, pp. 130 ss

Ante la regulación de nuestro Código, la relación *intuitu personae* entre los socios puede predicarse, a semejanza del Derecho Romano, desde el momento de la constitución del contrato. Es en este momento cuando los sujetos contratantes emiten su consentimiento en atención a las cualidades y condiciones personales de los sujetos intervinientes; pero, una vez constituida la sociedad, el carácter de esta relación puede decaer al haberse generado un ente nuevo y distinto de los sujetos individuales que lo han creado.

La relación de confianza recíproca no pretendía otra cosa que servir de protección a los intereses de los socios que, al elegir a los sujetos con quien concluían el contrato, se aseguraban de su solvencia económica y de su seriedad en el ejercicio del tráfico jurídico. En la actualidad, para preservar esta especial protección, se ha exigido el acuerdo unánime de los socios para convenir lo que estimen oportuno para los intereses sociales. Efectivamente, el reconocimiento del ejercicio de la autonomía de la voluntad en toda su amplitud, con la única limitación impuesta por el respeto a las normas de derecho público, ha permitido que los socios puedan convenir lo que consideren adecuado siempre que haya unanimidad en el acuerdo.

Lo anteriormente expuesto, y en especial el hecho de que se constituya una persona jurídica, explica que las obligaciones derivadas del contrato dejaran de ser personalísimas. Con lo cual quedaba abierto el camino para que pudiera predicarse la transmisibilidad de la posición jurídica de socio.

Si media acuerdo unánime de todos ellos nada impide que se transmita *inter vivos* la posición jurídica de socio, por cuanto la protección del interés que se perseguía con la intransmisibilidad queda suficientemente cubierto por las figuras que pueden utilizarse para llevar a cabo la transmisión, como son las relativas a la cesión de contrato y las relativas a la modificación de la relación obligatoria (88).

En cuanto a la transmisión *mortis causa*, hay una referencia expresa en el último párrafo del art. 1.704 (89). Este artículo recoge la posibilidad, ya prevista en el Derecho Romano, de impedir que la muerte de un socio opere como causa de extinción del contrato, según lo preceptuado en el número 3 del art. 1.700 del Código (90).

El primero de los preceptos citados no sólo admite que, previo pacto,

(88) F. CAPILLA ROMERO: «Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales» T. XXI, vol. I, Arts. 1.665 al 1.708 del C. c. Madrid, RDP, pp. 645 ss.

(89) Art. 1.704, último párrafo, C.C.: «... Si el pacto fuere que la sociedad ha de continuar con el heredero, será guardado, sin perjuicio de lo que se determina en el número 4 del artículo 1.700» Art. 1.700, número 4: «La sociedad se extingue ... 4º.- Por la voluntad de cualquiera de los socios, con sujeción a lo dispuesto en los artículos 1.705 y 1.707 ».

(90) Art. 1.700, n.º 3, C.C.: «La sociedad se extingue ... 3º.- Por la muerte, insolvencia de cualquiera de los socios, y en el caso previsto en el artículo 1.699»

la sociedad continúe con los socios supervivientes, sino que va más allá, permitiendo expresamente que el pacto tenga por objeto la continuación de la sociedad con el heredero del socio fallecido (91). El reconocimiento de esta posibilidad implica un completo alejamiento de esta regulación respecto de la del Derecho Romano, por cuanto se está admitiendo explícitamente la transmisibilidad *mortis causa* de la posición de socio.

Este convenio deberá realizarse antes de que se produzca la muerte del socio causante al efecto de evitar que ésta opere como causa de extinción. De perdurar aquella voluntad, se llevaría a cabo la constitución de una nueva sociedad, porque la inicial se habría extinguido por la muerte. En cambio, si el convenio ha tenido lugar con anterioridad a aquel hecho, su aplicación impediría el efecto extintivo de la muerte, al tener supremacía la voluntad de los sujetos con relación a las causas de extinción legalmente establecidas; y continuaría existiendo la sociedad originaria, produciéndose solamente el cambio de socios. A esta conclusión puede llegarse realizando una interpretación analógica del art. 1.703 (92) que, referida a las sociedades constituidas por tiempo determinado, conduce a que pueda darse una prórroga en la sociedad.

Respecto a los consocios, si media el pacto de continuación de la sociedad con el heredero, seguiría respetándose el mismo interés protegido con la causa de disolución de la sociedad por muerte, ya que también aquéllos habrían manifestado su consentimiento unánime de continuar la ejecución del contrato con aquella persona o personas. Respecto al heredero, la situación es más compleja, ya que, tal como tuvo en cuenta el Derecho Romano, el heredero se encuentra vinculado en una relación contractual en la que no había manifestado su propio consentimiento. Y, no sólo eso, sino que —como los socios de la sociedad civil— por el simple hecho de ser socios, son administradores de la sociedad, salvo que otra cosa se determine al respecto. Por esta vía, el heredero asumiría una responsabilidad personal e ilimitada por los actos que se realicen en la sociedad. Para evitar este contrasentido legal, la interpretación más satisfactoria para que goce de eficacia dicho pacto respecto del heredero sería la de concederle, con independencia de su aceptación de la herencia, la posibilidad de decidir personalmente sobre este particular.

Hay autores (93) que entienden que debe concedérsele al heredero un

(91) La STS de 4 de diciembre de 1992 declara que «... el art. 1.704 que, precisamente, tiene por finalidad evitar que la muerte del socio ocasione la disolución de la sociedad, pero sobre la base de que haya cláusula contractual en tal sentido.. »

(92) Art. 1.703 C.C.: «Si la sociedad se prorroga después de expirado el término, se entiende que se constituye una nueva sociedad. Si se prorroga antes de expirado el término, continúa la sociedad primitiva

(93) Entre otros, F. CAPILLA ROMERO: *Op. cit.*, p. 663.

plazo prudencial, una vez aceptada la herencia, para pronunciarse si desea continuar o no en la sociedad ocupando la posición de socio, ya que de esta forma mediaría el consentimiento personal del heredero respecto del contrato y, además, se daría cumplimiento a los requisitos esenciales para la existencia de todo contrato previstos en el art. 1.254 del propio Código.

Pero esta solución no impide que el heredero, por el hecho de haber aceptado la herencia, se haya convertido en socio de la sociedad y, por ello, nos parece un tanto inoperante, ni le encontramos ninguna apoyatura legal para sostenerla, ya que una vez que el heredero se haya convertido en socio podrá utilizar cualquiera de los medios legalmente previstos para apartarse de la sociedad si no tiene interés en pertenecer a la misma. No existe ninguna disposición legal que obligue a ningún sujeto a permanecer en la sociedad si él no quiere; y, por ello, siempre que se garantice el cumplimiento de las obligaciones convenidas y la asunción de la correspondiente responsabilidad, el socio puede apartarse de la sociedad.

Si la transmisión *mortis causa* no se realiza en favor del heredero sino del legatario, al tratarse de una sucesión particular, la aceptación del legado implicaría un consentimiento expreso en relación a la asunción de la posición de socio, que pasaría a ocupar de forma automática.

Con relación a la normativa del Código Civil no podemos concluir nuestro estudio sin referirnos a las particularidades que presentan las sociedades irregulares y a la cuestión de si cabe en ellas la transmisión de la posición de socio.

El principio de libertad de forma que rige el régimen de la constitución de la sociedad, recogido en el artículo 1.667 (94), no se hace extensivo al supuesto de los pactos de la sociedad que se mantengan secretos entre los socios. Las sociedades que así se constituyen son consideradas sociedades irregulares, a las que no se les reconoce personalidad jurídica y se les somete al régimen de la comunidad de bienes. Así lo preceptúa el artículo 1.669 del Código. Pese a conservar la denominación de sociedad, se les priva del régimen contractual, que sólo tiene eficacia constitutiva, para someterlas a la regulación del derecho real de la comunidad de bienes. Ello hace que para considerar, en este caso, el tema planteado, deba determinarse, ante todo, si los sujetos que configuran estas sociedades son considerados socios o, por el contrario, son comuneros y, en segundo lugar, si su posición es transmisible a terceras personas que no hayan intervenido en el acto constitutivo.

No cabe duda alguna de que los sujetos que intervienen en las socieda-

(94) Art. 1.667 C.C.: «La sociedad civil se podrá constituir en cualquier forma, salvo que se aportaren a ella bienes inmuebles o derechos reales, en cuyo caso será necesaria la escritura pública»

des irregulares tienen la condición de socios tal y como lo ha venido reiterando la jurisprudencia, pudiéndose citar, entre otras, las Sentencias de 17 de septiembre de 1984, 10 de junio de 1985 y 1 de octubre y 22 de diciembre de 1986 (95). Pero debido a que no se crea ningún patrimonio social al no reconocérseles personalidad jurídica, cada uno de los socios conserva la propiedad de sus aportaciones, lo que coincide con lo preceptuado para los comuneros en el artículo 399 del propio Código (96).

En definitiva, puede decirse que, en estas sociedades, los sujetos intervinientes conservan su cualidad de socio, pero están sometidos al régimen de los comuneros (97). Y, en este sentido y por lo que respecta a la transmisibilidad de su posición de socio, habrá que estar a lo que el Código determine para éstos.

Por lo que respecta a la transmisión *inter vivos*, el antes citado artículo 399 es explícito al afirmar que todo condueño goza de la plenitud de facultades respecto a la propiedad de su parte y, por ello, podrá incluso sustituir a otro sujeto en su aprovechamiento, salvo si se trata de derechos personalísimos. Al partir de la premisa de que el socio de la sociedad irregular debe ser considerado como socio, no cabe duda alguna de que, también en este caso, debe calificarse dicha posición de personalísima y, por lo tanto, intransmisible, a no ser que se hubiera convenido lo contrario en el momento de su constitución, ya que lo preceptuado en el Código sólo será de aplicación en defecto de contratos o de disposiciones especiales, tal y como lo establece expresamente el artículo 392 de aquel cuerpo legal. Por lo que respecta a la transmisibilidad *mortis causa* debemos sostener los mismos argumentos referidos para las sociedades constituidas de conformidad con todos los requisitos determinados por el Código Civil.

Como tal sociedad, aunque irregular, estará sometida a las mismas cau-

(95) La STS de 22 de diciembre de 1986 declara que. «.. en los supuestos de sociedades irregulares o de hecho la problemática que envuelven respecto a terceros no afecta a las relaciones internas entre los socios a los que liga un pacto válido contraído al amparo del principio de autonomía de la voluntad ..».

(96) Art. 399 C.C: «Todo condueño tendrá la plena propiedad de su parte y la de los frutos y utilidades que le correspondan, pudiendo en su consecuencia enajenarla, cederla o hipotecarla, y aun sustituir otro en su aprovechamiento, salvo si se tratare de derechos personales. Pero el efecto de la enajenación o de la hipoteca con relación a los condueños estará limitado a la porción que se le adjudique en la división al cesar la comunidad».

(97) Debemos tener en cuenta en este caso, lo mismo que se determinaba ya en el Derecho Romano, en cuanto al origen de la comunidad, distinguiendo si la misma proviene del contrato de sociedad o de otro acto jurídico. Si se está en el primer caso, aunque se aplique el régimen de la comunidad deberá tenerse siempre presente el contrato del que proviene. Cf D 17,2,31 que dice: *Ut sit pro socio actio, societatem intercedere oportet, nec enim sufficit, rem esse communem, nisi societas intercedat Communiter autem res agi potest etiam citra societatem (...)*

sas de extinción, y más si cabe en este caso, tal como afirma la Sentencia del T.S. de 29 de octubre de 1987 anteriormente aludida: «el juego del *intuitu personae* aparece aquí acentuado (...) de modo que faltando el pacto de continuación, la concurrencia de una causa de disolución provoca la extinción de la sociedad (...)». En consecuencia, al margen de estar sometidas al régimen de la comunidad de bienes en cuanto a su funcionamiento patrimonial, podemos dar por reproducidos aquí los mismos argumentos sostenidos para las demás sociedades civiles.

MARÍA EUGENIA ORTUÑO
Profesora de Derecho Romano
de la Universidad de Girona

Financiación con garantía hipotecaria a constructores y promotores de viviendas y locales a la luz de la actual legislación urbanística

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTION.—II. INCUMPLIMIENTO DE LOS PLAZOS O DEBERES URBANISTICOS: EXPROPIACION O VENTA FORZOSA.—III. CAMBIO EN LA NATURALEZA JURIDICA DE LA LICENCIA DE EDIFICACION.—IV. REGIMEN DE VALORACION Y DETERMINACION DEL IMPORTE A PERCIBIR A EFECTOS DE LA EXPROPIACION O VENTA FORZOSA POR INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES URBANISTICOS.—V. CONSECUENCIAS DE LA RIGIDEZ DE LOS PLAZOS.—VI. CONSECUENCIAS JURIDICAS DE LA EXPROPIACION O VENTA FORZOSA RESPECTO A LA HIPOTECA YA CONSTITUIDA.—VII. POSIBLES GARANTIAS A ADOPTAR POR EL BANCO. 1. Si LA HIPOTECA SE CONSTITUYE SOBRE EL EDIFICIO. a) *Hipoteca del edificio terminado*. b) *Hipoteca del edificio en construcción*.—2. Si LA HIPOTECA SE CONSTITUYE SOBRE EL TERRENO. 3. LA HIPOTECA SE CONSTITUYE SOBRE EL TERRENO Y SOBRE EL EDIFICIO.

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTION

La disposición final segunda de la Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo, autorizó al Gobierno para que en el plazo de un año desde su publicación aprobara un Texto Refundido de las disposiciones estatales vigentes sobre suelo y ordenación urbana, comprendiendo también la regularización, aclaración y armonización de dichas disposiciones.

Habiéndose demostrado insuficiente el aludido plazo de un año para hacer la refundición, la disposición final quinta de la Ley 31/1991, de 30 de diciembre, aprobatoria de los Presupuestos Generales del Estado para 1992, rehabilitó aquella autorización para aprobar el Texto Refundido durante los primeros seis meses de 1992.

Y así, cumpliendo el mandato refundidor, se aprobó el Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana en virtud del Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio (*Boletín Oficial del Estado* de 30 de junio de 1992, en lo sucesivo TR).

A los efectos que nos ocupan, financiación con garantía hipotecaria a constructores y promotores de edificios y viviendas o locales, los aspectos del Texto Refundido de la Ley que tienen mayor relevancia son los que provienen de la Ley 8/1990, y pueden sintetizarse así:

- a) La configuración del contenido urbanístico en la propiedad inmobiliaria como una serie de «facultades urbanísticas» atribuidas por la Ley y no inherentes al derecho de propiedad (art. 23 TR).
- b) La atribución y adquisición gradual y sucesiva de cada una de esas facultades, en función del cumplimiento por el propietario o interesado, en los plazos señalados, de los deberes y cargas impuestos por el planeamiento y por la Ley (art. 20.1 TR).
- c) *La potenciación de la figura de la licencia* en relación con el «derecho a edificar», pues sólo el otorgamiento de aquélla determina la adquisición de esa facultad, siempre que el proyecto presentado fuera conforme en la ordenación urbanística aplicable (art. 33 TR).
- d) *La estricta sujeción del derecho a edificar al tiempo señalado en la licencia*, hasta el punto de que, previa tramitación del oportuno expediente con audiencia del interesado, el derecho a edificar se extingue por incumplimiento de los plazos fijados por la iniciación, interrupción máxima y finalización de las obras (art. 35 TR).
- e) *Las rigurosas consecuencias que de esa misma extinción del derecho a edificar se derivan*, pues, extinguido tal derecho, la Administración expropiará los correspondientes terrenos con las obras ya ejecutadas o acordará su venta forzosa, valorándose aquéllos conforme al 50 por 100 del aprovechamiento urbanístico para el que se obtuvo la licencia y éstas por su coste de ejecución (art. 36 TR).
- f) Y por último, la consagración del principio de que el derecho a la edificación sólo se adquiere por la conclusión de las obras al amparo de licencia no caducada y conforme con la ordenación urbanística (art. 37 TR), accediendo la obra nueva al Registro de la Propiedad en la forma y con los requisitos que establece el artículo 37.2 del TR.

La cuestión que a nosotros nos interesa es el riesgo que la entidad que concede el préstamo hipotecario tiene de no poder recuperar el dinero entregado en el caso de expropiación o venta forzosa del objeto hipotecado,

pues si el proceso urbanizador concluye normalmente y el promotor o constructor adquiere el derecho a la edificación, quedando ésta incorporada a su patrimonio, no hay problema alguno. Por ello analizaremos:

- a) En primer lugar el incumplimiento de los plazos o deberes urbanísticos que, en su caso, originará la sanción de expropiación forzosa o venta forzosa con importantes novedades respecto a otros supuestos expropiatorios y, en consecuencia, la problemática que nos ocupa.
- b) En segundo lugar el giro existente en cuanto a la concepción de la naturaleza jurídica de la licencia de edificación.
- c) En tercer lugar el régimen de valoración y fijación de justiprecio del objeto —terreno y/o edificación— en caso de expropiación o venta forzosa, ya que ésta es esencial a la hora de conceder el Banco el préstamo hipotecario.
- d) En cuarto lugar la consecuencia de la rigidez de los plazos a la hora de obtener financiación.
- e) En quinto lugar las consecuencias jurídicas de la expropiación o venta forzosa respecto de la hipoteca constituida.
- f) En sexto y último lugar las posibles garantías a adoptar por el Banco para salvaguardar su derecho.

II. INCUMPLIMIENTO DE LOS PLAZOS O DEBERES URBANÍSTICOS: EXPROPIACION O VENTA FORZOSA

El motivo de que el único supuesto expropiatorio que estudiemos sea el que tiene su origen en el incumplimiento de los deberes urbanísticos se justifica por el hecho de que es el único que produce unas consecuencias excepcionales a tener en cuenta a la hora de conceder un préstamo hipotecario, como tendremos la ocasión de comprobar.

Como ya hemos advertido, la propiedad urbana se constituye como consecuencia de la adquisición gradual y sucesiva de una serie de facultades urbanísticas. Hemos de hablar de facultades y no de derechos, puesto que se trata de poderes funcionales que exigen como elemento ineludible el previo cumplimiento de una serie de deberes que son los verdaderos títulos atributivos de las facultades urbanísticas.

Así pues, la propiedad urbana aparece rodeada de una serie de «delimitaciones» que conforman su contenido y que la sujetan a una rígida estructura, ya que el propietario de un terreno no puede por sí utilizarlo urbanísticamente ni edificar si no es conforme al Plan, previa la obtención de

licencias y autorizaciones y dentro de los plazos marcados para ello, asistiendo por lo tanto a una verdadera «sacralización del planeamiento». En otro caso nunca llega a ser propietario de lo construido, de ahí la rotunda aseveración del artículo 38.1 TR: «La edificación realizada sin licencia o sin ajustarse a sus condiciones es incompatible con el planeamiento vigente será demolida sin indemnización, previa la instrucción del preceptivo expediente, conforme a lo establecido en la legislación urbanística aplicable». Si no existe indemnización es porque no hay propiedad que indemnizar, ya que en otro caso tal norma sería inconstitucional (art. 33 CE).

El proceso urbanístico se desarrollaría, pues, como sigue:

- Aprobado el planeamiento preciso en cada clase de suelo, el propietario no adquiere ni consolida el *ius aedificandi*, sino que solamente adquiere el derecho a urbanizar (art. 24 TR).
- Este derecho a urbanizar, sin embargo, se configura como un derecho-deber. A su cumplimiento, así como a la realización de las cesiones gratuitas de terrenos y de porcentajes de aprovechamiento urbanístico, se condiciona la adquisición de la segunda facultad: el derecho al aprovechamiento urbanístico (art. 26 TR).
En caso de incumplimiento de los deberes de urbanización y de cesión en los plazos establecidos al efecto, el derecho a urbanizar se extinguirá (art. 25.1 TR).
- La tercera fase del proceso consistirá en la adquisición del derecho a edificar, adquisición que se sujetará igualmente al cumplimiento de un deber: el de solicitar la licencia; y será el otorgamiento de ésta el que determine la adquisición del *ius aedificandi* siempre que el proyecto presentado fuera conforme con la ordenación urbanística aplicable (art. 33 TR).
En caso de incumplir el deber de solicitar la licencia en el plazo fijado en el planeamiento o legislación urbanística aplicable el derecho al aprovechamiento urbanístico se reducirá en un 50 por 100 (art. 30.1 TR).
- La adquisición de la cuarta y última facultad, el derecho a la edificación, también se subordina a un último deber a fin de que la obra se incorpore al patrimonio de su titular: la realización de las obras al amparo de una licencia no caducada y conforme con la ordenación urbanística (art. 37.1 TR).

En caso de incumplimiento del deber de realizar (iniciar, interrumpir o finalizar) las obras en los plazos fijados se extinguirá el derecho a edificar (art. 35.2 TR), sin que el propietario pueda iniciar o reanudar actividad alguna al amparo de la licencia caducada salvo, previa autorización u orden

de la Administración, las obras estrictamente necesarias para garantizar la seguridad de las personas y bienes y el valor de la edificación ya realizada (art. 36.1 TR).

El Texto Refundido en sus artículos 37 al 41 contempla los siguientes supuestos:

1. Edificación con licencia y conforme a la legislación urbanística: Se incorporará al patrimonio del propietario del terreno.

2. Edificación sin licencia e incompatible con el planeamiento: Se demolerá sin indemnización si han transcurrido los plazos para solicitar la licencia. Si no han transcurrido esos plazos se podrá solicitar licencia para el proyecto que sea conforme con el planeamiento.

3. Edificación sin licencia pero compatible con el planeamiento: La obra puede ser legalizada solicitando la licencia en los plazos determinados por la legislación urbanística o en el de dos meses a contar desde el requerimiento si ya se ha adquirido el derecho al aprovechamiento urbanístico; y si no, debe realizarse la urbanización para adquirir tal derecho.

4. Edificación con licencia que luego es declarada ilegal: No se incorpora al patrimonio del propietario del terreno, procediéndose a la expropiación o venta forzosa de dicho terreno si no se hubiera adquirido el derecho al aprovechamiento urbanístico cuando se solicitó la licencia anulada; pero si se hubiera adquirido deberá solicitarse nueva licencia en el plazo de un año, a contar del oportuno requerimiento.

5. Edificación conforme al planeamiento con exceso de aprovechamiento: Si desde su terminación no ha transcurrido el plazo que legalmente se determine, y en su defecto cuatro años, el titular o sus causahabientes han de abonar a la Administración el valor urbanístico de dicho exceso, quedando excluidos de dicha obligación los terceros adquirentes de buena fe amparados por el Registro de la Propiedad; pero en este caso la Administración podrá reclamar el pago al propietario inicial de la edificación u otra persona que le haya sucedido.

En este mismo sentido los artículos 248 a 250 del TR contienen una verdadera defensa de la legalidad de la licencia y de la necesidad de su obtención, pues sólo se incorporan al patrimonio del propietario del terreno las edificaciones que sean conformes con la licencia no caducada y con la legislación urbanística, pero no aquéllas que se han realizado sin licencia, sin ajustarse a ella o incompatibles con el planeamiento y siempre que no se trate de edificaciones u obras legalizables, o sea, que no puedan subsanarse mediante la posterior obtención de licencia en los casos y dentro de los plazos que contempla la Ley.

Ahora bien, la justificación de que nos detengamos en el estudio del

incumplimiento de los deberes urbanísticos viene dada no sólo porque determina, como hemos visto, la extinción o reducción de las facultades urbanísticas en vías de adquisición e impide la adquisición de nuevas facultades, sino porque el Texto Refundido establece además una consecuencia jurídica adicional: la expropiación o venta forzosa del terreno y de las obras realizadas, y será una expropiación o venta forzosa peculiar, pues, como veremos, se produce una alteración en los criterios valorativos respecto de los demás supuestos expropiatorios, variación ésta de la que se derivarán importantes consecuencias, que son el motivo del presente estudio.

Así, con carácter general, el artículo 207.a) del Texto Refundido señala: «La expropiación por incumplimiento de la función social de la propiedad se aplicará: a) Por inobservancia de los plazos establecidos para la urbanización de los terrenos y su edificación o, en general, de los deberes básico establecidos en esta Ley cuando no se opte por el régimen de venta forzosa».

Lo corroboran también los artículos 149.4.2.^a, 30.3, 31.2, 34, 36.2 y 38.3 del Texto Refundido.

Ahora bien, para que proceda la sanción o expropiación o venta forzosa por incumplimiento de los deberes urbanísticos será necesario un *procedimiento en que la Administración declare formalmente el incumplimiento de dichos deberes*.

El procedimiento para obtener tal declaración de incumplimiento se iniciará de oficio o a petición del interesado y tiene por objeto la determinación, conocimiento y comprobación por parte de la Administración actuante del incumplimiento de los deberes urbanísticos por causa imputable al titular del terreno, o sea, que sea debido a dolo o culpa de dicho titular, recayendo la carga de la prueba en la Administración. Si el interesado demuestra que el incumplimiento no es imputable a su voluntad, sino que es debido a causas ajenas a ella (caso fortuito, fuerza mayor, ser imputable a la Administración...), no habría lugar a la expropiación o venta forzosa. En consecuencia, está ínsita en la figura prevista por el legislador la posibilidad de que se otorgue algún tipo de prórroga para el caso de demostrarse por el interesado que dicho incumplimiento no puede serle imputado.

El procedimiento concluye por resolución del órgano administrativo competente declarando el incumplimiento y, en su caso, si opta por la expropiación o venta forzosa, aunque esta elección se pueda hacer posteriormente en acto administrativo autónomo (art. 227.1 TR). Esta resolución es recurrible en vía administrativa y contencioso-administrativa.

El órgano administrativo que dictó la resolución remitirá al Registro de la Propiedad certificación de aquélla para su constancia por nota al margen de la última inscripción de dominio de la finca. Por su parte, la situación de venta forzosa se consignará en las certificaciones que se expidan (art. 232 TR).

El Tribunal Supremo, en Sentencia de 15 de mayo de 1990 (Ar. 4074), dispone que se aplicará a este expediente lo dispuesto en los artículos 15 a 17 del Reglamento de Edificación Forzosa y Registro Municipal de Solares (Decreto 635/1964, de 5 de marzo), no derogado por el Texto Refundido.

Conviene hacer las siguientes *precisiones*:

1. Los actos de los propietarios de los terrenos tendentes a la adquisición de facultades urbanísticas efectuadas fuera de plazo producirán efecto siempre que sean realizados con anterioridad a la notificación del acto de iniciación del procedimiento declarativo del incumplimiento de los deberes urbanísticos con la sanción de reducción del aprovechamiento urbanístico en un 50 por 100, a tenor del artículo 42.3 del Texto Refundido.

2. ¿Cómo juega el silencio administrativo?

a) Si el procedimiento se inicia a instancia de parte, jugará el silencio positivo y por lo tanto se entenderá estimada la petición a falta de resolución expresa (arts. 43.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común).

b) Si se inicia de oficio, no juega el silencio positivo, siendo aplicable el artículo 43.4 de la Ley mencionada en el párrafo precedente, y en consecuencia el procedimiento se entenderá caducado y se procederá a archivar las actuaciones en el plazo de treinta días, a contar desde el vencimiento del término en que debió ser dictada la resolución, excepto en los casos en los que el procedimiento se hubiera paralizado por causa imputable al interesado, en los que se interrumpirá el cómputo del plazo para resolver el procedimiento.

3. Para que proceda la expropiación o venta forzosa no bastará con que se haya producido la declaración formal de incumplimiento, sino además que hubieran transcurrido, en su caso, los plazos de los artículos 30 y 31 para solicitar la licencia, pues si no hubieran transcurrido estos plazos no existe inconveniente para continuar la construcción, como establece el artículo 38.2 del Texto Refundido para los supuestos de edificaciones realizadas sin licencia.

4. El adjudicatario de la expropiación o venta forzosa (Administración o tercero) ha de continuar el proceso urbanizador y edificador en los plazos legales, ya que si no es así el propietario tendrá derecho a la reversión (art. 226 TR); también en caso de venta forzosa como garantía del propietario.

5. Si el incumplimiento es imputable a la Administración actuante, los propietarios afectados conservarán su derecho a iniciar o proseguir el proceso urbanizador y edificador (art. 150 TR), sin perjuicio del derecho a ser indemnizados que pueda corresponderles (arts. 237 y sigs. TR). En el Texto

Refundido, pues, asistimos a un férreo control de la actividad de los particulares, pero, por contra, no existe un control de los controladores. La legislación es muy celosa en sancionar el incumplimiento de los propietarios en unos plazos brevísimos, pero deja plena libertad para que una vez declarado el incumplimiento la Administración actúe como quiera y cuando quiera para continuar el proceso urbanizador y edificador.

6. Si se trata de edificaciones ruinosas e inadecuadas por reunir los requisitos del artículo 247 del Texto Refundido las primeras o estar destinadas en más de un 50 por 100 de la superficie construida a un uso urbanístico contrario al establecido en el planeamiento las segundas, quedarán sujetas a venta forzosa si no se sustituyen o rehabilitan, valorándose esas edificaciones y procediéndose en la forma que determinan los artículos 228 y 229 del Texto Refundido, en cuyo examen no nos detenemos.

III. CAMBIO EN LA NATURALEZA JURIDICA DE LA LICENCIA DE EDIFICACION

Hemos comentado anteriormente que asistimos a un proceso de «potenciación de la figura de la licencia».

En la concepción de la nueva Ley el propietario no tiene *ab origine* el derecho a edificar, sino que dicho derecho nace con la licencia, que *es constitutiva* y no meramente declarativa de un derecho anterior. Las facultades urbanísticas no son inherentes al derecho de propiedad, no nacen directa y simultáneamente de la propiedad, sino indirecta y sucesivamente de ella.

No es la concepción de la licencia lo que ha cambiado, sino la concepción de la propiedad urbana, y dicha novedad es consecuencia de la incorporación de los «tiempos o plazos» en el proceso urbanístico. Es el control del cumplimiento de esos plazos lo que modula el alcance de la licencia.

Anteriormente la licencia de obras era un acto administrativo de autorización: no creaba derechos, no ampliaba la esfera jurídica del particular, no suponía la traslación de un contenido positivo al administrado; removía simplemente un obstáculo, eliminaba una previa prohibición existente, lo cual permitía al derecho del particular (que era preexistente a la licencia) recobrar toda la eficacia que potencialmente ya tenía. El *ius aedificandi* era, pues, una de las facultades del dominio y la licencia suprimía un obstáculo legal a su ejercicio, con lo que aquél recobraba su virtualidad plena; pero la facultad de edificar y la consiguiente propiedad de lo edificado tenía su origen en la propiedad del suelo, no en la licencia.

La licencia de edificación que recoge la nueva legislación no responde ya a ese esquema. Así, el artículo 33 del Texto Refundido dispone: «El otorgamiento de la licencia determinará la adquisición del derecho a edifi-

car». Estamos, pues, muy lejos de la visión tradicional de la licencia. La nueva licencia de edificación es un acto constitutivo, con naturaleza concesional o cuasiconcesional, pero en todo caso y al margen de su calificación, creador de un derecho. No tiene un significado negativo de eliminar un obstáculo, sino positivo al habilitar al particular para edificar, confiriendo al mismo una aptitud jurídica, una competencia.

La propiedad del suelo parece ser ahora más bien un simple presupuesto subjetivo de la licencia y será en ella donde tendrá su origen el derecho a edificar, de ahí su carácter constitutivo y de ahí también que el artículo 37.2 del Texto Refundido exija acreditar ante Notario la existencia de la licencia para autorizar, y posteriormente inscribir, las escrituras de declaración de obra nueva.

Ahora bien, la modificación en la naturaleza jurídica de la licencia nos obliga a extraer otras importantes conclusiones. Así, la doctrina civil de la accesión en virtud de la cual el propietario de un terreno es dueño de lo que construya en él (arts. 353, 358 y 359 CC) debe entenderse corregida o ampliada en materia urbanística, pues en ella el derecho a la edificación construida no se adquiere por la propiedad del suelo, sino que sólo se entenderá adquirido una vez que las obras han concluido al amparo de licencia no caducada y conforme a la ordenación urbanística.

IV. REGIMEN DE VALORACION Y DETERMINACION DEL IMPORTE A PERCIBIR A EFECTOS DE LA EXPROPIACION O VENTA FORZOSA POR INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES URBANISTICOS

Esta cuestión tiene gran importancia debido a que dicha valoración es esencial a efectos de conocer la suma a la que se ha de atender a la hora de otorgar el posible préstamo hipotecario a fin de garantizar el reintegro del capital prestado, pues dicha suma será la que percibirá el deudor en el supuesto de que se lleve a cabo la expropiación o venta forzosa. Todo ello, claro está, partiendo del supuesto que a nosotros nos interesa de que el único o uno de los objetos hipotecados sea el terreno y/o la edificación afectados por el proceso urbanístico, en las condiciones que veremos y como medio de obtener la financiación necesaria para culminar el proceso urbanizador y edificador, pues si el promotor o constructor hipoteca solamente otros bienes patrimoniales distintos a dicho terreno y/o edificación, el posible préstamo a conceder por el Banco podría alcanzar la cuantía correspondiente en relación con la suma del valor de todos los bienes hipotecados, aplicando en ese caso las reglas generales del préstamo hipotecario y no las del Texto Refundido.

Partiendo de estas consideraciones previas, hemos de decir que el régimen de valoraciones y determinación del justiprecio o importe a percibir previsto para los supuestos de incumplimiento de los deberes urbanísticos que estamos examinando no es exactamente el mismo que el del resto de los supuestos expropiatorios.

El artículo 57 del Texto Refundido, bajo la rúbrica «Reglas específicas de valoración», establece: «Las reglas de valoración contenidas en este capítulo se entenderán sin perjuicio de la aplicación de las contenidas en los artículos 30.1 y 3, 31.2, 34, 36.2, 38.3 y 40.2 de esta Ley».

De los citados preceptos es de destacar el artículo 30 por ser el que resulta estrictamente aplicable a los supuestos que nos ocupan y porque los demás, si no se remiten a él, se constituyen sobre idéntico patrón.

Así, el artículo 30.1 dispone: «El derecho al aprovechamiento urbanístico se reducirá en un 50 por 100 si no se solicita la licencia de edificación en el plazo fijado en el planeamiento o legislación urbanística aplicable».

Por su parte, el artículo 30.3 establece: «La resolución administrativa, municipal o autonómica, declarando el incumplimiento a que se refiere el número 1, deberá dictarse previa audiencia del interesado y 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».

Así pues, frente a los restantes supuestos expropiatorios, en caso de incumplimiento de los deberes urbanísticos el justiprecio no vendrá dado por el aprovechamiento urbanístico del terreno, sino por la mitad de dicho valor. No obstante, conviene *precisar esta cuestión*. Así:

1. *El valor urbanístico del terreno será el determinado en función de las facultades adquiridas* al tiempo de practicarse la valoración (art. 50 TR). Ahora bien, hemos de puntualizar dicha esta afirmación. Así:

- a) En caso de expropiación forzosa, y a tenor del artículo 47, habrá de estarse a las facultades adquiridas al momento de iniciarse, no el expediente de expropiación, sino el expediente de justiprecio, o sea, al momento en que se practique la citación al expropiado para lograr la adquisición por mutuo acuerdo, o si no se logra, al momento en que se practique el oficio por el que la Administración requiere al expropiado para que formule su hoja de aprecio.
- b) En caso de venta forzosa deberá atenderse a las facultades adquiridas al tiempo de incluirse la finca en el Registro de Solares y Terrenos sin Urbanizar (art. 233.2 TR).

II. Dicho valor urbanístico dependerá, pues, de las facultades que el propietario haya adquirido en los momentos indicados, según se trate de

expropiación o venta forzosa. Ahora bien, *en caso de expropiación o venta forzosa por incumplimiento de los deberes urbanísticos, el valor urbanístico del terreno*, y al margen de posibles adiciones o deducciones que veremos, *será el mismo en todos los casos, con independencia de las facultades adquiridas. esto es, el valor correspondiente al 50 por 100 del aprovechamiento urbanístico* patrimonializable o susceptible de apropiación por el propietario, calculado en la forma que veremos posteriormente.

Así lo confirman:

1. *Si el propietario ha adquirido el derecho a urbanizar*, el artículo 51.2 del Texto Refundido.

Ahora bien, en este supuesto, para el cálculo del justiprecio, a dicho valor urbanístico han de añadirse los gastos ya efectuados tendentes a la ejecución del planeamiento, siempre que queden debidamente justificados (art. 51.3 TR).

En el supuesto de que se extinga el derecho a urbanizar por incumplimiento de deberes urbanísticos, el valor urbanístico será también el 50 por 100 del aprovechamiento urbanístico susceptible de apropiación o el resultante del planeamiento anterior si éste fuera inferior a aquél [art. 52.b) TR].

2. *Si el propietario ha adquirido el derecho al aprovechamiento urbanístico*, los artículos 30.1 y 3 citados.

El valor del terreno se obtendría aplicando al aprovechamiento urbanístico el valor básico de repercusión en el polígono, corregido en función de su situación concreta en el mismo (art. 53.1 TR). No obstante, habría que aplicar la reducción que establecen los artículos 30.1 y 3 en el caso de no solicitar la licencia de edificación en los plazos legales.

3. *Si el propietario ha adquirido el derecho a edificar*, el artículo 36.2 del Texto Refundido.

Una vez adquirido el derecho a edificar hay que diferenciar entre:

- a) Valor del suelo: al valor urbanístico del terreno mencionado para el cálculo del importe a percibir se añadirá el 25 por 100 del coste de ejecución y la totalidad de los gastos que justificadamente estén motivados por la edificación proyectada o iniciada (art. 55 TR).
- b) Valor de la edificación ya ejecutada: se valorará por el coste de ejecución, con la arbitrariedad que la fijación de dicho importe conlleva dada la dificultad de su prueba y obligándonos, por tanto, a movernos en el campo de la aproximación.

4. *Si el propietario ha adquirido el derecho a la edificación.*

Una vez adquirido el derecho a la edificación, como hemos dicho, ya no cabe la expropiación o venta forzosa por incumplimiento de los deberes urbanísticos, pues el proceso urbanizador y edificador ha concluido nor-

malmente y la edificación se ha incorporado al patrimonio de su propietario.

Por ello, *cuando hablemos de expropiación o venta forzosa por incumplimiento de los deberes urbanísticos nos referimos al supuesto de hecho en que el propietario no ha adquirido aún el derecho a la edificación.*

No obstante, llegados a esta fase, caben otros supuestos expropiatorios, y aunque exceda de nuestro estudio, por su interés, hemos de diferenciar nuevamente entre:

- a) Valor del suelo: se aplicarán las normas generales de valoración y su valor será el correspondiente al aprovechamiento urbanístico efectivamente materializado sobre el mismo, sin adición ni deducción alguna (art. 56.2 TR).
- b) Valor de la edificación: se valorará en función de su coste de reposición, atendiendo a su antigüedad, estado de conservación y conformidad o no con la ordenación vigente (art. 56.3 TR).

En mi opinión, el valor de reposición al que alude el legislador sería lo que costaría «reponer» en la actualidad la obra, pero corrigiendo el valor con los criterios mencionados de antigüedad, conservación y conformidad al planeamiento vigente en el caso de que la edificación se hubiere concluido conforme a un planeamiento anterior. En todo caso, ese valor o coste de reposición debe ser un valor objetivado, lo que parece que nos llevará al valor catastral y por lo tanto será un valor inferior al de mercado (que sería el que en realidad habría que satisfacer), pero probablemente superior al de ejecución, que es el que se satisface si no se ha adquirido el derecho a la edificación.

No obstante, advertir que en la valoración de aprovechamientos urbanísticos se deducirá el coste de urbanización pendiente y no ejecutada conforme a las normas del plan o, en su defecto, se deducirán los costes necesarios para que el terreno alcance la condición de solar (art. 54 TR).

Así pues, en todos los supuestos de expropiación por incumplimiento de los deberes urbanísticos (fase previa a la adquisición del derecho a la edificación) se respeta ese valor urbanístico uniforme del 50 por 100 del aprovechamiento urbanístico, si bien con las pequeñas peculiaridades que hemos mencionado (adiciones o deducciones que procedan: arts. 51.3, 54 y 55 TR) y teniendo siempre en cuenta que una vez adquirido el derecho a edificar no sólo ha de atenderse al valor del suelo, sino que también al valor de la edificación realizada.

III. *¿Cómo se calcula ese valor?*

Decimos que el valor urbanístico del terreno será el valor correspondiente al 50 por 100 del aprovechamiento urbanístico susceptible de expropiación por el propietario. Así, hemos de puntualizar lo siguiente:

1. El «aprovechamiento urbanístico susceptible de expropiación» por el titular de un terreno será el resultado de referir a su superficie el 85 por 100 del «aprovechamiento tipo del área de reparto» en que se encuentre (art. 27 TR). En expropiaciones de terrenos destinados a sistemas generales el porcentaje es del 75 ó 50 por 100, según sea suelo urbano o urbanizable programado, respectivamente (arts. 59 y 60 TR).

2. El «aprovechamiento tipo de cada área de reparto» se calculará dividiendo el aprovechamiento lucrativo total de las zonas incluidas en ella, expresado en metros cuadrados construibles, por la superficie total, excluidos los terrenos destinados a dotaciones públicas (arts. 96 y 97 TR). No obstante, hemos de decir que éste es un mandato dirigido más bien a los órganos encargados de la elaboración de los Planes, pues a tenor del artículo 95 del Texto Refundido, el aprovechamiento tipo deberá fijarse en el Plan General o Programa de Actuación Urbanística, y que caso de realizar una consulta urbanística el Ayuntamiento deberá ponerse de manifiesto (art. 43.2 TR).

Además, si no hay Plan o éste no prevé el aprovechamiento lucrativo para un terreno no incluido en la unidad de ejecución, éste será de metro cuadrado construible por cada metro cuadrado de suelo (art. 62.1 TR).

3. Una vez concretado el aprovechamiento urbanístico, el cálculo del «valor urbanístico» (al margen de adiciones o deducciones que en su caso procedan: arts. 51.3, 54 y 55) requiere una operación ulterior, que consiste en la determinación del «valor fiscal». La aplicación de dicho «valor fiscal» al aprovechamiento urbanístico permite obtener el «valor urbanístico».

Tal «valor fiscal» es el resultado de aplicar al aprovechamiento urbanístico obtenido el valor básico de repercusión en el polígono que fijará la Administración Tributaria en atención a la situación del terreno dentro de dicho polígono, así como al uso y tipología edificatorios característicos y que se recogerán en las ponencias de valores catastrales y, en su defecto, se aplicarán los valores de repercusión obtenidos conforme a las normas técnicas de valoración catastral (art. 53 TR).

Señalar que las normas técnicas de valoración del cuadro de valores del suelo y de las construcciones para determinar el valor catastral de los bienes inmuebles de naturaleza urbana se fijan en el Real Decreto 1020/1993, de 25 de junio (BOE de 22-7-1993).

De todo lo expuesto en este apartado cabe deducir, pues, que la valoración, caso de expropiación o venta forzosa por incumplimiento de los deberes urbanísticos, será la misma para ambos supuestos, pues siguen un régimen paralelo al poder optarse en la resolución que declara el incumplimiento por una o por otra, y será el 50 por 100 del aprovechamiento urbanístico para el suelo y el coste de ejecución para el vuelo. Supone ello

que frente al régimen general de valoración aplicable al resto de los supuestos expropiatorios que el Texto Refundido contempla en su artículo 207, dicho aprovechamiento queda reducido a la mitad y la suma percibida por el propietario no sólo será distinta, sino que además bastante menor de la que correspondería aplicando las reglas ordinarias. Tener también presente que en un supuesto ordinario de expropiación distinto al que nos ocupa habría que diferenciar según se hubiera adquirido o no el derecho a la edificación, pues si se hubiera adquirido dicho derecho y se hubiera incorporado la edificación al patrimonio del propietario del terreno, no se valoraría por su coste de ejecución, sino por su coste de reposición corregido en la forma estudiada (no en nuestro caso, pues, como sabemos, si se ha adquirido el derecho a la edificación no cabe la expropiación por incumplimiento de los deberes urbanísticos).

Es paradójico que a la vista de esta regulación reciba peor trato el constructor o promotor que pidió la licencia y por cualquier causa no la ejercitó en tiempo, que aquel otro que comienza la construcción sin pedir la licencia, clandestinamente. Decimos esto, pues a este último si aún está dentro de plazo para pedir licencia se le permite legalizar la obra. Por contra, al que solicitó la licencia que acaba caducando se le expropia o se le impone la venta forzosa, reduciendo a la mitad el aprovechamiento y perdiendo además lo edificado a precio de coste.

Por otra parte, la constitucionalidad de dichos criterios valorativos ofrece claras dudas que pueden plantear problemas en un futuro: ¿El precio que recibe el propietario se ajusta al derecho a obtener una indemnización que reconoce el artículo 33 de la Constitución española a pesar de alejarse del valor real? ¿Se atenta contra el principio de igualdad ante la Ley y ante las cargas reales (arts. 14 y 31 CE) cuando el propietario de un terreno no sujeto a expropiación puede venderlo por su valor real y el expropiado por incumplimiento de deberes no puede hacerlo?

No obstante lo dicho, cabe hacer, para concluir, las siguientes *puntualizaciones*:

1.⁴ Los criterios de valoración examinados sólo son aplicables al suelo urbano o urbanizable respecto del que se hubiera completado su ordenación urbanística. En los demás casos, o sea, si estamos ante suelo no urbanizable o suelo urbanizable no programado que no cuenta con Programa de Actuación Urbanística, o suelo urbanizable programado que no cuenta con el planeamiento de desarrollo preciso (Plan Parcial), en estos tres supuestos no se estará al valor urbanístico del terreno, sino al «valor inicial» del mismo, que no será otro que su valor catastral, sin consideración alguna a su posible utilización urbanística, aunque si se trata de suelo urbanizable programado que no cuenta con Plan Parcial de Desarrollo se agregará a ese valor catas-

tral el 25 por 100 del coste estimado de su futura urbanización con arreglo al Plan o, en su defecto, el 25 por 100 del coste de la conversión del terreno en solar (arts. 49 y 50 TR). Con esta última posibilidad se está dejando abierta una clara vía para «inflar» el valor de los terrenos dada la dificultad de obtener una estimación precisa de los costes a que se alude.

En todo caso, el valor inicial prevalecerá sobre el valor urbanístico siempre que dicho valor inicial sea superior (art. 50.2 TR).

A efectos de valores catastrales, recordar el Real Decreto 1020/1993, de 25 de junio, ya citado.

2.^a La expropiación o venta forzosa por incumplimiento de los plazos para urbanizar o edificar no serán aplicables a municipios de población inferior a 25.000 habitantes, salvo que el Ayuntamiento acuerde su aplicación, con carácter general, para la totalidad o parte del término municipal (DA 1.^a, punto 3.2).

Además, según la disposición adicional 1.^a, que contempla supuestos de aplicación parcial de la Ley, en esos municipios, si la Comunidad Autónoma no dispone lo contrario, no se aplicarán tampoco las normas estudiadas sobre áreas de reparto, cálculo de aprovechamiento tipo o de aprovechamiento susceptible de apropiación, así como tampoco se aplicarán estas normas en los municipios comprendidos entre 25.000 y 50.000 habitantes que no sean capitales de provincia y están excluidas por las Comunidades Autónomas.

En los municipios que no se aplican dichas reglas, para calcular el aprovechamiento urbanístico apropiable no se atenderá ya al «aprovechamiento tipo», sino al «aprovechamiento medio», concepto este propio de la legislación anterior (arts. 62.1 y 27.4, que se calculará en la forma prevista en la DA 2.^a).

3.^a En el caso de supuestos expropiatorios iniciados antes de la entrada en vigor de la Ley 8/1990, de 25 de julio, se ha de estar a la regulación contenida en las disposiciones transitorias del Texto Refundido.

4.^a La valoración estudiada hace referencia solamente al terreno, pero si en dicho terreno existen obras u otros bienes o derechos personales o reales hemos de estar a los artículos 63 y 64 del Texto Refundido. Al estudiar las consecuencias de la expropiación o venta forzosa sobre la hipoteca analizaremos este último artículo.

5.^a En los supuestos de expropiación por incumplimiento de los deberes urbanísticos el Texto Refundido, en su artículo 217, rechaza la posibilidad de que el justiprecio se satisfaga mediante la adjudicación de terrenos equivalentes situados en la misma área de reparto que los expropiados.

V. CONSECUENCIAS DE LA RIGIDEZ DE LOS PLAZOS

Nos referimos a aquellas consecuencias que se reflejan de un modo directo sobre el promotor o constructor al condicionar en gran medida su actuación en el proceso urbanístico, e indirectamente sobre el Banco prestamista, pues las circunstancias que puedan afectar directamente al promotor o constructor prestatario repercuten en el Banco como acreedor suyo, ya que desde el momento en que el Banco concede el préstamo hipotecario se va a ver también comprometido en la actividad urbanizadora y edificadora de su deudor. Por lo tanto, el Banco ha de tomar las cautelas necesarias antes de conceder el préstamo y, por ende, incorporarse a ese proceso.

Es evidente que no puede concebirse un proceso de urbanización y edificación sin unos programas de actuación y plazos que lo ordenen. No obstante, la nueva Ley está dominada por la idea del plazo, hasta el punto de que fija unos tiempos tan rigurosamente establecidos, tan breves y perentorios, que hacen inoperativo el proceso urbanístico, pues son plazos de difícil, casi imposible, cumplimiento, originando su incumplimiento la expropiación o venta forzosa de los terrenos con la consiguiente reducción de valor examinada tanto en el terreno como, en caso de existir, en la edificación. Cosa distinta es que en la práctica no se sigan los trámites legales, pues para expropiar la Administración necesita dinero, y dinero no es precisamente lo que sobra en los Ayuntamientos, y además el procedimiento alternativo de la venta forzosa dista mucho de estar consolidado.

Esta mecánica de rigidez de los plazos y de la gradual adquisición o pérdida de las facultades urbanísticas tiene graves consecuencias para el promotor o constructor, pues éstos encuentran una gran dificultad a la hora de obtener financiación, tanto una financiación externa (vía crediticia) como interna (vía venta de edificaciones u obras proyectadas y no iniciadas u obras en construcción). Partimos, claro está, como ya hemos comentado, del supuesto de hecho de que el único u uno de los objetos hipotecados para garantizar el préstamo que se solicita sea el terreno y/o la edificación y no exclusivamente otros bienes patrimoniales del constructor o promotor. Así:

- a) *Financiación externa o crediticia*: El acreedor (en nuestro caso el Banco) no tiene seguridad sobre cuál es o será el verdadero valor económico del objeto —terreno y/o edificación— sobre el que recae la hipoteca a efectos de concesión del préstamo, ya que el incumplimiento de un plazo por el promotor o constructor originará la expropiación o venta forzosa del terreno, con la consiguiente reducción de valor ya analizada. Por otra parte, tampoco tiene el Banco seguridad sobre si el promotor o constructor a quien se concede el préstamo será el definitivo titular de la edificación, pues

la edificación sólo se incorporará a su patrimonio una vez concluida al amparo de licencia no caducada y conforme con la ordenación urbanística (art. 37.1 TR), y hasta ese momento sólo se valorará por su coste de ejecución; sin embargo, a partir de la incorporación al patrimonio del titular, se valoraría por su coste de reposición en la forma que vimos. Todo ello hace que el Banco tenga que adoptar una serie de garantías para asegurar el reintegro del capital prestado, garantías que serán objeto de análisis en otro apartado de este estudio.

- b) *Financiación interna:* La rigidez de los plazos no sólo dificulta a los promotores o constructores la obtención de financiación externa o crediticia, sino también la obtención de financiación interna, vía venta de edificaciones proyectadas y no iniciadas o en construcción, pues el comprador tiene la misma inseguridad que el Banco en cuanto a que la edificación se incorpore o no definitivamente al patrimonio de su vendedor (promotor o constructor), pues ello depende del cumplimiento de todos los plazos y deberes urbanísticos.

Así pues, el empresario que carezca de recursos propios suficientes para acometer el proceso urbanizador y edificador puede encontrar serios problemas de financiación, pues en todo caso la financiación que pueda obtener será insuficiente, ya que será o deberá ser inferior al 50 por 100 del aprovechamiento urbanístico del terreno y al coste de ejecución de la edificación, valor referencial en caso de exploración o venta forzosa.

Ahora bien, esta rigidez de plazos, esta financiación dificultada, se vuelve contra el propio legislador y nos conduce a fines totalmente opuestos a los queridos en todo proceso urbanístico, pues en una secuencia de efectos previsibles podemos decir que si falta o se dificulta la financiación el promotor o constructor no podrá llevar a cabo el proceso edificador y en consecuencia se hace imposible el cumplimiento de la Ley.

Así pues, una aplicación estricta de la Ley conducirá, sin duda, a constreñir y limitar la iniciativa privada a través del incumplimiento no querido de los plazos y, por consiguiente, a una adquisición masiva de terrenos por la Administración que puede derivar en una progresiva municipalización o socialización del suelo. Conclusión ésta que de producirse chocaría frontalmente con los principios de libertad de mercado e iniciativa privada y de protección de la propiedad privada.

VI. CONSECUENCIAS JURIDICAS DE LA EXPROPIACION O VENTA FORZOSA RESPECTO A LA HIPOTECA YA CONSTITUIDA

Como hemos visto reiteradamente, el incumplimiento de un plazo o deber urbanístico por el promotor o constructor a quien el Banco ha otorgado un préstamo hipotecario conlleva la expropiación o venta forzosa del terreno. Ahora bien: ¿Qué ocurre con la hipoteca que ya se había constituido a favor del Banco en garantía del préstamo?

Como ya hemos puesto de manifiesto, en este estudio partimos del supuesto de hecho de que el único o uno de los objetos hipotecados sea el terreno y/o la edificación afectados por el proceso urbanístico, pues lo habitual es que el promotor o constructor solicite un préstamo al iniciar el proceso urbanizador y edificador para obtener la financiación necesaria que le permita concluir aquel proceso, garantizándose dicho préstamo con la hipoteca del terreno de su propiedad (aunque adicionalmente pueda hipotecar otros bienes inmuebles que le pertenezcan). Por lo tanto, nos remitimos a la regulación general de los préstamos hipotecarios, en el supuesto de que el promotor o constructor hipoteque solamente otros bienes de su patrimonio distintos a dicho terreno y/o edificación en garantía del préstamo solicitado, pues en tales casos no se aplicaría la reducción valorativa examinada en caso de expropiación o venta forzosa, ya que la hipoteca recae sobre otros bienes distintos y ajenos al proceso urbanístico, escapando esta cuestión a nuestro estudio.

Así las cosas, partimos igualmente del supuesto de que la expropiación o venta forzosa del terreno por incumplimiento por el promotor o constructor de algún plazo o deber urbanístico (único supuesto expropiatorio que nos interesa) haya culminado, prescindiendo, por lo tanto, del posible recurso a los Tribunales y la posible suspensión o impugnación del procedimiento expropiatorio, pues si el proceso urbanizador concluye normalmente, el propietario consolida su derecho y no hay problema alguno, quedando firme la hipoteca constituida.

El problema se plantea, pues, una vez practicada la expropiación o realizada la venta forzosa del terreno hipotecado, pues la hipoteca no puede recaer ya sobre el terreno expropiado, sino que habrá de recaer sobre el justiprecio o importe que reciba el promotor o constructor.

Por lo tanto, a la vista del juego de la responsabilidad en la hipoteca, el Banco, acreedor hipotecario, puede ver satisfecho su derecho:

- a) Ejercitando su *acción real*, no ya sobre el terreno, que ha sido expropiado, sino sobre la indemnización o importe percibido por su deudor.

- b) En caso de que el ejercicio de esa acción real sea insuficiente para la satisfacción del acreedor, por haber concedido éste un préstamo superior al importe de la indemnización o precio recibido, por la causa que sea (ej.: no adoptar las garantías necesarias), podrá el Banco ejercitar su *acción personal* contra todo el patrimonio del promotor o constructor, a tenor del artículo 1.911 del Código Civil.

Así pues, estamos ante un caso de subrogación, pues la indemnización o el importe entregado al propietario por razón del bien expropiado o vendido es lo que sustituye al terreno en el patrimonio del propietario (promotor o constructor indemnizado), y es justo, por tanto, que también le sustituya como objeto del derecho de hipoteca. La Ley Hipotecaria (en lo sucesivo, LH) impone, pues, en este supuesto la subrogación real que supone la permanencia del derecho, en este caso la hipoteca, sobre el nuevo objeto que ha sustituido al antiguo. No obstante, en precisión terminológica y a simple título de erudición, decir que la antigua hipoteca pasaría a ser una prenda, pues la indemnización no es un bien inmueble, si bien, como decimos, es esta una cuestión puramente doctrinal.

Así:

1. *Artículo 109 LH*: «La hipoteca se extiende a las accesiones naturales, a las mejoras y al importe de las indemnizaciones concedidas o debidas al propietario por razón de los bienes hipotecados».

2. *Artículo 110.2 LH*: «Conforme a lo dispuesto en el artículo anterior, se entenderán hipotecados juntamente con la finca, aunque no se mencionen en el contrato, siempre que correspondan al propietario: 2.º Las indemnizaciones concedidas o debidas al propietario de los inmuebles hipotecados por razón de éstos, siempre que el siniestro o hecho que las motivare haya tenido lugar después de la constitución de la hipoteca y, asimismo, las procedentes de la expropiación de los inmuebles por causa de utilidad pública. Si cualquiera de estas indemnizaciones debiera hacerse efectiva antes del vencimiento de la obligación asegurada y quien haya de satisfacerlas hubiere sido notificado previamente de la existencia de la hipoteca, se depositará su importe en la forma que convengan los interesados o, en defecto de convenio, en la establecida en los artículos 1.176 y siguientes del Código Civil».

Así pues, *el derecho real de hipoteca recaerá*:

- a) En caso de expropiación, sobre el justiprecio recibido por el promotor o constructor expropiado, y que será el valor correspondiente al 50 por 100 del aprovechamiento urbanístico (al margen siempre de las adiciones o deducciones que procedan), más, en su caso, el coste de ejecución de la edificación.

- b) En caso de venta forzosa, sobre el importe que perciba el promotor o constructor. Ahora bien, hemos de precisar, pues así como en la expropiación la totalidad del justiprecio queda afecto a la hipoteca, en la venta forzosa no queda afecta la totalidad del precio de adjudicación, sino sólo la parte de éste que se entregue al propietario y que será coincidente con el valor que corresponda al grado de adquisición de las facultades urbanísticas al tiempo de la inclusión de la finca en el Registro de Solares y Terrenos sin Urbanizar, pues lo que exceda de ese valor, o sea, la diferencia entre dicho valor y la totalidad del precio de adjudicación, se entregará a la Administración actuante para que lo invierta en materia de urbanismo y vivienda (arts. 227.1 y 233.2 TR).

En todo caso, el valor aludido a entregar al promotor o constructor, o sea, el valor que corresponda al grado de adquisición de facultades urbanísticas, será el mismo que en la expropiación, pues, como vimos, en el apartado de valoración siguen un régimen paralelo al poder optarse por una o por otra, y será también, por lo tanto, el valor correspondiente al 50 por 100 del aprovechamiento urbanístico (al margen de posibles adiciones o deducciones), más el coste de ejecución de la edificación.

El derecho del Banco acreedor a la indemnización que proceda en cada caso se rige fundamentalmente por el artículo 32 del Reglamento Hipotecario (en lo sucesivo, RH), que aunque es referente a la expropiación se puede aplicar analógicamente a la venta forzosa, y dicho artículo diferencia entre derechos reales anteriores y posteriores a la nota extendida en el Registro de la Propiedad, al margen de la inscripción de dominio de la finca y en la que consta o bien que el Registrador ha expedido la certificación de dominio y cargas a efectos de expropiación (art. 32.1 RH) o bien consta la certificación de la resolución declarando el incumplimiento de deberes urbanísticos con aplicación del régimen de venta forzosa (art. 232.1 TR).

Partimos, por lo tanto, del supuesto lógico de que la hipoteca se inscribe con anterioridad a la nota marginal, pues la expropiación o venta forzosa devienen con posterioridad a la constitución de dicha hipoteca.

En este caso, y a tenor del artículo 32.5 del RH, para que pueda cancelarse la hipoteca deberá constar que el Banco, acreedor hipotecario, ha sido citado en forma legal y que concurrió por sí o debidamente representado al pago o que se consignó el precio o la parte necesaria del mismo, según los casos. Añade el artículo 35.2 del RH que «en el título (acta de pago y ocupación o sólo acta de ocupación acompañada del documento que acredite la consignación del justiprecio) se determinarán los asientos que deban cancelarse y subsistir con referencia a los datos registrales».

También el artículo 222.2 del TR exige la comparecencia de los titulares de las cargas, en su párrafo segundo *in fine*.

En este sentido ha de entenderse el artículo 224 del TR, que contempla la adquisición del bien libre de cargas por la Administración una vez que ha finalizado el expediente expropiatorio y ha inscrito su derecho, sin que puedan ejercitarse acciones reales ni interdictales contra ella, sino simplemente acciones personales, otorgándole una posición inatacable similar a la del tercero hipotecario del artículo 34 de la LH. Ahora bien, tal efecto se produce solamente una vez finalizado el expediente, pues antes de finalizar los acreedores anteriores a la nota marginal, a tenor de lo expuesto, tienen derecho a ser oídos. Así, si se ha llegado al final del expediente sin que el Banco, acreedor hipotecario, no hubiese tenido el menor conocimiento por no haber sido citado, tendrá abiertas todas las posibilidades procesales para defender su derecho, al igual que ocurriría si el expediente, a pesar de seguirse todos sus trámites, se siguiese con quien no es el verdadero propietario, debiendo formularse en estos casos por la Administración un expediente complementario (art. 224.4 TR).

Así pues, una vez determinado el justiprecio de la expropiación o el importe a entregar al propietario en la venta forzosa, quedará afecto a la hipoteca y, una vez vencida la obligación garantizada, el promotor o constructor entregará dicho importe, en su totalidad o en la parte correspondiente, al Banco a fin de cancelar la hipoteca; pero si no llegaren a un acuerdo en cuanto a la cantidad a liquidar, dicho importe se consignará judicialmente y el Banco hará valer su derecho en los Tribunales (art. 110.2 LH).

Otro supuesto que hemos de analizar es que no exista sólo la hipoteca sobre el terreno, sino que exista sobre él una *pluralidad de cargas*.

El artículo 64.2 del Texto Refundido, único relativo a las cargas, dispone: «Al expropiar una finca gravada con cargas, la Corporación u organismo que la efectuaré podrá elegir entre justipreciar cada uno de los derechos que concurren con el dominio, para distribuirlo entre los titulares de cada uno de ellos, o bien valorar el inmueble en su conjunto y consignar su importe en el Juzgado para que éste fije y distribuya, por el trámite de los incidentes, la proporción que corresponda a los respectivos interesados».

Una norma similar se contempla en el artículo 135 del Reglamento de Gestión Urbanística.

Cabe, por tanto, a tenor de dichos artículos:

1. Justipreciar cada uno de los derechos que concurren con el dominio según las reglas del artículo 64.1 del Texto Refundido en un procedimiento separado en el que se entenderán las diligencias con el titular que cobrará el justiprecio de su derecho.
2. Justipreciar el inmueble en su conjunto, consignando el justiprecio

en el Juzgado, para que por vía incidental se proceda a distribuir el justiprecio, en la proporción que corresponda, entre los interesados.

En el mismo sentido se pronuncia el artículo 36 del Reglamento de Edificación Forzosa y Registro Municipal de Solares (aún vigente), en el que se concede a los titulares de los derechos o cargas un plazo para llegar a un acuerdo con el propietario del terreno en orden a la oportuna liquidación; y si en ese plazo no llegan a un acuerdo, se depositará el precio de la adjudicación, previa deducción de los gastos, en el Juzgado para que por el trámite de los incidentes se distribuya, en la proporción que corresponda, entre los respectivos titulares interesados.

A tenor de los artículos citados, así como de los artículos 6.2 y 8 del Reglamento de Expropiación Forzosa, podemos extraer las siguientes *conclusiones* en caso de pluralidad de cargas:

1. Todas las cargas y derechos sobre el bien expropiado o vendido se convierten, por ministerio de la Ley, en derechos sobre el justo precio.

2. Una vez determinado el justo precio o el importe a percibir en la venta forzosa, el promotor o constructor puede llegar a un acuerdo con cada uno de los titulares y satisfacerles a cada uno su derecho. Es el supuesto que el Texto Refundido contempla como «justipreciación individual».

3. En caso de no conseguir ese acuerdo, el justiprecio o el importe percibido en la venta forzosa se consignará judicialmente, y en vía judicial, por trámite de los incidentes, se dirimirá la preferencia y el derecho a cobro de cada uno de los titulares. Es lo que el Texto Refundido y el Reglamento de Gestión Urbanística denominan «justipreciación del conjunto».

4. No obstante, advertir finalmente que el justiprecio aceptado por alguno de los afectados no obliga a todos (STS de 16-1-1965).

Esta interpretación es la única que logra armonizar los preceptos citados y la subrogación real derivada de la extensión objetiva de la hipoteca, anteriormente analizada.

VII. POSIBLES GARANTIAS A ADOPTAR POR EL BANCO

Como ya hemos recordado en varias ocasiones, dejamos de lado el supuesto en que el promotor o constructor hipoteca otros bienes que no sean el terreno y/o la edificación, pues en este caso el posible préstamo se concedería en atención al valor de dichos bienes hipotecados, con las garantías normales exigibles en todo préstamo hipotecario; y partimos del supuesto de que el único o uno de los objetos hipotecados sea el mencionado terreno y/o edificación afectados por el proceso urbanístico.

El promotor o constructor opera, por lo general, con préstamos hipotecarios que las entidades de crédito le conceden tomando como base el valor del terreno hipotecado. Pues bien, ahora, con la nueva normativa, ese terreno puede alcanzar el 100 por 100 de su valor si el promotor o constructor cumple en plazo sus deberes urbanísticos, pero si no cumple, como hemos visto, el valor de su terreno quedará reducido al 50 por 100 y la edificación al coste de su ejecución, mientras que si cumple podría alcanzar el coste de reposición, corregido en la forma estudiada. Con esto ha de contar la entidad de crédito, que para cubrir el riesgo tendrá que exigir o bien mayores intereses o bien garantías adicionales o bien, que sería lo más seguro para el Banco, conceder un préstamo por una cantidad inferior al 50 por 100 del valor del terreno y al coste de ejecución de la edificación si son éstos los únicos objetos hipotecados; y si no lo son, se ha de estar a tales valoraciones a efectos de la posible concesión del préstamo.

Como ya hemos apuntado, con la mecánica de la rigidez de los plazos de la nueva regulación y de la gradual adquisición o pérdida de las facultades urbanísticas según el cumplimiento o no de dichos plazos, el Banco no tiene seguridad ni de cuál es o será el verdadero valor económico del objeto hipotecado —suelo y/o edificación— sobre el que debe concederse el préstamo, ya que, como sabemos, la posible expropiación o venta forzosa determinará una reducción del 50 por 100 de ese valor del terreno y el valor de la posible edificación se limitará al coste de su ejecución; ni tampoco tiene el Banco la seguridad de que el promotor o constructor resulte ser el propietario definitivo de la edificación caso de hipotecarse también ésta, ya que no se incorporará al patrimonio de dicho promotor o constructor sino una vez concluida conforme a licencia no caducada y a la ordenación urbanística, con la importante matización de que una vez incorporada se valorará por su coste de reposición «corregido», en tanto que mientras no se incorpore se valorará solamente por su coste de ejecución.

Por lo tanto, la nueva regulación tiene unos efectos claramente negativos para el crédito territorial, tanto para el Banco acreedor como para el promotor o constructor deudor.

Para analizar las garantías a adoptar por el Banco a la hora de conceder el préstamo hipotecario, hemos de hacer una diferenciación atendiendo a cuál sea el objeto hipotecado. Así:

1. SI LA HIPOTECA SE CONSTITUYE SOBRE EL EDIFICIO

Hemos de distinguir:

a) *Hipoteca del edificio terminado*

No plantea problemas, pues el promotor o constructor únicamente pueden hipotecar el edificio terminado una vez que se ha incorporado a su patrimonio, y sólo se incorpora a su patrimonio si está concluido conforme a licencia no caducada y a la ordenación urbanística (art. 37.1 TR). Sólo en este momento ostenta el promotor o constructor la propiedad del edificio y sólo entonces puede inscribirlo (como requisito previo y necesario, por exigencias del tracto sucesivo, para la constitución de la hipoteca) en virtud de escritura pública de declaración de obra nueva terminada, que se autorizará por el Notario y se inscribirá, en su caso, una vez acreditado el otorgamiento de la preceptiva licencia de edificación y la expedición por técnico competente de la certificación de la finalización de la obra conforme al proyecto aprobado (art. 37.2 TR).

Una vez incorporada la edificación al patrimonio del promotor o constructor, se valorará a efectos de una posible expropiación (aunque ésta siempre ha de ser por un motivo distinto al incumplimiento de los deberes urbanísticos, como vimos) por su coste de reposición «corregido», valor al que ha de atender el Banco para la concesión del préstamo hipotecario.

Por lo tanto, el Banco ha de cerciorarse, primero, de la conclusión de la edificación en las condiciones comentadas, y, segundo, de su inscripción con los requisitos también mencionados, y en base a ello concederá el préstamo hipotecario en atención al coste de reposición de la edificación, corregido con los criterios que determina el artículo 56.3 del Texto Refundido.

b) *Hipoteca del edificio en construcción*

Su posible hipotecabilidad viene reconocida en el artículo 8.4 de la Ley Hipotecaria: «Se inscribirán como una sola finca los edificios en régimen de propiedad por pisos cuya construcción esté concluida o, por lo menos, comenzada». Al hablar de «edificios cuya construcción esté comenzada» no podemos incluir en dicha expresión a los edificios meramente proyectados, pues éstos no tienen efecto hipotecario alguno, sino que nos estamos refiriendo a edificios que estén al menos «cubiertos de aguas», como se reconoce doctrinalmente.

Para que tales edificios tengan acceso al Registro de la Propiedad y

como requisito previo y necesario para la posterior constitución de la posible hipoteca se requiere escritura pública de declaración de obra nueva en construcción, y será autorizada notarialmente e inscrita, en su caso, una vez acreditado el otorgamiento de la preceptiva licencia de edificación y la expedición por técnico competente de la certificación acreditativa de que la descripción de la obra nueva se ajusta al proyecto para el que se obtuvo la licencia. El promotor o constructor deberá luego hacer constar la terminación de la obra mediante acta notarial en la que se incorpore la certificación de finalización de dicha obra (art. 37.2 TR). Se ha suprimido, pues, en el Texto Refundido la exigencia anterior de un plazo de tres meses para hacer constar esa terminación, plazo que no tenía mucho sentido puesto que no iba acompañado de sanción en caso de incumplimiento. Al suprimirse ese plazo es razonable pensar que habrá de otorgarse el acta notarial de terminación dentro del plazo para finalizar la obra, pues ella será el justificante documental de que se ha construido dentro del plazo indicado en la licencia.

En caso de expropiación o venta forzosa por incumplimiento de deberes urbanísticos se valorará simplemente, como vimos, por su coste de ejecución, valor éste que ha de tener en cuenta el Banco a la hora de conceder el préstamo hipotecario, así como también ha de cerciorarse de la inscripción de la obra nueva en construcción con los requisitos que hemos señalado.

Advertir, no obstante, que aun recayendo la hipoteca sobre el terreno es conveniente que el Banco (y a pesar del tenor del art. 110.1 LH de que la hipoteca no se extiende naturalmente a la «nueva construcción de edificios donde antes no los hubiera») extienda la hipoteca mediante pacto, como está admitido doctrinalmente, a dicho edificio en construcción en las condiciones estudiadas, pues en estos casos el importe a percibir en caso de expropiación o venta forzosa (50 por 100 del aprovechamiento del terreno) se vería incrementado con el coste de ejecución del edificio.

2. SI LA HIPOTECA SE CONSTITUYE SOBRE EL TERRENO

Hipotecar simplemente el terreno tiene el inconveniente, ya comentado, de que con la nueva regulación y debido a la infravaloración de dicho terreno en caso de expropiación o venta forzosa por incumplimiento de alguno de los deberes legales se va a dificultar al promotor o constructor el obtener la financiación necesaria para finalizar el proceso urbanizador y edificador.

En este supuesto el Banco ha de tener siempre presente que ante una posible expropiación o venta forzosa por incumplimiento de algún plazo o deber urbanístico por parte del promotor o constructor, el valor del terreno,

a diferencia de otros supuestos expropiatorios, queda reducido, como hemos recalcado, al 50 por 100 de su aprovechamiento urbanístico, siendo, pues, la mitad del valor que correspondería al promotor o constructor en una expropiación ordinaria.

Por lo tanto, el Banco, a la hora de estudiar la concesión de un préstamo hipotecario a un promotor o constructor, no ha de atender ahora al valor del terreno como ocurriría en una expropiación normal o en el caso de que el propietario hubiese adquirido el derecho a la edificación, sino que ha de atender al 50 por 100 de dicho valor, pues sólo así quedará a salvo de las posibles incidencias que puedan ocurrir en el proceso urbanizador y edificador, en concreto, de la amenaza, durante la totalidad de este proceso, de la expropiación o venta forzosa por el incumplimiento por parte del prestatario de alguno de los deberes que le incumben. En consecuencia, el préstamo debería reducirse también a la mitad respecto de la legislación anterior, pues a la mitad se reduce el posible valor del objeto hipotecado (siempre y cuando el terreno sea el único objeto hipotecado).

3. LA HIPOTECA SE CONSTITUYE SOBRE EL TERRENO Y SOBRE EL EDIFICIO

Vimos que la hipoteca sobre el terreno se podía extender, mediante pacto, al edificio. Si quedan ambos hipotecados en garantía del préstamo que el Banco concede, el valor al que el Banco prestamista ha de atender será, a tenor de lo visto, la suma de la mitad del aprovechamiento del terreno y el coste de ejecución de la edificación.

No obstante, hemos de decir que tras la nueva regulación la entidad bancaria que conceda un préstamo a un constructor o promotor se va a ver necesariamente integrada en el proceso urbanizador y edificador, pues del normal o anormal desenvolvimiento del mismo dependerá que el valor del terreno sobre el que ha de hacer efectiva la hipoteca ascienda al 100 por 100 o quede reducido al 50 por 100; y que el valor de la edificación se eleve hasta el coste corregido de su reposición o quede limitado, por contra, al coste de su ejecución.

Así pues, y como consecuencia de lo expuesto, *el Banco, a la hora de conceder un préstamo hipotecario a constructores o promotores, tendrá presente:*

1. Una *mayor ponderación del riesgo* que anteriormente, vinculando el préstamo no al valor total de lo hipotecado, sino al 50 por 100 del aprovechamiento del terreno y al coste de ejecución de la edificación, pues así quedará siempre a cubierto su derecho aun en el peor de los casos, o sea, en caso de expropiación o venta forzosa por incumplimiento de los deberes

urbanísticos, sin tener que depender su garantía del normal o anormal desenvolvimiento del proceso urbanizador y edificador: el otorgamiento o no de la licencia o la posible caducidad de la misma, el cumplimiento o no de los plazos, conformidad o no con el proyecto aprobado..., sin perjuicio de atender a tales requisitos ya que su cumplimiento, aun adoptando las garantías precisas, siempre es positivo para el Banco, pues se duplicaría, caso de cumplirse, el valor sobre el que hacer efectiva la hipoteca.

Caso de no atender el Banco, a la hora de conceder el préstamo, al 50 por 100 del aprovechamiento del terreno y al coste de ejecución de la edificación, sino al 100 por 100 del valor del primero y al coste de reposición de la segunda, el riesgo de no ver satisfecho su derecho se incrementaría enormemente, convirtiéndose en parte activa del proceso, teniendo que velar en cada momento por el cumplimiento de los deberes urbanísticos y sin ninguna garantía de que no se produzca un posible incumplimiento que dé lugar a la expropiación o venta forzosa y por consiguiente a la reducción del valor de su garantía patrimonial, con grave perjuicio para él.

2. Como garantía adicional, y a pesar de reducir incluso a la mitad el importe del préstamo concedido por el Banco respecto a una situación normal, como medida preventiva y en atención a los nuevos criterios valorativos estudiados y los riesgos derivados del posible incumplimiento de los deberes urbanísticos, además, puede estipularse que sin perjuicio de que se concierte el préstamo por una cantidad máxima las *entregas de fondos sean parciales y sucesivas en función de la obra ejecutada*.

3. También podría el Banco *hipotecar* en garantía del posible préstamo a conceder no sólo el terreno y/o la edificación, sino *adicionalmente otros bienes del promotor o constructor* (o de un tercero hipotecante), quedando todos hipotecados en garantía del valor del terreno y/o de la edificación, pues esto le evitaría al Banco tener que estar al 50 por 100 del valor del terreno y/o al coste de ejecución de la edificación, así como tener que velar por el normal cumplimiento del proceso urbanizador y edificador, *pues la garantía hipotecaria sería muy superior en este caso al importe del préstamo concedido*.

4. También como garantías adicionales podrían adoptarse las que derivan de la *aplicación analógica de la Ley 57/1968, de 27 de julio*, que regula la percepción de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas y a la que remite, en materia de garantías, el artículo 7 del Real Decreto 515/1989, de 21 de abril, sobre protección de consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento.

Aplicando analógicamente dicha Ley y como garantías no ya de los adquirentes de futuras viviendas que anticipan el dinero, sino del Banco, que es el que en nuestro supuesto de estudio realiza tal anticipación, podría

exigirse a los promotores o constructores, a tenor del artículo 1 de dicha Ley, las siguientes garantías adicionales a la hipoteca:

- a) Garantizar la devolución de las cantidades entregadas, más un porcentaje de interés anual (que la Ley fija en el 6 por 100), mediante *contrato de seguro* otorgado con entidad aseguradora autorizada e inscrita en el Registro pertinente, o por *aval solidario* prestado por entidad bancaria o Caja de Ahorros, igualmente inscrita en el Registro correspondiente, para el caso de que la construcción no se inicie o llegue a buen fin, por cualquier causa, en el plazo convenido.
- b) Percibir las cantidades anticipadas por el Banco a través de una entidad bancaria o Caja de Ahorros, en las que habrán de depositarse en *cuenta especial*, con separación de cualquier otra clase de fondos pertenecientes al promotor o constructor y de las que únicamente podrá disponer para las atenciones derivadas del proceso de urbanización y edificación. Para la apertura de estas cuentas o depósitos la entidad bancaria o Caja de Ahorros, bajo su responsabilidad, exigirá la garantía a que se refiere la letra a).

Además, la Ley de 27 de julio de 1968 desarrolla esta materia disponiendo en su artículo 3: «Expirado el plazo de iniciación de las obras o de entrega de la vivienda (iniciación o terminación de la edificación en nuestro caso) sin que una u otra hubiesen tenido lugar, el cesionario (el Banco) podrá optar entre la rescisión del contrato con devolución de las cantidades entregadas a cuenta, incrementadas con el 6 por 100 (o interés pactado) de interés anual o conceder al cedente (promotor o constructor) prórroga, que se hará constar en una cláusula adicional del contrato otorgado, especificando el nuevo período con la fecha de terminación de la construcción (y entrega de la vivienda).

El contrato de seguro o el aval unido al documento fehaciente en que se acredite la no iniciación de las obras o entrega de la vivienda (iniciación o terminación de la obra en nuestro caso) tendrá carácter ejecutivo a los efectos prevenidos en el Título XV del Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Civil para exigir al acreedor o avalista la entrega de las cantidades a que el cesionario (Banco) tuviera derecho, de acuerdo con lo establecido en esta Ley.

Lo dispuesto en los dos párrafos anteriores se entiende sin perjuicio de los demás derechos que puedan corresponder al cesionario (Banco) con arreglo a la legislación vigente».

Por su parte, el artículo 6 de la citada Ley sanciona la no devolución por el promotor (o constructor) al adquirente (Banco) de la totalidad de las

cantidades anticipadas como delito o de apropiación indebida o falta contra la propiedad (según la cuantía), imponiéndose las penas de la estafa en su grado máximo.

Terminamos el estudio de dicha Ley señalando que en su artículo 7 dispone que los derechos reconocidos al cesionario tienen carácter irrenunciable.

Advertir finalmente, para concluir el análisis de este apartado y de este estudio, que *las garantías aludidas no se han de adoptar, en ningún caso, si se trata de municipios de menos de 25.000 habitantes*, pues en ellos, como vimos, no será aplicable la expropiación o venta forzosa por incumplimiento de los plazos para urbanizar o edificar, salvo que el Ayuntamiento, para la totalidad o parte del término municipal, acuerde su aplicación con carácter general. Así pues, en estos municipios, salvo acuerdo en contrario del Ayuntamiento, se aplicaría el régimen general de valoración y se podría tomar como valor de referencia, para la concesión del préstamo hipotecario, el valor total del terreno y el coste de reposición de la edificación.

ROBERTO SÁNCHEZ GARCÍA
Letrado del Banco Central-Hispano

Aproximación al Registro Mercantil

*A mi amigo de siempre,
Dr. D Arturo Herrero Rocha*

SUMARIO: I INTRODUCCION.—II. REGISTRO MERCANTIL Y REGISTRO DE LA PROPIEDAD —III. CONCEPTO DEL REGISTRO MERCANTIL.—IV. REGULACION VIGENTE.—V. EVOLUCION HISTORICA.—VI. ORGANIZACION DEL REGISTRO.—VII. SUJETOS Y ACTOS INSCRIBIBLES.—VIII. LIBROS Y ASIENTOS.—IX. EL REGISTRO MERCANTIL CENTRAL.—X. PRINCIPIOS MERCANTILES: 1. ORGANO REGISTRAL. 2. PRINCIPIOS PARA CONSEGUIR LA INSCRIPCIÓN O PRESUPUESTOS DE LA MISMA. 3. EFECTOS DE LA INSCRIPCION.—XI. PROCEDIMIENTO REGISTRAL.—XII. RECURSO GUBERNATIVO.—XIII. NUEVAS FUNCIONES DEL REGISTRO MERCANTIL. 1. LEGALIZACIÓN DE LIBROS. 2. DEPÓSITO Y PUBLICIDAD DE LAS CUENTAS ANUALES. 3. EXPERTOS INDEPENDIENTES. 4. AUDITORES DE CUENTAS: 4 1. *Introducción.* A) VERIFICACIÓN DE CUENTAS ANUALES: 1. *Auditor.* 2. *Objeto de la auditoría.* 3. *Plazo.* 4. *Trámites del nombramiento.* 5. *Supuestos especiales.* 6. *Nombramiento judicial.* 7. *Retribución.*—B) VALORACIÓN DE ACCIONES. C) DECLARACIONES DE TIPO ECONOMICO HECHAS POR LOS ADMINISTRADORES O JUNTA GENERAL.

I. INTRODUCCION

El Registrador de la Propiedad es simultáneamente Registrador Mercantil; incluso existen Registros cuyas ambas titularidades es ostentada por una misma persona (ejemplo: Ceuta, Melilla, Teruel, etc.). La operación intelectual del Registrador abarca junto a la materia civil e hipotecaria la mercantil. Pese a la especialización de esta rama del Derecho, es tal su conexión con el Derecho común o general, que sólo teniendo en cuenta a éste, aquél alcanza la plenitud de su sentido. Necesidades puramente académicas determinan su estudio separado. Aunque siendo ambas ramas del Derecho privado, las remisiones del especial al general son continuas. Simples rasgos de características institucionales separan al uno del otro. Así,

los conceptos fundamentales o matrices hay que buscarlos en el Derecho civil; en él está la base de lo que se especifica, pero continuando, si bien matizada, aquélla. Recordemos que uno de los institutos mercantiles de mayor predicamento social es la sociedad anónima, que es la sociedad definida en el Código Civil («La sociedad es un contrato por el cual dos o más personas se obligan a poner en común dinero, bienes o industrias con ánimo de repartir entre sí las ganancias», art. 1.665), con las especialidades de tener su capital dividido en acciones y con la responsabilidad limitada por las deudas sociales al importe de capital social. Naturalmente que hay que reconocer otros matices peculiares —inscripción en el Registro Mercantil, organización, representación y administración, etc.—. Pero nuclearmente la idea es la ofrecida por la sociedad civil.

II. REGISTRO MERCANTIL Y REGISTRO DE LA PROPIEDAD

Pese a que uno y otro Registro están revestidos de la publicidad legal, son distintos tanto por su objeto —el primero, el empresario, sus circunstancias y actos, y el segundo, las fincas o los derechos reales constituidos sobre las mismas— como por sus efectos —los llamados principios de prioridad, tracto sucesivo, fe pública, etc., sólo tienen su pleno desenvolvimiento en el Registro de la Propiedad—. Al ser diversos postulan diferente organización. Igualmente el dato de la publicidad legal opera en distintos ámbitos, según sean unos u otros Registros. Sin embargo, al tener el Registro de la Propiedad un cuerpo más elaborado de doctrina jurídica y jurisprudencial, su trama organizativa ha convergido sobre todos los Registros jurídicos, en especial, en nuestro caso, en el Registro Mercantil.

A partir de la Ley de 25 de julio de 1989 se ha procedido tajantemente a diferenciar, tanto en su organización como en sus efectos, uno de otro Registro. El sistema de hoja personal frente al sistema de folio real ha consagrado el distanciamiento de uno y otro. En todo caso, la fuerza mantenida por la precisión técnica del Derecho inmobiliario registral hace que muchas de las premisas del Registro de la Propiedad se hallan introducido en el Mercantil. Así, algunas anotaciones preventivas (por ejemplo: cuando apreciado defecto subsanable en el título calificado se suspende la inscripción a solicitud del interesado, cuando en el de la Propiedad se extenderá anotación preventiva que caducará a los meses desde su fecha): la fe pública registral como vimos, la prioridad, etc.

La cuestión del Registro de Buques y Aeronaves hoy, aunque sea provisionalmente incluido en el Registro Mercantil, tiene plena similitud con el Registro de la Propiedad (se inscriben cosas —buques y aeronaves— y los derechos reales que se constituyan sobre los mismos).

III. CONCEPTO DEL REGISTRO MERCANTIL

Se trata de una oficina abierta al público en la cual se hace constar documentalmente a los empresarios, así como a los actos de los mismos que tengan trascendencia respecto a terceros.

La singularidad de esta oficina está en que el local e instalaciones son propiedad del titular (el Registrador Mercantil) mientras éste lo sea. Este es el empleador del llamado personal auxiliar, contratado para que le ayude en el ejercicio de sus funciones. El carácter laboral de esta relación ha sido señalada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo a través de numerosas sentencias (Sentencias de 19 de marzo, 3 y 9 de julio de 1990, etc.). Hoy las relaciones entre una y otra parte se regulan mediante un Convenio Colectivo de 29 de julio de 1992.

Para atender a estos gastos, incluida la retribución registral, las personas que utilizan los servicios del Registro (inscribiendo, informándose de su contenido, depositando en él las cuentas de la empresa, etc.) han de abonar los honorarios que al efecto se señalan en el Arancel. El actual es el aprobado por Decreto de 29 de marzo de 1973. Lógicamente, aunque la institución registral está al servicio esencialmente del orden público y la paz social, directamente es el titular inscrito o el tercero interesado el beneficiado, debiendo ser él, en su consecuencia, quien sufrague los gastos. El Registrador establece una relación de Derecho privado con los usuarios. Sus honorarios sólo puede exigirlos judicialmente mediante la correspondiente demanda ante los Tribunales civiles. Esta acción de cobro está sometida al plazo de prescripción de tres años (art. 1.695.1.º Código Civil, CC en adelante).

En rigor, estamos frente a una empresa conformada peculiarmente por su fin: dar publicidad legal (presunción de conocimiento por todos) a los sujetos de Derecho y de aquellos de sus actos que determine el Ordenamiento jurídico. Entre estos sujetos hay que reseñar, como formadores de una parcela especialmente importante, a los mercaderes. En definitiva, el Registro constituye, señala la Exposición de Motivos del CC italiano de 1942, dentro del sistema del Código, el instrumento de publicidad obligatorio, no sólo para las empresas comerciales, sino también para las empresas no comerciales cuando revistan la forma de alguno de los tipos propios de las sociedades que ejerzan una actividad comercial.

Aprovechando la existencia estructural de esta oficina, a partir del año 1989 (Ley 19/1989, de 25 de julio) se han aumentado el número de los sujetos inscribibles: de un lado, las Sociedades de Garantía Recíproca, las Sociedades de Inversión Mobiliaria, las Agrupaciones de Interés Económico, las Cooperativas de Crédito, las Mutuas y Cooperativas de Seguros y las Mutualidades de Previsión Social, y de otro, entidades no societarias; dentro

de este epígrafe se comprenden las Cajas de Ahorro, Fondos de Inversión y Fondos de Pensiones.

Además, otras grandes funciones le han sido atribuidas a los Registros Mercantiles: legalización de los libros de los empresarios, depósito de las cuentas anuales de los comerciantes y el nombramiento de auditores de cuentas —los cuales comprobarán si las cuentas anuales ofrecen la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad inscrita, así como la concordancia del informe de gestión con las cuentas anuales del ejercicio— e, igualmente, el nombramiento de expertos independientes con la misión de valorar las aportaciones no dinerarias a la empresa —éstos alcanzan su plena justificación en las sociedades anónimas.

Un gran significado social ha tenido y tiene la función puramente asesora que ostenta el Registrador Mercantil en cuanto titular del Registro según lo dispuesto por el Decreto de 25 de mayo de 1983. En su artículo 5 se dispone: «Todos los Registradores deberán dedicar dentro de las horas de oficina dos horas diarias como mínimo para informar al público de materias relacionadas con el Registro. La información versará sobre los medios registrales más adecuados para el logro de los fines lícitos que se propongan quienes lo soliciten. En todos los Registros, y en lugar visible, deberá existir un cuadro por el que se haga conocer al público las horas de visita». Es decir, durante dos horas diarias el Registrador ha de resolver las consultas que se le emitan sobre materias propias del Registro Mercantil. El acontecimiento ha alcanzado un gran predicamento en la vida jurídica práctica. No sólo el carácter gratuito de estos informes emitidos por el Registrador, sino, y sobre todo, la amplia *auctoritas* de que éste goza en el mundo del Derecho ha dado lugar a su gran difusión, pasando ello a ser en la creencia común una parte más del Registro.

IV. REGULACION VIGENTE

El Registro Mercantil se regula por el Código de Comercio con las modificaciones introducidas posteriormente, especialmente por la Ley 19/1989, de 25 de julio. En especial, directamente trata del Registro Mercantil el Título II del Libro I, artículos 16 al 24; por el Reglamento del Registro Mercantil, aprobado por el Real Decreto 1597/1989, de 29 de diciembre, así como las pertinentes normas de desarrollo o modificación del mismo. Pese a la inadecuada redacción del artículo 80 del Reglamento del Registro Mercantil (es inadecuada al remitirse a un complejo normativo, al Reglamento Hipotecario, que sólo tiene sentido si se tiene en cuenta la Ley que desarrolla, la Ley Hipotecaria), ha de entenderse como derecho supletorio la totalidad de la legislación registral inmobiliaria (Ley y Reglamento Hipotecario).

El Reglamento del Registro Mercantil puede ser objeto de crítica negativa por los siguientes motivos, entre otros: en primer lugar, por las incorrectas remisiones a otros cuerpos normativos; en especial ya hemos señalado la inadecuada invocación que como derecho supletorio se hace en exclusividad al Reglamento Hipotecario, olvidando que éste no pasa de ser un apéndice explicativo de la Ley Hipotecaria. Ver el artículo 80 del Reglamento citado. Deficiencia o irregularidad que se enerva en otros artículos del mismo texto legal. Así el artículo 40 hace una llamada a toda la legislación hipotecaria. Y no se diga para salvar la ambigüedad y la imprecisión que uno, el artículo 80, se refiere a materia distinta que el 40; el primero literalmente atiende a la organización y funcionamiento del Registro; el segundo, a la rectificación de errores en los asientos registrales. Enérgicamente ha de señalarse que la cita en exclusiva, y por lo tanto excluyente, de un Reglamento es un *flatus vocis*, sin posibilidad de argumento en contrario.

El segundo punto crítico que este texto normativo ofrece está en que algunos de sus artículos repite exacta y literalmente preceptos del Código de Comercio. Carece de sentido preconizar en los textos que tratan del principio de la legalidad, de la fe pública, etc., lo mismo en uno y otro cuerpo legal. La falta de elemental *elegantia iuris* es manifiesta.

Defecto de mayor consideración, si fuera posible, es aquel de extenderse el Reglamento más allá de la Ley que desarrolla, incluso introduce nuevas instituciones. Quizá esta actuación haya sido provocada por el hecho de que la Ley de 25 de julio de 1989 no haya recogido ni podido recoger todo el Derecho comunitario indicado por las Directivas de la Comunidad Europea. Al atender la Ley española, sólo la materia de sociedades mercantiles ha dejado fuera otras cuestiones comerciales vigentes en el Derecho europeo.

V. EVOLUCION HISTORICA

El origen del Registro Mercantil, al igual que la mayoría de las instituciones propias del tráfico mercantil, se encuentra en la Edad Media (letra de cambio, sociedad anónima, contrato de descuento, etc.). El verdadero antecedente histórico de esta institución ha de buscarse en la matrícula de los gremios y comerciantes. En principio estaba orientada esta matrícula a cumplir el objetivo de determinar frente a todos quienes sean los comerciantes. Dato de especial significado, ya que por el hecho de la realización práctica del derecho los comerciantes están sometidos, entre otras especialidades, a Tribunales propios, los Tribunales consulares. Socialmente se recopila esta publicidad instrumental para así tener conocimiento de quién sea el sujeto con el cual se comercia, pues externamente el sujeto anotado

utiliza o puede utilizar un nombre objetivo distinto del nombre civil. Después el Registro se extiende a otros documentos relevantes del mercader (cartas dotalas, poderes, capitulaciones matrimoniales, etc.). Acompañando a esta ampliación de los actos inscribibles (dirección horizontal del Registro se le ha llamado); éstos cada vez, por el hecho de su constancia, van adquiriendo una mayor significación jurídica. Como prueba de esta evolución en el Derecho español, basta comparar las Ordenanzas de Bilbao (año 1737), síntesis y resumen del Derecho antiguo, con los Códigos de Comercio de 1829 y 1885 respectivamente. Según la Ordenanza, sólo se inscriben los comerciantes. Los Códigos de Comercio van aumentando el número de documentos referentes a éstos que han de contrastarse registralmente. Desde la perspectiva del valor en derecho de esta constatación, nuestro Código preconiza el principio de la publicidad material: lo inscrito perjudica a terceros desde la fecha de su inscripción. A partir de la reforma de 1989 hay que contar efectivamente con la fecha de la inscripción, pues sólo a partir de ella el acto inscribible produce los efectos señalados por la Ley (por ejemplo, adquiere personalidad jurídica la sociedad mercantil —art. 119 CCom—); sin embargo, sólo será oponible a terceros desde su publicación en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil* —BORME, en adelante— (art. 20.1 CCom).

VI. ORGANIZACION DEL REGISTRO

Cada capital de provincia tiene un Registro Mercantil, incluidas las ciudades de Ceuta y Melilla. Su circunscripción territorial viene determinada por la capital y provincia respectiva. El artículo 17 del Código de Comercio establece: «1. El Registro Mercantil se llevará bajo la dependencia del Ministro de Justicia... 2. El Registro Mercantil radicará en las capitales de provincia y en las poblaciones donde por necesidad del servicio se establezcan de acuerdo con las disposiciones legales vigentes: “Cuando por necesidad del servicio haya de crearse un Registro Mercantil en población distinta de capital de provincia, se hará mediante Real Decreto, a propuesta del Ministerio de Justicia, previa audiencia del Consejo de Estado y con informe de la Comunidad Autónoma correspondiente...” (art. 16.3 RRM)».

En determinados lugares este Registro está incluido o forma parte del Registro de la Propiedad (por ejemplo, Teruel). Téngase en cuenta que el Registrador Mercantil es al mismo tiempo Registrador de la Propiedad. Aquél tiene el mismo título que éste. El ingreso en el Cuerpo Nacional de Registradores implica la doble titulación registral. En todo caso, la disposición final segunda de la Ley de 1989 ordena: «Los libros de buques y

aeronaves llevados hasta ahora en los Registros Mercantiles constituirán Registro independiente y continuarán rigiéndose por las normas referentes a ello hasta que se establezca el Registro de la Propiedad Inmobiliaria, en el que se unificarán los actuales Registros de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin desplazamiento y los libros de buques y aeronaves, y se dote al mismo de la adecuada regulación, para la que se concede al Gobierno la correspondiente autorización».

La titularidad del Registro será ostentada por uno o varios Registradores. En este último caso el artículo 15 del Reglamento del Registro Mercantil señala el contenido del Estatuto que ha de regir la situación: «Registro con pluralidad de titulares: 1. Si un Registro Mercantil estuviese a cargo de dos o más Registradores, llevarán el despacho de los documentos con arreglo al convenio de distribución de materias o sectores que acuerden. El convenio y sus modificaciones posteriores deberán ser sometidos a la aprobación de la Dirección General de los Registros y del Notariado. 2. Siempre que el Registrador a quien corresponda la calificación de un documento apreciare defectos que impidan practicar la operación solicitada, los pondrá en conocimiento del cotitular o cotitulares del mismo sector, a quienes pasará la documentación. El que entendiere que la operación es procedente, la practicará bajo su responsabilidad. 3. El Registrador que califique un documento conocerá de todas las incidencias que se produzcan hasta la terminación del procedimiento registral».

VII. SUJETOS Y ACTOS INSCRIBIBLES

El artículo 81 del Reglamento del Registro Mercantil, desarrollando el artículo 16 del Código de Comercio, enuncia los posibles sujetos y actos objeto de inscripción: «Sujetos y actos de inscripción obligatoria»:

1. Será obligatoria la inscripción en el Registro Mercantil de los siguientes *sujetos*:

- a) El naviero empresario individual.
- b) Las sociedades mercantiles.
- c) Las sociedades de garantía recíproca.
- d) Las cooperativas de crédito, las mutuas y cooperativas de seguro y las entidades de previsión social.
- e) Las sociedades de inversión colectiva.
- f) Las agrupaciones de interés económico.
- g) Las cajas de ahorro.
- h) Los fondos de inversión.
- i) Los fondos de pensiones.

- j) Las sucursales de cualquiera de los sujetos anteriormente indicados.
- k) Las sucursales de sociedades extranjeras.
- l) Las sucursales extranjeras que trasladen su domicilio a territorio español.
- m) Las demás personas o entidades que establezcan las leyes.

2. En la hoja abierta a cada uno de los sujetos mencionados en el apartado anterior se inscribirán necesariamente los actos o circunstancias establecidos en las leyes o en este Reglamento. La inscripción del empresario individual es voluntaria (art. 16 CCom).

Sobre estas bases normativas se plantea la cuestión de si la enumeración de los empresarios citados es total y exclusiva o, por el contrario, existen otros sujetos y actos que puedan inscribirse, el viejo tópico del *numerus clausus* o *numerus apertus* de la inscripción. Parece que, sobre todo a la vista de la jurisprudencia, ha de aceptarse el principio del *numerus clausus*. El apartado m) del número 1 y el número 2 del indicado precepto reglamentario no puede interpretarse como una apertura que permita adentrar en el Registro a sujetos y actos distintos de los enunciados en las disposiciones legales.

Actos inscribibles.—Dentro de los hechos, actos o negocios jurídicos que sean objeto de inscripción hay que separar dos grupos: 1) Los relativos a la estructura, composición de la persona inscribible y de sus peculiaridades (por ejemplo, si se trata de un comerciante: clase de comercio, domicilio, fecha de inicio y finalización de sus operaciones en su caso, etc.). 2) Los hechos posteriores relativos al tráfico en el que intervenga ese sujeto (modificación de los Estatutos sociales en su caso, emisión de obligaciones, ampliación o disminución de los asociados o del capital social, etc.). Estos hechos (recuérdese que la palabra hecho comprende también el acto o negocio jurídico) han de venir, por regla general, instrumentalizados en documento público. Preconiza el artículo 18.1 del Código de Comercio: «La inscripción en el Registro Mercantil se practicará en virtud de documento público. Sólo podrá practicarse en virtud de documento privado en los casos expresamente prevenidos en las leyes y en el Reglamento del Registro Mercantil».

Según lo dicho anteriormente (principio de *numerus clausus* de la materia inscribible), sólo podrán constatarse en el Registro las señaladas por la Ley. A ellos, sólo a ellos, alcanzan los efectos registrales, como ha señalado reiteradamente el Tribunal Supremo. Su tesis es bien clara: los interesados pueden llevar al Registro todos los hechos que tengan por conveniente, pero los enérgicos efectos de la publicidad positiva (perjuicio de

terceros desde la inscripción o desde la publicación en el *BORME*) no van unidos más que a la inscripción de los hechos previstos en las leyes.

VIII. LIBROS Y ASIENTOS

Los relatados sujetos y hechos inscribibles se anotan en los *libros* que al efecto tienen los Registros. Estos son:

- a) Libro diario de presentación.
- b) Libro de inscripciones.
- c) Libro-fichero de legalizaciones.
- d) Libro depósito de cuentas.
- e) Libro de nombramiento de expertos independientes y auditores.
- f) Indices.
- g) Inventario.

Cuando las necesidades del servicio lo aconsejen, la Dirección General de los Registros y del Notariado podrá autorizar la apertura de más de un libro diario. Los Registradores podrán llevar también los libros y cuadernos auxiliares que juzguen conveniente para la adecuada gestión del Registro.

Como puede observarse, cada libro tiene una finalidad distinta y exclusiva. El acceso del documento al Registro se realiza mediante un breve resumen de su contenido en el libro diario. El libro de legalizaciones de libros, el de depósitos de cuentas, el de nombramiento de expertos y auditores, el inventario y los legajos formados se llevan en libros diferentes y propios. En el libro de inscripciones —éste que junto al libro diario forman el dorso del sistema— se constatan los sujetos y los actos inscribibles. El método de anotación es el de hacer un resumen del contenido del documento, al contrario que el sistema alemán que sigue el procedimiento de simple archivo de materias, o del francés de depósito de documentos.

Asientos.—Las anotaciones que han de realizarse en los libros del Registro son las siguientes: asientos de presentación, inscripciones, anotaciones preventivas, cancelaciones y notas marginales. La inscripción refleja al empresario y a sus actos con todas las circunstancias que la Ley considera fundamentales. Atendiendo al sujeto o al hecho, estas anotaciones son distintas y propias de cada uno. La inscripción puede ser constitutiva, obligatoria o facultativa. La primera es aquella que opera como una *conditio iuris* respecto al hecho inscribible. Una sociedad mercantil, por ejemplo, no tiene personalidad jurídica si no se inscribe. Con técnica jurídica defectuosa nuestro Código de Comercio, en su artículo 19.2, llama a esta clase de

anotaciones inscripciones obligatorias. En puridad, las sociedades mercantiles no están obligadas a inscribirse; es que si no se inscriben no gozan del atributo de la personalidad jurídica. Inscripciones obligatorias son aquellas que las exige la Ley, pero si no se inscriben no es que el sujeto o el acto no exista; simplemente, se impone una pena por no realizarla. A ellas se refiere el número 3 del artículo 19 del Código de Comercio: «El naviero no inscrito responderá con todo su patrimonio de las obligaciones contraídas». Son facultativas las inscripciones de hechos ya nacidos y eficaces. Con el apunte registral se consigue, lo que no deja de ser importante, que todos los actos inscribibles derivados de ellos puedan ser inscritos (lo que se ha llamado el principio de *tracto sucesivo*: «1. Para inscribir actos o contratos relativos a un sujeto inscribible será precisa la previa inscripción del sujeto. 2. Para inscribir actos o contratos modificativos o extintivos de otros otorgados con anterioridad será precisa la previa inscripción de éstos. 3. Para inscribir actos o contratos otorgados por apoderados o administradores será precisa la previa inscripción de éstos, además de todos los efectos originados por la inscripción. Especial sentido tiene dentro del Estatuto registral la publicidad. Nuestro Código de Comercio en su artículo 19.1 (la inscripción en el Registro Mercantil será potestativa para los empresarios individuales, con excepción del naviero. El empresario individual no inscrito no podrá pedir la inscripción de ningún documento en el Registro Mercantil ni aprovecharse de sus efectos legales). El asiento de anotación preventiva se extiende en el libro de inscripciones aunque señalado no por números, sino por letras. Entre sus efectos más señalados hay que indicar su transitoriedad (duración temporal) y su pendencia de otro asiento; sólo pueden practicarse las anotaciones expresamente señaladas por las leyes; la cancelación que igualmente se extiende en el libro de inscripciones es aquel asiento dirigido a dejar sin efecto a otro (también se llaman inscripciones negativas); por último, las notas marginales son aquellos apuntes que se practican al margen de otros asientos; mediante aquellos se consignan determinadas situaciones relacionadas con el asiento a cuyo margen se extienden; pueden ser de modificación jurídica, sucedánea de otro asiento principal o simplemente de coordinación de oficina. Ha de tenerse en cuenta que: «1) Salvo disposición específica en contrario, toda inscripción, anotación preventiva o cancelación contendrá necesariamente las siguientes circunstancias: 1.ª Acta de inscripción o declaración formal de quedar practicado el asiento, con expresión de la naturaleza del acto o contrato que se inscribe. 2.ª Clase, lugar y fecha del documento o documentos y los datos de su autorización, expedición o firma, con indicación, en su caso, del Notario que lo autorice o del Juez, Tribunal o funcionario que lo expida. 3.ª Día y hora de la presentación del documento, número del asiento, folio y tomo del libro diario. 4.ª Fecha del asiento y firma del Registrador. 2) Al margen del

asiento de presentación se consignarán necesariamente los derechos deven-gados, la base tenida en cuenta para su cálculo y los números del Arancel aplicados» (art. 37 RRM).

IX. EL REGISTRO MERCANTIL CENTRAL

El Reglamento del Registro Mercantil regula este tipo de Registro: cúpula del sistema registral y a modo de cierre del mismo. Su objeto se señala en el artículo 343 del Reglamento del Registro Mercantil: «El Registro Mercantil Central tendrá por objeto:

- a) La ordenación, tratamiento y publicidad meramente informativa de los datos que reciba de los Registros Mercantiles.
- b) El archivo y publicidad de las denominaciones de sociedades y entidades bancarias.
- c) La publicación del *Boletín Oficial del Registro Mercantil* en los términos establecidos en este Reglamento.
- d) La llevanza del Registro relativo a las sociedades y entidades que hubieren trasladado su domicilio al extranjero sin pérdida de la nacionalidad española».

Se establece en Madrid: «El Registro Mercantil Central estará establecido en Madrid y se regirá, en cuanto a su organización, por las disposiciones generales recogidas en los artículos 13 y siguientes de este Reglamento que le resulten de aplicación (art. 344 RRM)». La Memoria anual que redactan los Registradores Mercantiles a cuyo cargo funcione el Registro, al recoger el resumen estadístico del movimiento registral es un exponente calificado de la situación económica del país. La Sección de Denominaciones de Sociedades y Entidades inscritas, verdadera pila bautismal, ha alcanzado la importante trascendencia congruente con una nación que tiene varios millones de sociedades. Lo más novedoso de este Registro ha sido su encargo, que realiza a través del organismo autónomo *BOE*, del *BORME*. La primitiva base normativa del Registro ha sido complementada por diversas disposiciones, entre ellas la Orden de 30 de diciembre de 1991, estableciendo que el Registro funcione mediante procedimientos informáticos en cuanto al archivo y tratamiento de datos.

X. PRINCIPIOS MERCANTILES

El régimen registral mercantil aparece ordenado en los llamados principios mercantiles registrales. Estos son los goznes que dan trabazón a la institución jurídica en la cual el Registro Mercantil consiste. Al igual que los principios hipotecarios son un trasunto de Derecho positivo concentrado. No son pautas abstractas de formación de un sistema de Registro, sino concretas y efectivas disposiciones normativas, si bien enunciada brevemente o, en otras palabras y aproximadamente, los epígrafes de las leyes. Estos aparecen expresados en el Código de Comercio (arts. 18 a 21) y el Reglamento de Registro Mercantil (arts. 4 a 12).

Para su ordenación sistemática seguimos el criterio de agruparlo en tres apartados:

- 1) Aquellos que se refieren al órgano registral.
- 2) Otro segundo dirigido a conseguir la anotación o inscripción.
- 3) Los reseñadores de los efectos de la inscripción.

1) ORGANO REGISTRAL

a) *Folio personal*. El Registro Mercantil se lleva, con excepción del Registro de Buques y Aeronaves, por el sistema de hoja personal. A cada sujeto inscribible se le abre un Registro particular bajo un número exclusivo. Este Registro particular está constituido por el número de folios que el Registrador señale según su criterio, atendiendo a las inscripciones que puedan practicarse respecto a los referidos sujetos. En primer lugar, indudablemente ha de procederse al reflejo libresco de este titular, luego los actos inscribibles del mismo se harán constar en asientos separados, incluso ellos dentro de la misma hoja registral (por ejemplo, si se trata de una sociedad anónima y ésta aumenta su capital, este dato se hará constar en la hoja de la sociedad, aunque en inscripción distinta).

b) *Especialidad*. Procedente inmediatamente del Registro de la Propiedad y de la doctrina hipotecaria es el llamado principio de especialidad. En nuestro caso, en el Registro Mercantil, con él se señala que cada asiento en particular ha de extenderse exclusivamente y en la forma que determine la Ley, con los detalles señalados. Quedan fuera del Registro toda indicación ajena a estos modelos por extensas que sean las indicaciones de los solicitantes de la inscripción. Esta sólo puede contener la expresamente señalada.

c) *Tipicidad de los hechos inscribibles*. Sólo son inscribibles aquellos hechos, actos o negocios jurídicos que hallan declarado las leyes.

2) PRINCIPIO PARA CONSEGUIR LA INSCRIPCIÓN O PRESUPUESTOS DE LA MISMA

a) *Obligatoriedad de la inscripción*: «1. La inscripción en el Registro Mercantil tendrá carácter obligatorio, salvo en los casos en que expresamente se disponga lo contrario. 2. La falta de inscripción no podrá ser invocada por quien esté obligado a procurarla» (art. 4 RRM). En todo caso, el funcionario autorizante de documento inscribible colaborará activamente en que éste se realice. Así el Notario autorizante de la escritura pública advertirá en la misma de ello. Salvo norma en contrario, la regla general sobre el plazo de la inscripción en que ésta ha de solicitarse dentro del mes siguiente al del otorgamiento de los documentos necesarios para la inscripción. El cómputo de este término se ha de hacer de conformidad con el artículo 5 del Código Civil, o sea, de fecha a fecha, sin excluir los días inhábiles (ejemplo: estipulado u otorgado el documento el 25 de abril, se cumplirá el mes el 25 de mayo).

También ha de señalarse como hecho enervante de esta obligación de inscribir el mandato general de que no puede practicarse en el Registro Mercantil ningún asiento, excepto el de presentación, si no se justifica que se ha solicitado o practicado la liquidación de los tributos correspondientes al acto, contrato o documento que se pretende inscribir.

b) El presupuesto para la calificación registral o la inscripción, en su caso, requiere la observación sobre la bondad del documento inscribible. La garantía para que este valor tenga eficacia está en la vestidura del hecho inscribible en documento público (la inscripción en el Registro Mercantil se practicará en virtud de documento público; sólo podrá practicarse a virtud de documento privado en los casos especialmente previstos en las leyes que hemos indicado). Los documentos públicos son los indicados en el artículo 3 de la Ley Hipotecaria: escritura pública, ejecutoria o documento expedido por autoridad judicial o por el Gobierno o sus agentes, en la forma que prescriban los reglamentos. Las excepciones en que se admite el documento privado son escasas. La solicitud de la inscripción del comerciante individual, en especial. Otros supuestos son la de aquellos documentos en que sólo se requiere la legitimación de firmas; a veces esta función legitimadora puede ser realizada por el Registrador (por ejemplo: el escrito de desistimiento del recurso gubernativo, subsanación de faltas subsanables, etc.).

c) *Calificación del documento*. Esta materia la tratamos dentro del procedimiento registral.

d) *Tracto sucesivo*. Está recogido este principio en el artículo 11 del Reglamento del Registro Mercantil (para inscribir actos o contratos relati-

vos a un sujeto inscribible será precisa la previa inscripción del sujeto. Para inscribir actos o contratos modificativos o extintivos de otros otorgados con anterioridad será precisa la previa inscripción de éstos. Para inscribir actos o contratos otorgados por apoderados o administradores será precisa la previa inscripción de éstos).

De estos presupuestos o principios el que ha sido objeto de más duras críticas es el envés de la fe pública registral. Proteger la apariencia creada por el Reglamento (el contenido de éste es exacto y válido), aunque no desde la fecha de la inscripción, sino desde la publicación de determinados actos en el *BORME*, con la salvedad que «cuando se trate de operaciones realizadas dentro de los quince días siguientes a la publicación los actos inscritos y publicados no serán oponibles a terceros que prueben que no pudieron conocerlos», a más de la introducción de la buena fe del tercero (en caso de discordancia entre el contenido de la publicación y el contenido de la inscripción, los terceros de buena fe podrán invocar la publicación si les fuere favorable. Quienes hayan ocasionado la discordancia estarán obligados a resarcir al perjudicado. La buena fe del tercero se presume en tanto no se pruebe que conocía el acto sujeto a inscripción y no inscrito, el acto inscrito y no publicado o la discordancia entre la publicación y la inscripción). En verdad exigencia esta última, la buena fe, puramente redundante. Es piedra angular de nuestro Ordenamiento jurídico. Con carácter común y general se establece en el Título Preliminar del Código Civil; el artículo 7.1 lo proclama: los derechos deberán ejercitarse según las exigencias de la buena fe.

La protección de la apariencia no está justificada en los asientos extendidos en base a un documento privado: condición del comerciante individual, informe de gestión o auditorías, las cuentas anuales, etc. El documento privado no extiende sus efectos más allá de los que lo hubiesen suscrito y sus causahabientes (art. 1.225 CC). Estas motivaciones son las que el Derecho alemán, tan ejemplar en la materia, hace que no se incorpore esta presunción al Registro Mercantil.

3) EFECTOS DE LA INSCRIPCIÓN

a) La primera consecuencia que surge de la institución registral es la publicidad de los hechos inscritos. Se trata de publicidad legal de determinadas situaciones en apoyo de la seguridad del tráfico.

Se entiende por publicidad legal aquella que produce no inmediatamente el conocimiento del hecho o situación, sino el hacerlo conocible (que puede ser conocido por todos) de una manera general. Esta posibilidad de conocimiento es constituida por la Ley, si bien de una manera abstracta, en

efectivo conocimiento, aunque en nuestro Derecho se agrega para forzar su divulgación el anuncio del hecho en un periódico especializado en este tipo de noticias: el *BORME*. «Practicados los asientos en el Registro Mercantil, ordena el artículo 18.3 del Código de Comercio, se comunicarán sus datos esenciales al Registro Central, en cuyo Boletín será objeto de publicación». La publicidad legal del Registro Mercantil puede sintetizarse en la siguiente frase: «Lo inscrito en el Registro que todos puedan conocer, es, en efecto, conocido por todos». Ficción muy rigurosa que se atenúa exigiendo que la noticia sea publicada en el periódico oficial.

Solamente se inscribirán, como hemos señalado, los hechos o situaciones expresamente determinados por la Ley. Claro es, ésta no sigue un criterio arbitrario, se orienta formalmente siguiendo las pautas más comunes de la Comunidad Europea (CE) y materialmente aquellos que afectan decisivamente a la responsabilidad de los comerciantes o la de aquellos sujetos que incidan en la misma —por ejemplo: una Caja de Ahorros no es un negociante, pero sus actos interfieren en la esfera económica de los que con ella se relacionan—. Especialmente en dos bloques de hechos se han inspirado y se inspiran las leyes para señalar lo que pueda o deba de ser inscrito: 1) La inscripción de la persona del empresario (v. art. 16 CCom, que desarrolla el art. 81 RRM) y sus características circunstancias. 2) Los hechos posteriores relativos a ese empresario. La seguridad del tráfico sobre la seguridad del Derecho se expresa ya en el Código de Comercio de 1885. Su Exposición de Motivos indica que el Registro es un poderoso medio de publicidad que sirve de garantía suficiente a los terceros que se hallen interesados en ciertos actos y operaciones mercantiles de trascendencia».

Junto a esta presunción absoluta de que los asientos del Registro son conocidos por todos (publicidad material positiva), hay que tener en cuenta, igualmente, la publicidad material negativa: los hechos jurídicos relativos al titular registral inscribibles y no inscritos no son conocidos por terceros. No obstante, esta publicidad es relativa, porque cabe enervarla probando que aquellos terceros conocían el hecho o dato no inscrito. Con amplio alcance se dice en el artículo 94 del Reglamento del Registro Mercantil. En la hoja abierta a cada sociedad se inscribirán necesariamente: 1.º La constitución de la sociedad, que necesariamente será la inscripción primera. 2.º La modificación del contrato y de los Estatutos sociales, así como los aumentos y las reducciones del capital. 3.º La prórroga del plazo de duración. 4.º El nombramiento y cese de administradores, liquidadores y auditores. Asimismo habrá de inscribirse el nombramiento y cese de los secretarios y vicesecretarios de los órganos colegiados de administración aunque no fueren miembros del mismo. La inscripción corresponderá tanto a los miembros titulares como, en su caso, los suplentes. 5.º Los poderes generales y las delegaciones de facultades, así como su modificación, revocación

y sustitución. No será obligatoria la inscripción de los poderes generales para pleitos o de los concedidos para la realización de actos concretos. 6.º La apertura, cierre y demás actos y circunstancias relativos a las sucursales, en los términos prevenidos en los artículos 259 y siguientes. 7.º La transformación, fusión, escisión, rescisión parcial, disolución y liquidación de la sociedad. 8.º La emisión de obligaciones u otros valores negociables agrupados en emisiones y demás actos y circunstancias relativos a los mismos, en los términos establecidos en los artículos 274 y siguientes. 9.º La admisión de las acciones a negociación en un mercado secundario oficial de valores, así como su exclusión. 10. La designación de la entidad encargada de la llevanza del Registro contable en el caso de que los valores se hallen representados por medio de anotaciones en cuenta. 11. La suspensión de pagos y la quiebra y las medidas administrativas de intervención, de conformidad con lo previsto en los artículos 284 y siguientes. 12. Las resoluciones judiciales o administrativas en los términos establecidos en las leyes y en este Reglamento. 13. En general, los actos o contratos que modifiquen el contenido de los asientos practicados o cuya inscripción prevean las leyes o el presente Reglamento. En último término, estamos dentro del juego de la buena fe, comprensiva del hecho de dejar sin efecto la llamada «teoría de la doble opción»: que el tercero se apoye en la realidad registral y en la extrarregistral, conociendo ambas.

b) *Proceso de la inscripción (principio de fe pública)*. Los hechos jurídicos o no contenidos en los asientos registrales están bajo la salvaguardia de los Tribunales y producirán sus efectos mientras no se inscriba la declaración judicial de su inexactitud o nulidad, ya que el contenido del Registro se presume exacto y válido. Esta presunción es simplemente *iuris tantum* o de hecho, ya que, continúa diciendo el artículo 20 del Código de Comercio, la inscripción no convalida los actos y contratos que sean nulos con arreglo a las leyes. Ahora bien, de tanta importancia práctica es esta presunción al dispensar de toda la tramoya de la prueba que explica el hecho de que pretendan inscribirse toda clase de situaciones, aun algunas verdaderamente exóticas.

c) *Publicidad formal*. Los libros y documentos archivados en el Registro no tienen salida del mismo (supuesto independiente es un traslado de la oficina del Registro de un lugar a otro). Su contenido sólo puede ser conocido por los medios expresados por la Ley: certificación, nota simple informativa, consulta de datos esenciales del asiento por medio de los terminales del ordenador instalado para tal efecto en las oficinas del Registro y por exhibición de libros.

Así como la certificación es el único medio de acreditar fehacientemen-

te el contenido del Registro como veremos, son las notas simples o informativas las que con más frecuencia se practican. Consisten en una fotocopia del asiento, literal o en relación, o de los documentos archivados o depositados. Habrá de ser expedida en el plazo de tres días. No van autorizadas con la firma del Registrador.

Teniendo en cuenta los accidentes provocados en los Registros (incendios, arranque de las hojas de los libros, interlineados confundidores, etc.), la consulta por los interesados de los libros ha de ser muy vigilada; por ello sólo a persona de notoria solvencia social le ha sido permitida su práctica.

El carácter supletorio de la legislación hipotecaria (art. 80 RRM) permite suplir la laguna en esta materia: en la manifestación de los libros no se permite al interesado que copie literalmente al asiento o haga alguna indicación en el mismo. La duda surge en orden de si la indicación hecha en la legislación hipotecaria («interés conocido de los solicitantes») es o no aplicable en el Registro Mercantil. A favor de la no admisión de este requisito en nuestro Registro puede fundarse en el reconocimiento del derecho a la publicidad de las cuentas anuales y documentos complementarios tiene cualquier persona (v. art. 333 RRM).

Téngase en cuenta que ninguno de estos procedimientos de publicidad citados al no llevar la firma del Registrador (único expediente para imputarle la responsabilidad originada por el contenido del Registro) son simples vías publicitarias sin el alcance del documento público («los documentos hacen prueba aun contra terceros del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de éste», art. 1.218.1 CC). Al contrario que las certificaciones con eficacia de documento público, al ser esa su naturaleza a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.216 del CC («son documentos públicos los autorizados por un Notario o empleado público competente, con las solemnidades requeridas por la Ley»), desenvuelto, singularmente, por el artículo 597 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La doctrina normativa sobre la certificación se contiene en el artículo 77 del Reglamento del Registro Mercantil: «1.º La facultad de certificar de los asientos del Registro corresponderá exclusivamente a los Registradores Mercantiles. Los Registradores podrán asimismo certificar de los documentos archivados o depositados en el Registro. 2.º La certificación será el único medio de acreditar fehacientemente el contenido de los asientos del Registro. 3.º Las certificaciones deberán solicitarse mediante escrito entregado directamente, enviado por correo o transmitido por telecopia u otro procedimiento similar, debiendo el Registrador, en estos últimos casos, remitir por correo la certificación solicitada. 4.º Las certificaciones que se expidan a instancia de autoridad judicial o administrativa se extenderán o iniciarán en el mismo documento en que se soliciten. 5.º Las certificaciones podrán ser actualizadas, a petición del interesado, por otras extendidas a

continuación. 6.º Las certificaciones, debidamente firmadas por el Registrador, se expedirán en el plazo de cinco días, contados desde la fecha de su solicitud. 7.º Las certificaciones de asientos concisos deberán comprender la parte del extenso a que se remitan, de modo que aquéllas acrediten por sí solas el contenido del Registro».

XI. PROCEDIMIENTO REGISTRAL

Para conseguir la inscripción del hecho jurídico en el Registro se sigue un procedimiento. La naturaleza jurídica de éste es muy discutida. Una de las posiciones más mantenida es aquella que lo entiende como un procedimiento de jurisdicción voluntaria (recuérdese que el tópico de la jurisdicción voluntaria es su sede propia en el Derecho procesal, uno de los más discutidos y sin pacífica solución). Efectivamente, en esta actuación no hay contradicción entre partes, no hay contienda. Las objeciones a esta teoría son muchas: 1.^a El término proceso, según la opinión dominante, es correlativo de jurisdicción privativa del órgano jurisdiccional en las que el Juez puede ejercer actividad inquisitorial (v. arts. 1.811 y sigs. de la Ley de Enjuiciamiento Civil). La función registral queda limitada a los documentos presentados. 2.^a La decisión del Registrador no goza de la presunción de cosa juzgada. 3.^a El «decir» del Registrador no va dirigido a resolver una contienda, sino que está limitada a extender o denegar el asiento solicitado. Por estas razones, señalar que es procedimiento de jurisdicción voluntaria especial, es decir, muy poco al no conocer en puridad el sustantivo adjetivado.

Otra segunda posición entiende que la función registral es administrativa. Entre las réplicas a esta tesis pueden citarse las siguientes: 1.^a El procedimiento registral versa sobre Derecho privado y su impugnación no discurre por vía auténticamente administrativa ni sus resoluciones son susceptibles del recurso contencioso-administrativo. 2.^a La Administración no es parte. 3.^a Los superiores jerárquicos del Registrador no pueden inmiscuirse en sus actuaciones.

Nuestra posición: Nos inclinamos por entender que la decisión registral no está investida de *potestas*. Pese a que el Registrador ejercita una función para el público, no forma parte de ninguno de los poderes del Estado, por ello carece de poder; no decide controversias (poder judicial); no administra ni ejecuta (poder ejecutivo); tampoco establece normas (poder legislativo); tiene *autoritas*, su actuación es el ejercicio de una función pública en régimen jurídico privado al servicio de la seguridad jurídica. Son profesionales titulados a los que, para el mejor ejercicio de su profesión, se les atribuye el carácter de funcionarios públicos.

El procedimiento registral se descubre a través de varios estadios: presentación del documento, calificación del mismo, denegación o inscripción del asiento. Examinémoslos brevemente:

Presentación del documento. En el libro diario se hace constar un breve resumen de su contenido a menos que se trate de documentos que por su forma o contenido no puedan provocar operación registral alguna o no corresponden a su circunscripción territorial. El documento ha de presentarse en las horas de oficina: todos los días laborales, desde las nueve a las catorce horas y de las dieciséis a las dieciocho horas, excepto los sábados, en los que sólo se mantendrá el horario de mañana. Tiene el asiento de presentación la vigencia de dos meses desde que se haya practicado. Su fecha será la de la inscripción si ésta llega a realizarse. Es decir, es este momento cuando se inicia la pluralidad de efectos derivados del Estatuto de la inscripción. Se admite la presentación por correo en Registros distintos, la retirada del título sin practicar el asiento, se estudia el recibo acreditativo de la presentación del título, etc. Una vez presentado éste en el Registro, el Registrador procederá a practicar la inscripción solicitada o bien a rechazarla por apreciar o que existe defecto en el título o por algún obstáculo que surge del Registro. A esta labor de apreciación intelectual se le llama calificación, momento central del procedimiento.

Tiene la *calificación* un cuádruple límite: por su objeto, por su extensión, por su finalidad y por el Registro. En orden al primer punto, sólo puede calificarse el documento presentado susceptible de que se practique el asiento, aunque la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado admite que pueda tenerse en cuenta otros documentos presentados con posterioridad si el contenido de los mismos incide sustancialmente sobre aquél respetando el principio de prioridad. Esta dependencia de lo anterior a lo posterior se ha llamado por los hipotecaristas principio de ocasionalidad. Ejemplo: presentado en el Registro un poder, se presenta después el título constitutivo de la sociedad mercantil que lo otorga; del mismo modo se apreciará la omisión o la expresión sin claridad suficiente de cualesquiera de las circunstancias que deba contener la inscripción o que, aun no debiendo de constar en ésta, hayan de ser calificadas. Respecto a la extensión calificadora, el artículo 18.2 del Código de Comercio se remite a la legalidad de la forma extrínseca del documento, la capacidad y legitimación de los que lo otorgan o suscriban y a la validez de su contenido. La finalidad de la calificación es emitir un juicio sobre la inscripción o rechazarla por apreciar en el documento algo que impida aquélla. Por último, los medios con que cuenta el Registrador para efectuar su crítica son, además del complejo normativo vigente (hay que comprender en el mismo no sólo el Derecho mercantil, sino también el civil, el administrativo, el

procesal, etc., sobre todo el contenido en la Constitución) los asientos que constan en el mismo Registro.

En definitiva, si no aprecia defecto procede a la inscripción como hemos dicho; apreciando falta no practica asiento alguno, a menos que el defecto sea subsanable, en cuyo caso los interesados pueden solicitar, solicitud que se cumplirá, que se practique una anotación preventiva de suspensión, la cual caducará a los dos meses de su fecha (el objetivo de este asiento parece estar dirigido a ampliar el plazo para rectificar los posibles errores subsanables apreciados por el Registrador).

Como hemos dicho, los defectos que impiden la inscripción pueden ser subsanables o insubsanables. Distingámoslos esquemáticamente resaltando que se trata de una materia especialmente polémica. Siguiendo un criterio puramente empírico, sin ninguna pretensión dogmática, cabe establecer el siguiente módulo de separación: son insubsanables los documentos que contengan un negocio que sea nulo por razón de su forma, por nulidad absoluta de su contenido (no cumplir el triple requisito preconizado por el art. 1.261 del CC —consentimiento, objeto y causa—) o ser rechazado por el mismo Registro. Este tipo de faltas no pueden ser directamente enmendadas por los interesados. Al contrario, los defectos subsanables al moverse en el plano de la anulabilidad. El interesado podrá subsanar, dentro del plazo de la vigencia del asiento de presentación o de la anotación preventiva, los defectos observados. Si se hubiere practicado anotación preventiva, éste se convertirá, cuando resulte procedente, en inscripción. Las faltas subsanables, cualquiera que sea su procedencia, podrán subsanarse por instancia del interesado con la firma puesta en presencia del Registrador o legitimada notarialmente siempre que no fuera necesario un documento público u otro medio especialmente adecuado. La instancia se archivará en el Registro.

XII. RECURSO GUBERNATIVO

Contra la calificación registral denegando o suspendiendo la inscripción solicitada, podrán los interesados (por la persona a cuyo favor se hubiera de practicar la inscripción, por quien tenga interés conocido 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. 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. Por el Notario autorizante en todo caso) interponer recurso gubernativo ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, previo el recurso de reforma ante el propio Registrador. Insistimos, estos recursos (así

como la calificación) tienen por exclusivo objeto la procedencia o no de la inscripción en el Registro del hecho jurídico. No puede discutirse la existencia o matización alguna del derecho, ello exclusivamente podrá hacerse en litigio que solventará el Juez, sin que en dicho proceso tenga intervención alguna el Registrador. En general, una vez interpuesto el recurso quedan en suspenso los plazos registrales; también los de los asientos de presentación anteriores o posteriores de títulos contradictorios o conexos. Esta suspensión se hará constar mediante las correspondientes notas marginales.

El recurso de reforma se interpone ante el mismo Registrador, siempre que no hubiesen transcurrido dos meses desde la fecha de la calificación, mediante escrito en el que se solicita la reforma de la calificación en todo o en parte, expresando los extremos de la nota que se impugna y las razones en que se funda el recurrente. Al escrito se acompañará únicamente originales o, debidamente testimoniados, los documentos calificados por el Registrador y, en su caso, el documento que acredite la representación que ostente el recurrente.

El Registrador decidirá en el plazo de quince días si reforma en todo o en parte la calificación recurrida o si la mantiene. En el caso de que acceda a la reforma, extenderá los asientos solicitados, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado segundo del artículo 59 (la calificación deberá ser global y unitaria. La nota de calificación habrá de incluir todos los defectos por los que proceda la denegación o suspensión del asiento. La alegación de nuevos defectos antes de la inscripción determinará la corrección disciplinaria del Registrador, salvo que ésta no resultase procedente atendidas las circunstancias del caso). En el caso de que mantenga en todo o en parte la calificación, el Registrador resolverá mediante decisión, que deberá ser clara, precisa y congruente con las pretensiones deducidas, reflejar los hechos alegados, las razones en que se funde el recurso y las peticiones formuladas, y exponer los fundamentos de Derecho en que se ampara. Si apreciare falta de legitimación del recurrente, el Registrador podrá limitar la decisión a este punto. En todo caso, el Registrador comunicará su decisión al recurrente dentro de los cinco días siguientes a la fecha en que hubiese sido adoptada.

Alzada ante la Dirección General de los Registros y del Notariado. El recurrente, en plazo de un mes desde la fecha de notificación de la decisión del Registrador por la que éste mantenga, en todo o en parte, su calificación, podrá formular en escrito dirigido a la Dirección General de los Registros y del Notariado las alegaciones que estime pertinentes, expresando los hechos y fundamentos de Derecho y fijando con claridad y precisión los extremos de la decisión que sean objeto de impugnación. Este escrito se presentará, dentro del plazo indicado, en el Registro correspondiente,

elevándose el expediente por el Registrador a la Dirección General dentro de los cinco días siguientes. La Dirección General de los Registros y del Notariado podrá acordar, para mejor proveer, que se unan al expediente los documentos e informes que contribuyan al mejor esclarecimiento de las peticiones formuladas.

Cuatro meses a partir de su recepción tiene la Dirección para resolver el recurso. En el plazo de cinco días (eso creemos) esta solución es comunicada al Registrador. Si ordena la inscripción se practicará ésta sin necesidad de extender nuevo asiento de presentación. Si declarase subsanable el defecto, éste podrá subsanarse dentro de los quince días siguientes a la fecha en que el Registrador hubiese notificado al interesado el traslado de la misma, salvo que fuera mayor el plazo de vigencia del asiento de presentación o, en su caso, el de la anotación. Si el defecto no se subsanare en el término expresado, el Registrador cancelará de oficio las anotaciones preventivas y notas marginales y extenderá nota al margen del asiento de presentación con referencia a la resolución recaída, a las cancelaciones efectuadas y a la cancelación del asiento por haber expirado dicho plazo. Si la resolución declarase insubsanable el defecto, el Registrador cancelará de oficio las anotaciones preventivas y notas marginales practicadas y extenderá nota al margen del asiento de presentación con referencia a la resolución recaída y a las cancelaciones efectuadas.

Los recurrentes podrán desistir de la tramitación del recurso en cualquier momento antes de su resolución mediante escrito dirigido al Registrador o, en su caso, a la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Cabe el recurso a simples efectos doctrinales. Esto es, subsanados los defectos alegados por el Registrador y siempre que la Dirección estime que las cuestiones preguntadas tiene interés doctrinal. El plazo de contestación es muy amplio: un año desde la recepción de la pregunta.

La decisión jurisprudencial no tiene, fuera del caso resuelto, valor vinculante. El Registrador en el futuro podrá solucionar las cuestiones que se le presenten en el Registro de manera distinta.

XIII. NUEVAS FUNCIONES DEL REGISTRO MERCANTIL

«Igualmente, corresponderá al Registro Mercantil la legalización de los libros de los empresarios, el depósito y la publicidad de los documentos contables y cualesquiera otras funciones que le atribuyan las leyes» (art. 16, ap. 2, CC).

De estas últimas («y cualesquiera otras funciones que le atribuyan las leyes») hay que resaltar el nombramiento de expertos independientes y de auditores. Nos vamos a referir con brevedad esquemática a la legalización

de libros, al depósito de cuentas, al nombramiento de expertos independientes y de auditores según lo establecido para la sociedad anónima (22-12-1989), supuesto de hecho más frecuente y más elaborado por la doctrina legal como por la doctrinal.

Habiendo tratado alguna de estas materias en otro lugar, los cambios operados en nuestro propio criterio, y ante todo en las direcciones marcadas por la jurisprudencia registral, exponemos la cuestión desde esta nueva perspectiva, claro que repitiendo aquello en lo que nuestro criterio continúa sin modificar.

1. LEGALIZACIÓN DE LIBROS

En sustitución de la autoridad judicial el Registrador ha de legitimar los libros de los empresarios. Se trata exclusivamente de los libros comerciales. Quedan excluidos aquellos que relatan los acontecimientos acaecidos a otras entidades distintas, por ejemplo, los libros que reflejan las vicisitudes de la propiedad horizontal. Para practicar esta legalización deben de presentarse al Registro los libros acompañados de una instancia por duplicado.

El modelo de instancia es el que se refleja en la página siguiente.

Esta legalización tendrá lugar mediante diligencia y sello. La diligencia, firmada por el Registrador, se extenderá en el primer folio. En la misma se identificará al empresario, incluyendo, en su caso, sus datos registrales, y se expresará la clase de libro, el número que le corresponda dentro de los de la misma clase legalizados por el mismo empresario, el número de folios de que se componga y el sistema y contenido de su sellado. El sello del Registro se pondrá en todos los folios mediante impresión o estampillado. También podrán ser sellados los libros mediante perforación mecánica de los folios o por cualquier otro procedimiento que garantice la autenticidad de la legalización.

2. DEPÓSITO Y PUBLICIDAD DE LAS CUENTAS ANUALES

El depósito de las cuentas anuales de la sociedad anónima se reglamenta en el capítulo VII, sección décima, de la Ley de 1989 (aplicable, por cierto, a tenor de lo dispuesto en el art. 26 de su respectiva Ley a las sociedades de responsabilidad limitada), en los artículos 218 a 221. El artículo 222, incluido dentro de la misma sección, se refiere a la publicación de los documentos depositados.

En síntesis, para la comprensión de este depósito apuntamos lo siguiente: en el Registro Mercantil correspondiente al empresario se depositan las

REGISTRO MERCANTIL DE MÁLAGA

Legalización de Libros

SR REGISTRADOR MERCANTIL DE MÁLAGA

PRESENTANTE de los libros a legalizar

Domicilio

Teléfono

EMPRESARIO

C.I.F.

Teléf.

Apellidos 1.º

2.º

Nombre

Domicilio

SOCIEDAD

C.I.F.

Teléf.

Denominación

Domicilio

Identidad registral Tomo Libro Sección Folio Hoja

Si sólo está presentada N.º entrada N.º asiento N.º diario

Fecha de apertura y cierre ejercicio social

SOLICITA la legalización de los siguientes libros

A rellenar por el interesado

CUENTAS
ANUALESOTROS
LIBROS

CLASE	N.º de orden	Folios que los componen	En blanco SI NO	Libros anteriores Apertura Cierre	Fecha Cierre
☐ DIARIO			☐ ☐		
☐ INVENTARIO			☐ ☐		
☐ ACTAS JUNTA			☐ ☐		
☐ ACTAS CONSEJO			☐ ☐		
☐ ACC. NOMINATIVAS (S.A.)			☐ ☐		
☐ PARTICIP. SOCIALES (S.L.)			☐ ☐		
☐ BALANCE			☐ ☐		
☐ CTA. PERDIDAS Y GANANCIAS			☐ ☐		
☐ MEMORIA			☐ ☐		
☐			☐ ☐		
☐			☐ ☐		

REGISTRO MERCANTIL DE MÁLAGA

Presentado a las horas del día

al número folio del Diario

Málaga, de de 199.

EL EMPRESARIO O SOCIEDAD,
SELLO Y FIRMA

EJEMPLAR PARA EL INTERESADO

MINUTA DE HONORARIOS

D. A. 3.º - Ley 8/1989 Acto sin cuantía

N.º Arancel 1, 20, 21, 23 y 24

Honorarios Plus.

I V A. 15 %.

Retención.

TOTAL A PAGAR

A rellenar por el Registro

SUSPENDIDA
PRACTICADA

la legalización de los libros relacionados anteriormente

Málaga, de de 199.

EL REGISTRADOR.

N.º FACTURACION

cuentas anuales (balance, cuenta de pérdidas y ganancias y la Memoria. Estos documentos forman una unidad y están dirigidos a mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa) dentro del mes siguiente a su aprobación. Para realizar este depósito es requisito *sine qua nom* que el empresario esté debidamente inscrito en el Registro. Pero sólo estarán obligados a efectuarlos: Los administradores de sociedades anónimas, de responsabilidad limitada, comanditarias por acciones y de garantía recíproca y, en general, cualesquiera otros empresarios que en virtud de disposiciones vigentes vengan obligados a dar publicidad a sus cuentas anuales. Presentarán éstas para su depósito en el Registro Mercantil de su domicilio dentro del mes siguiente a su aprobación. Igual obligación incumbe a los liquidadores respecto del estado anual de cuentas de liquidación. Presentado en el Registro antes de los quince días a contar desde esta presentación, el Registrador calificará a estos documentos pero reducirá su labor calificadora a determinar si los mismos son los exigidos por la Ley, si están debidamente aprobados por la Junta General o por los socios y si contienen las preceptivas firmas.

El Reglamento del Registro Mercantil establece sobre los defectos subsanables la siguiente doctrina: 1) El plazo para la inscripción se contará desde que hubieren aportado los documentos que la subsanación exija (art. 39.1, ap. 3); 2) Se extenderá anotación preventiva a solicitud del interesado, que caducará a los dos meses de su fecha (art. 62.4); 3) Y la falta subsanable, cualquiera que fuera su procedencia, podrá subsanarse por instancia del interesado con la firma puesta en presencia del Registrador o legitimada notarialmente, siempre que no fuera necesario un documento público u otro medio especialmente adecuado (art. 64.2). Problema que queda abierto: ¿Cabe en base al artículo 63 del Reglamento el depósito parcial?

Sin más análisis se tendrá por efectuado el depósito practicándose el correspondiente asiento en el libro de depósitos de cuentas y en la hoja abierta a la sociedad. El Registrador hará constar esta circunstancia al pie de la solicitud, que quedará a disposición de los interesados.

El primer día hábil de cada mes se remitirá por el Registrador al Registro Central una relación de las sociedades que hubieran cumplido durante el mes anterior la obligación de depositar. El *Boletín Oficial del Registro Mercantil*, como hemos dicho antes, publicará un anuncio de las sociedades que hubieran cumplido con la obligación del depósito.

Repetimos, cualquier persona podrá obtener información de los documentos presentados.

Hay que distinguir entre publicación y publicidad. A solicitud de cualquier interesado, mediante certificación o por medio de copia de los documentos presentados se hará la publicidad de las cuentas anuales y documentos complementarios depositados en el Registro Mercantil. En el otro

sentido, el *BORME* publicará el anuncio de las sociedades que hubieran cumplido con la obligación del depósito.

El incumplimiento de esta obligación de depositar está severamente castigada con la imposición de multas a la sociedad por cada año de retraso en el deber de cumplir esta obligación, que va desde quinientas mil pesetas a cinco millones de pesetas. Previamente se instruye un expediente por el Ministerio de Economía y Hacienda, con audiencia del interesado y conforme a la Ley de Procedimiento Administrativo. Estas infracciones prescriben a los tres años.

«En el caso de publicación de los documentos que han de depositarse, según el artículo 218, deberá indicarse si es íntegra o abreviada. En el primer supuesto deberá reproducirse fielmente el texto de los depositados en el Registro Mercantil, incluyendo siempre íntegramente el informe de los auditores. En el segundo caso se hará referencia a la oficina del Registro Mercantil en que hubieren sido depositados los documentos. El informe de auditoría podrá ser omitido en esta publicación, pero se indicará si ha sido emitido con reservas o no».

Cuando se trate de cuentas consolidadas, además se adjuntará un ejemplar de cada una de dichas cuentas, así como el informe de gestión consolidado y el informe de los auditores de cuentas del grupo. El titular del Registro en que se hallan depositadas las cuentas lo comunicará de oficio a los Registros donde se hallen inscritas las sociedades filiales. En éstos se toma razón de esta circunstancia en el correspondiente libro de depósitos de cuentas.

En el caso de sociedades extranjeras con sucursales en España, el depósito de las cuentas se hará en el Registro al que corresponda la sucursal o, si se hubieren depositado en aquel correspondiente a la sociedad principal, simplemente el Registrador Mercantil comprobará este extremo. En el supuesto en que la legislación de la sociedad principal no preceptuare la elaboración de cuentas o lo dispusiese de forma distinta, aquélla habrá de elaborar dichas cuentas en relación con la actividad de la sucursal y depositarlas en el Registro Mercantil común para todos los supuestos (sociedad anónima, sociedad limitada, sociedades con cuentas consolidadas, sucursales de entidades extranjeras, etc.).

Los documentos contables, previa autorización de la Dirección General de los Registros y del Notariado, podrán depositarse en soporte magnético. El plazo de conservación, siempre, es de seis años desde el anuncio del depósito en el *BORME*. El lugar del depósito será el del local del Registro; ahora bien, si este espacio fuera insuficiente, y previa autorización de la Dirección General de los Registros y del Notariado, podrá depositarse en otro adecuado o sustituir la conservación material por el almacenamiento mediante procedimiento informático de lectura óptica dotado de garantía suficiente.

Uno de los postulados basilares del Mercado Común Europeo es la perfecta claridad y transparencia de la situación económica de las empresas mercantiles. Así, conseguida que sea esta diaphanidad contable, los terceros relacionados podrán protegerse y conocer hasta dónde comprometerse en su actividad negocial.

El medio para conseguir este objetivo lo fija el Derecho en la obligatoria conservación mediante su depósito en el lugar adecuado, en el Registro Mercantil de la provincia donde la sociedad tenga su domicilio, durante un largo plazo de tiempo, del historial contable de la sociedad. Durante este tiempo de conservación, seis años en el Derecho español, cualquier persona podrá informarse de las vicisitudes comerciales acaecidas en este período a la entidad comercial con la cual se relacione o pretenda relacionarse.

Aun cuando sean las cuentas sociales la materia principal objeto del depósito, también se indica por la Ley que ha de depositarse el informe elaborado por expertos independientes sobre las aportaciones no dinerarias (art. 38, ap. 3). En esta orientación el artículo 257 referido a la escisión dispone: «En el informe sobre el proyecto de escisión que habrán de redactar los administradores de las sociedades que participan en ella se deberá expresar que han sido emitidos, para cada una de las sociedades beneficiarias, los informes sobre las aportaciones no dinerarias previstos en la presente Ley, así como indicar el Registro Mercantil en que estén depositadas o vayan a depositarse». En fin, cerrado el círculo previsto en la Ley de Anónimas, el artículo 278 (art. 168 de la Ley de 1951) establece: «Aprobado el balance final, los liquidadores deberán solicitar del Registrador Mercantil la cancelación de los asientos referentes a la sociedad extinguida y depositar en dicho Registro los libros de comercio y documentos relativos a su tráfico».

3. EXPERTOS INDEPENDIENTES

Dirigido a cumplimentar la realidad de la perfecta adecuación entre el capital de la sociedad y su patrimonio, la Ley de Anónimas impone la necesidad de un informe elaborado por expertos independientes que determine el valor de aquéllas. Casos en que su intervención es exigida:

a) Como regla general, en las aportaciones no dinerarias tanto en el momento fundacional de la sociedad como en el aumento de capital, cualquiera que sea la naturaleza de los bienes. Aquéllos habrán de ser objeto de un informe elaborado por uno o varios expertos independientes designados por el Registrador Mercantil conforme al procedimiento que reglamentariamente se disponga (específicamente el Reglamento del Registro Mercantil

se refiere a esta cuestión en los arts. 302 a 313). El informe ha de contener: la descripción de cada uno de los bienes, con sus datos registrales en su caso. Los criterios de valoración adoptados. Indicación de si los valores a que éstos conducen corresponden al número y valor nominal y, en su caso, a la prima de emisión de las acciones a emitir como contrapartida.

El informe se incorporará como anexo a la escritura de constitución de la sociedad o a la ejecución del aumento del capital social, depositándose una copia auténtica en el Registro Mercantil al presentar a inscripción dicha escritura (art. 38).

b) Además, el artículo 40.2 preceptúa: «Cuando el desembolso se efectúe, total o parcialmente, mediante aportaciones no dinerarias, deberá expresarse además su valor y si los futuros desembolsos se efectuarán en metálico o en nuevas aportaciones no dinerarias. En este último caso se determinará su naturaleza, valor y contenido, la forma y el procedimiento de efectuarlas, con mención expresa del plazo de su desembolso, que no podrá exceder de cinco años desde la constitución de la sociedad». Así mismo, en la escritura que lleve como anexo el informe elaborado por expertos independientes a que nos hemos referido en la letra a) anterior que se deposita en el Registro deberá hacerse constar que la aportación ha sido de bienes o derechos patrimoniales susceptibles de valoración económica, que se ha acreditado su realidad y que ésta se ha hecho a título de propiedad o de otro distinto (art. 36).

c) Cuando la sociedad dentro de los dos primeros años de su constitución adquiera bienes a título oneroso sin que estos actos estén comprendidos en las operaciones ordinarias de la sociedad ni hayan sido realizados en Bolsa de Valores o en subasta pública, y cuyo valor exceda de la décima parte del capital social, necesita la aprobación de la Junta General. Con la convocatoria de ésta deberá ponerse a disposición de los accionistas un doble informe. Uno elaborado por los administradores sociales (se entiende que el contenido de éste deberá de ser la explicación y justificación de las referidas adquisiciones); el otro, elaborado por expertos independientes designados por el Registrador (el principal objetivo de este informe parece que deberá ser el estar dirigido a apreciar el hecho de la justeza del precio de la adquisición). Este ha de depositarse en el Registro (art. 141).

d) ¿Será necesario el informe de expertos independientes en el supuesto de aumento de capital social con prestaciones no dinerarias?

Aunque taxativamente el artículo 155, dedicado específicamente a esta materia, no mencione expresamente la necesidad de que estas aportaciones sean objeto de un informe elaborado por expertos independientes, es claro que siguiendo las pautas señaladas en los artículos 38.2 y 40 se puede afirmar rotundamente.

e) La transformación de la sociedad colectiva, comanditaria simple o

por acciones o de responsabilidad limitada en sociedad anónima se normaliza en el artículo 231.

Para nuestro objeto, el número uno de este precepto concluye: «El informe de expertos independientes sobre el patrimonio social no dinerario se incorporará a la escritura de transformación».

Surge la duda de si este informe ha de depositarse o no en el Registro Mercantil. La respuesta parece que ha de ser afirmativa. El informe es el continente de unos datos económicos que no sólo interesan a accionistas y acreedores sociales. En los mismos pueden estar interesados cualquier tercero. No es suficiente argumento en contra el hecho de la dicción literal de la Ley: «El informe se incorporará a la escritura». La incorporación, como sabemos, puede hacerse de diversas formas, como anexo, por ejemplo. Y si tenemos en cuenta que la transformación implica el cambio, el nacimiento, de una nueva sociedad, una interpretación congruente del artículo 222 puede llegar a entender que también este informe está comprendido entre los documentos a publicar, previo depósito a que dicha disposición se refiere.

f) Fusión. Todos los pasos de especial importación en el mecanismo de la fusión, ya sea por absorción o mediante la creación de una sociedad nueva, se matizan o colorean por la intervención de expertos independientes. Incluso dentro de este epígrafe se detiene la Ley para desarrollar un régimen de aquéllos, generalizable a los demás casos en que su intervención es exigida. Así, se dice que su responsabilidad se regirá por lo dispuesto para los auditores de cuentas de la sociedad; podrán obtener sin limitación alguna todos los informes y documentos para conseguir su objetivo; etc. (art. 236).

Se inicia la fusión mediante un proyecto elaborado por los administradores. Como menciones contenidas en el mismo, el artículo 235.f) señala: «Las ventajas de cualquier clase que vayan a atribuirse en la sociedad absorbente o en la nueva sociedad a los expertos independientes que intervengan en el proyecto de fusión...» Los mismos expertos han de emitir su informe sobre este proyecto (además de la cita anterior, el art. 236-1). Si no quiere verse aquí una notoria violación del principio fundamental de que nadie puede ser juez y parte en el mismo asunto, hemos de entender que este informe sobre el proyecto de fusión ha de contener exclusivamente los puntos señalados en el número 4 de este artículo 236. Interpretación, en verdad, forzada. Literalmente, el citado número 4 dice: «En su informe deberán manifestar, en todo caso, si el tipo de canje de las acciones está o no justificado, cuáles han sido los métodos seguidos para establecerlo, si tales métodos son adecuados mencionando los valores a los que conduce y las dificultades especiales de valoración si existiesen. Los expertos deberán manifestar, así mismo, si el patrimonio aportado por las sociedades que se extingue es igual, por menos, al capital de la nueva sociedad o al aumento

del capital de la sociedad absorbente según los casos». La expresión «en todo caso», según unas bases hermenéuticas correctas y plausibles, parece querer significar que aquellas referencias contenidas en la norma son las forzosas, pero no las exclusivas, que debe contener el informe.

Además de este informe sobre el proyecto de fusión, los expertos deberán informar igualmente sobre el patrimonio aportado por las sociedades que se extinguen. En principio, el informe o los informes versarán sobre cada una de las sociedades que se fusionen, uno para cada una de ellas. No obstante, los administradores de todas las sociedades intervinientes podrán pedir al Registrador Mercantil que designe uno o varios expertos para la elaboración de un único informe.

El informe sobre el proyecto de fusión será el que al publicar la convocatoria de la Junta deberá ponerse, junto con otros documentos, en el domicilio social a disposición de los accionistas, obligacionistas y titulares de derechos especiales distintos de las acciones, así como de los representantes de los trabajadores para su examen (art. 238).

El acuerdo de fusión habrá de ser adoptado por cada una de las sociedades que participen en la fusión, ajustándose al proyecto de fusión. «La convocatoria de la Junta se habrá de publicar... Las menciones mínimas del proyecto de fusión legalmente exigidas...» Entre estas menciones mínimas habrán de comprenderse las enumeradas en el artículo 235, entre ellas las agrupadas bajo la rúbrica de la letra f).

Por último, ha de tenerse en cuenta que cuando se trate de una sociedad totalmente participada no será necesario la elaboración del informe de los expertos sobre el proyecto de fusión. Al efecto, establece el apartado 2.º del artículo 250: «Tampoco procederá en este caso (cuando la sociedad absorbente fuera titular de todas las acciones de la sociedad absorbida) el aumento del capital de la sociedad absorbente ni será necesaria la elaboración de los informes de los administradores y de los expertos independientes sobre el proyecto de fusión.

g) Escisión. 1. Las sociedades beneficiarias de la escisión deberán someter el patrimonio no dinerario procedente de la sociedad que se escinde al informe de uno o varios expertos independientes designados por el Registrador Mercantil del domicilio de esta última sociedad. 2. No obstante lo establecido en el apartado anterior, los administradores de todas las sociedades que participan en la escisión podrán solicitar al Registrador Mercantil del domicilio de cualquiera de ellas que designe uno o varios expertos para la elaboración de un único informe sobre el patrimonio no dinerario que se escinde y sobre el proyecto de escisión» (art. 256).

«En el informe sobre el proyecto de escisión que habrán de redactar los administradores de las sociedades que participan en ella se deberá expresar que han sido emitidos, para cada una de las sociedades beneficiarias, los

informes sobre las aportaciones no dinerarias previstos en la presente Ley, así como indicar el Registro Mercantil en que estén depositados o vayan a depositarse» (art. 257).

4. AUDITORES DE CUENTAS

4.1. *Introducción*

Siendo la sociedad anónima o sociedad por acciones pieza angular del capitalismo moderno, sistema socioeconómico en el cual estamos inmersos, es sólito que la normativa jurídica se ocupe de regularla minuciosamente. Si el Derecho es el instrumento ideado para evitar y resolver los conflictos entre los hombres, la gama de atenciones, potencialmente en pugna, reunidos dentro de este tipo comercial es sencillamente enorme: Limitación de la primaria responsabilidad que tiene el sujeto de derecho de cumplir sus obligaciones; nacimiento de una persona ficticia o artificial; ser sujeto creador de trabajo para una multitud de ciudadanos; etc. Es tanta la trama constituyente de su peristasis, que el legislador —árbitro y reglamentador de gran parte de la vida en convivencia— ha de proceder a ordenarla con los más perfilados instrumentos técnico-jurídicos que tenga a su alcance. Obedeciendo a esta exigencia se ha procedido a promulgar una nueva Ley para las sociedades anónimas. Por cierto, un siglo después de que iniciara su vigencia la Ley básica de la convivencia social española, el Código Civil.

Dentro de la más estricta normativización del aspecto del resultado económico de la anónima, se regulan por la Ley las cuentas anuales —Cuentas de Pérdidas y Ganancias, Balance y Memoria—. Estas, en cuanto exponente de la situación económica y financiera de la empresa, afectan especialmente a los acreedores, a los terceros contratantes, así como a potenciales asociados. Estos todos estarán muy interesados en la veracidad de aquella circunstancia. Los acreedores prestan sobre la base de que lo prestado se le ha de devolver; los contratantes parten del presupuesto de que la otra o las otras partes van a cumplir su prestación; por último, para convertirse de posible asociado en efectivo socio, hay que partir de la conveniencia del esfuerzo de adhesión. Este presupuesto, la veracidad de la posición económica de la sociedad, hay que convertirla en verdad, ha de objetivarse, ser un dato seguro para el acreedor, tercero o futuro asociado, contar con ello. Entre las medidas que la Ley de Anónimas impone en esta dirección destaca el hecho de mandar la verificación por auditores de cuentas de las cuentas anuales y el informe de gestión de determinadas sociedades, los dictámenes pergeñados por los órganos económicos de la entidad

comercial en determinados casos o las valoraciones de acciones en precisos supuestos.

En rigor, en tres direcciones hemos de enfocar el espectro verificador de los auditores de cuentas: a las cuentas anuales y el informe de gestión, a la valoración de acciones y a las declaraciones de contenido económico hechas por los administradores o la Junta General de la sociedad. Analicémoslo por separado, si bien dentro del rótulo de la verificación de cuentas anuales expondremos la tesorería general de la auditoría, aplicable en gran medida a las restantes cuestiones.

A) VERIFICACIÓN DE CUENTAS ANUALES

El criterio contable de poder ser o no formulado Balance abreviado agrupa a las sociedades anónimas en dos categorías. Aquellas cuyas cuentas anuales y el informe de gestión deberán ser revisados por auditores de cuentas, de aquellas otras que por poder presentar Balance abreviado se excluyen de esta obligación. La pauta contable de diferenciación está recogida en el artículo 181.1 de la Ley. Establece éste: «Podrán formular Balance abreviado, en la forma prevista en el apartado siguiente, las sociedades en las que durante dos años consecutivos en la fecha del cierre del ejercicio concurren, al menos, dos de las circunstancias siguientes: a) Que el total de las partidas del activo no superen los 230.000.000 de pesetas. b) Que el importe neto de su cifra anual de negocios sea inferior a 480.000.000 de pesetas. c) Que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio no sea superior a 50».

Con carácter general regula la Ley en la sección octava (verificación de cuentas anuales) del capítulo VII (de las cuentas anuales) la auditoría de cuentas, dedicando a la materia los artículos 203 al 211.

Los temas que se normatizan en estos preceptos son: El nombramiento de los auditores —por la Junta General (art. 204), por el Registrador Mercantil (art. 205), por el Juez (art. 206)—; remuneración (art. 207); objeto de la auditoría (arts. 203 y 208); informe de los auditores (art. 209); plazo para la emisión del informe (art. 210), y acción de responsabilidad. Legitimación (art. 211). Se complementan estas normas legales en el Reglamento Mercantil (arts. 314 a 328), si bien en lo no previsto en estos preceptos reglamentarios actuará como norma supletoria lo establecido en el mismo Reglamento para los expertos independientes: artículos 302 a 313 (art. 328).

Haciendo una exégesis pormenorizada de nuestro Derecho positivo, observamos las siguientes cuestiones:

1. *Auditor*

a) Los auditores pueden ser uno o varios, personas físicas o jurídicas. Cuando los nombre la Junta General actuarán conjuntamente, y siendo personas físicas también habrán de designarse a los suplentes [art. 204.2.1)]. Sólo podrán ser nombrados los citados en la lista remitida al Registro Mercantil Central por el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas inscritos en el Registro Oficial al 31 de diciembre del año anterior. La remisión se hace en el mes de enero. El Registro Central mandará a cada uno de los Registro Mercantil los que correspondan a su circunscripción y publicará en el *Boletín del Registro Mercantil* el día y la hora del sorteo determinante de la letra según la cual se fija el orden del nombramiento concreto del auditor. Dicho orden comenzará a regir para los que se efectúen a partir del primer día hábil del mes siguiente en que hubiese tenido lugar la publicación y se mantendrá hasta que entre en vigor el correspondiente al año siguiente. Los Registros Mercantiles tendrán a disposición del público la lista de auditores correspondientes a su circunscripción. Los supuestos excepcionales —cuando concurren circunstancias especiales o la última cuenta de pérdidas y ganancias depositadas en el Registro no se hubiera formulado de forma abreviada a la sociedad a auditar estuviese legalmente obligada a formular cuentas anuales e informe de gestión consolidado— se reglamentan de la siguiente forma: El Registrador Mercantil, a falta de normas conforme a las cuales procede en estos casos, podrá solicitar de la Dirección General de los Registros y del Notariado la designación de auditor para proceder a su nombramiento. A estos efectos, el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas facilitará a la Dirección, dentro del mes de febrero de cada año, una relación de auditores que supere la capacidad que determine dicha Dirección General, medida en función de profesionales a su servicio y del volumen de horas de auditorías facturadas en el ejercicio anterior». Véanse artículos 319 y 320 del Reglamento.

b) Incompatibilidad, incapacidad y prohibiciones. La regla más general establecida sobre esta cuestión contenida en el artículo 321 del Reglamento: «Son causas de incompatibilidad para ser designado auditor de cuentas las establecidas en la legislación de auditoría de cuentas».

Apoyándonos en el artículo 211 de la Ley, entendemos que al igual que entendía la doctrina anterior para los censores de cuentas, son aquí igualmente aplicables las incapacidades, incompatibilidades y prohibiciones señaladas por la Ley para los administradores. Efectivamente, no podrán ser auditores los quebrados y concursados no rehabilitados, los menores e incapacitados, los condenados a penas que lleven aneja la inhabilitación para el ejercicio de cargo público, los que hubieren sido condenados por grave incumplimiento de leyes o disposiciones sociales y aquellos que por razón

de su cargo no puedan ejercer el comercio. Tampoco podrán ser auditores (administradores) de las sociedades los funcionarios al servicio de la Administración con funciones a su cargo que se relacionen con las actividades propias de la sociedad de que se trate [art. 124.I)]. «Los auditores que estuvieren incurso en cualquiera de las prohibiciones citadas deberán ser inmediatamente destituidos a petición de cualquier accionista, sin perjuicio de la responsabilidad en que pueden incurrir, conforme al artículo 133, por su conducta desleal. Los administradores (auditores) que lo fueren de otra sociedad competidora y las personas que bajo cualquier forma tengan intereses opuestos a la sociedad cesarán en su cargo a petición de cualquier socio y por acuerdo de la Junta General» (art. 132).

La responsabilidad de los auditores se rige por lo señalado de forma genérica en el artículo 133 de la Ley: «1. Los administradores (auditores) responderán frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores sociales del daño que causen por actos contrarios a la Ley o a los Estatutos o por lo realizado sin la diligencia con la que deben desempeñar su cargo. 2. Responderán solidariamente todos los miembros del órgano... que realizó el acto o adoptó el acuerdo lesivo, menos los que prueben que no habiendo intervenido en su adopción y ejecución desconocían su existencia o conociéndola hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquél. 3. En ningún caso exonerará la responsabilidad la circunstancia de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado...»

La legitimación para exigir responsabilidades frente a la sociedad a los auditores de cuentas se regirá por lo dispuesto para los administradores de la sociedad (art. 211 de la Ley). Esta se regula en el artículo 134 de la Ley.

En síntesis, este precepto lo esquematizamos de la siguiente forma: Primero, la acción de responsabilidad contra los auditores se entablará por la sociedad previo acuerdo de la Junta General, que puede ser adoptado aunque no conste en el orden del día. La mayoría exigida no tiene que ser superior a la mayoría simple. En cualquier momento la Junta podrá transigir o renunciar al ejercicio de la acción siempre que no se opusieren a ello socios que representen el 5 por 100 del capital social. En segundo lugar, los socios que representen el 5 por 100 del capital social podrán solicitar la convocatoria de la Junta General para que ésta decida sobre el ejercicio de la acción de responsabilidad. Cuando los administradores no convoquen la Junta, conjuntamente ellos podrán ejercitar la acción de responsabilidad en defensa del interés social o cuando la sociedad no entablare dentro del plazo de un mes, contado desde la fecha de adopción del correspondiente acuerdo, o bien cuando esto hubiere sido contrario a la exigencia de responsabilidad. Por último, en defecto de los administradores y de los socios citados podrán ejercer la acción los acreedores de

la sociedad, pero en este caso siempre que el patrimonio social resulte insuficiente para satisfacer sus créditos.

2. *Objeto de la auditoría*

Con carácter general, el artículo 203 de la Ley dispone: «Las cuentas anuales y el informe de gestión deberán ser revisados por auditores de cuentas».

Precisando esta materia, el artículo 208 de la Ley establece que la auditoría tiene por objeto comprobar, conforme a las reglas que rigen la auditoría, si las cuentas anuales ofrecen la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la sociedad, así como la concordancia del informe de gestión con las cuentas anuales del ejercicio. Para ello los auditores emitirán un informe detallado sobre los resultados de su actuación, que contendrá, al menos, las menciones siguientes: *a)* Las observaciones sobre las eventuales infracciones de las normas legales o estatutarias que hubieran comprobado en la contabilidad, en las cuentas anuales o en el informe de gestión de la sociedad. *b)* Las observaciones sobre cualquier hecho que hubieren comprobado cuando éste suponga un riesgo para la situación financiera de la sociedad. *c)* Cuando no tenga que formular ninguna reserva como consecuencia de la comprobación realizada, lo expresarán así en el informe de auditoría declarando que las cuentas y el informe de gestión responde a las exigencias mencionadas en el apartado anterior. En caso contrario incluirán reservas en el informe (art. 209 de la Ley).

3. *Plazo*

Dentro de este apartado hay que distinguir: *a)* Plazo para nombrar auditores: Antes que termine el ejercicio económico a auditor, o dentro de los tres meses de su terminación cuando el nombramiento se haga para sociedades no obligadas a tener auditoría de cuentas (art. 204 de la Ley). Tiempo para aceptar el cargo: «... En el plazo de cinco días, a contar desde la fecha de la notificación, deberá el nombrado comparecer ante el Registrador para aceptar el cargo, lo cual se hará constar por diligencia en la instancia archivada en el Registro» (art. 308 Reg.). *c)* Tiempo para emitir su informe: «Los auditores de cuentas dispondrán como mínimo de un plazo de un mes, a partir del momento en que le fueron entregadas las cuentas firmadas por los administradores, para presentar su informe» (art. 210.1 de la Ley). «Cuando concurren circunstancias excepcionales, el Registrador, a petición

del propio (auditor), podrá conceder un plazo mayor. Si el informe de revisión no es realizado en el plazo concedido caducará el encargo, procediéndose por el Registrador a un nuevo nombramiento, sin perjuicio de las responsabilidades en que puede haber incurrido el auditor por el incumplimiento de su mandato» (art. 309 del Reg.). *d) Duración del cargo.* Hay que distinguir entre las sociedades obligadas a ser auditadas (aquellas que no pueden presentar un Balance abreviado) de aquellas otras no obligadas a dicha verificación. En el primer caso, los auditores son nombrados por un tiempo que no puede ser inferior a tres años ni superior a nueve, a contar desde la fecha en que se inicie el primer período a auditar (no podrán ser reelegidos hasta que hayan transcurrido tres ejercicios desde la terminación del período anterior) (art. 204.1 de la Ley). Se ha presentado con alguna frecuencia en la práctica cotidiana la siguiente cuestión: ¿Cabe el nombramiento de auditor por un plazo mínimo de tres años prorrogables por términos sucesivos hasta que sea cumplido el período máximo de nueve años? La contestación debe ser negativa. La redacción de la Ley es terminante. El auditor ha de ser nombrado dentro de estos límites por un período determinado (determinante, en su acepción lógica gramatical implica fijación permanente, sin vacilaciones ni cambios). La prórroga por un período superior implicaría un nuevo nombramiento sujeto a los requisitos pertinentes. En el segundo supuesto la verificación se limitará a las cuentas anuales y al informe de gestión del último ejercicio (art. 324 del Reg.). La duración en el cargo será, pues, la establecida para emitir su informe: un mes o el mes prorrogado. Traslativamente, creemos que puede entenderse que cuando se trate de auditar para algún asunto concreto (valoración de acciones, por ejemplo) el tiempo para aceptación del cargo, emisión del dictamen, etc., será el mismo que para las sociedades no obligadas a auditar.

4. *Trámites del nombramiento*

«La solicitud de nombramiento de auditor de cuentas se hará mediante instancia por triplicado dirigida al Registrador Mercantil del domicilio social, expresando las circunstancias siguientes: 1.^a Nombre y apellidos del solicitante, con indicación del cargo que ostenta en la sociedad o de su condición de socio, así como su domicilio. 2.^a Denominación y datos de identificación registral de la sociedad a auditar, así como su domicilio. 3.^a Causa de la solicitud. 4.^a Fecha de la solicitud. La instancia, debidamente suscrita, habrá de acompañarse, en su caso, de los documentos acreditativos de la legitimación del solicitante» (art. 315 del Reg.). Artículo 316. Legitimación para solicitar el nombramiento de auditor: 1.^o Para solicitar el nombramiento de auditor de cuentas, los administradores y el comisario del

sindicato de obligacionistas deberán figurar inscritos como tales en el Registro Mercantil. 2.º Si la solicitud del nombramiento la efectuara un socio de sociedad obligada a la verificación de las cuentas anuales, deberá legitimarse éste según la naturaleza y, en su caso, el modo en que conste representada o documentada su participación social. Artículo 317. Tramitación de la solicitud: 1.º Presentada la instancia, se practicará el correspondiente asiento en el Diario, en el que se identificará al solicitante y al presentante y se expresarán la denominación y datos registrales de la sociedad a auditar y la causa de la solicitud. 2.º Practicado el asiento de presentación, se procederá a la apertura de un expediente numerado, cuya existencia se hará constar por nota al margen de aquel asiento. En el expediente se recogerán todas las incidencias a que se refieren los artículos siguientes: Artículo 318. Oposición de la sociedad al nombramiento solicitado: 1.º Dentro de los cinco días siguientes al del asiento de presentación, el Registrador trasladará a la sociedad afectada copia de la instancia y de los documentos adjuntos a ella por cualquier medio en que se reciba la notificación. 2.º La sociedad sólo podrá oponerse al nombramiento solicitado si en el plazo de diez días, a contar desde la fecha de la notificación, aporta prueba documental de que no procede el nombramiento o si niega la legitimación del solicitante. El escrito de oposición se archivará en el expediente. 3.º Dentro de los cinco días siguientes al de la presentación del escrito de oposición, el Registrador resolverá según proceda. Contra la resolución del Registrador podrán los interesados interponer recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado en el plazo de quince días, a contar de la fecha de notificación de la resolución. 4.º Transcurrido el plazo de oposición sin haberse planteado ésta o, en otro caso, firme la resolución del Registrador, procederá éste al nombramiento solicitado.

5. *Supuestos especiales*

Dentro de este título son previstos los casos siguientes: a) Cuando la Junta General no hubiere nombrado auditor debiendo hacerlo o las personas nombradas no acepten el cargo en el plazo reglamentario o no puedan realizarlo. Para esta hipótesis el artículo 314 del Reglamento dispone: «Nombramiento de auditores de sociedades obligadas a verificación. Los administradores, el comisario del sindicato de obligacionistas o cualquier socio de sociedad anónima, de responsabilidad limitada o comanditaria por acciones obligadas a la verificación de las cuentas anuales y del informe de gestión podrán solicitar del Registrador Mercantil del domicilio social el nombramiento de uno o varios auditores de cuentas en los siguientes casos: a) Cuando la Junta General no hubiera nombrado a los auditores antes de

que finalice el ejercicio a auditar. Si la Junta General sólo hubiera nombrado auditores titulares personas físicas, los legitimados anteriormente indicados podrán solicitar del Registrador Mercantil la designación de los suplentes. Una vez finalizado el ejercicio a auditar, la competencia para el nombramiento de auditores para la verificación de las cuentas anuales y del informe de gestión de sociedades obligadas a ello, corresponderá exclusivamente al Registrador Mercantil del domicilio social o, previa revocación del designado por el Registrador, al Juez de Primera Instancia del domicilio social. b) Cuando las personas nombradas no acepten el cargo dentro del plazo establecido en este Reglamento o por cualquier causa justificada no puedan cumplir sus funciones.

b) Verificación de las cuentas anuales de un determinado período en las sociedades no obligadas a auditar a petición de accionistas que representen al menos el 5 por 100 del capital social. Al efecto, el artículo 323 dispone: «Nombramiento de auditores de sociedades no obligadas a verificación. 1. Las sociedades anónimas, de responsabilidad limitada o de sociedad comanditaria por acciones no obligadas a la verificación de cuentas anuales y del informe de gestión podrán solicitar del Registrador Mercantil del domicilio social el nombramiento de uno o varios auditores de cuentas con cargo a la sociedad cuando concurren las siguientes circunstancias: 1.º Que el solicitante o los solicitantes representen, al menos, el 5 por 100 del capital social. 2.º Que no hayan transcurrido tres meses desde la fecha de cierre del ejercicio a auditar. 2. Al nombramiento de auditores contemplados en este artículo será de aplicación lo dispuesto en los artículos 319 y 320».

6. *Nombramiento judicial*

Esta hipótesis está prevista en el artículo 206 de la Ley: Nombramiento judicial. Cuando concorra justa causa, los administradores de la sociedad y las personas legitimadas para solicitar el nombramiento de auditor podrán pedir al Juez de Primera Instancia del domicilio social la revocación del designado por la Junta General o por el Registrador Mercantil y el nombramiento de otro. El contenido de esta norma se complementa en el artículo 204.3 de la Ley: «La Junta General no podrá revocar a los auditores antes de que finalice el período para el que fueron nombrados, a no ser que medie justa causa».

7. *Retribución*

«1. La remuneración de los auditores de cuentas o los criterios para su cálculo se fijarán, en todo caso, antes de que comience el desempeño de sus funciones y para todo el período en que deban desempeñarla. 2. Por el ejercicio de dicha función no podrán percibir ninguna otra remuneración o ventaja de la sociedad auditada (art. 207 de la Ley). Se desarrolla este precepto en el artículo 326 del Reglamento: 1) Al efectuar el nombramiento, el Registrador fijará la retribución a percibir por los auditores por todo el período que deban desempeñar el cargo o, al menos, los criterios para su cálculo. 2) La retribución del auditor habrá de ajustarse a las reglas y principios que se establezcan en las normas técnicas de auditoría y, en su caso, a las normas que a tal efecto se dicte por parte del Ministerio de Justicia».

B) VALORACIÓN DE ACCIONES

Los supuestos contemplados en la Ley de Anónimas en los que la valoración de acciones se pueden encomendar a un auditor de cuentas para entregar su importe, con simultánea inutilización del título y la consiguiente reducción del capital, son los siguientes:

I. «1. Las restricciones estatutarias a la transmisibilidad de las acciones sólo serán aplicables a las adquisiciones por causa de muerte cuando así lo establezcan expresamente los propios Estatutos. En este supuesto, para rechazar la inscripción de la transmisión en el libro registro de acciones nominativas, la sociedad deberá presentar al heredero un adquirente de las acciones u ofrecerse a adquirirlas ella misma por un valor real en el momento en que solicitó la inscripción, de acuerdo con lo previsto en el artículo 75 (adquisición de sus propias acciones por la sociedad). Se entenderá como valor real el que determine el auditor de cuentas de la sociedad y, si ésta no estuviese obligada a la verificación de las cuentas anuales, el auditor que a solicitud de cualquier interesado nombre el Registrador Mercantil del domicilio social. 2. El mismo régimen se aplicará cuando la adquisición de las acciones se haya producido como consecuencia de un procedimiento judicial o administrativo de ejecución» (art. 64).

II. Sobre las reglas de liquidación del usufructo, reglamenta el artículo 68: «1. Finalizado el usufructo, el usufructuario podrá exigir del nudo propietario el incremento de valor experimentado por las acciones usufructuadas que correspondan a los beneficios propios de la explotación de la sociedad integrados durante el usufructo en las reservas expresas que figuren en el balance de la sociedad, cualquiera que sea la naturaleza o deno-

minación de las mismas. 2. Disuelta la sociedad durante el usufructo, el usufructuario podrá exigir del nudo propietario una parte de la cuota de liquidación equivalente al incremento de valor de las acciones usufructuadas previsto en el apartado anterior. El usufructo se extenderá al resto de la cuota de liquidación. 3. Si las partes no llegaran a un acuerdo sobre el importe a abonar en los supuestos previstos en los dos apartados anteriores, éste será fijado a petición de cualquiera de ellos y, a costa de ambas, por los auditores de la sociedad; y si ésta no estuviera obligada a verificación contable, por el auditor de cuentas designado por el Registrador Mercantil del domicilio social».

III. En la modificación estatutaria que tiene por objeto hacer constar la sustitución del objeto social, los accionistas que no hayan votado a favor del acuerdo o los sin voto tendrán derecho a separarse de la sociedad, recibiendo a cambio el precio de sus acciones. Este precio será: Si las acciones cotizasen en un mercado secundario oficial, el de la cotización media del último trimestre. En otro caso, y a falta de acuerdo entre los interesados, será el que determine el auditor de la sociedad. Si ésta no tuviese auditor, el que designe el Registrador Mercantil del domicilio social (art. 147.1 y 2).

IV. En el supuesto de modificación estatutaria por transferencia del domicilio social al extranjero, los accionistas que no hayan votado a favor del acuerdo y los sin voto tendrán derecho a separarse de la sociedad recibiendo el valor de sus acciones, determinando éste según las reglas indicadas en el apartado anterior (art. 149).

C) DECLARACIONES DE TIPO ECONÓMICO HECHAS POR LOS ADMINISTRADORES O JUNTA GENERAL

I. Aumento de capital social por compensación de créditos. Entre los requisitos necesitados para hacer este aumento el artículo 156.b) señala que: «Al tiempo de la convocatoria de la Junta se ponga a disposición de los accionistas, en la forma establecida en la letra c) del apartado primero del artículo 144 (que en el anuncio de la convocatoria se haga constar el derecho que corresponde a todos los accionistas de examinar en el domicilio social el texto íntegro de la modificación propuesta y del informe sobre la misma y de pedir la entrega o el envío gratuito de dichos documentos), una certificación del auditor de cuentas de la sociedad que acredite que, una vez verificada la contabilidad social, resultan exactos los datos ofrecidos por los administradores sobre los créditos en cuestión. Si la sociedad no tuviese un auditor de cuentas, la certificación deberá ser expedida por el auditor a petición de los administradores al Registrador Mercantil del domicilio social».

II. En el aumento de capital con cargo a reservas deberá servir de base a la operación un Balance... verificado por los auditores de cuentas de la sociedad o por un auditor a petición de los administradores al Registrador Mercantil del domicilio social si la sociedad no estuviera obligada a verificación contable (art. 157).

III. Cuando la Junta General acuerde la supresión total o parcial del derecho de suscripción preferente, será imprescindible, entre otras cosas, que al tiempo de la convocatoria de la Junta se ponga a disposición de los accionistas una Memoria elaborada por los administradores en la que se justifique detalladamente la propuesta y el tipo de emisión de las acciones, con indicación de las personas a las que ésta habrán de atribuirse, y un informe elaborado por el auditor de cuentas de la sociedad sobre el valor real de las acciones y sobre la exactitud de los datos contenidos en la Memoria de los administradores. Cuando la sociedad no esté obligada a verificación contable, el auditor será designado por los administradores a los efectos mencionados (art. 159).

Pese a la adición del artículo, una interpretación global y teológica de las normas sobre auditoría, incluida en la Ley 19/1988, de 12 de julio, sobre auditoría de cuentas, impone entenderla como solicitud de los administradores al Registrador Mercantil para que atendiendo al procedimiento reseñado nombre auditor. En el supuesto de admitir la inteligencia literal del defecto, se llegaría al absurdo de que son los nombrados y pagados por los administradores los que cesarían su actuación. Solución inocua que en cuanto tal no puede ser la querida por el legislador.

IV. El balance que sirve de base a la reducción de capital social para compensar pérdidas y para dotar la reserva legal deberá ser aprobado por la Junta General, previa su verificación por los auditores de cuentas de la sociedad o por el auditor nombrado al efecto por los administradores cuando la sociedad no estuviere obligada a verificar sus cuentas anuales (art. 168).

Igual comentario respecto al nombramiento de auditores ofrece este artículo 168 que el hecho en las líneas anteriores al citar el artículo 159.

V. Los accionistas disidentes y los no asistentes a la Junta General que hubiere acordado la transformación de la sociedad anónima en colectiva o comanditaria quedan separados de la sociedad y podrán obtener el reembolso de sus acciones, determinándose el valor de éstas según las reglas señaladas en el artículo 147.2 (art. 225).

VI. Al publicar la convocatoria de la Junta General para decidir la fusión de la sociedad deberá ponerse a disposición para su examen en el domicilio social por los accionistas, obligacionistas y titulares de derechos distintos de las acciones, así como de los representantes de los trabajadores, entre otros documentos: «e) El balance de fusión de cada una de las socie-

dades, cuando sea distinto del último balance anual aprobado por la Junta, acompañado del informe que sobre su verificación deben emitir, en este caso, los auditores de cuentas de la sociedad» [art. 238.e)]. Según mi interpretación, este informe sólo será emitido cuando la sociedad tenga auditores de cuentas.

VII. Por último, el artículo 292 referido a la emisión de obligaciones convertibles reclama, entre otras formalidades, las siguientes: Los administradores deberán redactar con anterioridad a la convocatoria de la Junta un informe que explique las bases y modalidades de la conversión, que deberá ser acompañado por otro de los auditores de cuentas.

El artículo 327 del Reglamento contiene normas específicas sobre el nombramiento de auditores para determinar el valor real de las acciones y participación al efecto; dispone este precepto: «1. El nombramiento de auditor por el Registrador Mercantil del domicilio social para la determinación del valor real de las acciones o participaciones en los casos establecidos por la Ley se efectuará a solicitud del interesado de conformidad con lo previsto en los artículos 315 y siguientes. 2. Aceptado el cargo, el nombramiento se inscribirá exclusivamente en el libro de nombramiento de expertos y auditores, indicándose el número de expediente. 3. El plazo para emitir el informe será de un mes, a contar desde la aceptación, y podrá ser prorrogado por el Registrador a petición fundada por el auditor. 4. Las mismas reglas serán de aplicación al nombramiento del auditor por el Registrador Mercantil del domicilio social para la determinación del importe a abonar por el nudo propietario al usufructuario de acciones o de participaciones sociales en concepto de incremento de valor y al nombramiento del auditor a petición de los administradores para la verificación prevista en los artículos 156 y 157 de la Ley de Sociedades Anónimas. 5. Los honorarios del auditor serán a cargo de la sociedad, salvo en el supuesto de la liquidación del usufructo de acciones o participaciones.

Como conclusión, ha de tenerse en cuenta la cláusula general contenida en el artículo 320 del Reglamento citado: «1. Por excepción a lo dispuesto en el artículo anterior, cuando concurren circunstancias especiales o la última cuenta de pérdidas y ganancias depositadas en el Registro de la sociedad a auditar no se hubiera formulado de forma abreviada o la sociedad a auditar estuviera legalmente obligada a formular cuentas anuales e informe de gestión consolidados, el Registrador Mercantil, a falta de normas conforme a las cuales proceder en estos casos, podrá solicitar de la Dirección General de los Registros y del Notariado la designación de auditor para proceder a su nombramiento. 2. A estos efectos, el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas facilitará a la Dirección General de los Registros y del Notariado, dentro del mes de febrero de cada año,

una relación de auditores que superen la capacidad que determine dicha Dirección General, medida en función del número de profesionales a su servicio y del volumen de horas de auditoría facturadas en el ejercicio anterior».

FRANCISCO MESA MARTÍN
Registrador de la Propiedad y Mercantil

El aprovechamiento urbanístico. La inscripción en el Registro de la Propiedad de su adquisición y de su transferencia

(Puntualización necesaria a un trabajo
de Francisco Núñez Lagos)

SUMARIO: INTRODUCCION.—I. BREVE ANÁLISIS DE LA RELACION ENTRE EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD Y LAS INSTITUCIONES DE DERECHO URBANISTICO.—II. SOBRE EL CONCEPTO Y LA NATURALEZA DEL APROVECHAMIENTO. SU AMPARO REGISTRAL: A) EL APROVECHAMIENTO APROPIABLE COMO NUEVA INSTITUCIÓN URBANÍSTICA DE LA LEY 8/90, DE 25 DE JULIO, Y EL TEXTO REFUNDIDO DE 26 DE JUNIO DE 1992 B) LA INSCRIPCIÓN DE LA ADQUISICIÓN DEL APROVECHAMIENTO APROPIABLE.—III. LAS TRANSFERENCIAS DE APROVECHAMIENTO. SUPUESTOS E INSCRIPCIÓN REGISTRAL: 1.º CARACTERÍSTICAS URBANÍSTICAS ESENCIALES DE LAS TRANSFERENCIAS DE APROVECHAMIENTO: A) *Actuación sistemática* B) *Actuación asistemática*: 1. Modalidades. 2. Clasificación de las transferencias por razón de su grado de voluntariedad: 2.1. Transferencias obligatorias o coactivas. 2.2. Transferencias inducidas. 2.3. Transferencias voluntarias.—3. Clasificación de las transferencias según los sujetos intervinientes.—2.º CARACTERIZACIÓN CIVIL DE LOS NEGOCIOS DE TRANSFERENCIA: a) *Transferencias voluntarias e inducidas*. b) *Transferencias coactivas*.—3.º LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD DE LAS TRANSFERENCIAS DE APROVECHAMIENTO: A) *Transferencias entre propietarios de fincas distintas y existentes en el momento de su formalización*: a) Título formal de la transferencia. b) Requisito previo de la inscripción en el Registro de Transferencias de Aprovechamiento. c) Los requisitos relativos a la certeza de la titularidad registral de las fincas afectadas y de consentimiento de los titulares de cargas. B) *Transferencias en las que no existe, momentáneamente, finca de destino*. C) *La ocupación directa de terrenos afectos a sistemas generales o a dotaciones públicas de carácter local*.—IV. CONCLUSION.

INTRODUCCION

El Notario FRANCISCO NÚÑEZ LAGOS publica en el número 6 de la *Revista Jurídica del Notariado* un artículo sobre las transferencias de aprovechamiento urbanístico reguladas en el Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 26 de junio de 1992 que provoca en cualquier lector especializado en Derecho inmobiliario o en Derecho urbanístico una reacción inevitable de perplejidad y de desconcierto, por utilizar un necesario eufemismo.

El trabajo constituye una exposición profusa, desordenada y, sobre todo, incompleta de los preceptos legales, adornada con una serie de manifestaciones personales, a veces contradictorias, y en la que se manifiesta, de forma recurrente, un constante ataque a la Institución del Registro, en su consideración de medio de garantía de los negocios de transferencia que el articulista estudia.

En esta breve puntualización no se pretende llevar a cabo un examen exhaustivo del aprovechamiento urbanístico ni de sus modalidades de transferencia, salvo en la medida necesaria para salir al paso de las afirmaciones del trabajo que se critica. En realidad, la intención de estas notas es la denuncia de una opinión injustificable y, además, perturbadora del futuro desarrollo de la Ley y de las ventajas que la institución del aprovechamiento y su transferencia puede generar para la aplicación del principio de justicia distributiva en el reparto de los beneficios y cargas dimanantes del planeamiento urbanístico.

El legislador regula por primera vez las transferencias de aprovechamiento en la Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo, en su artículo 44 y siguientes, al mismo tiempo que sistematiza el conjunto de actos urbanísticos inscribibles en el Registro de la Propiedad, en su disposición adicional 10. Es fundamental tener en cuenta esta idea, puesto que el número 5 del apartado primero de dicha disposición, hoy artículo 307 del Texto Refundido, señala que: «Serán inscribibles en el Registro de la Propiedad (...). 5. Los actos de transferencia y gravamen del aprovechamiento urbanístico».

Pues bien, este precepto, que debería constituir la base y el comienzo de cualquier estudio serio sobre las características del negocio jurídico de transferencia en el ámbito del Derecho privado, no solamente no se comenta, sino que ni siquiera se cita en el trabajo de NÚÑEZ LAGOS.

Por el contrario, el autor excluye cualquier orden lógico en la exposición de su auténtica tesis, es decir, la afirmación de que la transferencia de aprovechamientos no es inscribible en el Registro o, al menos, que dicha inscripción es totalmente innecesaria. Para ello crea una apariencia de análisis de la naturaleza de la transferencia y sus supuestos de aplicación,

con una interpretación parcial de la legislación, pero concluye constantemente en su criterio básico.

Por ello, antes de entrar en la consideración crítica de las afirmaciones del articulista conviene llevar a efecto un breve comentario sobre la relación general entre las instituciones jurídico-urbanísticas y el Registro de la Propiedad, cuya premisa esencial consiste en que entre ambas se da una vinculación íntima que nace de la necesidad de que el Ordenamiento jurídico responda coherentemente a la defensa unitaria de los intereses públicos y privados, sin escindir las normas jurídicas en departamentos estancos.

I. BREVE ANALISIS DE LA RELACION ENTRE EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD Y LAS INSTITUCIONES DE DERECHO URBANISTICO

La Ley del Suelo de 12 de mayo de 1956 preveía en su artículo 209 que «los actos administrativos que se produjeran en el ejercicio de las funciones reguladas en la presente Ley podrán ser anotados o inscritos en el Registro de la Propiedad, conforme a lo establecido en la legislación hipotecaria».

El precepto resultaba de una lógica absoluta si se tiene en cuenta que el fenómeno de la transformación del suelo supone no solamente la delimitación normativa del contenido de la propiedad inmueble, de acuerdo con el interés colectivo, sino, además, la modificación frecuente de la descripción de las fincas registrales y de su titularidad, el nacimiento de nuevos derechos reales de garantía de cumplimiento de obligaciones urbanísticas o la modalización del contenido económico o jurídico de los derechos inscritos.

Por otra parte, la propia Ley Hipotecaria, en su versión de 1944, había señalado en su Exposición de Motivos que «la *fides publica*, base y fundamento de todos sistema hipotecario, lo mismo sirve para dar movilidad a la tierra que para vincularla, en lo menester al cumplimiento de los fines (económicos y sociales) mencionados».

La dicción transcrita, responde, en esencia, a una idea ya clásica en nuestro Derecho, es decir, al criterio de don FEDERICO DE CASTRO, cuando al tratar de la distinción entre Derecho privado y Derecho público defiende que en toda institución jurídica se manifiesta la protección de los principios de personalidad y de comunidad, de tal forma que el primero es el esencial para que la persona realice sus fines básicos, lo que presupone su inserción en la organización comunitaria, mientras que el segundo se constituye en la base instrumental de protección de la comunidad jurídica que hace respetar y proteger a la persona y a sus fines fundamentales (1).

(1) CASTRO Y BRAVO, F, *Compendio de Derecho civil*, 1958.

Pues bien, el urbanismo constituye uno de los aspectos del Derecho objetivo donde más típicamente se produce la confluencia de esos dos principios, por lo que resulta indispensable que sus normas utilicen simultáneamente técnicas propias del Derecho privado y del Derecho público si se quiere que el sistema jurídico general responda plenamente a la idea de justicia y, como presupuesto esencial del mismo, a los criterios aceptados y contrastados de seguridad preventiva.

Quizá por ello, en los albores de la aplicación de la Ley de 1946 y refiriéndose a su contenido, manifestaba EUGENIO PÉREZ BOTIJA que «si sus normas perduran o logran cierto nivel de vigencia, día llegará en que los hipotecaristas investigarán el entramado de aquéllas por ser parte del Derecho inmobiliario», añadiendo que «el hipotecarista tiene en la nueva Ley un horizonte constelado de promesas y de preocupación» (2).

Unos años más tarde, NARCISO DE FUENTES SANCHIZ podía afirmar con realismo que «la Institución del Registro, que en sus comienzos protegía al propietario frente a las intrusiones en su suelo, sirvió más tarde acentuadamente para asegurar el cumplimiento de las disposiciones estatales y hoy sirve, sin distinción, en el fiel de la balanza, el interés público y el privado» (3).

En efecto, a partir de 1956 la referencia al Registro de la Propiedad por el legislador urbanístico es constante y progresiva. Así:

a) En la década de los sesenta, la preocupación se centró especialmente en el acceso al Registro de las mutaciones demaniales generadas en expedientes de ejecución urbanística, concretamente de expropiación y de reparcelación, así como en la relación entre el Registro Municipal de solares y la referencia de la situación de ruina en el de la Propiedad. Sus manifestaciones más importantes están constituidas por la Orden Ministerial de 9 de marzo de 1964, el Reglamento de Edificación Forzosa y Registro Municipal de Solares de 5 de marzo de 1984 y, sobre todo, por el Reglamento de Reparcelaciones de Suelo afectado por Planes de Ordenación Urbana de 7 de abril de 1966.

b) En la década de los setenta, la reforma introducida por la Ley de 2 de mayo de 1975, que concluye en el Texto Refundido de 9 de mayo de 1976 y en la promulgación del Reglamento de Gestión Urbanística de 25 de agosto de 1978, contiene, como avances esenciales en la relación entre Urbanismo y Registro de la Propiedad:

(2) Citado por JOSÉ LUIS LASO MARTÍNEZ en su obra *Derecho urbanístico*, tomo III. Esta obra, que se citará otras veces en este trabajo, resulta especialmente interesante en materia de conceptualización del aprovechamiento urbanístico y su régimen de transmisiones, aunque está escrita mucho antes de la vigencia de la nueva Ley. No obstante, muchas de las ideas que se exponen en estas notas proceden del trabajo que se cita.

(3) *En torno al urbanismo. Política del suelo y Registro de la Propiedad*, 1963.

- Un nuevo sistema de apreciación de la legitimación para el cobro de la indemnización en el régimen de expropiación forzosa por tasación conjunta, basado exclusivamente en la titularidad registral actualizada del expropiado, que resulta de los artículos 138 y siguientes de la Ley y 199 y siguientes del Reglamento citado.
- La introducción de nuevos criterios en la inscripción registral de expedientes de compensación y reparcelación, cuya novedad fundamental resulta de la necesidad de acceso al Registro, con inscripción separada, de toda clase de fincas de resultado, incluidas las de cesión obligatoria, a diferencia del criterio seguido por el Reglamento de Reparcelaciones, que trataba estas últimas como resto no descrito del polígono reparcelado.
- La posibilidad de tráfico registral diferenciado del suelo de la finca y de su aprovechamiento, regulado en los artículos 51 y siguientes del Reglamento de Gestión y que constituye el precedente inmediato de las transferencias de aprovechamiento que son objeto de estudio más adelante.
- La exigencia legal de que el Derecho positivo registral se adapte a las nuevas necesidades creadas por el legislador urbanístico, reiterada por el último párrafo de la disposición adicional 10 de la Ley 8/1990.

c) En el período que se inicia a partir de 1980, el Derecho estatal urbanístico permanece inmutable. Sin embargo, se asiste a una constante elaboración de disposiciones autonómicas cuya doble característica esencial, desde el punto de vista que nos ocupa, es la siguiente:

- Se admite por primera vez la posibilidad de anotar preventivamente en el Registro la incoación de expedientes de disciplina urbanística y del acceso al Registro de condiciones impuestas por los actos de concesión de licencias.
- Se abre camino a la noción de la publicidad noticia como medio de utilización del Registro, en un ámbito jurídico distinto de su eficacia clásica, respecto de los títulos civiles de transmisión o modificación del dominio o de los derechos reales.

La iniciación de estos caminos por la legislación catalana de 1981, sobre todo a través de la Ley de Protección de la Legalidad Urbanística, se sigue por otras Comunidades Autónomas, si bien, en algunos casos, con criterios diversos en cuanto a determinados temas como el tratamiento del fraccionamiento del suelo.

d) En el año 1990, la Ley de 25 de julio sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo introduce, a través de su disposición

adicional 10 y de otros preceptos concordantes, una modificación sustancial en la relación entre el Registro de la Propiedad y las instituciones propias de Derecho urbanístico, caracterizada por las siguientes líneas generales:

- Introduce, a nivel estatal, la posibilidad de la publicidad noticia en el acceso al Registro de condiciones impuestas en la licencia y la anotación preventiva de la incoación de expedientes de disciplina urbanística.
- Regula por primera vez la anotación preventiva de la interposición de recursos contencioso-administrativos sobre fincas determinadas, así como la inscripción de sentencias emanadas de dicho orden jurisdiccional, temas todos ellos ajenos a este estudio, pero que suponen un avance esencial en la consideración del Registro como institución básica de colaboración con las Administraciones en competencia en la ordenación y transformación del suelo.
- Delimita la inscripción necesaria de los actos referidos a la ejecución urbanística en sentido amplio, en cuanto comprende el conjunto de mutaciones reales de la ejecución clásica por expropiación, compensación o cooperación, así como los actos de ejecución aislada, tipo cesión de terrenos de carácter obligatorio, o los que resultan del nuevo criterio de actuación asistemática en suelo incluido en área de reparto, pero no en unidad de ejecución, es decir, las transferencias de aprovechamiento urbanístico.
- Introduce modalizaciones fundamentales en la regulación de la ocupación de fincas destinadas a sistemas generales o a usos dotacionales, que regulaban los artículos 51 y siguientes del Reglamento de Gestión Urbanística, precisamente en materia del tratamiento registral del aprovechamiento desvinculado de la finca ocupada.
- Vuelve a insistir en la necesidad de adaptar la legislación hipotecaria a las nuevas necesidades, mandato legal actualmente en curso de ejecución en el Ministerio de Justicia.

e) El Texto Refundido de 25 de junio de 1992 recoge las novedades resultantes de la Ley citada e, incluso, ratifica la importancia de la situación registral en la transferencia de aprovechamiento a través de la dicción del artículo 198.2, que luego comentaremos.

En definitiva, la nueva Ley convierte en realidad, aún no consumada íntegramente hasta el momento de la elaboración definitiva de las nuevas normas reglamentarias, la afirmaciones que antes citábamos de PÉREZ BOTIJA y de NARCISO FUENTES como autores más representativos de las iniciales orientaciones sobre la relación entre la legislación hipotecaria y la urbanística.

Por eso llama tanto la atención del especialista un artículo como el que se comenta. Sus afirmaciones se sitúan fuera del contexto actual, de la tendencia legislativa e, incluso, de la técnica civil y registral. Parece un conjunto de afirmaciones cuya única finalidad sea el tratamiento peyorativo de la Institución registral en un momento en el que, justamente, se concibe como instrumento esencial para la eficacia de la actuación de las Administraciones Públicas.

En este sentido, la distribución de materias en este breve comentario se ajustará en lo posible al trabajo que se critica con el fin de rebatir ordenadamente sus afirmaciones.

II. SOBRE EL CONCEPTO Y LA NATURALEZA JURIDICA DEL APROVECHAMIENTO URBANISTICO. SU AMPARO REGISTRAL

Sin afán de agotar la materia, lo que exigiría un trabajo más extenso y profundo, sí puede afirmarse que la Ley 8/1990 ha introducido en el panorama urbanístico una serie de novedades esenciales, ya bastante comentadas por la doctrina, que, en la materia que nos ocupa puede exponerse, sucintamente, de la forma siguiente:

a) Configura la adquisición escalonada de una serie de facultades urbanísticas como contenido urbanístico de la propiedad inmobiliaria, que se concretan en el derecho a urbanizar, a la atribución del aprovechamiento, a edificar y a la apropiación de lo edificado, en función del correlativo cumplimiento de una serie de deberes de planificar, de ceder, equidistribuir y ejecutar la urbanización, de solicitar la licencia y de construir con arreglo a la misma y dentro del plazo concedido.

La peculiaridad esencial del sistema consiste en la sanción de expropiación o venta forzosa del inmueble, cuando su propietario incumple en los plazos correspondientes cualquiera de estos deberes, por una indemnización o precio, según los casos, equivalente al 50 por 100 del valor urbanístico de las facultades previamente adquiridas o, si no se hubiera adquirido ninguna, por su valor inicial.

b) Introduce la nueva figura del área de reparto, es decir, la unidad esencial de distribución de los beneficios y cargas dimanantes del Planeamiento, lo que supone:

- Que con independencia del aprovechamiento materializable o real que el Plan atribuye a cada parcela ordenada, es decir, el volumen y los usos susceptibles de edificación y de explotación de cada inmueble, a su propietario se le permite únicamente la apropiación

de un aprovechamiento apropiable equivalente al 85 por 100 del que corresponda a la parcela de que es titular, en relación a la totalidad del aprovechamiento real atribuido al área de reparto en que se ubique dicha parcela. Dicho aprovechamiento apropiable se calcula en función de la superficie de la parcela dividida por la total extensión del área de reparto.

- Que, por tanto, la noción del aprovechamiento materializable se predica de la parcela y normalmente tiene un carácter de máximo, aunque puede configurarse como mínimo en los supuestos previstos especialmente en la Ley. Por el contrario, el concepto de aprovechamiento apropiable se predica del propietario del inmueble y constituye una medida de equidistribución o de aplicación del principio de justicia distributiva para la determinación de los derechos económicos del titular y de su contribución a las cargas de urbanización y los demás deberes legales impuestos por el planeamiento.

c) Distingue la Ley dos modalidades de actuación, una ya admitida por la legislación anterior, o sistemática, y otra que constituye novedad, es decir, la asistemática. La diferencia fundamental entre una y otra no nace de la clasificación del suelo en urbano o urbanizable, sino en el dato básico de que la parcela correspondiente esté o no incluida en una unidad de ejecución, cuya delimitación puede llevarse a cabo por el Plan, o por un expediente posterior, en cualquier tipo de suelo, y coincidir o no con la del área de reparto que determina el aprovechamiento apropiable de cada propietario implicado en el proceso.

d) Las características de la actuación sistemática se centran en que el reparto de beneficios y cargas se lleva a efecto mediante una nueva configuración de las fincas originarias y la cesión a la Administración actuante de las parcelas de resultado destinadas a viales, espacios libres, equipamiento y a materializar el aprovechamiento lucrativo que pertenece a la Administración por ministerio de la Ley, es decir, el 15 por 100 del total de la unidad de ejecución de acuerdo con su superficie total, dividida por la del área de reparto a que pertenece.

Por tanto, y en principio, no existe desvinculación del aprovechamiento respecto del suelo, puesto que el primero se materializa en una o en varias fincas determinadas, resultado del expediente de equidistribución.

e) El segundo supuesto, de actuación asistemática, constituye una de las novedades esenciales de la nueva Ley y tiene por fin corregir dos situaciones de injusticia no tratadas por la legislación anterior:

- De una parte, la resultante del tratamiento diferenciado que se atribuía a los propietarios del suelo urbano, que no estaban obligados a ceder un porcentaje del aprovechamiento previsto en el Plan,

obligación que, sin embargo, afectaba a los que lo fueran de terrenos calificados de suelo urbanizable.

- De otra, la que surgía de que determinadas fincas, no incluidas en polígonos o unidades de ejecución, gozaban de unas posibilidades de edificación o de usos, hoy denominadas aprovechamiento real o materializable, muy superiores a aquellas destinadas a equipo urbano o viables o espacios libres.

f) Como consecuencia obligada de todo lo anterior, y por insistir en lo ya apuntado, en cada parcela situada en suelo no incluido en unidad de ejecución será posible distinguir, de entrada, dos tipos de aprovechamiento. El real edificable conforme al Plan, y el apropiable por su propietario, que, lógicamente, podrá ser superior o inferior al primero.

Esta es la razón de ser de la introducción de la figura de la transferencia. En definitiva, de la operación jurídica consistente en el traslado desde la finca con exceso de aprovechamiento apropiable, o finca de origen, a la parcela en situación inversa, es decir, aquella cuyo aprovechamiento materializable es superior al apropiable por su titular, y que denominaremos finca de destino.

Lo cierto es que, al estudiar esta figura, FRANCISCO NÚÑEZ LAGOS incurre constantemente en la confusión conceptual entre el aprovechamiento materializable y el apropiable. En efecto:

- Lleva a efecto una exposición desordenada del conjunto de preceptos referidos al aprovechamiento en general, sin distinguir con nitidez entre el predicable de la finca, o aprovechamiento real, el correspondiente al área de reparto, cuya finalidad es la definición del aprovechamiento apropiable por los titulares de cada una de las parcelas incluidas en dicha área y el perteneciente a la Administración por ministerio de la Ley, y el aprovechamiento apropiable, en su condición de facultad que integra el contenido urbanístico del derecho de propiedad de cada titular dominical.
- Afirma que el aprovechamiento urbanístico, en general, es un derecho real, tanto «si lo consideramos como una facultad del dominio, porque forma parte de ese dominio, derecho real por excelencia», como «si lo consideramos cuando se independiza de la finca para su transmisión separada de ésta, porque se refiere a bienes inmuebles y tiene las dos características fundamentales del derecho real: la inmediatividad y la oponibilidad a tercero».

Con esta afirmación concluye su posición sobre la naturaleza jurídica del aprovechamiento, sin perjuicio de una exposición, que no viene al caso,

sobre la forma prevista por la Ley para la cuantificación y cálculo del aprovechamiento tipo, que nada tiene que ver con sus afirmaciones de fondo y sobre cuyo contenido no entramos.

En efecto, se trata de un puro problema técnico que depende, además de las normas legales, de los criterios de planeamiento sobre la valoración de los usos predominantes en cada área de reparto y sobre la delimitación de estas últimas, cuestión que constituye el principal problema de adaptación de los Planes Generales Municipales a las disposiciones de la nueva Ley y que es mucho más compleja y difícil de lo que puede parecer a la vista del artículo que se comenta.

Pues bien, lo más destacable de las consecuencias que obtiene NÚÑEZ LAGOS de su postura sobre la naturaleza jurídica del aprovechamiento urbanístico consiste en una triple tesis:

- Que de estar la finca inscrita en el Registro, el aprovechamiento como tal no está amparado por dicho Registro.
- Que la Ley del Suelo no exige la inscripción registral para la adquisición del derecho al aprovechamiento.
- Que la falta de protección registral quita todo interés al propietario para hacer constar en el Registro el número de unidades de aprovechamiento que corresponden a su finca.

Apoya sus afirmaciones en la idea de que «el aprovechamiento de cada finca depende del Plan de Ordenación, instrumento de la naturaleza normativa que se mueve en una órbita distinta de la del Registro de la Propiedad, que en realidad tiene por objeto la inscripción de títulos y, mediante éstos, la protección del tráfico de titularidades inscritas».

Puesto que la línea discursiva del trabajo de NÚÑEZ LAGOS parte de la concepción del aprovechamiento y del juicio de valor sobre la posibilidad y la conveniencia de su inscripción registral, conviene mantener ese mismo orden en su exposición crítica.

A) EL APROVECHAMIENTO APROPIABLE COMO NUEVA INSTITUCIÓN URBANÍSTICA EN LA LEY 8/1990, DE 25 DE JULIO, Y EN EL TEXTO REFUNDIDO DE 26 DE JUNIO DE 1992

Para exponer debidamente la cuestión es necesario precisar que NÚÑEZ LAGOS incurre en el error, ya señalado, de confundir el aprovechamiento materializable sobre cada parcela con el apropiable por su titular. Es verdad que el primero depende del Plan, constituye una característica objetiva de la propia finca y no puede ser objeto de tráfico jurídico como elemento desgajado del inmueble. En este sentido, ni tiene ni deja de tener el carácter

de derecho real, sino que constituye una determinación del Plan de Ordenación, que en cuanto se refiere al diseño del núcleo de población no puede quedar sometido ni aún limitadamente al ámbito de la contratación privada.

Sin embargo, la cuestión es diferente cuando hablamos del aprovechamiento apropiable, puesto que en este caso el legislador parte de una idea completamente distinta. En efecto, el aprovechamiento apropiable, o cifra límite de unidades de aprovechamiento que corresponde a cada propietario de parcela en función de la superficie de ésta respecto de la total del área de reparto, no tiene nada que ver con la edificabilidad concreta y con los usos previstos por el Plan para el terreno.

Por el contrario, se trata de un límite económico del contenido normal de la propiedad inmobiliaria, sujeto a valoración, a razón de un tanto por unidad, y comparable en términos aritméticos con el aprovechamiento real o materializable. Ahora bien, el hecho de que su cuantía sea comparable no significa en absoluto la posibilidad de su confusión jurídica. El aprovechamiento apropiable no llega nunca a ser aprovechamiento materializable, como parece afirmar NUÑEZ LAGOS al decir que «el propietario, para construir, ha de aplicar un número de unidades de aprovechamiento apropiable igual al que tenga la finca de unidades de aprovechamiento real, con lo que si tiene apropiables de más o de menos respecto de las de aprovechamiento real ha de adquirir o enajenar las necesarias. Y al hacer esta aplicación edificando, desaparecen los dos estadios del aprovechamiento urbanístico, que claramente queda como es, uno solo».

No es ese el criterio seguido por la Ley. El aprovechamiento apropiable no puede confundirse nunca con la edificabilidad real de la finca, sino que constituye la facultad urbanística, integrada en el dominio inmobiliario, de realizar o materializar dicha edificabilidad o aprovechamiento real de parcela. En este sentido, el propietario puede encontrarse en tres situaciones distintas:

a) Que esté facultado para la realización del aprovechamiento materializable sobre su parcela, porque de la comparación numérica de las unidades de aprovechamiento que corresponden a la edificabilidad real de aquélla y las que sirven para medir el contenido económico de su derecho de propiedad, aprovechamiento apropiable, resulta una situación de coincidencia.

Se tratará de un supuesto muy difícil en la práctica. Por ello, los artículos 189 y 190 de la Ley permiten la adecuación del proyecto de obras, de tal forma que el propietario limite la edificación del aprovechamiento real al número de unidades en que se cuantifique su aprovechamiento lucrativo, salvo cuando la edificabilidad o aprovechamiento real de la parcela tenga el carácter mínimo o vinculante, en los supuestos previstos en el artículo 191. Examinaremos la cuestión más adelante.

b) Que el contenido económico del dominio sobre una parcela determinada, cuantificado en un número de unidades de aprovechamiento apropiable, no habilite a su titular para materializar la totalidad del aprovechamiento real, en cuyo caso deberá adquirir la facultad jurídica de que carece. La Ley habla de «adquirir de la Administración o de otro propietario que se encuentre en situación inversa los aprovechamientos precisos».

En realidad, con esta terminología lo que se está definiendo es la adquisición de una posibilidad de actuar sobre el suelo propio que la Ley niega inicialmente al propietario, a menos que satisfaga el valor económico de esa facultad jurídica a aquel que la tiene, pero que carece de suelo para ejercitarla, o la propia Administración, como institución intermediaria de la justa distribución de beneficios y cargas.

c) Que el propietario haya cumplido con los deberes o las condiciones para la adquisición del aprovechamiento apropiable, pero que a la parcela de que es titular no le haya atribuido el Plan aprovechamiento real o edificabilidad alguna o que dicha edificabilidad tenga una cuantificación numérica inferior al valor urbanístico del aprovechamiento apropiable que corresponde a su propietario. En este caso el titular de la parcela está legitimado para transferir la totalidad o el exceso de ese aprovechamiento a la Administración actuante o al propietario que se encuentre en situación inversa.

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, las características jurídicas del aprovechamiento urbanístico apropiable, que es el único que puede ser objeto de transferencia, son las siguientes:

- Se trata de una posibilidad jurídica de actuación que se define como atribución al propietario afectado por una actuación urbanística de los usos o intensidades susceptibles de apropiación privada o su equivalente económico.
- Cuando la actuación urbanística tiene el carácter de asistemática y, por tanto, no cabe una distribución directa del aprovechamiento lucrativo mediante su adscripción a las diferentes fincas de resultado del proyecto de ejecución, la Ley impone, induce o faculta a los propietarios, según los casos, a un negocio de transferencia o distribución del aprovechamiento apropiable con el fin de adecuar el contenido económico que el Plan atribuye al derecho de propiedad, a sus determinaciones objetivas sobre la edificabilidad de cada parcela, definidas en función del diseño del núcleo urbano ordenado.
- Para configurar jurídicamente esa transferencia, la Ley concibe el aprovechamiento urbanístico lucrativo o apropiable como un conjunto de unidades, previamente valoradas, entendidas como un elemento inmobiliario desgajable del inmueble sobre el que recae el

derecho de dominio, de tal forma que puedan transmitirse con independencia de éste. Se trata, en definitiva, de la creación *ex lege* de una realidad social, en la terminología de DE CASTRO y Díez-PICAZO, susceptible por razón de su determinación y apropiabilidad de ser objeto de derecho, como ya había señalado JOSÉ LUIS LASO, al referirse a esta institución y a su posible encaje en la Ley de 1976.

- En este sentido, tanto cabe concebir el aprovechamiento como la objetivación legal de una facultad, la de edificar, tradicionalmente encuadrada en el contenido del dominio, criterio que ha sido sostenido por el autor de estas notas como la facultad de concretar el contenido económico de la propiedad, determinado *ob rem*, por la pertenencia de una finca concreta, bien en la edificación sobre dicha finca, bien en su conversión en dinero mediante transferencia, cuando el ejercicio normal del derecho no es posible, en función de las determinaciones objetivas del Plan de Ordenación.

De todo lo dicho resulta evidente que la simple expresión de que el aprovechamiento «es un derecho real», sin distinguir el tipo de figura a que se refiere, es excesivamente simple. Para concretar el concepto de la institución y su naturaleza se hace necesaria una mayor matización, sobre todo si se quiere precisar el juego de los principios registrales en la protección de los derechos de los titulares del suelo afectado por las determinaciones del Plan y su tráfico jurídico.

B) LA INSCRIPCIÓN DE LA ADQUISICIÓN DEL DERECHO AL APROVECHAMIENTO APROPIABLE

De las ideas expuestas sobre el concepto y las características del aprovechamiento urbanístico resulta indudable que tanto la propia existencia del aprovechamiento lucrativo, es decir, su adquisición, como su transferencia, en cuanto se refieren a un elemento jurídico del dominio inmobiliario, son difíciles de instrumentar sin tener en cuenta, como institución básica del sistema de seguridad preventiva, al Registro de la Propiedad.

Por otra parte, esta primera afirmación ha de ser modalizada de acuerdo con otra realidad indudable. El aprovechamiento urbanístico apropiable, bien se considere como una facultad urbanística del dominio, bien como una realidad social, encuadrable conceptualmente en el ámbito objetivo de la relación real inmobiliaria, constituye un aspecto no detectable ni apreciable por los sentidos y, por tanto, de imposible protección a través de la publicidad posesoria.

Ello hace no solo conveniente, sino esencial para el sistema, la inscrip-

ción registral, que no ha de referirse, como dice NÚÑEZ LAGOS, a una determinación objetiva del Plan de Ordenación, es decir, el aprovechamiento real de las parcelas, sino a una facultad dominical, el aprovechamiento apropiable, cuyo objeto está constituido por un elemento inmaterial, desvinculable del suelo, susceptible de tráfico jurídico y cuya existencia depende del cumplimiento de determinadas condiciones por su titular.

Por ello, la Ley no sólo se refiere al Registro de la Propiedad cuando trata de la transferencia de aprovechamiento en los términos que luego veremos, sino también a su propia adquisición y, en este sentido, el artículo 26.3 del Texto Refundido, dentro del epígrafe general de publicidad del régimen urbanístico aplicable a una finca, establece que los Ayuntamientos remitirán al Registro de la Propiedad que corresponda copias de las certificaciones acreditativas del cumplimiento de deberes urbanísticos a que se refiere el artículo 28, a fin de que se tome la nota marginal en las inscripciones de las fincas respectivas.

Este precepto, tampoco citado en el artículo que se critica, constituye una de las novedades de la nueva Ley y exige un breve comentario. El artículo 28 tiene por objeto la determinación de las condiciones exigidas por el sistema para la adquisición, precisamente, del derecho al aprovechamiento urbanístico y se complementa con el artículo 29, en cuanto establece la forma de concreción de dicho aprovechamiento, según el suelo se someta a actuación sistemática o asistemática.

Por tanto, la nota prevista en el artículo 26 tiene por objeto la publicación en el Registro de la Propiedad de la adquisición del derecho al aprovechamiento apropiable, lo que supone una primera regla esencial para considerar la trascendencia de la publicidad registral en orden a la defensa y amparo del titular dominical del suelo y a la existencia y ejercicio de sus derechos y facultades urbanísticas. En este sentido, es errónea la primera afirmación de NÚÑEZ LAGOS de que el aprovechamiento no es susceptible de inscripción. La propia Ley señala lo contrario y, además, mediante la imposición de un deber general a la Administración municipal de remitir al Registro el documento acreditativo de la adquisición del derecho en cada caso concreto.

Naturalmente, el precepto se refiere al aprovechamiento apropiable, cuantificado en los términos que la propia norma impone y que el Plan ha de especificar, y que nada tiene que ver con el aprovechamiento real o materializable, es decir, la edificabilidad de cada zona o unidad homogénea de suelo calificado, que constituye una determinación objetiva de planeamiento, perfectamente cognoscible a través de la documentación del Plan.

Sin duda, por ello el IV Congreso Internacional de Derecho Registral, celebrado en México en 1980, señaló, en el punto 3 de las Conclusiones de su Tercera Comisión, que el Planeamiento Urbano, en cuanto decisión de

los órganos públicos sobre la capacidad de la superficie terrestre respecto de la implantación de usos urbanos, debe contenerse para su obligatoriedad en actos normativos, de carácter general, cuya vigencia dependerá de su publicación oficial (4).

Sin embargo, es evidente que no ocurre lo mismo con el nuevo concepto del aprovechamiento apropiable, puesto que esta institución no responde directamente a una determinación del Plan, sino al reconocimiento de un derecho subjetivo, de naturaleza urbanística, vinculado en su titularidad a una finca determinada, que se adquiere como consecuencia del cumplimiento de deberes concretos para cada caso. Esa es la *ratio iuris* del precepto contenido en el artículo 26.3, plenamente adecuado a la dicción del artículo 1 de la Ley Hipotecaria. El Registro de la Propiedad tiene por objeto la inscripción o anotación de los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles.

Centrada, por tanto, la cuestión conviene distinguir dos aspectos diferentes en el acceso al Registro de la Propiedad de actos relativos al derecho sobre el aprovechamiento apropiable. El primero se refiere a su adquisición como consecuencia del cumplimiento de los correlativos deberes impuestos por la Ley y se tratará a continuación. El segundo afecta al tráfico sobre dicho aprovechamiento y se estudiará posteriormente a propósito de su transferencia en actuaciones sistemáticas, asistemáticas y mixtas.

En cuanto al primero de los problemas apuntados, la Ley del Suelo se limita, como hemos visto, a la dicción del artículo 26.3. Se trata de un precepto en el que resulta esencial su desarrollo reglamentario, pero respecto de cuyo contenido pueden hacerse las siguientes precisiones:

- Es evidente que la adquisición del aprovechamiento apropiable no depende de que se practique la nota marginal ordenada por el precepto. Por tanto, no se trata de un asiento constitutivo de la existencia de derecho, que depende del reconocimiento por la Administración del cumplimiento de los deberes previstos por la propia Ley para que el titular del terreno pueda ejercitarlo. El asiento responde al carácter declarativo que es regla general en la inscripción registral.
- Sin embargo, puede afirmarse que la nota marginal supone una conformación de la titularidad del aprovechamiento apropiable, en la medida en que mientras se mantenga vigente el Plan de Ordena-

(4) Sobre esta materia se trata con más amplitud en nuestro trabajo «Notas sobre las resoluciones aprobadas en Congresos Internacionales de Derecho Registral en materia de Catastro y Planeamiento y Gestión Urbanística», publicado por el Colegio de Registradores en el tomo VI. volumen II-A, de la obra *Leyes hipotecarias y registrales de España*, Madrid, 1981.

ción quien la ostente estará legitimado para su transferencia, en los casos previstos por la Ley, en los términos señalados en el primer inciso del artículo 38 de la Ley Hipotecaria.

- Es más, frente a la propia Administración urbanística la nota marginal supone un medio de prueba de la adquisición del derecho y de su cuantificación concreta, de tal forma que en caso de negativa a su ejercicio sería necesario la previa impugnación de la validez del asiento, en los términos señalados en el párrafo tercero del citado artículo 38, en relación con el último inciso del artículo 1 de la propia Ley Hipotecaria.
- En todo caso, la nota marginal implica para el adquirente de la finca la subrogación, no sólo en el conjunto de los derechos y deberes inherentes a su titularidad, que se produce *ex lege* conforme a lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley del Suelo, sino, además, en la situación de legitimación legal frente a terceros y frente a la Administración urbanística, que resulta de la aplicación del principio de publicidad registral al acto administrativo que generó formalmente el derecho al aprovechamiento lucrativo.

Por todo lo dicho, resulta inexacta la triple afirmación de NÚÑEZ LAGOS. En efecto:

- Es cierto que el aprovechamiento urbanístico, en su calidad de materializable, es decir, en cuanto determinación objetiva del Plan sobre cada zona de suelo calificado, no necesita de la inscripción. Sin embargo, es totalmente inexacto e, incluso, contrario a la dicción legal, señalar que el derecho al aprovechamiento apropiable o lucrativo no está amparado por el Registro. Dicho amparo no sólo no se niega, sino que se ordena como deber de la Administración actuante en el artículo 26 de la Ley.
- Es también cierto que la Ley del Suelo no exige la inscripción registral para la adquisición del derecho al aprovechamiento ni aún en su versión de aprovechamiento lucrativo. Sin embargo, al acceso al Registro de la adquisición del derecho es esencial para que quede protegido en su ejercicio por el principio de publicidad registral, lo mismo que los demás derechos reales sobre bienes inmuebles.
- Es inexacta, además de absurda, la tesis de que la falta de protección registral quita todo interés al propietario para hacer constar en el Registro el número de unidades de aprovechamiento que corresponden a su finca. Por el contrario, el número de unidades de aprovechamiento supone la cuantificación específica del derecho adquirido al aprovechamiento apropiable y, por tanto, el acceso al Registro de

la Propiedad del derecho y de su determinación numérica, es decir, de su valor económico, genera en el propietario el mismo interés que la inscripción de sus demás derechos reales, es decir, el normal del sistema registral.

III. LAS TRANSFERENCIAS DE APROVECHAMIENTO. SUPUESTOS E INSCRIPCIÓN REGISTRAL

NÚÑEZ LAGOS estudia las características de las transferencias de aprovechamiento sobre la base de distinguir las que pueden tener lugar en actuaciones sistemáticas, asistemáticas o en los supuestos de ocupación directa por la Administración actuante de terrenos destinados a sistemas generales o a dotaciones públicas de carácter local.

Por otra parte, distingue en los dos primeros supuestos las transferencias que tengan lugar entre particulares y las que se lleven a efecto entre éstos y la Administración.

De su estudio, aunque en un primer momento parece llevar a efecto un análisis legal de los supuestos de transferencia y de su conceptualización desde el punto de vista técnico urbanístico, la conclusión que se obtiene no tiene nada que ver con el planteamiento que hace de la cuestión. En el fondo, el autor se preocupa constantemente de expresar, recurrentemente, una sola idea, es decir, la innecesidad o, incluso la inconveniencia, de que las transferencias de aprovechamiento tengan en cuenta la realidad registral de las fincas afectadas o hayan de concluir en su inscripción en el Registro de la Propiedad.

Ello hace difícil seguir su orden de exposición, puesto que su constante referencia a disposiciones de la Ley del Suelo resulta a veces incompleta e, incluso, contradictoria. En este sentido, de igual forma que en el capítulo anterior, parece más lógico precisar las ideas esenciales de la organización de las transferencias desde el punto de vista urbanístico, para detenernos después en su caracterización civil y en la cuestión de su acceso al Registro de la Propiedad.

1.º CARACTERÍSTICAS URBANÍSTICAS ESENCIALES DE LAS TRANSFERENCIAS DE APROVECHAMIENTOS

Como primera precisión hay que señalar que la materia se encuentra regulada en la Ley del Suelo de forma desordenada, lo que motiva cierta dificultad en el análisis de los preceptos fundamentales que la regulan. El principio general se contiene en el artículo 29, bajo la rúbrica «concreción

del aprovechamiento urbanístico», en el que se distinguen los dos tipos de actuación a que hacíamos referencia en el capítulo anterior, es decir, la sistemática y la asistemática.

A) *Actuación sistemática*

En este primer supuesto, es decir, cuando se actúa a través de los sistemas de equidistribución previstos legalmente, cooperación o compensación, la adaptación del aprovechamiento real de cada parcela y del aprovechamiento apropiable, o posibilidad cuantificada de ejercicio del derecho por su propietario, se resuelve de igual forma que la prevista en la legislación anterior.

En este sentido, a cada propietario aportante de suelo y a la propia Administración se le adjudicará la finca o fincas de resultado que procedan, con el aprovechamiento real que les corresponda, cuya cuantificación en unidades será igual al aprovechamiento apropiable por el adjudicatario y cuya determinación se llevará a efecto en proporción al valor de las superficies iniciales o fincas de origen, aportadas al expediente por los particulares, y a los derechos que por ministerio de la Ley corresponde al órgano actuante sobre el aprovechamiento total de la unidad de ejecución.

Cuando esta operación no fuere posible, los desajustes entre propietarios se resolverán mediante indemnización compensatoria entre ellos, de acuerdo con los criterios que establecen los artículos 90 y siguientes del Reglamento de Gestión Urbanística y, si tales desajustes fueren de imposible solución en el seno del Proyecto de equidistribución por compensación económica sustitutiva, lógicamente a cargo de la Administración.

Lo más característico de la actuación sistemática, desde el punto de vista que nos ocupa, es la trascendencia del Registro de la Propiedad en la iniciación y conclusión del proceso de equidistribución, especialmente acentuada a partir de la publicación de la Ley 8/1990 y que, incluso, ha sido subrayada por el Texto Refundido de 1992. Es lógica si se tiene en cuenta que la reparcelación y la compensación, junto a la expropiación forzosa, ha constituido siempre el campo propio y más específico de la inscripción de actos administrativos de naturaleza urbanística, en la medida en que suponen la modificación descriptiva de las fincas de origen aportadas al expediente, el nacimiento de una titularidad *ex novo*, es decir, la del órgano actuante, y la aparición de nuevas garantías reales, como la afección de las fincas de resultado a la obligación de realizar o pagar la urbanización, según los casos.

En la dicción actual de la Ley del Suelo puede afirmarse que el acceso al Registro de la Propiedad del proceso de equidistribución tiene el carácter

necesario, de tal forma que constituye una excepción legal al carácter voluntario de la inscripción registral. En efecto:

- Así resulta del artículo 310, en cuanto impone el criterio de que la iniciación del expediente se haga constar mediante nota al margen de la última inscripción de dominio de las fincas de origen afectadas, con el fin de que la publicidad registral resultante del asiento permita el despliegue de los efectos del propio precepto en orden a la posible cancelación formal de las inscripciones de fecha posterior a la nota resultantes de títulos que hayan ignorado el contenido del Registro y la existencia del expediente urbanístico.
- También es fundamental el artículo 168, introducido en el Texto Refundido a instancia del Consejo de Estado, que establece como novedad la calificación directa del Registrador de la Propiedad en orden a la transformación en derechos garantizados con hipoteca de las cargas sobre las fincas de origen que, siendo compatibles con el planeamiento, resultan de imposible subsistencia a la vista de las características de la finca de resultado o de las peculiaridades jurídicas del gravamen.
- Es lógico, por tanto, que el artículo 169 concluya estableciendo que una vez firme en vía administrativa el acuerdo de aprobación definitiva, se procederá a su inscripción en la forma prevista en el artículo 310.

Las ideas expuestas resultan esenciales para considerar que, en lo que se refiere a la actuación urbanística, el principio de voluntariedad de la inscripción o debe entenderse inexistente o al menos muy debilitado, lo que resulta perfectamente explicable si se piensa que el proceso de transformación del suelo está íntimamente ligado al principio de seguridad preventiva del tráfico inmobiliario.

Por último, en materia de actuación sistemática, podría plantearse la cuestión de si, delimitada la unidad de ejecución y antes de la aprobación definitiva del proyecto que concreta las fincas de resultado y su aprovechamiento, cabe entre los propietarios de las fincas originarias la cesión del aprovechamiento apropiable proporcional a las mismas, sin que la operación suponga la transmisión del dominio de las propias fincas.

Se trata de un supuesto que se ha dado algunas veces en la práctica como operación de venta de puntos-suelo u otras similares. En principio puede admitirse conceptualmente, siempre que, de acuerdo con la nueva Ley, se sujete a los requisitos formales y fiscales de una transacción inmobiliaria ordinaria. Su tratamiento registral sería similar a las transferencias en actuación asistemática, pero, en todo caso, su estudio excede de los límites de este trabajo.

B) *Actuación asistemática*

Es el punto que fundamentalmente nos interesa, puesto que constituye la principal novedad legal y tiene por objeto, como veíamos en el capítulo anterior, la transferencia del aprovechamiento apropiable que corresponde a los propietarios de parcelas no incluidas en unidad de ejecución. En este punto, el artículo 29 de la Ley se limita a remitirse a las disposiciones que a continuación comentaremos y cuyo contenido implica una serie de problemas nuevos, de los que no puede afirmarse que carezcan de precedentes en la legislación urbanística anterior a la Ley de 25 de julio de 1990.

Los supuestos de transferencia de aprovechamientos se regulan, en la actuación asistemática, en los artículos 185 y siguientes de la Ley del Suelo. Para su estudio hay que diferenciar tres aspectos distintos, referidos a las modalidades de transferencia, a su clasificación según su carácter voluntario, obligatorio o inducido, y a sus características, según tenga lugar entre particulares o entre éstos y la Administración.

1. Modalidades

Los artículos 187, 188.1 y 194.1 delimitan diferentes modalidades de transferencia, según la situación urbanística de las parcelas afectadas. Así, en síntesis, la transferencia puede tener lugar:

- Mediante la cesión o distribución de aprovechamientos entre solares pertenecientes a particulares, cuando uno de ellos carezca de aprovechamiento real o materializable o éste sea inferior al apropiable por su titular y el otro se encuentre en situación inversa.
- Mediante acuerdo de adquisición de aprovechamientos a la Administración por parte del propietario del solar cuyo aprovechamiento apropiable no sea suficiente para materializar el real de su parcela, según las previsiones objetivas del Plan.
- Mediante adquisición por la Administración de los aprovechamientos susceptibles de apropiación por un propietario determinado no materializables sobre su parcela, mediante el pago en dinero a su titular del valor urbanístico correspondiente.
- Mediante cesión por el titular de la parcela afecta a sistemas generales o usos dotacionales locales y no incluida en unidad de ejecución, a través del procedimiento de ocupación directa que luego estudiaremos.

En realidad, sólo las tres primeras modalidades pueden calificarse de transferencias en actuación asistemática pura, puesto que el cuarto, si bien

comienza como un supuesto de actuación fuera de sistema de actuación, concluye, en realidad, integrado en un proyecto de equidistribución.

Por otra parte, la característica fundamental del primer supuesto consiste en que, en principio y de acuerdo con la dicción legal, en la cesión o distribución entran en juego dos fincas distintas: la de origen, cuyo propietario es titular de un derecho de aprovechamiento apropiable sin posibilidad total o parcial de materialización, y la de destino, cuyo aprovechamiento real es superior a la posibilidad jurídica de apropiación por su titular.

En cambio, en las dos segundas modalidades la Administración transmitente o adquirente carece, o puede carecer normalmente, del soporte predial físico que el texto legal prevé cuando la transferencia se produce entre particulares.

Nos limitamos ahora a este primer apunte, puesto que la cuestión se estudiará con más detalle más adelante.

2. Clasificación de las transferencias por razón de su grado de voluntariedad

La Ley no contempla los ajustes entre el aprovechamiento materializable y el apropiable como una operación o negocio jurídico puramente voluntario o forzoso, sino que admite matices en el grado de compulsión sobre el titular del suelo para que lleve a efecto la transferencia, bajo cualquiera de las modalidades expuestas, especialmente las tres primeras. En este sentido, cabe distinguir tres supuestos, que dependen del carácter imperativo o dispositivo de las determinaciones del Plan y del momento en que tenga lugar la transferencia.

2.1. Transferencias obligatorias o coactivas

La Ley concede una gran importancia a la intervención mediadora de la Administración actuante y a la posibilidad de establecimiento coactivo de la transferencia. El supuesto se producirá en dos casos.

- Cuando se trate de la ocupación directa de parcelas afectas a sistemas generales o a dotaciones públicas de carácter local no incluidas en unidades de ejecución, como mecanismo sustitutorio de la expropiación forzosa que será objeto más adelante de estudio especial.
- Cuando se dé el caso previsto en los artículos 191 y 192, es decir, si la materialización del aprovechamiento real sobre la parcela está previsto en el Plan como norma vinculante, de forma que el volu-

men o altura de la edificación tenga el carácter de mínima. En este caso la Administración exigirá que el proyecto de edificación se ajuste a estas condiciones imperativas, de tal forma que si no las cumple o no se acredita por el propietario la adquisición de las unidades suficientes de aprovechamiento apropiable la Administración resolverá sobre la imposición coactiva de la transferencia o sobre la expropiación de la parcela en las condiciones marcadas por la Ley.

En el segundo caso, es decir, de transferencia coactiva en sentido estricto, el problema que se plantea consiste en determinar qué tipo de transferencia puede imponer coactivamente la Administración.

En teoría podría ser cualquiera, ya que la Ley no distingue; pero no cabe duda de que la transferencia entre particulares impuesta coactivamente resulta extraordinariamente difícil, puesto que implicaría una expropiación a favor de beneficiario, dirigida contra el administrado concreto que el propio beneficiario designe.

La tramitación de la expropiación, en este caso, habría de llevarse a efecto por un procedimiento similar al previsto en el artículo 211 para la imposición o extinción forzosa de servidumbres incompatibles con el planeamiento, por buscar un ejemplo similar en actuaciones asistemáticas, aunque en este supuesto la determinación del titular pasivo del procedimiento está perfectamente determinado, a diferencia de lo que ocurriría con la transferencia coactiva.

Por ello parece más lógico entender que dichas transferencias coactivas deben encuadrarse dentro de las posibilidades de transmisión de aprovechamientos por la Administración, a partir de los que haya adquirido previamente o de los que le corresponden por ministerio de la Ley.

2.2. Transferencias inducidas

Pueden entenderse incluidos en este grupo los supuestos previstos en los artículos 189 y 190, cuya nota distintiva consiste en que el volumen y altura de la edificación se configuran por el Plan como un máximo que el propietario de la parcela no está obligado a materializar.

En este caso, para resolver los dos supuestos posibles de inadecuación entre el proyecto presentado y el aprovechamiento materializable sobre la parcela o el apropiable por su titular, la Ley marca un doble criterio:

- Si el propietario de la parcela presentase un proyecto conforme con el aprovechamiento real señalado por el Plan para el solar de que

trate, pero dicho aprovechamiento excediera del apropiable por su titular, la Administración suspenderá la decisión sobre la licencia solicitada y concederá al peticionario un plazo de seis meses para que, mediante cualquiera de los tipos de transferencia admitidos, adquiera el déficit de aprovechamiento apropiable necesario. Transcurrido dicho plazo sin que haya tenido lugar dicha adquisición, el solicitante deberá acomodar el proyecto al límite del aprovechamiento de que puede apropiarse.

- Si se diera la situación contraria, es decir, si el aprovechamiento edificable previsto en el proyecto se ajustase al apropiable por el titular de la parcela, aunque éste fuese inferior al aprovechamiento materizable sobre la misma, el solicitante podrá, dentro del mismo plazo de seis meses, optar por la adquisición del aprovechamiento apropiable necesario para completar el aprovechamiento real, previa modificación del proyecto, o renunciar, expresa o tácitamente, a edificar el aprovechamiento real, conformándose con la edificación del apropiable, es decir, el originariamente proyectado.

El criterio legal ofrece una ventaja y un inconveniente:

- La ventaja consiste en la simplificación del sistema, puesto que evita transferencias, por vía de la renuncia a las posibilidades de edificación que el propio Plan no considera imprescindibles.
- El inconveniente, esencialmente urbanístico, se suscita en la medida en que el diseño de la ciudad queda en manos de la voluntad de construcción de los particulares. Si el Plan no delimita como mínimos determinados baremos de edificación, puede ocurrir que la configuración del núcleo urbano no constituya el resultado del diseño físico de la edificabilidad real proyectada, sino la consecuencia de la aplicación a cada solar de las posibilidades de edificación que le correspondan a cada propietario, en función de su aprovechamiento apropiable. En definitiva, la ciudad no crece y se conserva de acuerdo con las características físicas de cada parcela, sino de la posibilidad jurídica de apropiación de aprovechamiento por el titular de cada solar.

2.3. Transferencias voluntarias

Son las contempladas de forma genérica en el artículo 188, fuera de los casos de su imposición coactiva o de los casos en que la Administración ha de inducir las como consecuencia de la solicitud de licencias específicas de

edificación. En efecto, es perfectamente lógico que los titulares de suelo sujeto a actuación asistemática en los que no coincida el aprovechamiento apropiable y el materializable adopten una doble actitud:

- Que antes de la adopción dentro del plazo legal de la decisión de edificar el titular o titulares de solares convengan en transferencias preparatorias de la solicitud de futuras licencias.
- Que incluso después de concedida la licencia, que ha de limitarse naturalmente al aprovechamiento real previsto por el Plan, en el caso de que consuma sólo una parte del aprovechamiento apropiable se pretenda la transferencia a otro solar del exceso de dicho aprovechamiento que no ha podido ser materializado.

Estos casos, a los que la Ley se refiere de forma genérica en el artículo 188, serán, lógicamente, los más frecuentes. En efecto:

- Parece absurdo que en una buena planificación de la actividad de los propietarios de parcelas sujetas a actuación urbanística asistemática se demore la decisión de la transferencia al momento en que se pretende edificar. Por el contrario, lo natural es que, conocidos los datos de aprovechamiento en función del área de reparto, se promuevan transferencias inmediatas.
- Tampoco tiene razón de ser que el propietario de una parcela cuyo aprovechamiento real es inferior al apropiable o lucrativo renuncie a la posibilidad de transferir el exceso no materializado antes de la revisión del Plan.

El sistema se completa con la posibilidad de que el propietario del solar edificado o dotado de licencia, cuyo aprovechamiento apropiable no ha sido materializado en su totalidad, pueda imponer a la Administración el expediente de adquisición expropiatoria de dicho aprovechamiento que establece el artículo 202 de la Ley cuando se produzca la revisión del Plan.

3. Clasificación de las transferencias según los sujetos intervinientes

Hacíamos alusión antes a este tercer criterio de clasificación cuyo criterio distintivo nace de la calidad de los sujetos que intervienen en la cesión de aprovechamientos urbanísticos. El hecho de que sea la Administración actuante quien transfiera o adquiera aprovechamiento apropiable incide directamente en una serie de aspectos básicos:

- La Administración, en principio, adquiere el aprovechamiento sin adscribirlo a una finca determinada, de tal forma que el derecho transmitido opera sobre un objeto desgajado o desvinculado, al menos provisionalmente, de una parcela concreta. Sin embargo, esto no debe suponer que las unidades correspondientes pierdan su identidad o, dicho de otra manera, que desaparezca el rastro y la causa de su existencia. Por ello será necesaria la implantación de una fórmula técnica que permita aplicar a tales unidades criterios de determinación y concreción.
- La posibilidad de la Administración actuante de transmitir derechos de aprovechamiento a los particulares, en el campo de su función de intermediación, no debe llegar al extremo de que los aprovechamientos transmitidos carezcan de un límite, que debe venir impuesto por la cuantificación del que le corresponde por ministerio de la Ley, incrementado en las unidades que haya adquirido puntualmente de propietarios de parcelas carentes de aprovechamiento real.
- Por último, la desvinculación entre el aprovechamiento adquirido por la Administración respecto de fincas concretas impone la búsqueda de procedimientos que permitan su identificación, de forma similar a los establecidos en el caso de la ocupación directa a que haremos referencia luego.

2.º CARACTERIZACIÓN CIVIL DE LOS NEGOCIOS DE TRANSFERENCIA

En este punto, y con el fin de afirmar como conclusión que el adquirente de derechos de aprovechamiento apropiable no goza de otra protección que la que le proporcione el simple negocio o contrato, puesto que, según su peculiar punto de vista, el Registro no garantiza ni protege el derecho transmitido, NÚÑEZ LAGOS afirma:

- Que las transferencias de aprovechamiento «son negocios jurídicos voluntarios».
- Que «leyendo la Ley, parece que no tienen ese carácter voluntario aquellos casos en que existan, para una determinada zona, condiciones urbanísticas de volumen o alturas mínimas».
- Que «las transferencias de aprovechamiento se efectúan conforme al Plan que señala los aprovechamientos, pero no son actos de ejecución del Plan, porque no son actos que ejecute la Administración por sí o mediante los particulares, en los términos establecidos en el artículo 141 de la Ley».

Realmente el triple aserto del autor, que olvida preceptos esenciales en la interpretación, difícilmente puede dar una idea clara de lo pretendido por la norma urbanística.

En efecto, de entre las distintas opciones posibles de configuración civil de las transferencias, es decir, negocio obligacional, consideración del aprovechamiento como un bien de naturaleza mueble cuya disposición podría adecuarse a la técnica de los títulos valores o negocio inmobiliario ordinario, la Ley ha optado por este último.

Ya JOSÉ LUIS LASO había expresado la idea que ahora sigue la Ley con la claridad que le caracteriza, al decir que «la falta de corporeidad tangible, que es connatural al aprovechamiento pendiente de realizarse, parece que determina su calificación como bien mueble. Sin embargo, ello no pasa de mera apariencia porque, en realidad, tanto por su origen como por su destino final el aprovechamiento siempre llama al suelo como soporte imprescindible, con lo que, bien se considere como un derecho sobre el mismo o como concesión, siempre será, en fin, parte integrante del suelo».

Hay que tener en cuenta, como señalábamos en una nota anterior, que LASO escribe en un momento en el que todavía la Ley no ha introducido la diferenciación entre el aprovechamiento real y el aprovechamiento apropiable, lo que hace más meritoria su premonición sobre el futuro régimen legal.

Por tanto, para caracterizar desde el punto de vista civil la transferencia de aprovechamiento será necesario distinguir los diferentes supuestos, a la luz de las disposiciones legales concretas que definen este tipo de negocio.

Para ello hay que partir de una primera premisa; es inexacta la afirmación de que la transferencia no constituye un negocio de ejecución del Planeamiento. En efecto, el precepto básico en esta materia no es el artículo 141, al que acude NÚÑEZ LAGOS, sino el 140, que encabeza el título IV de la Ley del Suelo, según el cual «la ejecución del planeamiento se desarrollará por los procedimientos establecidos en la legislación urbanística aplicable, que garantizarán la distribución equitativa de los beneficios y cargas entre los afectados». Pues bien, este precepto:

- Comprende tanto la actuación sistemática como la asistemática y, por tanto, los ajustes de aprovechamiento en esta última, que se regulan en el capítulo III, de dicho título IV.
- No podía dejar de alcanzar, dentro del término genérico ejecución, a las transferencias de aprovechamiento, puesto que su finalidad es precisamente el reparto de los beneficios dimanantes del Plan, de acuerdo con el principio de justicia distributiva.

Por tanto, los principios generales aplicables a la ejecución urbanística, y especialmente los que definen el acceso al Registro de la Propiedad de

toda clase de actos comprendidos en dicha ejecución, son predicables tanto de la actuación sistemática como de la que se produce fuera de la unidad de ejecución, idea que resulta esencial en la materia, como luego estudiaremos.

Partiendo de esta premisa inicial es evidente que la naturaleza jurídico-civil de la transferencia es distinta según su carácter.

a) *Transferencias voluntarias e inducidas*

En estos casos en los que los particulares llevan a cabo el negocio de transferencia de forma no coactiva es necesario distinguir, a su vez, dos supuestos, según que el ajuste del aprovechamiento apropiable tenga lugar con intervención de dos titulares, adquirente y transmitente, o que dicho ajuste se lleve a efecto entre fincas pertenecientes al mismo titular.

- En el primer caso, de transferencia entre titulares distintos, el negocio tiene normalmente las características de una compraventa, si bien sujeta a la doble matización de que ha de estar autorizada por la Administración urbanística y de que su objeto está constituido por un objeto inmobiliario especial: las unidades de aprovechamiento apropiable previamente reconocidas al transmitente.
- En el segundo supuesto, de adscripción del aprovechamiento apropiable cuantificado en relación a una finca, mediante su adscripción a otra perteneciente al mismo titular, la calificación correcta del negocio es determinativo, de las mismas características que los de segregación, agregación o agrupación, de tal forma que el consentimiento del titular, que ha de ostentar poder de disposición sobre el objeto, tiene el carácter de formal, en los términos señalados por la doctrina clásica civil.

La Ley califica las transferencias como acuerdo de cesión o distribución entre propietarios particulares en su artículo 187.1, aunque también utiliza la palabra venta en el 188.2. Por otra parte, se refiere a la adquisición o transmisión por la Administración con los términos compra, venta o cesión por cualquier título en los artículos 188.1 y 2 y 197.b).

Por tanto, parece claro que cuando la Administración no interviene la Ley admite cualquiera de las fórmulas civiles de acuerdo traslativo inmobiliario válido como la donación, la permuta, la dación en pago u otros. En todo caso, mediante un negocio jurídico sujeto al régimen ordinario civil que le sea aplicable. En cambio, cuando interviene la Administración, la terminología legal se refiere, más bien, a negocios onerosos, civiles, como la compraventa, o administrativos, como el acuerdo de cesión.

b) *Transferencias coactivas*

La Ley no se pronuncia sobre la naturaleza jurídica de la transferencia coactiva. NÚÑEZ LAGOS expresa una opinión sobre la necesidad de la aceptación del adquirente, en la misma forma prevenida para las donaciones y las adquisiciones *mortis causa* que solamente puede entenderse bajo el presupuesto de que dicho autor configura la transferencia coactiva como un negocio voluntario más.

En realidad, la única forma de entender la posibilidad de adquisición obligatoria de aprovechamientos apropiables, y es la más probable si se tiene en cuenta que estudiamos un texto legal de técnica típica de Derecho público, sería la de configurarla en un doble sentido:

- Como un expediente de expropiación forzosa dirigido sobre el transmitente, en calidad de expropiado, y a favor del adquirente, en calidad de beneficiario. El supuesto está perfectamente previsto en la legislación de expropiación forzosa, pero sería de muy difícil aplicación en la práctica, como señalábamos anteriormente.
- Como un expediente de adquisición obligada, en el que el transmitente sería la propia Administración actuante. Parece la solución más lógica, sobre todo si se tiene en cuenta que la fórmula se aplica en otros casos. A título de ejemplo puede citarse el propio artículo 188.2 de la Ley del Suelo, cuando establece la aplicación del artículo 202.2, es decir, la expropiación obligatoria por la Administración a petición del titular del suelo edificado o con licencia concedida, cuando, en el momento de la revisión del Plan, no hubiese podido materializar la totalidad de su aprovechamiento apropiable. Otros supuestos serían el de imposición forzosa de servidumbres a que se refiere el artículo 211 de la Ley del Suelo o la adquisición forzada de parcelas sobrantes de la vía pública, que se regulan en los artículos 7 y 114 y siguientes del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 13 de junio de 1986.

De acuerdo con lo expuesto, la afirmación de NÚÑEZ LAGOS en orden a que la transferencia no constituye «acto de ejecución del Plan» es inexacta, incluso a la vista de la mera dicción legal, y su conceptualización de la naturaleza jurídica de la cesión o distribución es, como mínimo, incompleta.

De hecho, con una definición descriptiva podría decirse que la transferencia de aprovechamientos urbanísticos es un acto de ejecución del Planeamiento realizado por los titulares de fincas incluidas en área de reparto, entre ellos o con la Administración Urbanística, impuesto, inducido o controlado por ésta y formalizado mediante compraventa u otro contrato con

eficacia traslativa inmobiliaria cuando tenga lugar con carácter voluntario, o mediante el procedimiento de expropiación forzosa cuando se imponga con carácter coactivo.

3.º LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD DE LAS TRANSFERENCIAS DE APROVECHAMIENTO

En este punto concreto las afirmaciones y comentarios a la Ley que lleva a cabo NÚÑEZ LAGOS son bastante contradictorias con sus propios criterios y carecen absolutamente de fundamento a la vista de una correcta y completa interpretación del texto legal.

a) Se sostiene que son contradictorias:

- En primer término, porque parte de que el negocio de transferencia tiene «carácter inmobiliario y traslativo», para, a continuación, excluir la conveniencia de su inscripción en el Registro, pese a la dicción del artículo 1 de la Ley Hipotecaria. La única explicación posible es que al autor le parezca poco conveniente la inscripción registral en general.
- En segundo lugar, porque la solución que ofrece para el traslado de cargas, en caso de transferencias de aprovechamiento entre fincas concretas, carece de toda técnica y se opone a su propia tesis de que el negocio jurídico de cesión o distribución se debe ajustar a los criterios generales sobre negocios traslativos inmobiliarios.

b) Se afirma que carecen de fundamento a la vista de una interpretación correcta y completa de la realidad legal:

- Porque señala lo contrario el artículo 307.5, ya citado, y al que no hace la menor alusión el autor del artículo.
- Porque la inscripción de aprovechamientos tiene carácter necesario, como se desprende de todos los preceptos de la Ley del Suelo sobre actos incluidos en el ámbito de ejecución urbanística y, específicamente, los que se producen dentro de la denominada actuación asistemática, como tendremos ocasión de ver.
- Porque en determinados casos dicha inscripción no sólo resulta necesaria, sino que puede perfectamente conceptuarse como constitutiva.

Para un adecuado estudio de las cuestiones planteadas conviene distinguir tres tipos o modalidades de transferencia, incardinados todos ellos en

la clasificación que hacíamos antes en relación con sus modalidades, con los sujetos intervinientes o con su carácter voluntario o coactivo. Se trata de las transferencias en las que entren en juego simultáneamente dos fincas concretas, aquellas en las que no existe inicialmente una finca de destino y, por último, el caso especial de la ocupación directa de parcelas afectas a usos generales o a dotaciones públicas de carácter local.

Previamente ha de examinarse el criterio general previsto expresamente en la Ley sobre sus requisitos formales. Dicho criterio se contiene en los artículos 197 y 198, según los cuales:

- En los Ayuntamientos se creará un Registro de Transferencias de Aprovechamiento, en el que se inscribirán, al menos, los acuerdos celebrados entre particulares, los de compraventa o cesión entre éstos y la Administración y las transferencias de carácter coactivo.
- La previa inscripción de la transferencia en el Registro citado será requisito previo para el acceso del título al Registro de la Propiedad.
- En todo caso, para la inscripción en el Registro de Transferencias será necesario acreditar la titularidad registral de la parcela o parcelas a que la transferencia se refiera, exigiéndose en caso de existencia de cargas la conformidad de los titulares de éstas.

Como comentario general de estos requisitos generales cabe señalar:

a) *En orden a su concordancia con el sistema urbanístico*

El contenido de los preceptos citados es lógico si se tiene en cuenta que se trata de supuestos de ejecución directa de las determinaciones del Plan, tal y como señalábamos antes, y que respecto de tales actos de ejecución ya en legislación anterior refundida su acceso al Registro se considera necesario, como un deber impuesto por la norma a la Administración actuante. Así resulta:

- De los artículos 168, 169, 162.2 y 157.3 de la Ley y concordantes del Reglamento de Gestión Urbanística, para los sistemas de actuación por Cooperación y Compensación.
- De los artículos 171, 223.2 y 224 de la Ley, en relación con los concordantes del Reglamento citado, para los expedientes dimanantes del sistema de Expropiación Forzosa, al que cabe añadir que sus efectos materiales, similares a los del principio de fe pública registral, no son entendibles sin inscripción del dominio adquirido por el

órgano actuante, tema ya tratado por el autor de este trabajo en un artículo relativamente reciente (5).

b) *En orden a su concordancia con el sistema civil de transmisiones*

En este punto, el sistema de acceso al Registro que la Ley establece para las transferencias de aprovechamiento es totalmente lógico. En efecto, si como hemos visto a lo largo del trabajo la realidad que se estudia se ubica en el campo de la transmisión inmobiliaria, con todos los matices que resultan de su conceptualización y regulación, no cabe duda de que la institución llamada a proteger este espacio concreto de la seguridad del tráfico y de los derechos que constituyen su objeto es el Registro de la Propiedad. De aquí la plasmación en la nueva Ley de las soluciones que ya se apuntan en la legislación anterior y que hemos examinado en el capítulo primero.

Sin embargo, la novedad de las cuestiones planteadas hace conveniente el estudio de las mismas en los tres supuestos que antes enumerábamos, si bien teniendo en cuenta que el cumplimiento de las previsiones generales contenidas en los artículos 197 y 198 deberá necesariamente ser completado con las normas reglamentarias, cuya elaboración exige el inciso último de la disposición adicional 10 de la Ley de 25 de julio de 1990, que han de dirigirse precisamente al desarrollo de las disposiciones registrales contenidas en la Ley y a las que, por cierto, tampoco se refiere NÚÑEZ LAGOS.

A) *Transferencias entre propietarios de fincas distintas y existentes en el momento de su formalización*

En este supuesto, quizá el más complejo en cuanto a su conceptualización, se trata del traslado de una facultad jurídica, determinada en cuanto a su existencia y cuantificación, por la titularidad de una finca determinada, desde ésta a otra distinta, cuya proporción desde el punto de vista de la comparación de su propio aprovechamiento materializable con el apropiable por su titular está en situación inversa que la primera. La situación puede darse, antes lo señalábamos al estudiar la naturaleza del caso, entre fincas pertenecientes al mismo titular o a distintos propietarios.

En ambos supuestos, puede en principio dudarse sobre el tipo de inscripción registral de la transferencia, cesión o distribución que se lleve a efecto.

(5) La expropiación urbanística. Alcance y significado de los artículos 138 y siguientes de la Ley de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, Texto Refundido de 9 de abril de 1976. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 610.

- A favor de su naturaleza declarativa y voluntaria, puede aducirse que la Ley no expresa otra cosa, por lo que es aplicable el sistema general previsto en el artículo 606 del Código Civil, en relación con la legislación hipotecaria.
- A favor de su naturaleza declarativa, pero necesaria, puede argumentarse que se trata de un supuesto de ejecución urbanística en el que, como todos los demás, la inscripción es obligada. Por otra parte, inducen a esta idea las previsiones legales sobre necesidad de acreditar la titularidad registral y el consentimiento de los titulares de cargas de ambas fincas. Es el criterio que defendemos en este caso y el que nos parece más prudente y ajustado a una interpretación sistemática de las normas legales y de las necesidades de protección del tráfico inmobiliario generado por la necesaria distribución de cargas y beneficios resultantes del Plan.
- A favor de su naturaleza constitutiva podría señalarse el carácter inmaterial, no perceptible por los sentidos y no protegible por la simple publicidad posesoria del Derecho transmitido o distribuido, lo que supone la necesidad de una solución registral y lo inadecuado de la solución que sobre la *traditio ficta* establece el artículo 1.462 del Código. Por otra parte, se trataría de un supuesto de aplicación analógica de otras normas legales sobre derechos inmobiliarios similares, especialmente el de superficie, a que se refiere el artículo 288.2 del texto vigente de la Ley del Suelo. Se trata de una cuestión opinable, que adquiere mayor trascendencia en los casos en que no existe finca de destino del aprovechamiento, a que luego nos referiremos.

De todas formas, aún prescindiendo de cualquier discusión técnica sobre naturaleza de la inscripción, lo cierto es que la Ley, sobre todo en su versión de 26 de junio de 1992, somete la transferencia a la doble inscripción en el Registro de Aprovechamientos, dirigida a controlar la legalidad urbanística, y en el de la Propiedad, Registro jurídico por antonomasia, cuya finalidad es la publicidad, con eficacia frente a tercero, del Derecho transmitido y del título traslativo. En este sentido se pronuncia, de forma sencilla e inequívoca, JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ (6).

En cuanto a los demás aspectos del supuesto, cabe señalar:

(6) *Comentarios a la Ley del Suelo* Texto Refundido de 1992, volumen II, Cívitas, 1993.

a) *Título formal de la transferencia*

En este punto, el artículo 197.a) señala que las transferencias entre particulares deberán constar en documento público. Lógicamente, será la escritura pública ordinaria o la sentencia firme, en los términos del artículo 3 de la Ley Hipotecaria, para los actos traslativos, y la misma escritura para los actos de simple distribución, por imperativo del precepto citado, en relación con el artículo 50 del Reglamento Hipotecario. En este punto coincidimos con NÚÑEZ LAGOS, si bien éste no distingue entre la distribución y la transmisión en sentido propio.

Ahora bien, en lo que se refiere a esos mismos actos de transferencia, cuando interviene la Administración como cedente o cesionaria de aprovechamientos, la realidad es que la escritura pública no parece constituir el único título formal utilizable, tal y como preconiza el autor que comentamos. En efecto:

- El artículo 197.a) se refiere de forma expresa a la escritura sólo para las transferencias entre particulares.
- El artículo 308 de la Ley del Suelo dispone que, salvo en los casos en que la legislación establezca otra cosa, los actos a que se refiere el número anterior (entre ellos los de transferencia), podrán inscribirse en el Registro mediante certificación administrativa...
- El artículo 3 de la Ley Hipotecaria admite como título formal ordinario el documento auténtico expedido por el Gobierno o sus agentes.

Por tanto, en este segundo caso parece que puede constituir título inscribible, en sentido formal, tanto la escritura como la propia certificación administrativa del acuerdo de cesión, o incluso el de distribución, a la vista del contenido del artículo 310.5 de la Ley y 54.3 *in fine*, que derogan, en esta materia, lo dispuesto en el artículo 50 del Reglamento Hipotecario.

b) *Requisito previo de la inscripción en el Registro de Transferencias de Aprovechamiento*

El Registro de Transferencias de Aprovechamiento se configura en la Ley como un órgano administrativo de control de la legalidad urbanística de las propias transferencias, cuya creación depende de los Ayuntamientos. La norma se limita a establecer que la inscripción del título formal en dicho Registro constituye requisito indispensable, en todos los casos, para el acceso del mismo al Registro de la Propiedad.

Por tanto, es evidente que el legislador no está pensado en un Registro jurídico inmobiliario, sino en un órgano de policía urbanístico, de carácter preventivo de un posible ilícito o de un fraude apoyado en la confianza social en el contenido del Registro de la Propiedad, en los mismos términos y con similar finalidad que la prevista en el artículo 37.2, cuando sujeta al requisito de que se acredite la existencia de licencia de obras la inscripción registral de los títulos de declaración de obras nuevas.

La dicción legal plantea, sin embargo, un problema de interpretación. En efecto, si el documento en el que se formaliza la transferencia se autoriza o expide antes de que se produzca la resolución administrativa que la aprueba, podría ocurrir que la formalización documental fuera ineficaz en caso de decisión negativa sobre la legalidad urbanística de la propia transferencia.

La cuestión se suscita especialmente en el caso de la escritura pública notarial de transferencias entre particulares, pues el propio otorgamiento origina no sólo gastos notariales, sino incluso fiscales, con independencia de la legalidad del documento.

Por ello parece más lógico que con carácter previo al otorgamiento del título se solicite la aprobación de la transferencia en proyecto y, una vez obtenida ésta, se proceda a la formalización que corresponda. Con ello se conseguiría una interpretación concordada de las disposiciones legales, que se refieren específicamente a la inscripción, pero que omiten la regulación del acto de aprobación de la transferencia de aprovechamientos, que, indudablemente, se situaría en el ámbito de los actos administrativos del tipo de la licencia.

C) *Los requisitos relativos a la certeza de la titularidad registral de las fincas afectadas y de consentimiento de los titulares de cargas*

Se trata de dos aspectos contenidos en el artículo 198.2 de la Ley que NÚÑEZ LAGOS llega a calificar de «lamentables». No se entiende la expresión a menos que, para él, lo «lamentable» sea la propia existencia del Registro de la Propiedad. Aduce el autor que «la titularidad puede acreditarse por cualquier medio como el Catastro, el Censo de Propiedades del Ayuntamiento y, desde luego, el protocolo notarial». Olvida, al parecer, toda la historia legislativa del país desde 1861, el esencial principio civil de publicidad registral y los efectos limitados que predica de la escritura pública el artículo 1.218 del Código Civil. Ni siquiera es necesario detenernos en este punto.

Sin embargo, se trata de una exigencia que merece un doble comentario:

- Si las fincas de origen o de destino de las unidades en que se cuantifica el derecho al aprovechamiento transferido carecen de inmatriculación, parece lógico que la misma constituya exigencia de la operación urbanística, en los mismos términos previstos por la Ley para la actuación sistemática, en los artículos 222.2, referido a la expropiación forzosa, y 310.5, alusivos a los expedientes de compensación o de reparcelación. En este sentido se argumentaba antes sobre el carácter necesario de la inscripción de la transferencia.
- Por otra parte, la exigencia del consentimiento de los titulares de las cargas está probablemente pensada porque la transferencia les afecta sustancialmente, de tal forma que unas se mantendrán por su carácter de compatibles con la transferencia, pero otras, sobre todo en los casos de derechos reales de garantía, habrán de ser distribuidas entre las fincas origen y de resultado en función de su prioridad respectiva y por medios similares a los utilizados en la técnica refaccionaria. En todo caso, se trata de problemas que habrán de ser resueltos reglamentariamente, sin que quepa despacharlos con una solución como la que pretende NÚÑEZ LAGOS, es decir, ninguna.

Así, según su trabajo, el titular de la carga que pierda garantía debe soportar el hecho como un avatar que le sobreviene por decisión del Plan, aunque reconoce que su propuesta tropieza con la «cuestión» que plantea la dicción del artículo 198.2. Y añadiríamos que también con la que nace del principio general de equidistribución que constituye eje conductor de la legislación del suelo.

B) *Transferencias en la que no exista, momentáneamente, finca de destino*

Será el supuesto habitual de las cesiones de aprovechamiento a favor de la Administración actuante, en los supuestos establecidos por la Ley, que antes examinábamos. En efecto, en estos casos el órgano actuante adquiere el aprovechamiento sin que, de momento, pueda concretarlo en una finca determinada.

La solución registral del problema se encuentra prevista en la Ley del Suelo para el caso de la ocupación directa de parcelas destinadas a sistemas generales o dotaciones públicas en el artículo 203.3.1.º, 4 y 5. Según dichos preceptos, y en lo que ahora nos interesa, la finca ocupada se inscribirá a favor de la Administración, en los términos que reglamentariamente se establezcan y, simultáneamente a dicha inscripción, se abrirá folio registral independiente al aprovechamiento urbanístico correspondiente a la finca ocupada (...).

El criterio legal es claro. Si el derecho al aprovechamiento apropiable transferido no se puede referir de forma inmediata a una finca determinada, es posible la apertura de folio registral independiente. La cuestión es si este sistema, previsto específicamente para el supuesto aludido, es aplicable analógicamente a los demás de inexistencia momentánea de finca de destino. A nuestro juicio, la respuesta es afirmativa sin duda alguna. En efecto, la analogía, como sistema general de aplicación de la norma, está prevista específicamente en el artículo 4.1 del Código Civil, y en este caso es evidente la identidad de razón a que se refiere el precepto.

Ahora bien, esto no supone que la inscripción que se practique a favor de la Administración no haya de someterse al conjunto de requisitos que exige el principio de especialidad registral, concretamente los que dimanen de la necesidad de especificación de las unidades en que se cuantifica el derecho transferido y la finca registral de que proceden.

En cuanto a la mecánica de estas inscripciones y su regulación, deberá quedar sujeta a lo que reglamentariamente se establezca, si bien puede llegarse a una afirmación, que va más allá del criterio que anteriormente defendíamos en relación al supuesto de que la transferencia tenga lugar entre propietarios de fincas existentes en el momento de la celebración del negocio.

En aquel caso, el criterio que apuntábamos como más prudente era el carácter declarativo y necesario de la inscripción. Sin embargo, cuando lo necesario es abrir folio nuevo a favor de la Administración adquirente, lo más lógico es entender que la naturaleza de la inscripción es la de constitutiva.

En efecto, lo característico de la inscripción constitutiva, es decir, la negación de la eficacia civil del título por el que se crea, modifique, transmita o extinga el derecho de que se trate es difícil negarla en este supuesto.

Es verdad que la Ley no exige de forma expresa la inscripción en el Registro de la Propiedad para que surta sus efectos la transferencia, pero la configuración civil del negocio entraña un auténtico problema si se parte de la inscripción necesaria en la finca de origen, sin que el derecho transferido tenga un correlativo registral en el folio que bajo nuevo número se abra al aprovechamiento transferido.

En este sentido, parece obvio que, hasta que llegue el momento en que el derecho cuantificado que la Administración adquiere, se ceda a un particular para incorporarlo como derecho sobre una finca determinada, lo lógico es que se inscriba en folio independiente a favor del órgano actuante. Se trataría, otra vez, de la aplicación analógica de una norma como la contenida en el artículo citado sobre ocupación directa o, incluso, de preceptos como el artículo 288.2 de la propia Ley sobre el derecho de superficie.

Si se parte de otro criterio, no se entiende que la Administración pudiera llegar a adquirir un derecho sin control de su cuantificación en relación a la finca que determina la existencia del derecho adquirido a favor del transmitente.

De otra parte, podría generarse una reserva indeterminada de aprovechamientos urbanísticos, cuyo agotamiento tampoco podrá ser objeto de control alguno.

Por todo lo expuesto nos inclinamos a pensar que en este caso, como en el que se estudia a continuación, la inscripción en folio independiente no puede tener otro carácter que el de constitutiva, aunque el legislador no lo diga de forma expresa. En realidad nos encontramos ante un supuesto típico de aplicación analógica de la norma (7).

En realidad, fuera de este punto concreto, este segundo supuesto no ofrece peculiaridad especial. Su mecánica ha sido ya estudiada en otro trabajo sobre la materia, al que me remito para evitar repeticiones (8).

C) *La ocupación de terrenos afectos a sistemas generales o a dotaciones públicas de carácter local*

Las peculiaridades esenciales del supuesto, actualmente regulado en los artículos 199 y siguientes, se centran en las siguientes notas:

- Consiste en la apropiación forzosa de una finca no incluida en unidad de ejecución, de tal forma de que, en vez de indemnizarse el perjuicio del propietario mediante el pago de un justiprecio expropiatorio ordinario, la Administración reserva el aprovechamiento apropiable que corresponde a su titular para su satisfacción mediante la adjudicación de una finca de resultado en expediente de equidistribución sobre una unidad cuya aprovechamiento materializable exceda del apropiable por los titulares de las fincas aportadas a dicho expediente.
- Participa, por tanto, de la naturaleza de la expropiación forzosa, si bien supone un medio de ejecución del Plan de carácter especial, cuya peculiaridad consiste en que se inicia como un acto de ejecución asistemática, puesto que se refiere a la adquisición forzosa de

(7) Sobre la aplicación de analogía en la determinación de la naturaleza de inscripción resulta muy interesante el criterio de JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA, que expone en el volumen I de su obra, *Derecho inmobiliario, registral o hipotecario*, Civitas, 1988

(8) R. ARNAIZ, *El acceso al Registro de la Propiedad de las transferencias de aprovechamiento urbanístico Estudios sobre la reforma de la Ley del Suelo*, Colegio de Registradores, 1991

una finca no incluida en unidad de ejecución, para concluir en la adjudicación al titular del derecho al aprovechamiento apropiable que corresponde al propietario de la parcela ocupada, mediante la atribución o adjudicación de una finca de resultado en una unidad sujeta a actuación sistemática.

No se trata aquí de examinar a fondo el supuesto, pero sí de mencionar algunos aspectos importantes en la materia que tratamos. El procedimiento ya había sido admitido por los artículos 51 y siguientes del Reglamento de Gestión Urbanística, si bien referido al aprovechamiento medio en suelo urbanizable programado y esencialmente a fincas destinadas a sistemas generales, y constituye el precedente inmediato de las transferencias de aprovechamiento reguladas en la nueva legislación.

De la regulación anterior, mantenida vigente por el Real Decreto 304/1993, de 26 de febrero, destacan una serie de aspectos que aclaran y ratifican muchas de las materias examinadas en este trabajo. Cabe señalar los siguientes:

- El Reglamento parte de la base de que el Registro de la Propiedad es un instrumento básico para la determinación y protección del aprovechamiento correspondiente a la finca ocupada hasta el momento de la atribución a su titular de una finca de reemplazo o de resultado en el polígono donde hayan de hacerse efectivos sus derechos.
- La inscripción del aprovechamiento de la finca ocupada se lleva a cabo en dos fases: la primera, mediante la práctica de nota al margen de la última inscripción de dominio de la finca ocupada, que se practica en virtud de certificación administrativa del acuerdo de ocupación, en la que se contienen los datos esenciales de la operación. La segunda, mediante inscripción en el mismo folio de la finca ocupada, de las unidades de aprovechamiento que específicamente corresponden al propietario de aquélla y de los titulares de las cargas registrales que pesen sobre la misma, cuyo título sería la escritura pública de determinación de tales unidades.
- El artículo 54 del Reglamento establece un sistema concreto para solucionar la existencia de cargas registrales sobre la finca ocupada, consistente en la previsión de un acuerdo entre sus titulares y el propietario de reparto proporcional de las mismas en régimen de proindiviso, si bien la ocupación, en casos de urgencia, puede seguir adelante aun cuando dicho acuerdo no se produzca.
- Las transmisiones posteriores de todas o parte de las unidades de aprovechamiento inscritas en tales condiciones a favor del titular de

la finca ocupada, o de éste y de los titulares de cargas en virtud del pacto antedicho, «se efectuarán conforme a lo establecido para los bienes inmuebles (...) y se inscribirán en el mismo folio de la finca ocupada, que no se cancelará hasta que se inscriba el acuerdo de reparcelación o compensación del polígono en que los titulares de la finca ocupada hayan de hacer efectivos sus derechos».

La nueva Ley, pese al mantenimiento formal de la vigencia de las normas reglamentarias, introduce algunas modificaciones sustanciales:

- De una parte, rompe el principio de unidad de folio, de tal forma que la finca ocupada se inscribirá a favor de la Administración actuante y simultáneamente se abrirá folio registral independiente al aprovechamiento urbanístico de la finca ocupada. Ello es lógico a la vista de lo que inmediatamente se dirá.
- Ambas operaciones se llevarán a efecto en virtud de un único título, es decir, la certificación del acta en la que consten las circunstancias relativas a la finca y al aprovechamiento que corresponde a sus titulares. Por tanto, en la nueva terminología legal se deja de hablar del aprovechamiento que corresponde a la finca o aprovechamiento medio de la antigua Ley, para centrar el concepto en el que corresponde al titular de la finca, o aprovechamiento apropiable, predicable del propietario, tal y como decíamos antes al tratar del concepto de aprovechamiento urbanístico.

Las dos modificaciones son consecuencia natural del nuevo sistema. El aprovechamiento apropiable viene a considerarse como un derecho, determinado *propter rem*, pero integrante de una realidad inmobiliaria que puede desvincularse de la finca que especifica su cuantía. Por ello, aunque a primera vista la antigua y la nueva regulación no parecen ofrecer diferencias básicas, lo cierto es que la nueva Ley altera el concepto del aprovechamiento inscribible, que limita al apropiable, y, en consecuencia, modifica en la misma medida el sistema de inscripción.

NÚÑEZ LAGOS no profundiza en esta distinción, fundamental para comprender el nuevo sistema legal. Se limita a entender que es más lógica la regulación reglamentaria, en el fondo, porque sigue pensando que el aprovechamiento constituye una determinación del Plan predicable de la finca, inseparable de la misma y no susceptible de tráfico inmobiliario independiente.

Sin embargo, creemos que su posición es acertada en cuanto señala que la inscripción de la finca ocupada a favor de la Administración no puede considerarse como definitiva de dominio hasta que el aprovechamiento

inscrito en folio independiente se transforme, por concreción, en la finca de resultado que se atribuya a su titular en la unidad de ejecución correspondiente. Será un problema que deberá resolver la norma reglamentaria por vía de alteración del actual contenido del Reglamento de Gestión.

Por tanto, el sistema de ocupación directa, del que nos hemos limitado a tratar el problema conceptual de su acceso al Registro, es plenamente coherente, en su regulación actual, con el resto de las determinaciones del capítulo III del título IV de la Ley y proporciona, además, la solución más lógica para resolver registralmente la cuestión de la apertura de folio independiente al aprovechamiento apropiable cuando no exista finca concreta de destino en el momento en que se formaliza la transferencia.

IV. CONCLUSION

Con todo lo expuesto, como decíamos al comienzo no se agotan los problemas. La Ley ha montado un nuevo régimen de equidistribución de beneficios y cargas del planeamiento, fuera de los sistemas clásicos, complejo en su conceptualización y en su instrumentación y, probablemente, necesitado de un tiempo de asimilación social, lo mismo que ocurrió con otras instituciones urbanísticas que ya nos parecían familiares.

Sin embargo, permite al jurista la adopción de nuevos criterios y le abre la imaginación a soluciones capaces de resolver cuestiones cuya regulación era demasiado rígida y que son necesarias para la aplicación de los principios de justicia distributiva y de colaboración entre la Administración y los particulares en la creación y conservación del núcleo de población.

Este es el criterio que se echa en falta en el trabajo que se comenta. Es natural que el legislador aproveche en sus nuevas soluciones al Registro de la Propiedad como institución del Estado llamada de forma natural a proteger y asegurar el tráfico inmobiliario, sobre todo cuando sus principios instauradores permiten su adaptación constante a las nuevas realidades.

Por ello, mantener una posición contraria es conceptualmente equivocada, sobre todo si se parte de posiciones no adaptadas al signo de los tiempos y de interpretaciones parciales y contradictorias con la evolución social y la realidad legislativa.

RAFAEL ARNÁIZ EGUREN
Registrador de la Propiedad

La certificación con efectos de cierre registral o de reserva de prioridad (I)

SUMARIO: I. EL PROBLEMA PLANTEADO.—II. IDEAS GENERALES SOBRE LA RESERVA DE PRIORIDAD: A) LA RESERVA ABSTRACTA DE RANGO. B) LA RESERVA CASUAL. C) LOS SUPUESTOS DE RESERVA IMPROPIA.—III. LA RESERVA DE PRIORIDAD EN ARGENTINA Y URUGUAY: A) ANTECEDENTES. B) SISTEMA REGISTRAL ACTUAL: 1. *Principios civiles*. 2. *Análisis del funcionamiento de la certificación con cierre registral y de sus efectos*.—C) CONCLUSIÓN CRÍTICA SOBRE EL SISTEMA —IV. LA RESERVA DE PRIORIDAD EN OTROS ORDENAMIENTOS. A) SISTEMAS ANGLOSAJONES. B) SU POSIBILIDAD EN OTROS ORDENAMIENTOS.—V. LA RESERVA DE PRIORIDAD EN EL DERECHO ESPAÑOL: A) SUPUESTOS DE RESERVA IMPROPIA EN EL DERECHO ESPAÑOL. B) PROBLEMA REAL QUE SE SUSCITA. C) ANTECEDENTES Y OPINIONES DOCTRINALES. D) PROBLEMAS A QUE DA LUGAR LA INTRODUCCIÓN DE LA FIGURA: 1. *Efectos generales*. 1.1. Reserva a instancia del titular registral. 1.2. Solicitud a instancia del adquirente futuro.—2. *La relación entre las normas civiles y las registrales*. 2.1. Propiedad y derechos de goce que supongan la existencia de contacto posesorio. 2.2. Derechos sin contacto posesorio.—3. *La conveniencia de la reserva como elemento de mejora de la seguridad cautelar*.

I. EL PROBLEMA PLANTEADO

La cuestión que se trata de resolver con la figura que va a ser objeto de este breve estudio es la de la supuesta inseguridad que afecta al adquirente de derechos inscribibles desde el momento en que efectúa la transacción que ha de acceder al Registro hasta que efectivamente inscribe o, al menos, presenta el título en el Libro Diario, con los efectos propios de prioridad que la Ley confiere al asiento de presentación.

En nuestro país, el riesgo del adquirente ante la posible alteración de la situación registral durante ese período intermedio fue objeto de un profundo estudio en el Informe que el Colegio de Registradores envió, en abril de 1989, al Congreso de los Diputados bajo el título «El fraude inmobiliario»,

y en el que se delimitaban dos fases distintas en las que podría surgir el problema (1).

a) La primera transcurre desde la celebración del contrato traslativo en documento privado no inscribible, forma civil plenamente válida en nuestro Derecho, hasta su formalización en documento público susceptible de acceso al Registro. Es, con mucho, el período más conflictivo y en él se centran especialmente los problemas de evicción que pueden surgir de los actos dispositivos del transmitente civil, de situaciones de insolvencia o de la falta de regulación del problema de la prehorizontalidad (2).

La solución de las cuestiones que se plantean en este primer período se centran en la instrumentación de medidas de publicidad registral provisional, con efectos limitados, de los títulos adquisitivos civilmente válidos, pero carentes de las formalidades necesarias para provocar la inscripción definitiva. No es materia objeto de este estudio y su mención tiene por objeto la delimitación exacta del problema de la «reserva de prioridad».

b) La segunda fase se centra en el período que media entre el encargo al Notario de la preparación de un documento en el que se formaliza cualquier transacción inmobiliaria y el momento de la presentación de la copia correspondiente en el Libro Diario del Registro.

Es al campo propio de la figura de la reserva de prioridad en los Ordenamientos donde se admite, aunque con las matizaciones conceptuales que luego veremos. Su formulación general consistiría en que, incluso antes de existir el negocio jurídico y durante los tratos preliminares, pueda provocarse un cierre o bloqueo registral que impida el acceso a la inscripción de otros negocios contradictorios con el que se encuentra en gestación, sustrayendo la finca del tráfico jurídico durante un período determinado.

La idea parte del criterio de alterar el principio esencial de protección a quien accede al Registro con prioridad temporal, cualquiera que sea el grado de dicha protección y el efecto de la inscripción, con el fin de preservar los derechos de quien ha iniciado un negocio preliminar de adquisición o de gravamen sobre una finca concreta.

Pues bien, la iniciativa de introducir el sistema de reserva de prioridad en el Derecho español, con la finalidad de evitar los problemas de inseguridad jurídica durante el período que estamos estudiando, no se ha planteado con frecuencia, quizá porque su rechazo es ya antiguo como veremos luego.

Sin embargo, en la medida en que, con esta denominación, se admite en dos países hispanoamericanos, concretamente Argentina y Uruguay, direc-

(1) Publicado en el *Boletín del Colegio de Registradores*, núm. 269, 1990.

(2) La cuestión de la prehorizontalidad, como fundamental en materia de seguridad de tráfico, fue ya objeto de Conclusión especial en el III Congreso Internacional de Derecho Registral, celebrado en San Juan de Puerto Rico en 1978.

tamente conectada con la anotación de documentos no notariales y de que su doctrina ha sido ampliamente divulgada en Congresos Internacionales de Derecho Notarial e, incluso, en algunos trabajos recientes de Notarios españoles y uruguayos, es oportuno un examen matizado del problema y de su posible adaptación a nuestro Derecho (3).

En este trabajo partimos de la base de que nada tienen que ver las posibilidades de la llamada «certificación con reserva de prioridad» de los Ordenamientos citados con la realidad y el sistema jurídico de nuestro país, pese a que, de alguna forma, puede llamar la atención de algunos especialistas procedentes, sobre todo, del campo del Notariado.

En este sentido, para estudiar adecuadamente la figura y su posible introducción en el Derecho español conviene distinguir cuatro apartados, dirigidos, respectivamente, al examen de las ideas generales sobre la reserva de prioridad, a su funcionamiento en los Ordenamientos argentino y uruguayo, a su existencia y posibilidad en otros Ordenamientos y a su posible aplicación en España.

II. IDEAS GENERALES SOBRE LA RESERVA DE PRIORIDAD

Cabe distinguir, con carácter general, varias modalidades propias e impropias de reserva de prioridad:

A) LA RESERVA ABSTRACTA DE RANGO

Es la que se produce desconectada de un negocio jurídico concreto, provocada a instancia del titular registral y con dos efectos alternativos:

- El cierre o bloqueo del Registro, para que no pueda practicarse asiento alguno con posterioridad a la reserva.
- El efecto retroactivo de la reserva. El Registro no se cierra, pero los asientos posteriores al que publica la reserva tienen el carácter de condicionales, de forma que han de cancelarse si el negocio con prioridad reservada llega en su día a formalizarse y a presentarse dentro de plazo.

(3) Un ejemplo reciente lo constituye la publicación en la *Revista Jurídica del Notariado*, a propósito de una posible reforma del artículo 175 del Reglamento Notarial español, del trabajo de la Notaria uruguaya doctora SUSANA CAMBIASSO, que reitera brillantemente la exposición de las características del sistema en su Ordenamiento.

B) LA RESERVA CAUSAL

Es la referida a un negocio jurídico concreto de formalización futura, de forma que se especifique en el asiento correspondiente las características esenciales del mismo y el nombre del adquirente. Dentro de esta modalidad de reserva, que puede provocar también los dos efectos alternativos antes descritos, cabe distinguir, a su vez, dos supuestos:

- Que el negocio con prioridad reservada carezca en absoluto de existencia, es decir, que suponga un mero proyecto de transmisión o gravamen a favor de persona determinada.
- Que se trate de un contrato o precontrato perfecto, cualquiera que sea su forma, pero cuya existencia y eficacia es anterior a la reserva. En este segundo caso, si se admite por el Ordenamiento, nos encontramos, en realidad, ante una reserva impropia, en los términos que veremos a continuación.

C) LOS SUPUESTOS DE RESERVA IMPROPIA

Directamente conectadas con el principio de prioridad existen otros supuestos, variables según las modalidades del sistema, pero los cuales presentan una característica común consistente en que producen efectos de prioridad ganada y no de prioridad reservada. Se trata de aquellos casos en los que, por razones dimanantes de la propia estructura del derecho, de otras resultantes del interés público, de protección de acreedores, de equilibrio de intereses o de agilización del tráfico inmobiliario, los Ordenamientos adoptan soluciones de aparente reserva de prioridad.

Sin embargo, no se trata de supuestos de reserva en sentido propio, sino de declaraciones de voluntad unilaterales o plurilaterales, o de decisiones judiciales o administrativas a las que la norma permite el acceso al Registro, de forma que les sean aplicables los efectos típicos del principio, es decir, el cierre registral al negocio incompatible o el mejor rango del negocio inscrito o anotado respecto de los que accedan al Registro con posterioridad. Son ejemplos típicos los siguientes:

- Los derechos reales de garantía, en los que el *ius distrahendi* nace con el asiento registral, aunque el negocio de enajenación efectivo tenga lugar con posterioridad y con prioridad de rango respecto de transmisiones intermedias.
- Los asientos provisionales de advertencia de situaciones contradictorias con la titularidad inscrita, como la anotación preventiva de demanda o sus versiones alemanas de «Widerspruch» o de «Vorme-

kung», cuya finalidad es la constatación registral de la existencia posible de una situación extrarregistral capaz de alterar la titularidad o el contenido de un asiento vigente.

- La constitución judicial o administrativa de figuras registrales de garantía, como la anotación preventiva de embargo, la hipoteca judicial francesa u otros similares.
- La constitución o transmisión unilateral de derechos reales como la hipoteca alemana de propietario, la hipoteca unilateral española o la oferta unilateral de venta francesa. En todos estos supuestos se trata de derechos, constituidos en la forma pública suficiente para su acceso al Registro, a los que el legislador atribuye la posibilidad de su inscripción con la finalidad de asegurar su eficacia frente a asientos posteriores.

El presente estudio tiene por objeto los supuestos de reserva de prioridad en sentido propio, dirigidos a la protección de un negocio futuro, delimitado o no, a que se ha hecho referencia en los dos primeros apartados, puesto que los relacionados en el último, u otros similares que se examinarán luego, al estudiar la figura en el Derecho español, no constituyen casos de reserva de prioridad, sino de aplicación directa del principio.

III. LA RESERVA DE PRIORIDAD EN ARGENTINA Y URUGUAY

El sistema de bloqueo registral sólo se aplica en Argentina y Uruguay, sin que haya sido aceptado por las legislaciones registrales de los restantes países iberoamericanos, como ha sido reconocido en el VIII Encuentro del Comité Iberoamericano de Consulta Registral (4).

El hecho de que la institución sólo se aplique en los dos países citados obedece a las peculiaridades de su sistema civil, notarial y registral, así como de su propia realidad social y económica. Dada la excepcionalidad de la admisión de la figura y su carácter reciente, conviene realizar un estudio matizado de sus características.

(4) Así resulta del Acta suscrita el 25 de septiembre de 1993 en San José de Costa Rica. Sobre el concepto de «*preanotación*» en virtud de certificación bancaria, v. artículo 141 del Decreto 2080/80, Reglamento ejecutivo de la Ley 17801 (Capital Federal, Tierra de Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur). Su crítica, en R. GARCÍA CONI, «Aporte al IX Congreso Internacional de Derecho Registral», Torremolinos, 1993 (ed. Colegio de Registradores, Madrid, 1993, t. I).

A) ANTECEDENTES

Hasta 1968, el sistema registral estudiado constituía una manifestación no evolucionada del folio personal, con efectos muy débiles de mera inoponibilidad y que experimentaba un deterioro notable en su aplicación práctica.

Por otra parte, el Notariado argentino, cuyo origen histórico es idéntico al español, no sufrió la profunda reforma que tuvo lugar en España en 1862 como consecuencia de la implantación de un sistema de registro de desarrollo técnico. Así, la contratación en los dos países australes se apoyaba en el principio en la intervención única del Notario para garantizar la seguridad preventiva de la adquisición y evitar, en lo posible, la evicción reclamada por un titular de mejor derecho.

Por ello, el sistema de seguridad preventiva ha tenido tradicionalmente una eficacia limitada, pues la carencia de Registro y de un sistema de calificación objetiva hace descansar el peso de las disfunciones existentes sobre la jurisdicción contenciosa, que es precisamente lo que trata de evitar, y evita, un sistema registral desarrollado.

Esta situación dio lugar a un aumento extraordinario del número de Notarías, en la medida en que era muy difícil contratar sin un examen minucioso, lento e inseguro de los antecedentes documentales de la finca transmitida, tanto en el protocolo propio del Notario a quien se encarga el estudio como en otros protocolos donde pudieran hallarse los antecedentes que justifiquen la legitimación del transmitente y el estado de cargas de la finca.

B) SISTEMA REGISTRAL ACTUAL

Ante esta situación, en 1968, el Notariado argentino propició la sustitución del folio personal por una ficha que, con el nombre de folio real, recogiera la fecha del otorgamiento del título, el notario autorizante y la denominación del contrato, con remisión a los distintos protocolos en los que se contiene el historial de la finca. En realidad, por tanto, la ficha solamente coordina el trabajo notarial, hasta el punto que los tratadistas expresan esa situación con la frase: «nuestro Registro es un Registro de documentos y no de derechos». Ello lleva consigo las siguientes consecuencias:

- Por el Registro se conoce el dato de que un documento notarial existe, pero no cuál es su contenido. Es el propio Notario el que rellena el impreso normalizado de la solicitud o minuta de inscrip-

- ción, que se archiva por microfilm. Resulta paradójico que, además, el sistema mantenga el secreto del protocolo notarial.
- Por tanto, el Registro implantado en 1968 supone en el fondo el establecimiento de un mecanismo que facilita la actuación notarial tradicional.
 - Se mantiene formalmente en la legislación el simple principio de inoponibilidad, si bien referido sólo a la existencia del documento al que hace referencia la ficha, puesto que el sistema no prevé el depósito físico del documento en el Registro, a diferencia de los sistemas latinos de tipo francés.
 - Puesto que el contenido del asiento, en definitiva, de la fecha de referencia se limita a dar noticia de la existencia del documento, no es posible el juego de principios positivos modernos de publicidad registral como el de legitimación y fe pública.
 - Por la misma razón, está absolutamente restringida la publicidad formal, tanto en cuanto al contenido que revela la ficha, es decir, la mera existencia de los documentos que en la misma se mencionan, como en cuanto a la personalidad del solicitante que para el tráfico privado queda limitada al escribano.
 - Por otra parte, se mantiene la labor notarial de investigación de la titularidad efectiva, de la legitimación del transmitente y del estado de cargas de la finca a través de la búsqueda en los respectivos protocolos, sin que el folio real suministre información completa sobre todos estos aspectos.

1. *Principios civiles*

Desde el punto de vista civil, el Ordenamiento argentino responde, a su vez, a una serie de principios plenamente coherentes con las ideas expuestas. Tales pueden resumirse en la idea de que la transmisión del derecho real se produce por la teoría del título y el modo, con dos restricciones: una, de carácter formal, y otra, de tipo sustantivo.

- Desde el punto de vista formal, sólo tiene el carácter de «título» habilitante de la transmisión la escritura notarial, lo que supone atribuir a dicho documento una aparente naturaleza constitutiva que la jurisprudencia y el propio Código Civil han modalizado mediante el reconocimiento de la eficacia del contrato privado o «boleto de compraventa».
- Desde el punto de vista sustantivo, el otorgamiento del documento notarial y, en su caso, la inscripción registral sólo genera un derecho

personal en el adquirente, como afirma y subraya constantemente la doctrina. La escritura no produce efecto de tradición instrumental ni su mención en la ficha registral sustituye al modo. En definitiva, sólo la entrega real y física se considera modo suficiente para la adquisición.

- Como consecuencia de lo anterior, la apreciación de la existencia de un derecho real, en la medida en que su adquisición se basa en un hecho físico como la entrega, sólo puede ser realizada judicialmente. El sistema de seguridad preventiva no ha evolucionado ni a la sustitución del modo por la inscripción ni a la aceptación de la tradición instrumental, por lo que la ausencia de presunciones supone que el apoyo último de la titularidad del adquirente se encuentra, exclusivamente, en la decisión jurisdiccional.

En definitiva, los Ordenamientos civiles argentino y uruguayo se sitúan en la doctrina del título y el modo característico del Derecho español antes de la publicación del Código Civil y, sobre todo, de la legislación hipotecaria española. Ello hace muy difícil la comparación de ambos sistemas, pues aunque su origen civil es similar, su evolución es radicalmente diferente en la medida en que nuestro Ordenamiento organiza el tráfico inmobiliario sobre la base de admitir plenamente los principios positivos de publicidad registral, es decir, legitimación y fe pública, de dotar a la escritura pública de un efecto limitado, en cuanto a sus efectos frente a tercero, y, en cambio, de configurar el documento notarial como tradición instrumental.

2. Análisis del funcionamiento de la certificación con cierre registral y de sus efectos

De acuerdo con lo expuesto, en los sistemas argentino y uruguayo sí tiene explicación la institución del bloqueo del Registro o, en definitiva, de lo que el Ordenamiento denomina «anotación preventiva de negocio en gestación», concepto de fundamental importancia en el análisis del alcance jurídico de la figura.

Así, según el artículo 23 del Decreto-Ley de 1968, «ningún escribano o funcionario público podrá autorizar documentos de transmisión, constitución, modificación o cesión de derechos reales sobre inmuebles sin tener a la vista el título inscrito en el Registro, así como la certificación expedida a tal efecto». Es decir, se impone una doble restricción al tráfico jurídico en la documentación pública: Antetítulo inscrito y certificación del bloqueo vigente.

- La primera supone un requisito formal previo a cualquier transmisión, de tal suerte que la posesión física del documento inscrito, y no de otra copia, donde conste la nota de inscripción es el medio que habilita para el otorgamiento del contrato o «título de la transmisión» ante el Notario.
- A su vez, el requisito básico para la solicitud notarial de certificación de bloqueo es la presentación al escribano del acuerdo privado entre las partes sobre la transmisión o constitución del derecho real, que en el caso de compraventa se denomina «boleto». Este acuerdo previo se conoce por los autores argentinos con la denominación de «negocio en gestación», lo que es lógico si se tiene en cuenta el valor que el Ordenamiento confiere a la escritura notarial como constitutiva del título.

A partir de ahí, el escribano remite al Registro la solicitud de reserva de prioridad, que se formaliza mediante la mención en la ficha de la existencia del contrato o precontrato privado. Este asiento se denomina «anotación provisoria del negocio en gestación», con efectos de reserva de orden. En realidad, por tanto, lo que se ha producido, si utilizamos la terminología española, en un asiento provisional similar a la anotación preventiva de un negocio jurídico existente que todavía carece de forma notarial.

Por tanto, nos encontramos no ante una reserva de rango en sentido propio, ni aún en su versión de reserva causal sobre un negocio futuro, sino ante la aplicación directa del principio de prioridad, referido, mediante anotación, a un negocio existente, que en el Derecho argentino se denomina negocio en gestación, aunque en otros sistemas como el nuestro se trata de un contrato perfecto no autenticado notarialmente. Lo que, además, viene a ser reconocido incluso por la propia jurisprudencia argentina en base a una interpretación más progresiva del artículo 2.355 del Código Civil argentino reformado.

Por tanto, el efecto sustancial, pero sólo aparente, de la expedición de la certificación consiste en una reserva de prioridad a favor del negocio jurídico «en gestación», pendiente de formalización en la Notaría de quien solicitó la certificación. La realidad no es ésta. Como antes señalábamos, la solicitud de certificación lo que provoca en la ficha es un asiento provisorio, referido al documento privado que habilita al escribano para actuar y del que se deriva, como consecuencia, el cierre, también provisorio, del Registro, en favor del adquirente según dicho documento privado.

Por tanto, el llamado «negocio en gestación», no es una declaración de voluntad con eficacia civil futura. Se trata de un contrato o precontrato que en nuestro sistema civil tiene la eficacia ordinaria de un negocio civil

perfecto. Lo que ocurre en el Derecho argentino y uruguayo es que, en la medida que la escritura notarial es el único «título» posible, al contrato privado no notarial se le denomina negocio «en gestación», término que la doctrina europea entiende como mero proyecto de declaración de voluntad.

Así, la supuesta reserva de prioridad no existe, pues no se puede confundir el efecto con su causa. La causa es la anotación preventiva del acuerdo privado de voluntades, pendiente de formalización notarial. El efecto es el cierre o bloqueo del llamado Registro que resulta de la anotación y se publica por medio de la certificación. En este sentido, aun tratándose de un simple registro de documentos de efectos debilitados, nos encontramos no ante un supuesto de prioridad reservada a un negocio futuro, sino de prioridad ganada por un documento no notarial, es decir, de reserva de prioridad en el sentido impropio que antes exponíamos.

El sistema se completa con una norma muy difícil de encajar en nuestro sistema. Consiste en una reserva de rango tácita, durante cuarenta y cinco días a partir del otorgamiento de cualquier escritura notarial, con anotación previa o sin ella, de forma que durante ese plazo la presentación de la escritura provoca la cancelación de todos los asientos de fecha posterior a la del instrumento.

Por tanto, los efectos de la presentación registral propiamente dicha se desplazan a la fecha de una actuación notarial ignorada, oculta y desconocida, denominado por la doctrina «retroprioridad», coherente con el sistema que se expone, pero que, en nuestro país, no tiene cabida alguna (5).

Para completar la exposición del sistema conviene analizar sucintamente cómo funciona la reserva en relación con las normas básicas del Derecho civil. Así:

- La anotación provisoria y su efecto de bloqueo tiene un plazo de caducidad que oscila, según la distancia de la Notaría al Registro y la legislación local, entre quince y treinta días, a los que deben añadirse los cuarenta y cinco de reserva tácita y oculta, con los efectos de retroprioridad, a que antes hemos hecho referencia. Además, si existen defectos en la documentación presentada, se practica otra inscripción provisoria por otros ciento ochenta días, prorrogables a instancia del Notario.
- Las certificaciones a favor de comprador determinado son suscepti-

(5) Ni que decir tiene que la «retroprioridad» choca frontalmente con la «anotación provisoria del negocio en gestación», o certificación del cierre, cuando se actúa sin anotación previa o con anotación caducada. Por otro lado, este sistema mantiene su propio «plazo negro» el que media entre la hora de su eficacia (cero horas) y la presentación en el Registro de otro título contradictorio en el mismo día de su fecha (v. GARCÍA CONI, *op. cit.*, *infra*).

bles de cesión a otros Notarios por vía de sociedades entre escribanos y sólo para un negocio concreto, es decir, el negocio causal anotado, constituido por un «boleto» o un precontrato. La cesión indebida da lugar a la denuncia obligatoria del Notario por el Director del Registro, supuesto bastante frecuente en la práctica (6).

- Cuando la certificación es errónea, o «inepta» en la terminología argentina, prevalece sobre el contenido anterior de la finca registral, aunque el error consista en la ruptura del principio de tracto sucesivo. Así, si el negocio reservado llega al Registro, prevalece en todo caso la escritura notarial, incluso frente al contenido registral y al titular inscrito, que no tiene otro remedio patrimonial que la indemnización a cargo del Estado (7).
- No obstante la extensión de la anotación y la expedición de la certificación, no se impiden otras anotaciones del llamado negocio jurídico en gestación y la expedición de las certificaciones subsiguientes, así como la práctica de otros asientos en caso de que se presenten títulos autorizados, pese a la reserva expresa o a la existencia de reserva tácita de cuarenta y cinco días, con efectos de «retroprioridad». Ahora bien, si se llega inscribir el documento que causó la primera de ellas se cancelan todas las anotaciones e inscripciones posteriores.
- Si el anotante de un embargo llega al Registro después de expedirse la certificación, el acreedor se pondrá en comunicación con el Notario autorizante para impedir la compraventa. Si, no obstante, la escritura se autoriza, determinará la responsabilidad correspondiente para el escribano.
- Además, en lo que se refiere a la coordinación del sistema con las necesarias trabas judiciales en caso de impago de deudas, se establece la llamada inhibitoria, es decir, la situación ordenada judicialmente de prohibición genérica de disponer o bloqueo patrimonial del deudor, que en Ordenamientos como el nuestro sólo se produce demostrada la insolvencia y con efectos matizados según los casos (8).

(6) Así lo pone de manifiesto el doctor GARCÍA CONI en su obra el *Contencioso registral*, pág. 165

(7) Sobre este tema, el citado doctor GARCÍA CONI señala literalmente «Si la posesión por quien tiene derecho a usarla de una certificación vigente no habilitara para autorizar un acto jurídico irreversible, las escrituras públicas carecerían de la certeza que las caracteriza y, de alguna manera, nuestros Registros inmobiliarios tendrían carácter constitutivo, lo que está en pugna con nuestro Ordenamiento legislativo»

(8) Así, el efecto de inhibición, conectado con lo que hemos expuesto sobre actuación notarial en el tráfico privado, puede dar lugar a situaciones tan características como las que describe el ya citado profesor GARCÍA CONI. «El problema puede plantearse al

C) CONCLUSIÓN CRÍTICA SOBRE EL SISTEMA

De todo lo expuesto anteriormente resulta que el sistema estudiado:

- Desconoce, en general, la posición del tercero, la noción de derecho-deber y la titularidad pasiva unida indisolublemente a la activa, puesto que en realidad la institución publicitaria se concibe como un registro de documentos y no como un registro de derechos.
- Sólo se regula el conjunto de documentos que han de relacionarse en la ficha y el orden en que han de figurar en ésta. La oponibilidad es documental, no jurídica, formal y sustantiva.
- El Registro carece de publicidad formal al alcance de todos y se apoya en la anotación preventiva generalizada de documentos privados y en la actuación exclusiva del estamento notarial.
- Como consecuencia, la seguridad en el tráfico, en cuanto a la existencia y extensión de los derechos depende exclusivamente del orden jurisdiccional.

Todo ello cuestiona la organización y funcionamiento del sistema, cuyo análisis técnico lleva a la conclusión de que en Argentina y Uruguay el carácter constitutivo de la actuación notarial ha provocado la necesidad de la anotación preventiva del documento privado, ya que ningún Ordenamiento puede prescindir de la eficacia del acuerdo de voluntades si pretende situarse en el ámbito de la tradición romana y del principio de libertad de formas (9).

IV. LA RESERVA DE PRIORIDAD EN OTROS ORDENAMIENTOS

Pese a lo excepcional de la figura, conviene examinar brevemente su existencia o su posibilidad en otros sistemas civiles y registrales, además del ya examinado de Argentina y Uruguay.

embargante desorientado, al escribano que necesita conversar con un colega preinterviniente y, lo que es más grave, al Notario que se desprende de una certificación y luego, sin saber quién la utilizará, recibe una medida de «no innovar», es decir, la notificación de una prohibición de disponer».

(9) Bibliografía: Las precedentes notas sobre el sistema argentino se apoyan en el examen directo de sus textos legales, especialmente la Ley 17801 y la Ley 17711 de reforma del sistema registral y del Código Civil, respectivamente, así como en las obras de los siguientes autores: ALBERTO RUIZ DE ERENCHUN (*Defensa del principio de prioridad mediante la certificación registral con efectos de anotación preventiva en negocio en gestación*), RAÚL GARCÍA CONI (*El contencioso registral, recursos y subsanaciones*), FERNANDO J. LÓPEZ DE ZAVALÍA (*Derechos reales*), BEATRIZ AREAN DE DÍAZ DE VIVAR (*Tutela de los derechos reales y del interés de los terceros*, y la obra *Derechos reales*), SUSANA CAMBIASSO (*La reserva de prioridad. Ambito de aplicación y funcionamiento*), y para el Derecho uruguayo aporte del escribano JUAN PABLO CROCE URBINA.

A) SISTEMAS ANGLOSAJONES

En el sistema australiano y en el Registro de Títulos inglés pueden encontrarse, también, ejemplos de reserva de prioridad. La realidad, sin embargo, es que ambos Ordenamientos responden a un sistema registral muy diferente de los continentales, y especialmente del alemán, de donde toma sus efectos positivos de protección el sistema español.

Existe en Inglaterra una figura muy próxima a la certificación con reserva de prioridad, si bien ha de referirse al llamado Registro de Títulos (Land Registry), regulado por The Land Registration Act 1925 to 1988, es decir, con diversas modificaciones, desarrolladas por distintos Reglamentos, especialmente el denominado Land Registration (Official Searches) Rules de 1988. Se trata de una institución paradigmática del sistema que, además, está gradualmente sustituyendo al Registro de Cargas o The Central Land Charges Register.

Con una necesaria concisión, que explique la figura dentro del sistema inglés, cuya complejidad se reconoce unánimemente por la doctrina, cabe señalar:

- Mediante la solicitud al Registro por un futuro adquirente del dominio u otro derecho real, en la que consienta el futuro vendedor, y denominada «intending purchaser o transferee or mortgagee», se expide certificación cuyo efecto básico es el de que, durante un período determinado, ninguna alteración registral perjudicará al adquirente. Supone, por tanto, un régimen de reserva de prioridad para un pre-contrato en el que constan la voluntad de transferir y de adquirir.
- Sin embargo, la institución ha de entenderse dentro de un sistema civil en el que no existe autenticación notarial, en el que la llamada «compulsory registration» supone, de hecho, la admisión del carácter constitutivo de la inscripción y en el que los certificados de dominio y cargas —land or charge certificate— funcionan, como en el sistema australiano, como títulos reales del derecho o de la carga, cuyo acompañamiento al título de constitución o transmisión se estima imprescindible.

Ello es así porque la implantación del Registro de Títulos se debe, precisamente, a la necesidad de evitar las complejas investigaciones de título del transferente y de sus antecedentes.

Por último, no puede olvidarse que, en el ámbito formal, la organización del notariado es radicalmente distinta que la de los sistemas continentales, de forma que el peso de la seguridad preventiva recae exclusivamente en la calificación registral, en los certificados de inscripción y, en definitiva,

en la decisión judicial, al carecer el sistema anglosajón de la exigencia de una preparación jurídica especial para el Notariado (10).

En este sentido, la introducción de sus instituciones en los sistemas del tipo del español es muy difícil, pues su estudio exige una adaptación terminológica profunda, una labor de traducción de conceptos jurídicos que puede ser muy complicada y, en definitiva, una alteración sustancial del sistema de seguridad preventiva que, probablemente, sería incompatible con la cultura jurídica de nuestro país, apoyada en la teoría del título y el modo, en la conformación notarial del documento inscribible y en los principios de legalidad, calificación y publicidad del Registro.

B) SU POSIBILIDAD EN OTROS ORDENAMIENTOS

En los sistemas europeos de tradición latina y germánica la reserva propia de prioridad, tanto en su versión abstracta como causal, no se admite en ningún Ordenamiento. Sin embargo, sí se abre paso paulatinamente la adopción de soluciones apoyadas en sistemas de información registral adaptadas a las posibilidades que ofrece la técnica actual. Puede citarse, por ejemplo, el criterio seguido por el Registro Mercantil francés y de su sistema de prevención mediante información continuada, denominado abreviadamente INFOGREF, así como determinadas manifestaciones alemanas del sistema.

Lo mismo cabe señalar respecto de los países iberoamericanos, pese a la labor de divulgación argentina de su certificación con reserva y al peso de su doctrina civil en el subcontinente. De hecho, no se plantea la introducción de esta figura y así lo expresaron sus representantes en el citado VIII Encuentro del Comité Latinoamericano de Consulta Registral. Es más, en los sistemas que aplican efectos constitutivos a la inscripción, como Brasil y Chile, se advierte la tendencia de introducir en su Ordenamiento el criterio de «información continuada» a que nos referíamos antes al citar los casos de Francia y Alemania, y que recientemente ha puesto en marcha en España el Real Decreto 1558/1992.

(10) Bibliografía: Para este brevísimo apunte se han utilizado los trabajos de JOSÉ MARÍA CASADO PALLARÉS, *El Registro de la Propiedad en Australia y en Inglaterra*; de FERNANDO BAZ IZQUIERDO, *El sistema hipotecario inglés*, y de JUAN ANTONIO DE LEYVA, *El Derecho inglés, orden jurídico inmobiliario y registral*. Cabe citar, además, los trabajos «Report on Land Registration in England and Wales», presentado por la Delegación de estos países a la Reunión de Registradores de la Propiedad y Conservadores de Hipotecas de la Comunidad Económica Europea, que tuvo lugar en Madrid, en octubre de 1991, y «Registered Land Practice Notes», publicado por The Law Society and H.M. Land Registry. Second Longman Editions Londres, 1986.

V. LA RESERVA DE PRIORIDAD EN EL DERECHO ESPAÑOL

Para concretar la cuestión conviene distinguir una serie de aspectos referidos a los supuestos de reserva en sentido impropio que admite el Derecho español, al problema real que suscita y a los intereses en juego, a los precedentes de la figura y a su crítica doctrinal y, por último, a los efectos que produciría la institución a la vista del sistema de adquisición inmobiliaria del Código Civil y de los Ordenamientos autonómicos.

A) SUPUESTOS DE RESERVA IMPROPIA EN EL DERECHO ESPAÑOL

En el Derecho español vigente, la reserva de prioridad en sentido propio y en cualquiera de sus manifestaciones no aparece admitida de igual forma que en los Ordenamientos de su entorno y específicamente de la Comunidad Europea.

En sentido impropio, no como prioridad reservada, sino como prioridad ganada, podrían enumerarse algunos supuestos, además de los asientos apoyados en la decisión judicial, como el conjunto de las anotaciones preventivas. Su característica común es la exigencia del consentimiento firme del titular registral para que los efectos del mejor rango del Derecho antepuesto puedan producirse. Cabe citar:

- Los derechos reales de garantía, ya examinados anteriormente.
- La hipoteca unilateral del artículo 141 de la Ley Hipotecaria, cuya cancelación no puede llevarse a efecto sin el consentimiento expreso o tácito del acreedor, previamente intimado conforme a lo dispuesto, en los términos del propio precepto.
- La inscripción de determinados precontratos, como el de opción.
- Los negocios de reserva de rango, como el admitido en la posposición de la hipoteca presente a la de futura constitución, a que se refiere el artículo 241 del Reglamento Hipotecario, si bien con los condicionamientos que el propio precepto impone.
- A todos ellos hay que añadir el conjunto de situaciones de pendencia, como los derechos sujetos a condición de cualquier tipo, en los que el Registro protege, simultáneamente, la titularidad interina del derecho y la preventiva de quien puede acceder en el futuro a la consideración de sujeto pleno.

A estos supuestos de negocio jurídico firme que generan una alteración del rango y no una reserva de prioridad en sentido propio cabe añadir aquellos en los que la práctica de una nota marginal, con efectos de noti-

ficación a titulares registrales que accedan al Registro con posterioridad a su fecha, puede generar la cancelación plena o formal de los asientos correspondientes. Así:

- Las notas marginales previstas en procedimientos ejecutivos de créditos garantizados con hipoteca o anotación de embargo.
- La nota marginal de iniciación de expediente de expropiación forzosa, regulada en el artículo 32 del Reglamento Hipotecario, basada en el acceso al Registro del acto administrativo por el que se acuerda la adquisición por razones de utilidad pública o interés social, cuya finalidad es impedir que el expropiado enajene o grave su finca durante los trámites expropiatorios con la finalidad de dificultar la expropiación.
- La nota marginal de iniciación del expediente de equidistribución urbanística, a que se refiere el artículo 310 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 26 de junio de 1992. A diferencia de las que surgen en procesos expropiatorios, dan lugar simplemente a una cancelación formal, con posibilidad de reconstrucción de las inscripciones que se hayan practicado en virtud de títulos que desconocen el proceso de gestión urbanística. Por tanto, se trata de una manifestación del principio de prioridad matizado y con efectos específicos.

B) PROBLEMA REAL QUE SE SUSCITA

Dentro del período concreto al que aludíamos al comenzar este estudio, cabe diferenciar dos fases diferentes, en los que puede plantearse la cuestión de la reserva. Son los siguientes:

- El que media entre la información suministrada por el Registro y la firma de la escritura notarial. Se trata de un plazo tan breve como el que exija la preparación del documento y la comparecencia de las partes ante el Notario. Por tanto, depende fundamentalmente de estas últimas, de su diligencia en el encargo al Notario de la preparación de la escritura y de la solución de las cuestiones de todo orden que provocan la posible dilación en el otorgamiento.
- El que media entre la firma de la matriz notarial y la presentación de la copia en el Registro. Su duración es muy breve y se refiere exclusivamente al tiempo mínimo que necesita el Notario para la expedición de la copia y el que consuma el traslado material de ésta al Registro.

En este sentido, cuando se pretende la formalización notarial de un negocio jurídico cualquiera, el adquirente puede mantener una doble pretensión:

- Estar perfectamente informado de la situación registral de la finca en todo el tiempo que necesite para la preparación del documento y que éste, una vez firmado, adquiera prioridad registral con carácter inmediato. Se trata de una aspiración lógica en cuanto la técnica lo permita, pues le garantiza una situación de pleno conocimiento de los riesgos que puede correr si se retrasa y la seguridad de que a partir del otorgamiento no ha de temer la interferencia de un tercero.
- Condicionar el juego del principio de prioridad y, por tanto, los efectos de la diligencia de terceros mediante la intervención e, incluso, la alteración de los efectos de los asientos registrales. Se trataría de una pretensión exorbitante.

En efecto, la plena protección se ampara en la diligencia, y ésta se apoya en el conocimiento. Por tanto, es esto último lo que hay que conseguir, no una modificación generalizada del principio de prioridad civil y registral que constituye un elemento esencial del sistema de seguridad preventiva, y a este fin se dirige el vigente sistema español, aún en trance de perfeccionamiento.

Sin embargo, es en este punto donde se ha propuesto con mayor insistencia la introducción de la institución de la reserva de prioridad en su versión propia, es decir, referida a un negocio futuro, y causal, o sea, con efectos respecto de un negocio concreto.

C) ANTECEDENTES Y OPINIONES DOCTRINALES

En el Derecho español, la institución que comentamos fue rechazada ya por el legislador casi en los albores del sistema registral con motivo de la presentación de un proyecto de Ley en 1908 que precisamente regulaba la certificación con reserva de rango y que no llegó a ser realidad ante el criterio negativo del Senado.

No obstante, la doctrina ha comentado y aceptado en ocasiones la solución, especialmente en su versión de reserva causal con referencia a un negocio concreto, si bien en un examen más profundo de la cuestión llena de precauciones la hipotética admisión de la institución en nuestro Derecho, sobre todo cuando se llega a apreciar, mediante un estudio profundo, que la llamada «reserva de prioridad» argentina, en el fondo es el efecto característico de un asiento típico, aunque de efectos provisionales.

En este sentido, PELAYO HORE exigía como requisito la necesaria determinación de adquirente y transmitente, y VILLARES PICÓ la existencia de documento privado con firmas legitimadas. Por su parte, ROCA SASTRE descarta cualquier tipo de reserva, causal o abstracta en función del principio de protección de los acreedores, y HERNÁNDEZ CRESPO subraya la imposibilidad de introducir la figura sin reformas sustanciales en materia civil.

D) PROBLEMAS A QUE DA LUGAR LA INTRODUCCIÓN DE LA FIGURA

En un examen matizado del problema habría que distinguir las cuestiones que plantea la reserva propia de prioridad desde distintos aspectos relativos a sus efectos generales, según la persona que solicite el cierre o reserva registral, a las cuestiones que plantea su examen desde el punto de vista civil, y especialmente de la negociabilidad del rango y, por último, a la conveniencia de su introducción como elemento o institución que pudiera mejorar el actual sistema de seguridad cautelar.

1. *Efectos generales*

La reserva podría ser solicitada por el titular registral o por el futuro adquirente en el negocio jurídico para el que se requiere el cierre o bloqueo. Habría que distinguir los problemas que plantean ambos casos:

1.1. Reserva a instancia del titular registral

En este caso se producirían los siguientes efectos:

- Se daría la paradoja de que siendo la finalidad de la figura prestar seguridad al adquirente se atribuiría la facultad de cerrar su propio folio a aquel que tiene la llave y la posibilidad del fraude, bien mediante la realización de actos dispositivos posteriores a la reserva o bien mediante la ocultación de actos realizados con anterioridad y que no han accedido al Registro.
- Como consecuencia de lo anterior, mientras que al titular, único posible originador del fraude inmobiliario, se le permitiría bloquear el Registro, al adquirente civil perfecto en documento privado se le negaría toda protección, puesto que ni siquiera puede presentar el contrato en el Registro, conforme a lo dispuesto en el artículo 420.1 del Reglamento Hipotecario. Esta situación provocaría un desequilibrio de intereses difícilmente compatible con el principio de tutela judicial efectiva a que se refiere el artículo 24 de la Constitución.

- Si la reserva solicitada por el titular registral origina un posible cierre o bloqueo registral, respecto de un negocio jurídico perfecto, realizado con anterioridad a la fecha de la certificación, o con posterioridad, pero a favor de un adquirente distinto de aquel a quien se refiere el negocio concreto que la motivó, la propia reserva constituiría una figura perfectamente encajable en el delito de estafa a que se refiere el artículo 531 del Código Penal.
- Es más, el juego de lo anteriormente dicho podría dar lugar, incluso, a que el mandatario que solicitase la reserva, normalmente el Notario, pudiera verse implicado en el propio delito, pese a ignorar absolutamente los actos dispositivos en fraude que haya podido realizar quien le encargó la solicitud de reserva.
- Con independencia de las cuestiones de orden penal, la medida supondría una alteración esencial del principio de responsabilidad patrimonial universal a que se refiere el artículo 1.911 del Código Civil, puesto que permitiría al titular de una finca o de un derecho concreto excluirlo temporalmente de su ámbito propio de garantía negocial, lo que implicaría, a su vez, un ataque a las medidas que, en beneficio de los acreedores, establece el artículo 1.111 del texto citado, al regular las acciones subrogatoria y pauliana. En definitiva, nos encontraríamos ante una situación de «privilegio» injustificado, en la terminología civil clásica.

1.2. Solicitud a instancia del adquirente futuro

En este caso, que probablemente es el que se daría con más frecuencia en la práctica, es necesario contemplar las consecuencias que produciría en función de dos principios básicos del sistema:

- Si se atiende al principio de legitimación, resultaría que sin la voluntad del titular se permitiría al peticionario de la reserva una posibilidad de alteración del folio ajeno que no se admite por la Ley ni siquiera para la autoridad judicial, tal y como resulta de la dicción del artículo 38, párrafos segundo y tercero, de la Ley Hipotecaria.
- Por otra parte, la reserva provocaría la alteración del folio registral sin que medie la voluntad del titular registral o, al menos, sin constancia de la existencia de dicha voluntad. La situación rompería el principio fundamental de consentimiento, consecuencia del de legitimación, que resulta de los artículos 1, párrafo tercero, y 40.1 de la Ley Hipotecaria.

En este sentido, la implantación de la reserva resultaría contraria al pronunciamiento constitucional sobre la tutela judicial efectiva a que se refiere el artículo 24 del Texto Fundamental en su relación con el párrafo tercero del citado artículo 1 de la Ley Hipotecaria.

Además, aunque formalmente la solicitud se produjese sólo a instancia de una u otra parte, no podrían excluirse casos de confabulación entre el titular registral y un supuesto adquirente futuro de su derecho, con lo cual las consecuencias perturbadoras del sistema no se evitan, aun cuando se limitase la legitimación para la solicitud de la reserva con el fin de obviar cualquiera de las consecuencias estudiadas.

2. La relación entre las normas civiles y las registrales

Aun cuando se pudiera pensar en la modificación de normas del sistema registral tan esenciales como las citadas, tampoco se resolvería el problema, pues sus preceptos son corolario del sistema civil básico, especialmente en la regulación de los modos de adquirir el dominio y de los requisitos constitutivos de los contratos. Es más, no se puede contemplar la reserva sin un estudio matizado de los aspectos civiles citados con el principio de prioridad en sus dos vertientes de prioridad excluyente y de ordenación del rango.

En este sentido es necesario afirmar una idea esencial, cuya ignorancia conduce necesariamente a la desvirtuación del sistema civil, y que podría plasmarse en la expresión de que la prioridad registral, en sentido amplio, es inconcebible sin el derecho. Primero nace el derecho, a través de la concurrencia del título y el modo, y después el titular de éste, es decir, el adquirente aún no inscrito del titular registral goza de la posibilidad de acudir al Registro, bien para obtener prioridad excluyente, bien para obtener rango, según la naturaleza del derecho adquirido.

La cuestión consiste en determinar hasta qué punto es encajable en nuestro sistema la idea de reservar prioridad o rango respecto de un derecho no nacido, en base a argumentos basados en la negociabilidad del propio rango.

Se trata de un argumento utilizado a veces para defender la introducción de la figura que se estudia, en base a la pretendida existencia en nuestro derecho de situaciones donde se admite el juego de la autonomía de la voluntad en la determinación del juego del principio de prioridad. Sin embargo, la realidad no es esa. Por ello, es necesario distinguir dos tipos de derechos:

2.1. Propiedad y derechos de goce que supongan la existencia de contacto posesorio

En estos casos no se puede hablar de rango en sentido propio, sino de prioridad excluyente. Así, el titular que primero accede al Registro:

- Impide la inscripción del titular incompatible que se retrasa, por aplicación directa del artículo 17 de la Ley Hipotecaria.
- Goza de una situación de preferencia respecto del titular retrasado, por aplicación del artículo 1.473 del Código Civil, en relación con el artículo 32 de la Ley Hipotecaria (11).
- Goza, además, de toda la protección del sistema, a través del juego de los artículos 38 y concordantes de la Ley Hipotecaria, así como de su adquirente, si reúne las condiciones previstas en la Ley para su consideración de tercero protegido, goce de una posición inatacable por aplicación del principio de fe pública.

Este último efecto es de fundamental importancia y marca la diferencia entre los sistemas de transcripción, en los que de alguna manera se podría hablar de «rango» del dominio, por cuanto el Registro admite indiscriminadamente el acceso de todos los títulos traslativos del derecho, carece de eficacia publicitaria positiva, tipo fe pública y remite la solución del conflicto posible a los Tribunales, y los de inscripción dotados de principios positivos, cuya finalidad es, precisamente, el fortalecimiento de la seguridad cautelar.

En este sentido, respecto de derechos incompatibles entre sí, hablar de «negociabilidad del rango» supone una contradicción grave.

- En primer lugar, no nos encontramos ante una situación de «rango», a que aludiremos luego, y que es sólo aplicable a derechos sin contacto posesorio, es decir, compatibles entre sí.
- En segundo término, habría que referirla a la incompatibilidad entre un derecho adquirido y un derecho futuro, de tal forma que la atribución al titular registral de la facultad de decidir qué derecho ha de acceder primero a la protección registral rompería al principio imperativamente impuesto por la norma a través del artículo 17 de la Ley Hipotecaria, precepto absolutamente lógico en un buen sistema de seguridad preventiva, pues salvo que se atribuya esta decisión a los Tribunales no cabe pensar en que la preferencia entre derechos se deje en manos de la voluntad negocial del transmitente.

(11) V artículo 432 1.d) del Reglamento Hipotecario

Podría pensarse, no obstante, en la existencia de un caso en el que, aparentemente, se produce un supuesto de reserva de prioridad entre derechos que pueden llegar a ser incompatibles, como ocurre con la inscripción de la opción de compra, a que se refiere el artículo 14 del Reglamento Hipotecario. Sin embargo:

- No se debe ver en ella una reserva de rango en favor de la futura transmisión dominical, sino la atribución normativa de eficacia real a un título traslativo incompleto por vía de su acceso al Registro. La opción constituye un negocio jurídico bilateral, perfecto en cuanto a su contenido, y que puede considerarse una cuasi-transmisión cuya inscripción se condiciona en cuanto al tiempo y en cuanto a sus efectos.
- Por otra parte, el número de pronunciamientos judiciales y de la propia Dirección General de los Registros sobre los efectos de la opción inscrita, sobre los conflictos entre los derechos del optante y titulares de derechos posteriores, y sobre la disposición, voluntaria o forzosa, bilateral o unilateral, del bien objeto de la opción no hacen sino abonar la idea de que es muy comprometido poner en contacto derechos constituidos con derechos en formación.

2.2. Derechos sin contacto posesorio

En estos supuestos sí puede hablarse de «rango» en sentido propio. Se trata de derechos compatibles entre sí, a los cuales, una vez nacidos, el Registro les atribuye la «posición» o «rango» que resulta de su primacía temporal en el acceso a la publicidad registral. Se trata de supuestos en que el rango genera un efecto de prioridad ganada, en los términos que antes veíamos. Así el rango, en su fase estática, produce efectos de orden, jerarquía o escalafón de los derechos inscritos no incompatibles. Ahora bien, en su fase dinámica, como la ejecución del derecho real de garantía o culminación del proceso judicial, administrativo o urbanístico, genera la exclusión y, como consecuencia, la cancelación, de todos los que, en su momento, resulten incompatibles con la situación de mejor rango.

Dicho de otra forma, el «rango» no genera una reserva de prioridad, sino la aplicación directa del principio, de tal forma que la prioridad excluyente se produce por el efecto de la prioridad ganada en el momento de la inscripción.

La duda se produciría en orden a si el rango en sentido propio o estático es susceptible, en determinados casos, de negociación respecto de un negocio futuro como argumento para la introducción de un posible

sistema de reserva de prioridad. Se suelen señalar como ejemplos los siguientes:

- La posposición de hipoteca. Es el único supuesto que admite el Derecho español sobre negociabilidad del rango registral en el artículo 241 del Reglamento Hipotecario. En realidad no genera una situación de «reserva de rango» indeterminada respecto de cualquier negocio futuro, sino la cesión del rango, ya ganado por el titular de un derecho de hipoteca, en favor del titular de otra hipoteca perfectamente determinada de presente. Por tanto, puede admitirse como un negocio jurídico perfecto de alteración de rango, pero nunca como una reserva de rango en sentido propio.
- La hipoteca unilateral o la hipoteca en garantía de obligación futura. En ninguno de ambos casos puede hablarse de reserva de rango en favor de un derecho futuro, puesto que el derecho real ha nacido, y obtenido después a través de la inscripción, un rango determinado. La especialidad de ambas figuras consiste en que si bien su eficacia como derechos reales de garantía es actual —fase estática—, su ejecutividad —fase dinámica—, que no debe olvidarse, es una consecuencia del débito y depende, en definitiva, de un hecho futuro. En este sentido, conviene tener en cuenta el criterio sostenido por la Dirección General de los Registros en su reciente Resolución de 17 de enero de 1994.

Con todo, lo dicho no hace sino reafirmarse la idea esencial de que el Derecho registral forma parte del propio sistema civil. Es imposible que una institución como la estudiada se introduzca en el Ordenamiento por vía de una reforma adjetiva de la norma hipotecaria ni aun de rango legal sin una modificación paralela del Código Civil y del Derecho privado autonómico. En efecto:

- Exigiría la disociación del «rango», o más exactamente susceptibilidad de inscripción y del «derecho». La reserva supondría la atribución al titular registral de una facultad que no le es propia, puesto que ésta pertenece al titular del derecho y éste aún no ha nacido.
- Por otra parte, al adquirente del dominio no le bastaría la certeza de su adquisición civil, sino que, además, debería asegurarse la adquisición de la prioridad registral, pues su transmitente ha podido atribuirla a otra persona, que, a su vez, esperará legítimamente la transmisión dominical.

3. *La conveniencia de la reserva como elemento de mejora de la seguridad cautelar*

Es el argumento más utilizado para intentar la introducción de la figura, y en este sentido se exponen e incluso se publican opiniones de cierta superficialidad que no contemplan el problema en sus verdaderos términos.

En este punto es necesario afirmar dos ideas: Por una parte, la reserva de prioridad, desde el punto de vista de la mejora del sistema de seguridad, carece de utilidad, puesto que los problemas que se plantean se solucionan mejor con un buen sistema de información registral, como el que hemos aludido antes, que con una institución tan compleja como la reserva de prioridad.

Por otra, y esto es más importante, la reserva sería gravemente perturbadora, en un aspecto tan poco deseable como la judicialización del tráfico inmobiliario, ya que si no se accediera a la modificación de las principales normas civiles y registrales sobre el derecho de bienes, una mera alteración adjetiva que simplemente regulara la reserva daría lugar a un sinnúmero de conflictos judiciales por su contradicción profunda con el resto del sistema. De esta forma:

- Si la reserva de prioridad se limitase a aspectos formales o registrales, predeterminando simplemente el orden de despacho de los documentos presentados, de forma que sólo produjera efectos en el ámbito registral, pero sin prejuzgar la prioridad sustantiva o definitiva, la medida sería ineficaz.
- La afirmación es evidente si se tiene en cuenta que la reserva sólo conseguiría un aparente régimen de seguridad puramente provisional, ya que, en caso de colisión de derechos, la prioridad sustantiva tendría que ser resuelta siempre por los Tribunales, y éstos, en caso de incompatibilidad entre un derecho nacido y consumado con arreglo a las normas civiles y otro simplemente proyectado y anunciado, darían preferencia siempre al primero, con lo cual quedaría inoperante la reserva, con el consiguiente desprestigio de la norma.
- En este sentido, para que la reserva fuera eficaz habría de configurarse con efectos sustantivos, de forma que el negocio favorecido por la reserva prevaleciera sobre cualquier otro ya formado, pero cuyo acceso al Registro se produjese en fecha posterior a la de la reserva.

Es más, la reserva tendría que proteger a su beneficiario no sólo frente a los actos dispositivos voluntarios del titular registral, sino también frente a los que se produjeran en contra de su voluntad o sin ella, como ocurre,

en general, con todo tipo de anotaciones judiciales o administrativas o de procedimientos de ejecución forzosa.

Por tanto, una reserva de esta naturaleza que, como antes señalábamos al citar el Derecho argentino, sería explicable en un sistema de escaso desarrollo técnico o de mera transcripción con efectos de simple inoponibilidad, no es planteable en un Ordenamiento tan matizado como el español sin una modificación profunda de los artículos 17, 32, 38, 34 y concordantes de la Ley Hipotecaria, de los artículos 609, 1.462 y 1.473 del Código Civil, Ley 566 de la compilación de la Comunidad Foral Navarra o artículo 277 de la Compilación de Derecho Civil Especial de Cataluña, así como de los preceptos concordantes en materia de hipotecas o de preferencia de créditos en caso de insolvencia e, incluso, de la legislación procesal en lo que se refiere a la relación de las resoluciones judiciales con el contenido del Registro.

Y en el caso contrario, es decir, si se intentara la reforma, la situación sería la misma, puesto que no es fácil que un nuevo sistema civil se asumiera sin problemas o sin conflictos de intereses que habría de resolver, inevitablemente, el orden jurisdiccional.

Por último, se trataría de una modificación del Ordenamiento que plantearía dos cuestiones de naturaleza constitucional:

- Por una parte, y como ya señalábamos antes, supondría una alteración posible del principio de tutela judicial efectiva a que se refiere el artículo 24 del Texto Fundamental.
- Por otra, exigiría la reforma de normas civiles correspondientes al derecho propio de determinadas Comunidades Autónomas, en contra de lo previsto en los artículos 148, 149.8 y concordantes de la Constitución.

En definitiva, la reserva de prioridad exige una reforma profunda y, además, perturbadora del sistema civil, a menos que se quede en una mera afirmación sin contenido que lo único que conseguiría es la aparición de una serie de contenciosos judiciales no deseables, además del posible planteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad.

RAFAEL ARNÁIZ EGUREN,
LUIS MARÍA CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA
y FERNANDO CANALS BRAGE
Registradores de la Propiedad

DICTAMENES Y NOTAS

Notas a la reforma judicial

«La justicia, para ser justicia, ha de ser segura, rápida, accesible y humana».

Y la obra de la justicia será la paz, y el efecto de esta justicia, el sosiego y seguridad sempiternos».

(Isaías XXXII, 17)

SUMARIO. 1. IMPORTANCIA DE LA JUSTICIA.—2. VALORES QUE SE PERSIGUEN: A) JUSTICIA. B) CELERIDAD Y SEGURIDAD. C) ACCESIBILIDAD.—3. SU CRISIS.—4. ORGANOS Y FACTORES QUE INTERVIENEN.—5. CARACTER COMPLEJO Y SU ENFOQUE UNITARIO.—6. EL PODER JUDICIAL: A) SISTEMAS DE SELECCIÓN DE JUECES Y MAGISTRADOS. B) INDEPENDENCIA DEL PODER JUDICIAL. C) PRESUPUESTO D) CAPACITACIÓN.—7. PODER LEGISLATIVO: A) MODERNIZACIÓN DE LA LEGISLACIÓN SUSTANTIVA Y PROCESAL. B) EL PROCESO ORAL. C) LA DEFENSA PENAL.—8. EL PODER EJECUTIVO: A) LA PROCURADURÍA GENERAL DE JUSTICIA. B) LA POLICIA. C) EL SISTEMA PENITENCIARIO.—9. LAS UNIVERSIDADES.—10. LOS ORGANISMOS PROFESIONALES FORENSES —11. LAS ORGANIZACIONES DE DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS.—12. CONCLUSIONES.

1. IMPORTANCIA DE LA JUSTICIA

Por medio de la Administración de Justicia se solucionan en forma civilizada por un tercero imparcial (Juez) los conflictos que se presenten entre los particulares o entre éstos y el Estado (contencioso-administrativo). También complementa e imprime certeza a una serie de actos en que no aparece el litigio (jurisdicción voluntaria).

Sirve como un instrumento de defensa de la propiedad, el honor, la vida y la libertad que mantienen la estructura moral de la persona. Un sistema arbitrario de justicia destruye tal estructura al colocar al individuo en la

impotencia de defender lo que para él es la razón y el fin de su existencia. ¡Yo he visto morir de tristeza a personas que les usurparon sus bienes por no encontrar justicia! ¡Yo he visto a individuos que han caído en el homicidio por no encontrar justicia en el agravio! ¡Yo he visto a destacados empleados o funcionarios moralmente destruidos por falsas acusaciones! Los nicaragüenses hemos sido víctimas actualmente de un robo legal (confiscación) por parte del Régimen anterior perpetrado, entre otras, por las Leyes 3, 38, 85, 86 y 87 y no hemos visto que resplandezca la justicia, lo que nos está llevando al desastre nacional.

Los resultados de la administración de justicia no se valoran en beneficios económicos, aunque los tiene (papel sellado). Produce nada menos que paz social y seguridad al solucionar los conflictos en forma imparcial, justa y definitiva, lo que permite al individuo desarrollar en forma libre y en confianza todas sus facultades físicas e intelectuales y sirve de base al país para desarrollar, en un clima de confianza y garantía, su economía, sus instituciones políticas y sociales.

Quiero advertir que estas son unas simples notas y no un estudio detenido sobre la práctica. Contiene sugerencias de experiencias personales y de algunos organismos vinculados a este tema (Comisión Permanente de Derechos Humanos de Nicaragua, etc.). El estudio técnico y práctico del sistema judicial tendrá que ser hecho por un grupo de juristas, asistidos por sociólogos, antropólogos y psicólogos. En otros países se han hecho estudios de esta naturaleza en algunas áreas, como la penal. La solución del problema del buen funcionamiento de la administración de justicia no puede esperar. No debemos olvidar que la administración de justicia tiene tal envergadura que es encomendada a un poder del Estado.

2. VALORES QUE SE PERSIGUEN

Para que la administración de justicia pueda cumplir sus fines en forma eficiente debe esforzarse en la realización de los valores siguientes: justicia, accesibilidad, celeridad y seguridad.

a) JUSTICIA

La sentencia no es algo caprichoso de la voluntad incontrolada del Juez dictada en el momento que lo crea oportuno. Por el contrario, debe ser producto de un proceso investigativo, rápido, imparcial y seguro en donde las partes en pie de igualdad puedan defender y probar sus alegaciones. También tiene que ser ampliamente razonada y fundada en el Derecho. Sólo

así el pueblo puede depositar su fe en la administración de justicia y vivir en armonía.

La mayor parte de los errores se dan en la comprobación y apreciación de los hechos y no en la aplicación del Derecho, aunque en nuestro medio se dan con frecuencia estos últimos tipos de errores.

Las sentencias en contra de inocentes es frecuente en nuestro medio y en el de otros países que han ejecutado a muchos inocentes. Así se cometen verdaderos asesinatos y robos judiciales.

Para evitar tal cosa los Jueces deben ser preparados en psicología forense y otras ramas auxiliares a fin de apreciar en forma inmediata y crítica las pruebas, principalmente la de confesión testifical, inspección y pericial.

B) CELERIDAD Y SEGURIDAD

La celeridad puede conducir a un resultado errado y la lentitud, aunque más segura, a agotar a las partes, a frustrar las pretensiones del victorioso o a prolongar el sufrimiento del inculcado.

La fórmula ideal consiste en combinar ambos valores: celeridad y seguridad, estructurando un juicio rápido en el cual no se sacrifique la seguridad de obtener una sentencia justa apegada a la realidad de los hechos y a la Ley. Esto se puede lograr con el juicio oral, del que nos ocuparemos más adelante.

Nuestros juicios civiles, comerciales, laborales y penales son escritos y lentos, duran muchos años y son costosos. Están llenos de crisis procesales: incidente de previo pronunciamiento, paralizaciones, etc. Por otra parte, las cárceles todavía retienen a personas a las que no se les ha iniciado juicio y nadie postula a favor de ellas. La garantía constitucional de la celeridad del juicio penal (art. 34, inc. 2 Const.) es una disposición que no tiene aplicación real.

C) ACCESIBILIDAD

Se le otorga tanto al rico como al pobre el derecho de poner en movimiento la función jurisdiccional de un Tribunal para que le resuelva su conflicto (arts. 52 y 158 Const.). También se les concede en el proceso iguales derechos y garantías a las partes para que defiendan sus derechos, en virtud del principio de igualdad ante la Ley, generalmente constitucionalizado en todos los países civilizados (arts. 27 y 165 Const.). Estas son garantías formales de acceso a la justicia con relación a los pobres. Si bien es cierto que el Estado no cobra por el servicio (pago a los Jueces, de los locales, del mobiliario, etc., art. 165 Const.), no asume los gastos de los

Abogados, los causados en la búsqueda de prueba, etc. Estos los asumen el cliente y son caros, por lo que multitud de personas no los pueden pagar y no pueden llevar sus pretensiones a los Tribunales, viendo frustradas sus pretensiones, razón por la cual muchos de ellos son víctimas de transacciones leoninas y otros ocupan la venganza haciéndose justicia con su propia mano. Por otra parte, el rico tendrá al Abogado especialista y experimentado, y el pobre cuando logra llegar al Tribunal tendrá uno inexperto por carecer de fondos para pagar a un especialista.

En el proceso penal la accesibilidad la impone la autoridad que principia a funcionar inmediatamente que se produce un hecho criminal para averiguar y sancionar al delincuente. El reo es llevado al proceso, su acceso es impuesto y su defensa (letrada o de estudiantes) un presupuesto procesal (arts. 34, inc. 5, y 235 In). Si es pobre su defensa oficiosa generalmente es deficiente.

También existen personas que no tienen acceso a la justicia porque desconocen sus derechos o porque por razón de la distancia no tienen una autoridad a la mano ante quien presentar su caso.

Para solucionar el grave problema de los pobres se han propuesto varios sistemas: el beneficio de pobreza, sin ninguna utilidad práctica y en desuso en nuestro país; la defensa por los Abogados nombrados y pagados por el Estado; la defensa costeadada por el Estado, pero ejercitada por Abogados independientes y seleccionados por el interesado; la asistencia legal considerada como un riesgo asumido por un sistema de seguro. Además existen oficinas que ayudan a los pobres, manejadas por partidos políticos, universidades y otras instituciones. Es preciso organizar en nuestro país un sistema efectivo de defensa para los pobres. El grado de marginalidad jurídica es muy grande.

Por otra parte, se hace necesario cambiar el mapa judicial en algunos sitios para llevar la justicia al mismo lugar en donde están los núcleos de población más numerosos (Open 3).

Los artículos 27 y 165 de la Constitución que se refieren a la igualdad y a la gratuidad de la justicia carecen de aplicación real con relación a los pobres.

3. SU CRISIS

Notoria es la grave crisis económica, política y social que destruye nuestro país. No nos referiremos a sus causas por exceder el alcance de estas notas.

A esa crisis no puede escapar el Poder Judicial al que menos o ninguna atención se le ha dado a través de la historia.

Siempre ha permanecido relegado al olvido, pero no por descuido, sino porque es el dique más corpulento contra los aviesos designios de los tiranuelos y oligarquías que cíclicamente han gobernado el país para su

provecho personal. Saben que un poder judicial fuerte, sano, confiable e independiente terminaría con su hegemonía.

Para nadie es un secreto que la justicia en nuestro país es lenta, cara, politizada e insegura, expuesta a la corrupción; que el Poder Judicial carece del presupuesto adecuado; que las instalaciones son inadecuadas; que el personal es mal pagado; que el personal que administra justicia carece de la preparación necesaria; que los códigos sustantivos y procesales son anticuados; que no se ha dictado la normativa interna para ajustar nuestra legislación a los Convenios Internacionales suscritos y ratificados (Pacto de San José, etc.); que no existe un brazo ejecutor que cumpla con las resoluciones judiciales, dejando impotente a la justicia; que la balanza de la justicia no funciona adecuadamente, lo cual genera desconfianza; que existe desconfianza del pueblo en los que administran justicia debido a que la mayor parte de ellos son del gobierno anterior; etc.

La crisis, los vicios y desconfianza en la justicia se vio reflejada en una encuesta realizada recientemente por Vía Cívica.

La crisis resulta patente y triste, peor si comparamos la situación nuestra con los logros que han conseguido gran cantidad de países en materia de codificación y administración de justicia.

4. ORGANOS Y FACTORES QUE INTERVIENEN

En la administración de justicia y su eficiencia en diferentes grados de intensidad y esferas de acción están involucrados no sólo el Poder Judicial, sino también el legislativo y sectores del Poder Ejecutivo.

Asimismo participan las universidades, las organizaciones profesionales forenses y los organismos defensores de los derechos humanos.

El ejecutivo lo hace por medio de la Procuraduría de Justicia en el proceso penal, civil y amparo. Además, la Procuraduría es la que vela, en general, por el cumplimiento de la Ley. El legislativo coopera aprobando códigos y leyes que después aplica el Poder Judicial. Intervienen también la policía, el sistema penitenciario y el defensor de oficio en lo penal.

Por otra parte, los factores culturales, políticos, económicos y sociales son determinantes para la localización de las causas de la crisis, su deseo de suprimirla y la medida en que puede hacerse. También influyen en la eficiencia del sistema.

5. CARACTER COMPLEJO Y SU ENFOQUE UNITARIO

Pareciera un contrasentido que un asunto complejo en que intervienen varios poderes, algunos organismos y diversos factores no se le dé un

enfoque y tratamiento unitarios, pero no lo es. No se trata de construir una teoría general de la Administración de Justicia, sino de formular un plan práctico para evaluar el sistema, determinar su grado de eficacia, las causas de su crisis y las soluciones adecuadas a las realidades sociales, económicas, políticas y locales.

También tiene la ventaja de forzar a los diferentes organismos del Estado a contraer un compromiso, en unidad de propósitos y esfuerzos, para modernizar y hacer eficiente la justicia.

6. EL PODER JUDICIAL

A) SISTEMAS DE SELECCIÓN DE JUECES Y MAGISTRADOS

El tema de los sistemas de selección de los Jueces es fundamental en la búsqueda de una buena administración de justicia. Se vincula directamente con la independencia, capacidad y modalidad de los que aplican la Ley.

Por encontrarse abolido no estudiaremos el sistema de la venalidad, o sea, la venta del oficio del Juez. Creó una casta privilegiada, poderosa y fue tratada con violencia por la Revolución francesa. Sin embargo, la enajenación del oficio se camufla en algunos países de varias formas y obedece a recompensas a la actividad política o ayuda económica al partido, a amiguismos, a vínculos familiares, etc. Estos vicios han provocado el surgimiento de una clase sin preparación e incapaz de luchar por la modernización, eficacia e independencia del Poder Judicial.

Existen varios sistemas para nombrar a los Jueces y Magistrados; a saber:

a) *Elección por el Poder Legislativo*

Este sistema se aplica para seleccionar a los Magistrados de los Tribunales Superiores. Goza de aceptación y lo siguen la mayoría de los países latinoamericanos.

En nuestro constitucionalismo ha prevalecido este sistema.

b) *Nombramiento por el Ejecutivo, con aprobación del Poder Legislativo*

Este sistema se usa para nombrar a los Magistrados del Tribunal Supremo y se adopta en varios países.

En algunos de ellos no ha tenido resultados satisfactorios, pues el Poder

Legislativo se limita a aprobar la lista presentada, lo que da lugar a que el Ejecutivo nombre a Magistrados por razones políticas o familiares.

El nombramiento sólo por el Ejecutivo ha sido duramente criticado con justa razón, sobre todo en nuestros países, aunque ha dado buenos resultados en Inglaterra (experiencia poco propicia a trasladarse a otros países). Se le señala como ventaja la posibilidad de nombrar a profesionales de sólido prestigio sin exponerlos al concurso y se usa comúnmente para llenar ciertas vacantes, pero no como un sistema de aplicación general. Aun para esas excepciones es peligroso. Dichas vacantes podrían ser llenadas por un órgano autónomo como es el Consejo Superior de la Magistratura.

Para COUTERE, por ejemplo, es contradictorio con la teoría de la división de poderes.

c) *Selección por el Tribunal inmediato superior (cooptación)*

Este sistema se sigue para nombrar a los Magistrados y Jueces inferiores. El Tribunal Superior nombra a los Magistrados de las Cortes de Apelaciones, éstos nombran a los Jueces de Distrito y éstos, a su vez, nombran a los Jueces locales.

Tiene los inconvenientes siguientes: da lugar a la formación de castas; difícilmente se nombran a personas ajenas al poder judicial o que no gocen de la simpatía del que nombra y es proclive al nepotismo.

d) *Selección por elección popular*

Este sistema se emplea para seleccionar a los Jueces inferiores.

Fue establecido en Francia con posterioridad a la Revolución. En un principio tuvo éxito, pero después fracasó. Lo abolió Napoleón en 1808.

Por el contrario, en Estados Unidos ha tenido éxito, lo mismo que en Suiza. Se aplicaba en los países socialistas. Se le critica por cuanto la función judicial es extremadamente técnica, por lo que no puede ser aplicada acertadamente por la mayor parte del electorado. Pero en realidad el mayor peligro de este sistema radica en la intervención de los partidos en la proclamación de los Jueces. Los partidos deben ser apartados y dejar que los Colegios de Abogados y Universidades formen y presenten las listas de candidatos a los electores. Los Jueces y Magistrados deben ser justos y con una esmerada preparación para garantizar la acertada administración de justicia. Los órganos de la administración de justicia son órganos técnicos, integrados por juristas.

Pero no basta que sean juristas y justos, es preciso que además sean

valientes para enfrentarse a las reacciones que provoquen sus opiniones. Los antiguos decían que deben ser santos, severos, incorruptos e inasequibles a la adulación.

e) *Carrera judicial*

En virtud de este sistema, denominado francés, se ingresa a la carrera mediante pruebas y concursos u oposiciones y, a veces, va acompañado de una escuela para preparar a los Jueces.

Permite que ocupen los cargos jurídicos los poseedores de las cualidades morales y académicas exigidas para la delicada y especializada función de administrar justicia mediante una prueba pública.

Se aplica en Francia, España e Italia y goza de la simpatía de la mayor parte de la doctrina y además es recomendada por algunos congresos internacionales de Derecho procesal.

Se le critica porque da lugar a la formación de una casta cerrada; pero para evitar tal vicio se propone que un porcentaje de Jueces y Magistrados sea seleccionado fuera de la carrera entre los Abogados más destacados.

f) *Selección por un órgano especial*

Tiene mucha aceptación en los últimos tiempos y consiste en la creación de un órgano especial (Consejo Superior de la Magistratura o de la Judicatura, etc.) encargado de nombrar a los Jueces y Magistrados.

En ese Consejo pueden tener representación el Poder Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial, la Universidad y los Colegios de Abogados.

Según parece se está imponiendo y lo han establecido en Uruguay y Venezuela.

g) *Nuestro sistema*

La Constitución vigente establece un sistema mixto, en donde aparece en forma preponderante el Poder Ejecutivo.

De acuerdo con el artículo 163 de la Constitución, los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia los elige la Asamblea Nacional, pero de las ternas propuestas por el Presidente de la República. El Presidente de la República nombra al Presidente de la Corte Suprema de Justicia entre los Magistrados elegidos por la Asamblea Nacional.

A su vez la Corte Suprema de Justicia, de acuerdo con el artículo 164,

inc. 5 de la Constitución, nombra a los Magistrados de los Tribunales de Apelaciones y los demás Jueces de la República.

B) INDEPENDENCIA DEL PODER JUDICIAL

La idoneidad e independencia del Poder Judicial es fundamental no sólo para la buena marcha de la administración de justicia, sino para la vigencia y respeto de las libertades individuales y políticas de un país.

Son muchos los factores que contribuyen a su independencia: división de poderes, sistemas de selección, inamovilidad, adecuada remuneración, un adecuado presupuesto (un porcentaje del presupuesto general), etc. A la independencia del Poder Judicial debe dársele mayor énfasis dada la naturaleza de su función. Debe evitarse toda injerencia de presión a los otros poderes, grupos de presión o factores reales de poder.

C) PRESUPUESTO

El presupuesto del Poder Judicial debe ser adecuado a sus necesidades. Es preferible establecer con rango constitucional un porcentaje del presupuesto nacional a favor de ese poder. Ya lo han logrado países como Costa Rica y Guatemala. La importante función y resultado de este poder merecen tal tratamiento.

D) CAPACITACIÓN

Debe ser preocupación de todos los involucrados en la administración de justicia la capacitación de los Jueces, Magistrados y personal auxiliar (secretario) para que administren con mayor acierto y eficiencia la justicia.

Una escuela judicial que conduzca a la carrera judicial es necesaria. Con el tiempo podría cubrir a los Procuradores.

7. EL PODER LEGISLATIVO

A) MODERNIZACIÓN DE NUESTRA LEGISLACIÓN SUSTANTIVA Y PROCESAL

En general toda nuestra legislación es añeja, obedece a concepciones políticas antitéticas (liberal, conservador y comunista) y últimamente recargada de infinidad de leyes técnicamente mal hechas y confusas, lo que ha

dado lugar a que el más experto dude sobre cuál es la Ley aplicable o cuál la vigente. Esto causa graves atrasos, errores e inseguridades.

El Código de Instrucción Criminal tiene fecha de 29 de marzo de 1839 y regula un proceso escrito y lento, divorciado de los avances de las ciencias penales y procesales modernas. Ha servido para la aplicación de tres códigos penales, dos del siglo pasado (1839 y 1879) y uno del presente (1976). Tanto el penal como el de instrucción han recibido reformas, pero sin que ninguna de ellas signifique un cambio o avance importante del sistema. Con relación al de instrucción criminal se han elaborado dos anteproyectos: uno publicado en 1965 que con ciertas mejoras y adaptaciones a la legislación vigente en ese entonces conserva las bases fundamentales del sistema anterior. Persistió en el juicio plenario escrito y lento.

En el Gobierno sandinista la Corte Suprema patrocinó la elaboración de un Proyecto de Código de Procedimientos Penales. Encomendó el sumario a la Policía sandinista y construyó un plenario oral. Se inspiró en los Códigos de Italia (de 1930), Cuba, Alemania, Costa Rica y Argentina (Código de Córdoba 1939). Carece de claridad, estaba hecho para un régimen totalitario y no se ajustaba a nuestras realidades. Fue rechazado por los juristas nicaraguenses y aun por muchos marxistas.

Con relación a la reforma penal, no debemos perder de vista que la pena debe estar limitada por la culpabilidad del autor, destinada a su reinserción y a la prevención general de que no es ventajoso cometer hechos delictivos. Por otra parte, se debe cumplir con rigor el principio de la subsidiariedad de la penalización, o sea, sólo tipificar como delito el acto socialmente dañoso cuando no existen otros medios eficaces para sancionarlo o solucionar el conflicto, porque sólo así se protege la esfera de la libertad natural que tiene el individuo.

La democratización y secularización de Derecho penal debe ser una realidad. Los sentimientos morales y religiosos no deben determinarlo. La creación del tipo penal sólo debe tomar en cuenta la dañinidad social.

La ejecución penal no aparece debidamente reglamentada, como tampoco los deberes y obligaciones de los reos. Esto se presta a graves abusos.

Nuestro Código Civil vigente es de 1904 y el de Procedimiento Civil de 1906. Ambos ya no responden al desarrollo cultural, económico, político y social del país y están aislados de los avances del Derecho.

El Código de Procedimiento Civil regula un procedimiento escrito, lento y caro. También contienen gran número de juicios especiales que complican y atrasan el reclamo de las pretensiones. Por otra parte, contiene una serie de instituciones en desuso. En general, los principios procesales básicos para un buen Código no aparecen contemplados.

Sus crisis procesales prolongan extremadamente el proceso; incidente de previo pronunciamiento; paralizaciones del proceso que conduce a la cadu-

cidad; prorrogabilidad general de los plazos; retención de expedientes en poder de las partes; excepciones dilatorias que suspenden la continuación del juicio; los secretarios no notifican las resoluciones; los Juzgados no son suficientes para atender los casos y se acumulan los expedientes sin fallar; locales inadecuados y escasez de materiales de trabajo; número ilimitado de recursos contra todo tipo de resoluciones; el carácter escrito y no oral del juicio; etc.

Las crisis procesales se presentan en diversas formas en todos los tipos de juicio, no sólo en los civiles, sino también en los penales, laborales y de amparo, etc.

Nuestra Ley Orgánica de Tribunales es antigua y tiene fecha de 17 de julio de 1894. Recibió varias reformas.

El Código de Comercio es de 1914 y no tiene un Código de Procedimiento Mercantil. Ha recibido varias reformas, pero no las suficientes.

Debido a su atraso, bajo el patrocinio del Banco Central, se preparó un buen proyecto en 1971. Actualmente se nombró una comisión para actualizarlo y presentarlo a su aprobación.

Nuestro Código de Comercio no tiene un Código Procesal Comercial para su aplicación, pues lo aplica nuestro Código de Procedimiento Civil. No vemos la necesidad de un Código especial de procedimiento mercantil y la creación de Tribunales mercantiles.

El Código del Trabajo es del 12 de enero de 1945, regula la parte sustantiva y procesal, ya no responde a la realidad actual y han aparecido varios proyectos: el de GARCÍA QUINTERO, el de SANDINO ARGUELLO, el de los sandinistas y el del Ejecutivo.

Es importante que se regule un proceso rápido y seguro en esta materia, por lo que al menos debe ser preponderantemente oral.

Es vital la intervención legislativa para la modernización de nuestro Derecho de acuerdo al desarrollo económico, social y político del país. Para ello es preciso tener en cuenta los avances de la ciencia del Derecho. En esta labor de modernización también necesariamente tiene que estar incluida la administración de justicia.

Hay que advertir que para la eficiencia del sistema no basta la modernización de la legislación, pues además es necesario el personal idóneo que administre la justicia. En algunos países (Paraguay y ciertos Estados de México) han dictado Códigos procesales modernos y no mejoró la justicia.

Por otra parte, es preciso poner especial atención en la legislación procesal porque de nada sirve un Derecho si no existe un proceso efectivo para reclamarlo y un Juez imparcial.

Es importante la protección de los intereses difusos (medio ambiente y consumidores) y crear un defensor del pueblo nombrado por la Asamblea, que, entre otros fines, pueda defender tales intereses y los derechos humanos.

Pero existe algo importante que advertir. Es necesaria la reforma de la Constitución, pues es la base fundamental para la democratización y modernización del país y el Estado y el establecimiento de un sistema judicial que responda a las exigencias de un auténtico Estado de derecho. Por ejemplo, la reforma judicial está planeada sobre la justicia popular (arts. 166 y 199 Cn.), de triste recordación.

B) EL PROCESO ORAL

El proceso oral es el de mayor aceptación por la ciencia procesal. Sus ventajas son vistas a través de su rapidez, de la intervención directa del Juez en su realización, en la memoria fresca de los hechos que conserva el Juez al fallar, apreciación de la prueba usando la sana crítica y su publicidad.

Sus principios fundamentales son: comunicación oral, concentración, que el Juez que tramite sea el mismo que falle, mayores poderes del Juez, condiciones locales para implantarlos y ambiente democrático.

Es preciso investigar si es posible establecer en Nicaragua el juicio oral o por lo menos aplicar algunos de sus principios o formular un juicio preponderante oral. No se vaya a creer que la oralidad es una panacea, pero la verdad que sus principios son muy útiles. La brevedad del proceso tiene que conseguirse y pueden usarse diferentes vías.

C) LA DEFENSA PENAL

Este es un punto sumamente delicado porque se relaciona con la libertad del individuo, su honor o privación de su vida donde existe pena de muerte.

Cuando se comete un delito la poderosa maquinaria estatal se pone en movimiento para averiguarlo y castigar al delincuente: la Policía, la Procuraduría, los Jueces, etc. Una vez que se tiene al presunto culpable la maquinaria estatal continúa con la presión y, para estrecharlo más, como medida precautelar lo encarcela.

La desventaja, pues, del acusado, es evidente: una Policía con todos sus recursos técnicos, un Procurador que lo acusa, un ofendido que por todos los medios ayuda a su condena, un Juez que siente presión general de que el crimen debe ser castigado y con facultades para recabar pruebas de oficio y para remate encarcelado, lo cual le impide recoger el material probatorio que necesita. Si a lo anterior le agregamos su pobreza, su inferioridad es desproporcionada, pues la defensa de oficio en nuestro país, salvo raras excepciones, es deficiente.

La defensa penal es un derecho fundamental y constituye un presupuesto

procesal. El defensor es nombrado por el inculcado y, en su defecto, de oficio por el Juez. La defensa tiene lugar desde la iniciación del proceso (art. 34, inc. 5 Const.) y en la política también lo puede tener, pero se le obstaculiza su labor.

La defensa de oficio es deficiente y no puede decirse que con ella el reo haya tenido una verdadera defensa. Las causas son muchas: falta de interés del Abogado, estudiantes sin preparación adecuada, etc. Es preciso corregir tal problema.

Por otra parte, son muchos los defensores privados que no tienen la preparación especializada para una buena defensa penal.

No participo de la opinión de concebir a la defensa penal como un importante órgano de la administración de justicia encargado de defender al inculcado y al mismo tiempo colaborar en la investigación de la verdad, pues graves restricciones puede recibir por parte del Estado en perjuicio de la defensa de los intereses del inculcado. Este peligro es mayor en los países totalitarios.

El defensor penal debe ser un profesional independiente dedicado primordialmente a defender al inculcado, sin que esto signifique que para lograr la absolución realice actos ilegales o contrarios a la moral o a la lealtad procesal. Debe prevalecer el interés privado del acusado sobre su deber de colaboración con la justicia.

8. EL PODER EJECUTIVO

Es el más rico y poderoso de nuestro sistema y, por lo tanto, su participación es fundamental. Además tiene el deber de hacerlo. Sus recursos son muy amplios y bien puede promover un estudio sobre la actuación de la administración de justicia. Ya lo ha hecho en otras ocasiones en otras materias: Proyecto de Código de Comercio, estudios sobre modernización de los Registros, etc.

Pero existen ciertos órganos que están íntimamente vinculados con la administración de justicia sobre los cuales haremos un breve análisis a continuación.

A) LA PROCURADURÍA GENERAL DE JUSTICIA

La Procuraduría General de Justicia representa al Estado, vela por el cumplimiento de las leyes, hace las funciones del Ministerio Público e interviene en los juicios civiles, penales, de amparo y de inconstitucionalidad. Como puede observarse, juega un papel de relevante importancia en

la administración de justicia, por lo que su eficiente funcionamiento y colaboración en la buena marcha de la justicia es muy útil.

Necesitamos una Procuraduría con independencia orgánica y funcional, sana, fuerte y capaz, que no decline ante las presiones del Poder Ejecutivo. Esto es muy importante.

B) LA POLICÍA

Es preciso no confundir el Ejército con la Policía, pues tienen funciones diferentes. Fundamentalmente el Ejército vela por la integridad de la soberanía nacional en el aspecto externo, principalmente en el supuesto de conflictos con otros países. Gracias al avance del Derecho internacional, la solución de tales conflictos, sean armados o no armados, se logra pacíficamente por medio de los organismos internacionales competentes. Por otra parte, en nuestro país el Ejército representa una carga económica que no puede soportar nuestro pueblo y ha servido para pelear contra los propios nicaragüenses y de instrumento de poder de tiranos y grupos oligarcas. No ha respetado la democracia ni los derechos fundamentales de los ciudadanos. Su legitimidad y necesidad ya no tienen base sólida.

La existencia de la Policía, por el contrario, es necesaria, pero bajo principio y organización propios de la democracia y del Estado de derecho. En consecuencia debe ser una policía civil, dedicada a salvaguardar el orden público y jurídico, respetuosa de los derechos de las personas y de las instituciones democráticas, capacitada para la persecución del delito, obediente, apartada de la política y órgano ejecutor de las resoluciones judiciales y administrativas.

Puede ser dividida en varias ramas según las necesidades: judicial, municipal, de hacienda, narcóticos, etc. La policía judicial debe estar bajo la dependencia del Poder Judicial.

El doctor JOSÉ MARÍA TIJERINO PACHECO, Fiscal General de la República de Costa Rica, en su excelente artículo «Policía y democracia», señala los principios y fines de una policía inserta en la sociedad democrática: sus principios inspiradores deben ser los mismos que rigen en una sociedad democrática; debe proteger los derechos y libertades de los ciudadanos, lo mismo que el régimen de derecho; debe estar al servicio de la comunidad y no de un partido político o grupo de presión si no quiere convertirse en una vulgar banda armada; su actuación debe adaptarse a los procedimientos que la Ley le señala respetando los derechos y garantías de los ciudadanos; debe de estar subordinada a las autoridades escogidas libremente por el pueblo y ser obediente sin derecho a deliberación; frente a las órdenes de sus superiores; debe ser un cuerpo civil, y debe estar sujeta a controles

internos y externos (*Revista de Ciencias Penales*, San José, Costa Rica, núm. 4, junio 1991, págs. 18 y sigs.).

En nuestro país la Policía sigue siendo una fuerza política y son muchas las quejas de malos tratos, torturas, persecuciones políticas, etc. Así no puede continuar, necesitamos una policía civil como la que anteriormente describimos, con los suficientes recursos técnicos, educativos y materiales para su buen funcionamiento.

C) EL SISTEMA PENITENCIARIO

El fin de la pena privativa de la libertad es aislar a los reos en un establecimiento y reeducarlos para incorporarlos nuevamente a la sociedad. Así se desprende del artículo 39 de la Constitución.

Tampoco este artículo tiene una aplicación real: la alimentación de los reos es extremadamente deficiente, la escasez de medicinas es muy grande y los reos padecen de muchas enfermedades; los alojamientos son totalmente inadecuados, muchos reos duermen en el suelo; no reciben atención tendente a reeducarlos. Como puede verse, se corre el peligro de que los establecimientos penitenciarios se conviertan en escuelas de delincuentes y no de reeducación para reincorporar al penado a la sociedad.

Es preciso terminar con esta situación y transformar el sistema penitenciario. En general ni existe en nuestro país una política penal definida ni una penitenciaria, ni nadie ha pensado en ella. Es hora de que principie-mos a formularla.

No debemos olvidar que nuestra civilización ha producido grandes riquezas, exquisita cultura y alta ciencia y tecnología, pero paralelamente surge un ambiente raro, oscuro, lleno de miseria, falsas necesidades, ambiciones desmedidas, inmoralidades, culto a la violencia, etc. En general el ambiente participa en alguna medida en la comisión del delito, y a este ambiente propicio ayudamos todos a formarlo por acción o por omisión. El delincuente no debe cargar con toda la culpabilidad. De lo expuesto, por ejemplo, se puede deducir que la pena de muerte no es aceptable porque excede el grado de culpabilidad del delincuente y además se opone a su reinserción social consagrada en el artículo 39 de la Constitución. Consecuente con lo expuesto, la pena de muerte está prohibida en el artículo 23 de la Constitución, pero si no se hubiera prohibido expresamente por este artículo su aplicación se opondría al artículo 39 de la Constitución.

9. LAS UNIVERSIDADES

En las universidades existe creatividad, investigación y deseos de trabajar, por lo que se puede contar con ellas para que colaboren en la modernización del Derecho y de la Administración de Justicia. Son muchas las formas en que lo puede hacer: participación en la fundación de la escuela judicial, preparación de proyectos de Ley, colaborar en un estudio sobre la situación de la Administración de Justicia, en encuestas, etc.

Es muy importante que las Facultades de Derecho se preocupen por preparar mejor a sus estudiantes con miras a tal modernización y hacer más efectivos los servicios legales gratuitos a los pobres.

10. LOS ORGANISMOS PROFESIONALES FORENSES

La Barra de Abogados, la Asociación de Abogados y demás organizaciones forenses también pueden cooperar en la buena marcha de la Administración de Justicia, preparación de leyes, estudios jurídicos, etc.

El fortalecimiento de estas organizaciones y la elevación cultural, social, moral y económica de sus afiliados es muy importante para el buen funcionamiento de la Administración de Justicia.

No debemos olvidar que al proceso llegan dos verdades parciales: la del actor y la del demandado o acusado. De esas verdades el Juez extrae o escoge la que le parece más aceptable.

Pero esas verdades son llevadas por profesionales técnicos (Abogados) y mientras más expertos son llevarán al proceso mejores elementos de juicio para que el Juez pueda fallar con mayor seguridad y justicia, lo cual representa una importante colaboración de la profesión forense en la buena administración de justicia.

11. LAS ORGANIZACIONES DE DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Estos son organismos muy útiles en la lucha que por el derecho libran los pueblos, sobre todo por sus derechos fundamentales. Sus críticas, observaciones y estudios sobre la Administración de Justicia pueden ser muy útiles. Es digna de encomio la labor realizada por la Comisión Permanente de Derechos Humanos de Nicaragua.

Debemos fortalecerlas y pedirles su ayuda en la labor de la modernización de nuestro Derecho y Justicia.

12. CONCLUSIONES

a) La Administración de Justicia se encuentra en franca crisis y requiere solución inmediata e integral.

b) La legislación nacional es añeja y divorciada de las realidades sociales, económicas, culturales y políticas, lo mismo que de los adelantos de la ciencia del Derecho, lo cual contribuye a la crisis de justicia. Es preciso su revisión.

c) El enfoque del problema debe hacerse en forma global involucrando al Poder Judicial, al Legislativo, al Ejecutivo y en especial a la Procuraduría, a la Policía, al Sistema Penitenciario, también a las Universidades, a los Organismos Profesionales Forenses y a las Comisiones de Derechos Humanos.

d) Debe hacerse cuanto antes un profundo estudio sobre las realidades concretas de la situación de la Administración de Justicia que determine las causas de la crisis, evalúe el sistema y haga las recomendaciones pertinentes. Deberá ser dirigido por Abogados asistidos por sociólogos, antropólogos y psicólogos. Con base en tal estudio se puede formular un Programa General de Reforma Judicial.

e) Como medidas de emergencia se podría crear una Escuela Judicial, mejorar el presupuesto del Poder Judicial, tratar de llevar nuevos funcionarios judiciales, crear una policía judicial, mejorar el sistema financiero, hacer más eficiente la defensa de oficio y otras similares.

IVÁN ESCOBAR FORNOS
 Universidad de Managua

Justicia, política y Constitución

«El futuro de la República depende, en gran parte, del mantenimiento de la justicia pura y sin mancha».

«Hay que rescatar al Poder Judicial de las manos de los políticos que fundamentalmente se valen del Ejecutivo para intervenir en su esfera de acción. En gran medida su independencia es del Poder Ejecutivo».

SUMARIO: 1. ESTADO ACTUAL DE LA JUSTICIA. A) INFLUENCIA POLÍTICA. B) FALTA DE UNA CAPACITACIÓN ESPECIALIZADA. C) CONDICIONES MATERIALES DEFICIENTES. D) JUSTICIA CARA, LENTA Y NO DE BUENA CALIDAD. E) ALTO ÍNDICE DE IMPUNIDAD. F) DESCONFIANZA.—2. CARACTER COMPLEJO DEL PROBLEMA.—3. FACTORES QUE INTERVIENEN: A) SISTEMA DE SELECCIÓN DE JUECES Y MAGISTRADOS. B) LEGISLACIÓN ANEJA. C) INFLUENCIA POLÍTICA DEL EJECUTIVO. D) PRESUPUESTO INADECUADO. E) LA PROCURADURÍA GENERAL DE JUSTICIA SIN INDEPENDENCIA. F) FALTA DE UNA POLICÍA JUDICIAL. G) SISTEMA PENITENCIARIO INOPERANTE. H) UNA GRAN MARGINALIDAD JURÍDICA. I) CRISIS EN LOS GREMIOS PROFESIONALES FORENSES Y EN LA ENSEÑANZA UNIVERSITARIA.—4. NECESIDAD DE LA REFORMA TOTAL DE LA CONSTITUCIÓN.—5. LA NUEVA ESTRUCTURA CONSTITUCIONAL DEL PODER JUDICIAL.

1. ESTADO ACTUAL DE LA JUSTICIA

A) INFLUENCIA POLÍTICA

En nuestro país, el Poder Judicial inveteradamente ha sido víctima de la influencia política e intervención de los otros poderes, principalmente del Ejecutivo, estructurado por el constitucionalismo criollo como el más fuerte en el campo político, económico y social, quien prácticamente controla a

los otros a través de grandes partidos que en sucesiones temporales, muchas veces encabezados por tiranuelos y grupos oligárquicos, han gobernado Nicaragua.

Para asegurar el control político del Poder Judicial se ha usado, entre otros medios, un sistema de selección de Jueces y Magistrados que permite al partido gobernante colocar a la mayoría de sus partidarios o simpatizantes en la Administración de Justicia, acompañado de una asignación presupuestaria raquítica y de plazos cortos de nombramiento para mantener una constante presión.

Tal situación ha dado pábulo para que accedan a la función jurisdiccional por favoritismos políticos, familiares, sociales y económicos, personas sin idoneidad académica y moral; que por esos mismos favoritismos los funcionarios judiciales en muchas ocasiones retuerzan la justicia; y se administre justicia no en nombre del pueblo, sino de un partido (o partidos) y de los grupos económicos y políticos que representan.

Esta situación se ha agudizado en los últimos tiempos, al extremo de ser uno de los problemas fundamentales del país.

El Código de Moral Profesional de la Asociación Forense Americana aparece publicado en el *BJ* de 1920 y en el Código de Procedimiento Civil y señala normas éticas de conducta a los Abogados en sus relaciones con los Tribunales de Justicia y con los clientes. En su Preámbulo expresa: «El futuro de la República depende, en gran parte, del mantenimiento de la justicia pura y sin mancha. Y no puede mantenerse así, a menos que la conducta y los designios de los miembros de nuestra profesión sean tales que merezcan la aprobación de todos los hombres justos».

El principal peligro está en el Ejecutivo. Tanto a éste como a los partidos, a los otros poderes y grupos de presión debe impedírseles que intervengan en la administración de justicia.

En general, el problema de Nicaragua es de justicia: justicia política para garantizar la pureza del voto popular, la vigencia de los derechos humanos y el funcionamiento del Estado de derecho; justicia social para distribuir mejor la riqueza nacional, y justicia ante los Tribunales.

No vengo a acusar a Jueces y Magistrados, pues no se lo merecen y muchos de ellos son muy honorables y opuestos a la intervención, a los cuales les guardo cariño y admiración. Vengo a pedirles a los políticos que saquen las manos de la justicia y sin ver atrás, por aquello que les ocurrió a la mujer de Lot y a Eurídice, colaboren decididamente en su mejoramiento.

B) FALTA DE UNA CAPACITACIÓN ESPECIALIZADA

El Juez es un jurista con conocimientos generales del Derecho, pero además de eso debe tener conocimientos especiales sobre la función que desempeña: *a)* Psicología judicial, crítica de la prueba, técnica de redacción de sentencia. *b)* Profundización sobre la materia y ramas afines sometidas a su conocimiento. Por ejemplo, un Juez de lo penal debe profundizar sobre el Derecho Penal, Criminología, Criminalística, Medicina Forense, etc. *c)* Sobre todo de ética judicial. Ni siquiera en las universidades existe una asignatura de ética profesional. Hay que elaborar un Código de Ética Judicial que abarque a Jueces y Abogados. También otro notarial.

Esta preparación previa especializada no existe y la universitaria es deficiente, lo que evidentemente influye en la baja calidad de la justicia. Se podría lograr la especializada a través de una escuela judicial manejada por la Corte Suprema, las universidades y los gremios profesionales forenses. El discurso del cambio tiene que venir fundamentalmente de afuera, de los que la promueven y no del sector que se quiere cambiar y no ha visto su necesidad.

C) CONDICIONES MATERIALES DEFICIENTES

El Poder Judicial carece de edificios propios y las condiciones de los que ocupa no son buenas; el mobiliario deja mucho que desear; el apoyo técnico es deficiente (faltan máquinas, computadoras, etc.); los sueldos son bajos, desacordes con la dignidad de los funcionarios judiciales; no existen bibliotecas para consulta de los Jueces y Magistrados y las pocas que existen son deficientes; los archivos son mal llevados y los procesos se pierden, confunden y mutilan; la aglomeración de gente en los locales de los Juzgados y la falta de organización y de personal del Tribunal impide el despacho rápido y ordenado de los asuntos; no existen suficientes vehículos para realizar ciertas diligencias judiciales (notificaciones, inspecciones); no se llevan estadísticas; la papelería y otros materiales de trabajo son escasos; algunos complejos judiciales, como el de Managua, provocan muy mala impresión, pues se ven envueltos por una multitud de personas angustiadas que caminan apresuradamente por entre centenares de pequeños negocios de fritangas y frutas.

Toda esta situación no favorece la buena administración de justicia y concita desconfianza en la misma.

Hay que reconocer que levemente se están corrigiendo algunas de estas anomalías.

D) JUSTICIA CARA, LENTA Y NO DE BUENA CALIDAD

La justicia de Nicaragua es cara, lenta y no de buena calidad.

A lo primero contribuyen la lentitud del proceso escrito y la alarmante carestía general de la vida.

A lo segundo, el carácter escrito de nuestro proceso civil y penal; los pocos Jueces y auxiliares para atender muchos juicios; escaso apoyo técnico para trabajar con rapidez; malos sueldos que no estimulan a trabajar con ahínco; pocas comodidades para trabajar.

A lo tercero, la deficiente enseñanza universitaria de los funcionarios judiciales, influencias políticas, la ausencia de una enseñanza especializada, la falta de apoyo técnico de organismos especializados (Policía Judicial, Instituto de Medicina Forense, etc.) y leyes añejas o injustas.

E) ALTO ÍNDICE DE IMPUNIDAD

La impunidad provoca desconfianza en la administración de justicia y trastornos graves en la paz social.

Las mismas autoridades gubernamentales han reconocido que existe bastante impunidad en el país.

Podemos citar, entre otras, las causas siguientes:

a) El brazo de la justicia no llega hasta los que detentan el poder militar o político y a sus partidarios. En la década pasada y parte de la que corre se usó el monopolio de la acción penal en manos del Estado para lograr la impunidad: los gobernantes y sus partidarios no eran acusados ante la justicia penal y los opositores, por el contrario, eran perseguidos.

b) La piñata sandinista durante la década pasada y la que corre (chamorro-sandinista) ha dado lugar a que se establezca un estado de impunidad para impedir la devolución de lo usurpado, lo cual ha calado hondamente en la moral del pueblo que ya principia a ver como natural y lícito la usurpación de bienes. De crecer y persistir esta conciencia, el desarrollo económico, social y político se verá gravemente obstaculizado.

Para apoderarse del botín de guerra se dictaron varias leyes, entre ellas la 85, 86 y 87. Estas leyes no pueden ser consideradas como tales, pues son contrarias a los más elementales principios de la justicia, violatoria de la misma Constitución y legalidad frentista y aprobadas por una Asamblea sin legitimidad que pertenecía a un gobierno despótico. Sus creadores son autores, junto con los usurpadores, de los delitos de usurpación y robo. Un símil muy al caso es el de las condenas a cadena perpetua por los Jurados alemanes a los denunciantes y la consideración de autores de asesinatos a

los Jueces que condenaron a muerte y a los enemigos políticos al régimen nazi.

Gran parte de nuestra crisis proviene de factores culturales, por lo cual debemos cambiar el discurso cultural. Esto va dirigido principalmente a los intelectuales, políticos, escritores, historiadores, prensa hablada y escrita, profesores y, en general, a los que crean, modifican o transmiten la cultura. Sin pretender agotar el tema y solamente por vía de ejemplo hacemos algunas reflexiones y recomendaciones, por supuesto personales.

En la política se precisa: cambiar el concepto patrimonialista del Estado (gobernar como en un negocio propio y en provecho propio) por la idea de que el gobernante es un simple servidor que emplea sus esfuerzos y sacrificios a favor de los intereses del pueblo; cambiar la idea de la guerra o del golpe de Estado por la del voto para solucionar las disputas políticas y, en general, cambiar los valores de la guerra por los de la paz; introducir en el pueblo la vocación de servicio a la comunidad y su desenvolvimiento dentro de un ambiente de solidaridad social; repudiar y sancionar la corrupción estatal; inculcar la idea de que los hombres y mujeres tienen derechos inherentes o simplemente legales que es necesario reclamar y defender su aplicación; hacer ver que el poder del Estado debe estar repartido en varios poderes para evitar la dictadura y que además debe estar sometido al cumplimiento de las leyes dentro de un Estado de derecho; demostrar que la democracia es solamente un instrumento para lograr la libertad, comodidad y felicidad del hombre por lo que constantemente deben promoverse sus valores, cumplir a lo que obliga y ejercitarse los derechos que concede para así poderla conservar.

En el artículo 41 de la nueva Constitución de Colombia se dispone que en toda institución oficial o privada es obligatorio el estudio de la instrucción cívica y la Constitución. Además se fomentarán las prácticas democráticas para el aprendizaje de los principios y valores de la participación democrática. El Estado también debe divulgar la Constitución.

En lo económico debemos enseñar que el trabajo material e intelectual son las fuentes legítimas de nuestras adquisiciones y, por lo tanto, deben respetarse sus frutos; que la libertad de trabajo y de empresa son factores fundamentales para la prosperidad económica, política y social de las personas y las naciones; que el crecimiento económico y la riqueza que produce es un factor fundamental para la prosperidad material, felicidad espiritual y efectivo ejercicio de los derechos y libertades de las personas y del pueblo en general; que es un deber respetar la propiedad privada; que es más beneficiosa a la dignidad, libertad y prosperidad del hombre la riqueza adquirida por su esfuerzo que el paternalismo privado o estatal lleno de peligros y utopías que conducen generalmente a obsesiones o sometimientos desastrosos. Generalmente las utopías son experimentos socialistas.

En lo moral debemos promover la honradez, el trabajo como factor dignificante; demostrar que la ociosidad y la pobreza son factores de destrucción; promover la solidaridad social; y, en general, enseñar los valores morales cristianos dentro de una amplia libertad de culto y de pensamiento.

c) Son muchos los crímenes que no llegan al conocimiento de las autoridades de policía y judiciales porque no confían en la justicia de ellos, quedando así impune esos delitos. El pueblo interpretando sabiamente la falta de un Estado de derecho, expresa que «no existe ley ni justicia».

d) Falta de apoyo técnico de parte de organismos especializados para averiguar la comisión del delito y la persona que lo cometió.

e) Inclinación de algunos funcionarios a favor de ciertos intereses políticos, lo que da pie a dejar impune algunos crímenes.

F) DESCONFIANZA

La influencia política sobre el Poder Judicial, la falta de la prometida renovación de Jueces y Magistrados, la carestía, lentitud y no buena calidad de la justicia, la creciente impunidad, entre otros factores, provocan desconfianza en ella, lo cual trae graves consecuencias para la paz social.

En virtud de esta desconfianza, las víctimas de las confiscaciones, apropiaciones, intervenciones y usurpaciones de la propiedad no han querido llevar sus conflictos a los Tribunales de Justicia. Piensan que las resoluciones serán favorables a los usurpadores. No se cuenta, pues, con el poder judicial para ayudar a resolver el problema de la propiedad, quizá el principal que aqueja el país. El Estado se encuentra ante un gran dilema: o hace justicia devolviendo las propiedades a sus legítimos dueños, o comete una gran injusticia entregándoselas a los usurpadores. El truco de los bonos es inaceptable por inmoral, ilegal e injusto y lo pagará caro el pueblo. Tiene por finalidad dejar los bienes en poder de los usurpadores y premiar así el delito. Lógicamente serán respetados todos los verdaderos sujetos agrarios o rurales, pero no se permitirá sustituir un viejo sujeto por uno nuevo o despojar de sus bienes a los pequeños propietarios, pues esto no es justicia. De la solución justa de este dilema dependerá en buena medida el futuro democrático, político y social de este país.

2. CARACTER COMPLEJO DEL PROBLEMA

El carácter de nuestro problema es bien particular y complejo. Para la solución del mismo deben intervenir con buena voluntad y sinceridad los

poderes del Estado, las universidades y los grupos profesionales, aportando lo que a cada quien le corresponde hacer en favor de una mejor y moderna administración de justicia. Por ejemplo, el Ejecutivo debe poner sus recursos económicos y humanos y la fuerza política que tiene para emprender la reforma. De inmediato podría nombrar una comisión de juristas auxiliada del personal adecuado (sociólogos, etc.) que, previo las investigaciones y estudios correspondientes, formule un Programa General de Reforma Judicial. El legislativo debe emprender la modernización de nuestra legislación. Las universidades mejorar su enseñanza y aportar su personal técnico para la reforma. El Poder Judicial podría promover la fundación de una escuela judicial y colaborar estrechamente en la reforma. Los organismos profesionales pueden aportar personal especializado y mejorar el nivel moral y profesional de sus asociados.

3. FACTORES QUE INTERVIENEN

A) SISTEMA DE SELECCIÓN DE JUECES Y MAGISTRADOS

El sistema de selección de Jueces y Magistrados es de gran importancia ya que se vincula estrechamente con el tema de la independencia, capacidad y moralidad de dichos funcionarios. Son varios los sistemas que se han formulado: nombramiento por el Ejecutivo con aprobación del Legislativo; elección popular; carrera judicial; selección por órgano especial; cooptación. Nos limitaremos al nuestro.

Desgraciadamente, en nuestro país, generalmente, las elecciones de autoridades estatales no han sido limpias. El negocio funciona así: el pueblo se toma el poder por las armas y un grupo, a espaldas de él, pasa a controlar los poderes del Estado (incluyendo el electoral), la vida política, económica y social del país. Desde esa posición de ventaja celebra elecciones amañadas para una Constituyente, la que emite una Constitución en la que se permite la reelección y después se convierte en asamblea ordinaria. Posteriormente se celebra el mismo tipo de elecciones para Presidente. En esta forma se conquista el poder Ejecutivo y Legislativo, los que a su vez les toca nombrar a los principales funcionarios del Poder Judicial y a los del Electoral, quienes a su vez nombran a los inferiores. Para finalizar, se repiten periódicamente elecciones para autoridades superiores y municipales también amañadas, hasta que viene otra guerra o golpe de Estado. Este ha sido nuestro desastroso ciclo político.

En la actualidad un pequeño grupo de la vieja y miope oligarquía y toda la nueva frentista no se robaron las elecciones en las mesas electorales, pero lo hicieron después en nefasto pacto político denominado Protocolo de

Transición. Los dos sistemas son malos, pero es más censurable el segundo: en el primero (fraude en las mesas) por lo menos se necesita trabajo y atrevimiento; en el segundo (en un pacto), sólo cobardía. Esto ha permitido mantener la mayoría frentista en los Juzgados y Tribunales.

Para comprender mejor lo expuesto es preciso explicar brevemente nuestro sistema de nombramiento. La Asamblea nombra a los Magistrados de la Corte Suprema de ternas congeladas propuestas por el Presidente. La Corte, a su vez, nombra a los Magistrados de los Tribunales de Apelaciones, Jueces y Registradores. Como la mayoría de la Asamblea está controlada por los citados grupos oligárquicos es difícil nombrar más Magistrados en la Suprema que representen verdaderamente al pueblo o remover los existentes. Controlada la Corte Suprema por partidarios de esos grupos, éstos a su vez controlarán la mayoría en los Tribunales de Apelaciones y Juzgados, pues ella los nombra. Es un control total del Poder Judicial.

Para evitar todos estos inconvenientes es preciso establecer la carrera judicial que garantice la independencia del Poder Judicial. Esta independencia conlleva una autonomía orgánica (gobierno propio y administración propia) y otra funcional en virtud de la cual los Jueces y Magistrados al administrar justicia sólo deben someterse a la Ley y a la equidad.

B) LEGISLACIÓN AÑEJA

Para democratizar y modernizar nuestro Estado y en general el país, primeramente tenemos que cambiar la antidemocrática Constitución vigente por una auténticamente democrática; y después modernizar y ajustar a los valores constitucionales los Códigos y leyes ordinarias.

Para entrar a la modernización, progreso y democracia es, pues, preciso actualizar toda nuestra legislación de acuerdo a los valores democráticos y de justicia social propios de nuestra civilización occidental, ajustándola, por supuesto, a las realidades económicas y sociales.

Debemos reconocer que nuestras Constituciones (1939, 1950, 1974 y 1985) se han actualizado poco a poco, incorporando muchas conquistas sociales, políticas y económicas, pero casi no se aplican o no son desarrollados sus valores por las leyes ordinarias. Por ejemplo: la función social de la propiedad ha sido incorporada a nuestras Constituciones, pero el Código Civil no ha desarrollado este principio, aunque en materia agraria ha tenido aplicación; la igualdad de los hijos naturales (art. 175 de la Constitución) exige una reforma al capítulo del Código Civil dedicado a señalar las reglas de la distribución en la sucesión intestada: de la publicidad del proceso (art. 165 de la Constitución) y de su rapidez en lo penal (art. 34, inc. 2, de la Constitución) se impone el proceso oral y aún no se ha consagrado; la

investigación de la paternidad es permitida por la Constitución (art. 78 de la Constitución) y el Código Civil en orientación contraria parte de que no es permitida, salvo en casos especiales, lo cual la convierte en muy restringida; la unión estable de la pareja es reconocida y protegida (art. 72 de la Constitución), pero no existe una Ley que regule su extensión y efectos; el humanismo y la rehabilitación del condenado para reintegrarlo a la sociedad son principios básicos de la política penitenciaria (art. 39 de la Constitución), pero no existe una Ley penitenciaria que los desarrolle. A lo anterior hay que añadir muchas disposiciones programáticas que prometen viviendas, salud, educación, etc., como casi todas las que consagran los derechos sociales, que no logran su realización concreta por falta de recursos económicos o voluntad política.

En resumen, nuestras Constituciones presentan un panorama diferente al que se vive en las leyes ordinarias y en la realidad política, social y económica. Son falsas, fraudulentas.

En general nuestras leyes ordinarias han vivido al margen de los valores constitucionales y ya no responden a los avances de la ciencia del derecho y a las realidades sociales, políticas y económicas del país. Están divorciadas de la técnica y de la realidad.

Esta situación lógicamente incide desfavorablemente en una buena administración de justicia y en el desarrollo del país. Por ejemplo, la legislación añeja no contempla los nuevos actos, contratos y figuras que van surgiendo en el tráfico jurídico; ciertas soluciones de las leyes ya no son justas en la actualidad; presentan muchas contradicciones, oscuridades y errores; regulan procesos lentos y caros; las demarcaciones judiciales están un poco desajustadas.

Veamos brevemente algunos ejemplos de la vejez de nuestra legislación:

a) El Código de Instrucción Criminal es de 1879. Existen dos proyectos de un nuevo Código: uno publicado en 1965 y otro publicado durante el régimen frentista. El primero no representa un gran avance y mantiene el juicio escrito; y el segundo no fue aceptado por los juristas nacionales debido a que no se ajusta a la realidad nicaragüense.

b) El Código Penal del 3 de marzo de 1976. Necesita actualización y existe un buen proyecto del doctor SERGIO GARCÍA QUINTERO, publicado este año. Contiene importantes avances y es un excelente material para las futuras reformas.

c) El Código Civil de 1904. Necesita actualización y existe un proyecto preparado al poco tiempo de entrar en vigencia el actual por el doctor ALFONSO AYÓN. Es difícil obtenerlo y según la Corte Suprema de 1922, con ligeras modificaciones en materia familiar y sucesiones, es una repetición del vigente.

d) El Código de Comercio de 1914. Necesita actualización y existe un buen proyecto patrocinado por el Banco Central, publicado en 1978.

e) El Código del Trabajo de 1945. También necesita actualización y existen tres excelentes proyectos: uno del Ministerio del Trabajo, otro del doctor SERGIO GARCÍA QUINTERO, acompañado con uno de carácter procesal, y el tercero del doctor RODOLFO SANDINO ARGUELLO, que contiene la parte procesal y sustantiva. Los tres tienen grandes avances y serán útiles instrumentos para la redacción del nuevo.

f) La Ley Orgánica de Tribunales de 1894. Evidentemente necesita ser actualizada.

g) El Registro Público de la Propiedad de 1904 y el Registro Mercantil de 1914. Necesitan urgentemente cambiar sus técnicas registrales y modernizar sus principios.

h) La Ley del Notariado anexa al Código de Procedimiento Civil de 1906. Necesita actualización y existe un proyecto de Código del Notariado patrocinado por la Barra de Abogados.

Al carácter añejo de nuestras leyes hay que añadir el problema de la ordenación sistemática de la gran cantidad de leyes sueltas, de la inflación jurídica propia de las dictaduras y causa de confusión y de los vacíos legales (falta de una Ley de lo Contencioso-Administrativo, Ley Penitenciaria, etc.).

C) INFLUENCIA POLÍTICA DEL EJECUTIVO

El principal peligro del intervencionismo se encuentra en el Poder Ejecutivo. Tanto a éste como a los partidos y grupos de presión deben impedírseles que intervengan en la administración de justicia.

Hay que rescatar cuanto antes al Poder Judicial de las manos de los políticos que fundamentalmente se valen del ejecutivo para intervenir en su esfera de acción. En gran medida su independencia es con relación al Poder Ejecutivo. Basta que el Poder Judicial no sea independiente para que no exista Estado de derecho. La carrera judicial, no me canso de repetir, es un paso muy importante para lograr su independencia.

No debemos perder de vista que son varios los factores que contribuyen a la independencia del Poder Judicial: división de poderes, sistema de selección, inamovilidad, remuneración adecuada, presupuesto suficiente, buena preparación jurídica y moral, etc.

D) PRESUPUESTO INADECUADO

Es indispensable un presupuesto adecuado a las necesidades del Poder Judicial. Para mayor seguridad y estabilidad es preferible que se conceda con rango constitucional un porcentaje del presupuesto nacional como ya se ha hecho en otros países, incluyendo algunos centroamericanos (Costa Rica y Guatemala). Esta medida contribuirá a su independencia, modernización, aumentos de sueldos, mejor preparación jurídica y moral de sus funcionarios y, en general, a elevar la calidad de la justicia y el nivel de confianza del pueblo en ella.

E) LA PROCURADURÍA GENERAL DE JUSTICIA SIN INDEPENDENCIA

La Procuraduría General de Justicia es una institución muy importante en el cumplimiento de la legalidad de un país y son muchos los intereses que tutela: defiende a los menores e incapaces, interviene en los procesos penales y civiles, en el amparo, representa al Estado, etc. De aquí que sea muy importante tener una Procuraduría con independencia orgánica y funcional.

F) FALTA DE UNA POLICÍA JUDICIAL

La policía está politizada y así no puede cumplir sus funciones. Es preciso una policía civil organizada bajo principios propios y democráticos, al servicio de un Estado de derecho. Sus funciones y fines principales son: defender el orden público y jurídico, respetar y hacer que se respeten los derechos de las personas, capacitarse adecuadamente para perseguir el delito, obedecer a la autoridad civil de la que depende, servir de brazo ejecutor de las resoluciones judiciales y administrativas.

Se puede dividir en varias ramas: judicial, municipal, de hacienda, de narcóticos, etc. La Policía Judicial debe estar adscrita al Poder Judicial.

G) SISTEMA PENITENCIARIO INOPERANTE

En otro estudio anterior expresé que el sistema penitenciario no cumple con los fines del artículo 39 de la Constitución, en virtud del cual se deduce que el fin de la pena privativa de la libertad es aislar al reo en un establecimiento y reeducarlo para incorporarlo nuevamente a la sociedad. También expresamos que las condiciones de los establecimientos penitenciarios no son las adecuadas para cumplir con sus fines.

Es preciso dictar una Ley Penitenciaria que ponga en práctica los fines del artículo 39 de la Constitución. En su contenido debe establecer los derechos y deberes de los internos y las condiciones para llenar los fines del artículo 39 de la Constitución, dentro de una clara división de los asuntos que son de la competencia del Juez y de los que son de las autoridades administrativas del establecimiento penal, no perdiendo de vista que juzgar y ejecutar lo juzgado pertenece al Poder Judicial. Lógicamente deberá ser moderna, práctica y su aplicación podrá desarrollarse por etapas atendiendo a las posibilidades económicas.

Por otra parte, lo relativo a la ejecución de la sentencia debe estar regulado por el Código de Instrucción Criminal que se quedó muy corto en esta materia, la cual aparece diseminada en el Código Penal, el de Instrucción Criminal y leyes penales especiales.

Para acotar bien el perímetro de cada materia es conveniente tener presente la naturaleza jurídica de la ejecución penal. En el Derecho procesal civil el tema de la naturaleza de la ejecución de la sentencia ha adquirido mucha tranquilidad, pues la mayoría de los procesalistas consideran que tiene carácter judicial y pertenece al Derecho procesal y no al administrativo. En cambio, la naturaleza jurídica de la ejecución penal es muy discutida, entre otras razones, por el atraso de los estudios del proceso penal y la incidencia de otras disciplinas que pretenden invadirla (Derecho penitenciario, etc.). Un sector doctrinal sostiene que pertenece al Derecho procesal penal y otro al administrativo. Una posición intermedia afirma que a la ejecución concurren reglas procesales, penales y administrativas. Es la más aceptada.

H) UNA GRAN MARGINALIDAD JURÍDICA

Para nadie es un secreto que existe una gran marginalidad jurídica producto de nuestra pobreza y de la injusta distribución de la poca riqueza que existe.

La igualdad ante la Ley y el proceso (arts. 27 y 165 de la Constitución) y el principio de la gratuidad de la justicia (art. 156 de la Constitución) no resuelven el problema de la marginalidad jurídica, o sea, el acceso de los pobres a la justicia, porque ninguno de los dos principios les otorgan los recursos económicos para que puedan pagar Abogados que los representen, hagan los gastos necesarios para recabar pruebas, emplear el tiempo necesario para preparar su defensa y moverse rápidamente a los lugares que fueren necesarios. La justicia gratuita sólo garantiza que el servicio que da el Estado para administrar justicia no lo pagan las partes, sino que lo asume el Estado.

Para los pobres esos dos principios de igualdad y gratuidad no tienen ningún significado. Ellos no llegan voluntariamente al proceso de pedir justicia. Normalmente llegan obligados a comparecer como acusados en el proceso penal.

El problema es de gran envergadura porque las grandes masas populares desposeídas, que representan la mayoría de la población, van perdiendo la confianza en la justicia y la democracia, lo cual pone en peligro al mismo sistema democrático.

Se han formulado varias soluciones: beneficio de pobreza, en desuso; defensa a cargo de los órganos profesionales forenses, muy gravoso, por no decir imposible de cumplir para ellos y poco ajustada al sistema de libre trabajo y empresa; defensa asumida por el Estado y servida por Abogados estatales o particulares pagados por el mismo Estado, muy gravosa para el Estado; riesgo cubierto por el Seguro Social; bufetes populares de las universidades, partidos políticos o grupos organizados de la sociedad civil.

Uno sólo es difícil que funcione, pero combinados pueden operar con éxito y cubrir más ámbito. Es preciso, pues, apoyar un servicio de consulta jurídica general y de defensa judicial a los pobres.

I) CRISIS EN LOS GREMIOS PROFESIONALES FORENSES Y EN LA ENSEÑANZA UNIVERSITARIA

Durante el régimen frentista el Notariado y la Abogacía entraron en una aguda crisis que llevó a poner en duda su futura existencia. De ella no han podido salir totalmente porque el país está al borde de la catástrofe. Sus organizaciones no tienen poder de convocatoria, están divididas y sus actividades escasamente redundan en beneficio económico, cultural y moral de la profesión y de sus asociados.

Por otra parte, la permanente piñata sandinista prostituyó a un sector del Notariado y convirtió a los Registros de la Propiedad en instituciones de fraude e inseguridad, lo cual está en total oposición a sus principios fundamentales.

Ante esta situación es preciso promover la elevación de sus niveles organizativos, morales, culturales y económicos. Así lo exige el bienestar del país, el derecho y la justicia.

Las universidades han bajado su nivel académico por lo que es preciso revisar sus programas de estudio y métodos de enseñanza. Si bien las universidades preparan juristas y no a simple prácticos, es necesario combinar la enseñanza teórica con la práctica, acabando con la simple lección magistral.

No hay que olvidar que el proceso es un drama en el que intervienen

tres actores principales: el Juez, el demandante y el demandado o acusado. Normalmente, y así lo impone la realidad, cada uno de ellos es Abogado, aunque reciben el apoyo decidido de sus representados: el Juez del Estado (policía, médico forense, etc.) y los Abogados del demandante y demandado, de sus clientes. De las verdades parciales del demandante y del demandado o acusado el Juez extrae la verdad real hasta donde lo permiten las limitaciones humanas. Mientras más preparados, honestos y suficientes sean los tres actores mejor será la justicia.

Por lo expuesto y con la finalidad que funcione mejor la justicia, las universidades y los grupos profesionales deben preocuparse por mejorar el nivel moral, académico y profesional de los que actuarán o actúan en el campo del Derecho. También la Ley Procesal debe consagrar el principio de lealtad procesal y sancionar su violación a fin de que las partes se abstengan de hacer trucos y provocar retrasos en la tramitación del proceso.

4. NECESIDAD DE LA REFORMA TOTAL DE LA CONSTITUCION

La independencia del Poder Judicial sólo puede ser efectiva en un Estado democrático. Partiendo de esto, de inmediato surge la necesidad de la reforma constitucional.

La Constitución vigente fue diseñada expresamente para un sistema autocrático de gobierno y una economía básicamente protagonizada y dirigida por el Estado. Representa la acumulación del poder total en manos de una o pocas personas, básicamente en la persona del Presidente de la República, lo cual es la negación del Estado de derecho. No debemos de perder de vista que el Estado de derecho es un instrumento muy valioso de la democracia. Es el elemento indispensable, como el agua, el aire, de cada día para poder vivir en orden, seguridad y paz social.

La reforma tiene que ser total por las razones siguientes: i) Carece de legitimidad porque fue impuesta a contrapelo de nuestro querer y forma de ser y aprobada por una Asamblea producto de una elección no libre. ii) Las concepciones, ideales y circunstancias históricas sobre la que fue construida han desaparecido ante el fracaso estrepitoso del marxismo-leninismo a nivel nacional e internacional y, por lo tanto, es preciso hacer otra Constitución que responda a las actuales realidades políticas, sociales y económicas. iii) Fue diseñada para una dictadura y, como consecuencia, no es el instrumento adecuado para entrar al anhelado y necesario cauce democrático y de modernización del país. iv) Está plagada de peligrosos errores, omisiones, trucos y conceptos vagos de difícil precisión, por lo que resulta imposible corregirla en una reforma parcial. v) La reforma parcial presenta dos inconvenientes: la Constitución reformada no tendría la necesaria armonía que

debe tener toda Constitución o Ley, pues estaría compuesta por la parte democrática de la reforma y por la totalitaria de las disposiciones no reformadas. vi) Por la parte totalitaria se podría vaciar en mayor o menor medida el contenido democrático de la reforma. vii) Es discutible si por una reforma parcial se puedan cambiar las bases fundamentales de la Constitución, lo cual representa en la realidad una reforma total, que sólo lo puede hacer el poder constituyente originario (Asamblea constituyente) y no el derivado (Asamblea ordinaria).

Analicemos algunos aspectos de la Constitución.

A) MATERIA POLÍTICA

a) *Falso sistema de Derechos fundamentales*

A primera vista la lista de derechos económicos, sociales y políticos que consagra la Constitución vigente causa buena impresión y de momento nos parece que estamos en presencia de un Estado democrático, pero a poco que se ahonde en el tema la desilusión surge de inmediato.

Veamos algunas razones en que se fundamenta esta afirmación: i) Se establece una lista cerrada (*numerus clausus*) de los derechos y garantías, a diferencia de algunas Constituciones anteriores (1950 y 1974) que establecían un sistema de lista abierta (*numerus apertus*) de los derechos y libertades al expresar que además de los derechos y libertades consagrados en el texto constitucional se reconocían otros que fueran inherentes a la persona o al sistema democrático de gobierno. ii) Buena parte de los derechos y libertades son aspiraciones o disposiciones programáticas cuyo único valor normativo podría ser la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de una Ley que se oponga a ellos. iii) Muchos de ellos se remiten a la Ley ordinaria para su regulación o son sujetos a conceptos vagos o indefinidos (intereses nacionales, intereses de la mayoría, el bien común, etc.), lo que permite una desnaturalización de los mismos por dichas leyes, como ya ha sucedido. iv) No existe un efectivo sistema que asegure su respeto y cumplimiento. v) Quedan ahogadas por el sistema autocrático de gobierno y por una economía en donde la iniciativa privada poco participa y sin garantías adecuadas.

b) *Superioridad del Poder Ejecutivo*

El Poder Ejecutivo tiene facultades de gran envergadura que destruyen la teoría de la división de poderes que simplemente queda enunciada de

forma truculenta en el artículo 129 de la Constitución. Veamos algunos ejemplos: el Ejecutivo puede legislar (Decretos con fuerza de Ley) en materia fiscal, lo mismo que en la administrativa y organizativa con relación a los ministerios de Estado, entre autónomos y gubernamentales (arts. 150, incs. 3 y 4, y 151 de la Constitución) y, en general, cuando la Asamblea le delegue esas funciones en su totalidad (art. 138, inc. 16), con excepción de los Códigos que no es respetada; puede vetar las leyes (art. 150, inc. 3, de la Constitución); tiene iniciativa de Ley (art. 150, inc. 3, de la Constitución); elabora el presupuesto nacional (art. 150, inc. 5, de la Constitución); reglamenta las leyes (art. 150, inc. 10, de la Constitución); decreta el estado de emergencia que le concede poderes omnímodos (art. 150, inc. 9, de la Constitución); dirige la política externa (art. 150, inc. 8, de la Constitución); dirige la economía del país y determina la política y programa económico y social (art. 150, inc. 13, de la Constitución); propone ternas para la elección de magistrados de la Corte Suprema, Consejo Supremo Electoral y del Contralor de la República (art. 150, inc. 14, de la Constitución); nombra al Presidente de la Corte Suprema (art. 163 de la Constitución).

Todas estas facultades y otras más le son atribuidas en forma exclusiva al Presidente de la República, sin que participen en ella ningún otro organismo o Ministro. Los Ministros ni siquiera tienen la facultad de refrendar los acuerdos y resoluciones del Presidente.

Por otra parte, se permite la reelección, lo que da pie al establecimiento de una dictadura prolongada.

B) MATERIA MUNICIPAL

Se permite la injerencia del Ejecutivo en los asuntos municipales (art. 177 de la Constitución) y la elección de Alcalde no es por voto popular directo. Todo esto abre las puertas a la destrucción de la autonomía municipal, como ya hemos experimentado en Nicaragua.

C) MATERIA ECONÓMICA

La iniciativa económica y su planificación fundamentalmente son atribuidas al Estado a pesar de que se proclama la aceptación de la economía mixta. Esto es así por las razones siguientes: la dirección y planificación de la economía le corresponde al Estado (art. 99 de la Constitución); el sistema financiero y de seguros ha pasado a manos del Estado (art. 99 de la Constitución); todos los recursos naturales, sin excepción, pertenecen al Estado

(art. 102 de la Constitución); se permite el control de la distribución y abastecimiento de los productos básicos de consumo (art. 105 de la Constitución); se controla el comercio exterior (art. 99 de la Constitución); la propiedad privada de los bienes de producción no está garantizada, salvo los inmuebles rústicos que se trabajen en forma productiva y eficiente (art. 108 de la Constitución); no existen límites o instrumentos que garanticen que no se pase de la economía mixta a una economía fundamentalmente centralizada.

Es una verdad comprobada y sentida dolorosamente en carne propia por el pueblo nicaraguense que la economía mixta ha sido un fracaso en nuestro país. Por tal razón no está dispuesto a seguir padeciendo privaciones económicas y sociales manteniendo este sistema. Esto es motivo suficiente para que sea suprimido de la Constitución y se constitucionalice con propósitos de seguridad un sistema económico que pueda oscilar, de acuerdo a las circunstancias que se presentan, entre la economía social de mercado y la economía libre sin las correcciones de la primera.

D) MATERIA MILITAR (EJÉRCITO PARTIDARIO)

Como algo insólito aparece un título, el V de la Constitución, dedicado a consagrar un ejército particular del Frente Sandinista de Liberación Nacional, denominado Ejército Popular Sandinista, que en la actualidad, por razones tácticas, por su Ley Orgánica se ha convertido en un Estado dentro de otro Estado en espera de volver a constituir la trilogía Estado-partido-ejército.

Esto viene a confirmar el carácter autocrático de esta Constitución, que además establece un control político, económico y social en manos del Presidente. Este control se hace en detrimento de los otros poderes que fácilmente son manipulados por el Ejecutivo.

E) MATERIA FAMILIAR

El matrimonio es una institución fundamental que tiende a fortalecer y mantener la unidad familiar, muy importante para el desarrollo cultural, económico, social y político de un país, pues es el núcleo fundamental de la sociedad. Sus fines culturales, de protección, prosperidad y fidelidad los llena dentro de una esfera de acción en la cual el Estado tiene limitada su intervención.

Para aislar al individuo de la familia (principalmente a los jóvenes) y controlarlo más fácilmente se establece un instituto de destrucción de su

constitución y unidad. Me refiero al divorcio unilateral, consagrado en el artículo 38 de la Constitución.

Destruída la unidad familiar mediante la disolución fácil del matrimonio, el Estado controla sin muchos obstáculos directamente al individuo. Los estados totalitarios son enemigos de poderes o fuerzas intermedias propias de una social civil democrática.

5. LA NUEVA ESTRUCTURA CONSTITUCIONAL DEL PODER JUDICIAL

Creo que la nueva estructura del Poder Judicial debe asentarse sobre las bases constitucionales siguientes:

A) Una real y efectiva división de poderes que contribuya con firmeza a la independencia del Poder Judicial. Ello involucra una autonomía orgánica y funcional del Poder Judicial.

B) Una carrera judicial que asegure, mediante una escuela judicial y oposiciones en el ingreso a la carrera, la idoneidad académica y moral de los Jueces y Magistrados.

C) Un porcentaje del presupuesto nacional a favor del Poder Judicial para asegurar salarios dignos a sus servidores y llenar los requerimientos materiales (edificios, mobiliarios, equipos, etc.) que conduzcan a la modernización del servicio.

D) Suprimir la justicia popular de la nueva Constitución, pues ha sido nefasta, no garantiza una aplicación justa de la Ley y carece de la aceptación y confianza popular. Aceptar el Jurado en materia penal.

E) Creación de un Tribunal Constitucional dentro del poder judicial o de una Sala Constitucional en la Corte Suprema de Justicia que conozca en materia de amparo y del recurso de inconstitucionalidad contra Ley, decreto, reglamento y de algunos conflictos entre órganos estatales o poderes del Estado. No formarán parte de esta Sala o Tribunal los Jueces y Magistrados de la carrera, pues éstos son bastante conservadores, reacios a declarar una inconstitucionalidad y con poca percepción de la necesidad del acomodamiento del Derecho positivo, principalmente el constitucional, a las nuevas realidades políticas, económicas y sociales que se van presentando con el correr del tiempo.

Es conveniente, por razones de comodidad, atribuirles siempre a las Cortes de Apelaciones la facultad de conocer de la exhibición personal.

La Sala o el Tribunal, pues, tendrán la misión de cuidar el cumplimiento efectivo de la Constitución.

Hasta el día de hoy el control de la constitucionalidad realizado por la

Corte Suprema de Justicia no ha sido efectivo a partir de existir un buen sistema legal de control. Por tal razón se pide la creación de la mencionada Sala o Tribunal para que ejerza jurisdicción constitucional con una amplia percepción de la importancia de la materia, de la necesidad de hacer efectiva la Constitución y de su adecuado ajuste a la evolución social, política y económica del país.

F) Creación de lo contencioso-administrativo que controle la legalidad de la Administración Pública. En la actualidad sólo existe un autocontrol a través de recursos jerárquicos y al amparo como control final, pero limitado a la violación de disposiciones constitucionales y no de otra índole.

G) Una Procuraduría General de Justicia fuerte e independiente que ayude a mantener la legalidad en el país.

H) Un sistema de justicia gratuita que asegure en la medida de las posibilidades económicas el acceso de los pobres a la justicia y asesoramiento jurídico general.

I) Consagración de los principios fundamentales en que debe descansar el futuro proceso: igualdad, gratuidad, defensa, lealtad, etc.

J) Atribuir en forma exclusiva al Poder Judicial la facultad de juzgar y ejecutar lo juzgado sin permitir fueros atractivos o especiales como el militar.

IVÁN ESCOBAR FORNOS
Universidad de Managua

ACTUALIDAD JURIDICA

I. Información legislativa

A) Acuerdos Internacionales y Derecho comunitario

1. *Tratado de la Unión Europea.*—En el *BOE* del día 13 de enero se publica el Instrumento de ratificación del Tratado de la Unión Europea firmado en Maastrich el 7 de febrero de 1992.

Tiene un amplísimo texto que ocupa 68 páginas del *Boletín*. Nos limitamos a reproducir las disposiciones comunes:

TITULO PRIMERO

Disposiciones comunes

Artículo A

Por el presente Tratado, las Altas Partes Contratantes constituyen entre sí una Unión Europea, en lo sucesivo denominada «Unión».

El presente Tratado constituye una nueva etapa en el proceso creador de la Unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa, en la cual las decisiones serán tomadas de la forma más próxima posible a los ciudadanos.

La Unión tiene su fundamento en las Comunidades Europeas completadas con las políticas y formas de cooperación establecidas por el presente Tratado. Tendrá por misión organizar de modo coherente y solidario las relaciones entre los Estados miembros y entre sus pueblos.

Artículo B

La Unión tendrá los siguientes objetivos:

- Promover un progreso económico y social equilibrado y sostenible, principalmente mediante la creación de un espacio sin fronteras

interiores, el fortalecimiento de la cohesión económica y social y el establecimiento de una unión económica y monetaria que implicará, en su momento, una moneda única, conforme a las disposiciones del presente Tratado.

- Afirmar su identidad en el ámbito internacional, en particular mediante la realización de una política exterior y de seguridad común que incluya, en el futuro, la definición de una política de defensa común que podría conducir, en su momento, a una defensa común.
- Reforzar la protección de los derechos e intereses de los nacionales de sus Estados miembros mediante la creación de una ciudadanía de la Unión.
- Desarrollar una cooperación estrecha en el ámbito de la justicia y de los asuntos de interior.
- Mantener íntegramente el acervo comunitario y desarrollarlo con el fin de examinar, con arreglo al procedimiento previsto en el apartado 2 del artículo N, la medida en que las políticas y formas de cooperación establecidas en el presente Tratado deben ser revisadas para asegurar la eficacia de los mecanismos e instituciones comunitarios.

Los objetivos de la Unión se alcanzarán conforme a las disposiciones del presente Tratado, en las condiciones y según los ritmos previstos y en el respeto del principio de subsidiariedad, tal y como se define en el artículo 3.B del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea.

Artículo C

La Unión tendrá un marco institucional único que garantizará la coherencia y la continuidad de las acciones llevadas a cabo para alcanzar sus objetivos, dentro del respeto y del desarrollo del acervo comunitario.

La unión velará, en particular, por mantener la coherencia del conjunto de su acción exterior en el marco de sus políticas de relaciones exteriores, en el ámbito de la seguridad, de la economía y del desarrollo. El Consejo y la Comisión tendrán la responsabilidad de garantizar dicha coherencia y asegurarán, cada cual conforme a sus competencias, la realización de tales políticas.

Artículo D

El Consejo Europeo dará a la Unión los impulsos necesarios para su desarrollo y definirá sus orientaciones políticas generales.

El Consejo Europeo estará compuesto por los Jefes del Estado o de Gobierno de los Estados miembros, así como por el presidente de la Comisión. Estos estarán asistidos por los Ministros de Asuntos Exteriores de los Estados miembros y por un miembro de la Comisión. El Consejo Europeo se reunirá al menos dos veces al año, bajo la presidencia del Jefe de Estado o de Gobierno del Estado miembro que ejerza la presidencia del Consejo.

El Consejo Europeo presentará al Parlamento Europeo un informe después de cada una de las reuniones, así como un informe escrito anual relativo a los progresos realizados por la Unión.

Artículo E

El Parlamento Europeo, el Consejo, la Comisión y el Tribunal de Justicia ejercerán sus competencias en las condiciones y para los fines previstos, por una parte, en las disposiciones de los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y de los Tratados y actos subsiguientes que los han modificado o completado, y, por otra parte, en las demás disposiciones del presente Tratado.

Artículo F

1. La Unión respetará la identidad nacional de sus Estados miembros, cuyos sistemas de gobierno se basarán en los principios democráticos.

2. La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 y tal como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario.

3. La Unión se dotará de los medios necesarios para alcanzar sus objetivos y para llevar a cabo sus políticas.

2. *Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.*—Se publica en el BOE del día 25 de enero, ocupando nada menos que cinco fascículos de dicho *Boletín*. Se firmó en Oporto el 2 de mayo de 1992.

Sus objetivos y principios vienen consignados en su artículo 1.º, que dice así:

1. La finalidad del presente Acuerdo de asociación es la de promover un reforzamiento continuo y equilibrado de las relaciones comerciales y económicas entre las partes contratantes, en igualdad de condiciones de

competencia y en observancia de unas normas comunes, con miras a crear un Espacio Económico Europeo homogéneo, en lo sucesivo denominado el EEE.

2. A fin de alcanzar los objetivos enunciados en el apartado 1, la asociación implicará, de acuerdo con lo dispuesto por el presente Acuerdo:

- a) la libre circulación de mercancías,
- b) la libre circulación de personas,
- c) la libre circulación de servicios,
- d) la libre circulación de capitales,
- e) el establecimiento de un sistema que garantice que no se distorsionará la competencia y que sus normas serán respetadas por igual, así como
- f) una cooperación más estrecha en otros campos, como la investigación y desarrollo, el medio ambiente, la educación y política social.

B) Legislación nacional

— Leyes 11 y 12/1993, ambas de 13 de diciembre, sobre adaptación de los Convenios del País Vasco y Navarra en materia fiscal.

— Ley 15/1993, de 23 de diciembre, prorrogando el plazo para poder optar por la nacionalidad española.

— Ley 19/1993, de 28 de diciembre, de medidas de prevención sobre el blanqueo de capitales.

C) Comunidades Autónomas

Andalucía.—Ley 11 enero 1994, de Ordenación del Territorio.

Cantabria.—Ley 21 enero 1994, sobre recargo en el Impuesto de Actividades Económicas.

Cataluña.—Ley 28 diciembre 1993, sobre Cámaras Agrarias.

Navarra.—Ley Foral 15 noviembre 1993, de apoyo a la inversión y a la actividad económica y otras medidas tributarias.

Valencia.—Ley 9 diciembre 1993. Forestal de la Comunidad.

— Ley 27 diciembre 1993, reguladora de la iniciativa legislativa popular de la Comunidad de Valencia.

II. Información de actividades

1. *Convocatoria del X Congreso Internacional de Derecho Registral.*—De conformidad con lo dispuesto en el Reglamento de Congresos Internacionales de Derecho Registral, aprobado en Asambleas extraordinarias celebradas en São Paulo el 25 de julio de 1975 y Buenos Aires el 4 de diciembre de 1981, esta Secretaría General convoca la celebración del X Congreso Internacional de Derecho Registral, con arreglo a las siguientes normas:

1.^a Sede del Congreso: Hotel Intercontinental, rue de Castiglione, 3. 75040 PARIS, Cedex 01.

2.^a Entidad organizadora: Association Mutuelle des Conservateurs des Hypotheses, rue Paganini, 6. 75972 PARIS, Cedex 20.

3.^a Fecha de celebración: 5 a 9 de septiembre de 1994.

Temario a desarrollar:

1. «Función de la hipoteca en el sistema financiero».
2. «Principios fundamentales de la hipoteca».

Reglamento del X Congreso

Artículo 1. Conforme a la convocatoria efectuada por el Centro Internacional de Derecho Registral, el X Congreso se celebrará en la ciudad de París (Francia) los días 5 al 9 de septiembre de 1994.

Art. 2. La organización del X Congreso Internacional corresponde a un Comité compuesto por el Comité de Dirección de la Asociación de los Conservadores de Hipotecas de Francia (AMC) y la Secretaría General del Centro Internacional de Derecho Registral (CINDER).

Art. 3. 1. Serán miembros natos del Congreso las personas integradas en el Centro Internacional de Derecho Registral.

2. Podrán asimismo participar en el X Congreso los Registradores y especialistas, expertos y estudiosos del Derecho Registral previamente convocados por el Comité organizador.

3. Todos los asistentes deberán formalizar su inscripción y cumplir los requisitos establecidos.

Art. 4. 1. El Comité organizador designará las autoridades honorarias y propondrá las personas que hayan de ocupar la presidencia de la Asamblea y de las Comisiones de Estudio.

2. Dicha propuesta será examinada y, en su caso, aprobada por la mesa del Congreso en el acto de su constitución.

3. La mesa del Congreso estará integrada por los Institutos miembros del CINDER y, caso de no haberlo, por un representante o portavoz de cada país asistente.

4. La Secretaría del Comité organizador, de la mesa del Congreso y de la Asamblea estará a cargo del secretario general del CINDER.

Art. 5. Incumbe a la Presidencia, en sus respectivos casos:

- a) Señalar el orden del día.
- b) Dirigir los debates y estimar suficientemente discutidas las materias.
- c) Limitar el tiempo de intervención oral de los participantes.
- d) Someter a votación las mociones que puedan presentarse.
- e) Someter a votación las conclusiones.
- f) Designar congresistas para la redacción de textos.
- g) Las demás funciones previstas en el Reglamento de Congresos Internacionales de Derecho Registral.

Art. 6. 1. Con carácter general y prioritario se someterán a debate en Comisión los anteproyectos de conclusiones elaborados por CINDER sobre el tema 1, «Función de la hipoteca en el sistema financiero», y por la AMC sobre el tema 2, «Principios fundamentales de la hipoteca».

2. La presentación de los anteproyectos de conclusiones en cada Comisión estará a cargo de sus ponentes, que contarán con un tiempo máximo de treinta minutos para su exposición.

3. Todos los participantes en Comisión tendrán voz, con un máximo de tiempo de cinco minutos para cada intervención.

4. Los debates en Comisión se decidirán por mayoría de votos de los asistentes.

5. Cuando se planteen cuestiones especialmente debatidas, la Presidencia podrá encomendar a los congresistas intervinientes la redacción de un texto que se someterá a la aprobación de la Comisión.

Art. 7. Los Presidentes de las Comisiones informarán a la Asamblea de los trabajos realizados y de las conclusiones aprobadas en Comisión.

Art. 8. 1. El Presidente de la Asamblea someterá a votación las conclusiones aprobadas en Comisión.

2. En la Asamblea tendrán voz todos los participantes, decidiéndose los debates por mayoría de votos de las delegaciones asistentes.

3. A cada Delegación corresponderá un voto.

4. Los ponentes de cada uno de los temas debatidos en Comisión, los representantes de los Institutos miembros del CINDER y de las Delegaciones asistentes al Congreso podrán hacer en la Asamblea exposiciones no superiores a quince minutos. Los demás participantes tendrán un máximo de tiempo de cinco minutos.

Art. 9. 1. Las comunicaciones y demás trabajos deberán remitirse a AMC-Xème Congrès CINDER, rue Paganini, 6. 75972 PARIS, Cedex 20 (Francia), acompañados de un extracto de no más de dos folios, redactado en alguno de los idiomas oficiales del Congreso y, si es posible, traducidos en los otros dos idiomas oficiales.

2. Dichos extractos serán distribuidos a todos los participantes siempre que se presenten antes del 30 de junio de 1994.

Art. 10. 1. Serán idiomas oficiales del Congreso: el francés, el español y el inglés.

2. Se facilitará servicio de traducción simultánea en los tres idiomas oficiales para todas las sesiones.

Art. 11. Con carácter supletorio se aplicarán las disposiciones del Reglamento de Congresos Internacionales de Derecho Registral.

Art. 12. Todas las cuestiones que se susciten durante el Congreso y que no estén previstas en las normas serán resueltas por el Comité organizador.

2. *Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*.—El día 10 de enero se celebró sesión solemne en la que el académico electo don JOSÉ JAVIER LÓPEZ JACOISTE leyó su discurso de ingreso sobre «Transformaciones y paradojas de la responsabilidad extracontractual», que fue contestado por don MANUEL ALBALADEJO GARCÍA.

3. *Academia Matruente del Notariado*.—Dentro del ciclo del año académico 1993-1994, se han pronunciado en el Colegio Notarial de Madrid dos conferencias:

- Día 3 de febrero, don RAFAEL ILLESCAS ORTIZ, Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Carlos III, sobre «El negocio fundacional y la constitución de las fundaciones».
- Día 17 de febrero, don FERNANDO SÁNCHEZ CALERO, Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense, sobre «Insuficiencia del capital social y postergación legal de créditos».

4. *Jornadas sobre vivienda social*.—Ha tenido lugar en Madrid en el día 22 de febrero, con las siguientes intervenciones:

- «Situación actual y tendencias de los seguros y garantía en la edificación. Atención especial a la vivienda social», por GONZALO RAMÍREZ, subdirector general de Normativa y Tecnología de la Edificación del MOPTMA.
- «Experiencia e iniciativas de la CAM en los seguros y garantías de la edificación de la vivienda social», por ANGEL LUIS SÁNCHEZ, Asesoría Técnica del IVIMA.

- «Análisis de la oferta de servicios y tipos de productos de las compañías aseguradoras ante la nueva normativa en materia de edificación», por ANTONIO ARIZA, director de Ingeniería de MAPFRE INDUSTRIAL; ANTONIO PARADINAS, director de Construcción y Patrimoniales de ASEFA, y LUIS INSÚA, director de Riesgos de Empresas de LE MANS.
- «La influencia del nuevo seguro decenal en las garantías a la calidad de la edificación», por JAIME SOLER, vicepresidente de la Asociación Independiente de Control de Calidad (AIC).

Mesa redonda

- «Ventajas que aportan al usuario, promotor y comunidades de vecinos los distintos tipos de seguros». Representante de la UCE. ORENCIO OSUNA, presidente de AGECOVI. CARMEN LEANTE, ADEINTE. MAITE ADRIÁN, servicio inmobiliario de LARCOVI.

5. *Jornadas sobre Ejecución Hipotecaria*.—Organizadas por el Centro de Estudios Registrales de Cataluña, en colaboración con el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, han tenido lugar en Barcelona, durante los días 22 a 24 de febrero, estas Jornadas para estudiar el procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, con arreglo al siguiente programa:

Martes 22:

- Inauguración de las Jornadas por el ilustrísimo señor don GERARDO TOMÁS ANDREU, Presidente de la Audiencia Provincial de Barcelona, y el ilustrísimo señor don FERNANDO MÉNDEZ GONZÁLEZ, Presidente de la Asamblea Territorial de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles de Cataluña.
- Primera ponencia: «La subrogación en los créditos hipotecarios», por don FERNANDO MÉNDEZ GONZÁLEZ.
- Segunda ponencia: «La constitucionalidad del artículo 131 de la Ley Hipotecaria», por don JUAN MARÍA DÍAZ FRAILE, Registrador de la Propiedad.

Miércoles 23:

- Primera ponencia: «Las notificaciones del procedimiento judicial sumario», por don RAFAEL GIMENO BAYÓN.
- Segunda ponencia: «Los arrendamientos y su subsistencia en el procedimiento judicial sumario», por don VICENTE TORRALBA SORIANO, Catedrático en Derecho Civil.

- Tercera ponencia: «Causas de suspensión del procedimiento (art. 132 LH)», por don CELESTINO PARDO NÚÑEZ, Registrador de la Propiedad.

Jueves 24:

- Primera ponencia: «El procedimiento judicial en relación con las quiebras: Problemas derivados del privilegio de ejecución aislada», por don JOSÉ RAMÓN FERRÁNDIZ GABRIEL y don FRANCISCO JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO.
- Segunda ponencia: «Aspectos registrales del procedimiento (art. 131 LH)», por don FRANCISCO JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO, Registrador de la Propiedad.
- Tercera ponencia: «Reflexión sobre el sistema de subasta en el artículo 131 de la Ley Hipotecaria», por don FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ, Catedrático en Derecho Procesal.
- Clausura de las Jornadas por el excelentísimo señor don JOSÉ ANTONIO SOMALO GIMÉNEZ, Presidente del Tribunal Superior de Justicia.

6. *Jornadas sobre la Reforma de las Hipotecas.*—Se han celebrado en el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España en los días 24 y 25 de febrero, con objeto de estudiar las cuestiones suscitadas por la bajada de los tipos de interés, lo que origina problemas en la subrogación del crédito hipotecario y la novación modificativa del mismo. En Barcelona tuvieron lugar los días 17 y 18 del mismo mes.

En estas Jornadas han intervenido los siguientes señores:

Don JOSÉ POVEDA DÍAZ, Decano del Ilustre Colegio Nacional de la Propiedad y Mercantiles.

Don LUIS DíEZ-PICAZO, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Madrid.

Don ALFONSO HERNÁNDEZ MORENO, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Barcelona.

Don GREGORIO MAYAYO, Presidente de la Asociación Hipotecaria española y Vicepresidente de la Federación Hipotecaria europea.

Don JULIO RODRÍGUEZ, Presidente del Banco Hipotecario.

Ilustrísimo señor don MANUEL CONTHE, Director General del Tesoro y Política Financiera del Ministerio de Economía y Hacienda.

Ilustrísimos señores don JOSÉ RAMÓN FERRANDIS y don RAFAEL GIMENO, Magistrados de la Audiencia de Barcelona.

Don JAVIER GÓMEZ GALLIGO, Director del Centro Estudios Hipotecarios de Cataluña, Registrador de la Propiedad y Mercantil.

Don JOSÉ EUGENIO SORIANO, Vocal del Tribunal de Defensa de la Competencia y Catedrático de Derecho Administrativo.

Don MANUEL LAGARES, Director adjunto de la Confederación Española de Cajas de Ahorros.

Conferencia a cargo del ilustrísimo señor don JULIO BURDIEL, Director General de los Registros y del Notariado del Ministerio de Justicia.

Actuó de moderador don FERNANDO PEDRO MÉNDEZ GONZÁLEZ, Registrador de la Propiedad de Tortosa número 2, Presidente de la Delegación Territorial del Colegio de Registradores en Cataluña.

7. II Jornada Informativa sobre el Régimen de Afiliación a la Seguridad Social de Socios y Administradores de las Sociedades Mercantiles y Civiles.—Organizada por la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid se ha celebrado el 28 de febrero de 1994, con el siguiente programa:

- «Socios capitalistas y administradores sociales ante la Seguridad Social pública», por don EFRÉN BORRAJO DACRUZ, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Complutense de Madrid y Abogado del Ilustre Colegio de Madrid.
- «Régimen de Seguridad Social aplicable a los socios y administradores de personas jurídicas», por don MANUEL ALCARAZ GARCÍA DE LA BARRERA, Letrado-Jefe de la Tesorería General de la Seguridad Social.
- «Repercusiones fiscales en la retribución de socios y administradores», por don RAMÓN DRAKE DRAKE, Inspector de Finanzas del Estado (excedente) y Presidente de "Drake y Asociados Asesores, S.A.—.

LA REDACCIÓN

JURISPRUDENCIA

I. Sentencias del Tribunal Constitucional

POR FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

1. *Sentencia de 16 de noviembre de 1993* —ARRENDAMIENTOS URBANOS.—Inconstitucionalidad del artículo 76.1 de la Ley.—Diversas cuestiones de inconstitucionalidad planteadas.—Pleno —Ponente: Don Julio Diego González Campos.—Votos particulares.

Hechos —1 El 21 de octubre de 1988 tuvo entrada en el Registro de este Tribunal un escrito de la Juez del Juzgado de Distrito número 1 de los de Toledo al que se acompañaba, junto al testimonio del correspondiente procedimiento, el Auto de la referida Juez del 5 de octubre anterior, en el que se acordaba plantear cuestión de inconstitucionalidad con relación al artículo 76.1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos (LAU) en cuanto a la mención específica que de la Iglesia Católica en el mismo se contiene por si el citado precepto pudiera ser contrario a los dispuesto en el artículo 14 CE.

La cuestión trae causa del juicio de cognición número 60/88, instado por el Arzobispado de Toledo en demanda de resolución de contrato de arrendamiento frente a don Juan Pos Dionisio y don Juan José Pina Peña, inquilinos de sendas viviendas propiedad del demandante. En el Auto de planteamiento, el Juzgado comienza por señalar que, a tenor del artículo 76.1 LAU, «cuando el Estado, la Provincia, el Municipio, la Iglesia Católica y las Corporaciones de Derecho público tengan que ocupar sus propias fincas para establecer sus oficinas o servicios no vendrán obligados a justificar la necesidad...», precepto al que se acoge el Arzobispado para instar la resolución por denegación de prórroga de los contratos de arrendamiento, alegando al efecto que «la diócesis de Toledo precisa el inmueble para la correcta y adecuada realización de las funciones que le son propias y más especialmente para la ubicación en el mismo de estudios especiales que han de impartirse a los alumnos del Seminario Mayor «Santa Leocadia». De todo lo cual «se infiere que el núcleo de la cuestión radica en determinar si la parte demandante ha probado o no a lo largo del proceso... la necesidad de usar y ocupar las fincas litigiosas, pues caso de estimarse acreditado tal extremo será irrelevante la presunción de necesidad *iuris et de iure* que le otorga el artículo 76.1 LAU, y por tanto intrascendente dicho precepto para la resolución del proceso, en tanto que, faltando esta prueba, el contenido del fallo dependerá enteramente de aquella presunción. » Examinadas las pruebas (diversos documentos, confesión judi-

cial de los demandados y reconocimiento judicial de las fincas arrendadas y, parcialmente, de dos inmuebles destinados por el Arzobispado a residencia e instrucción de seminaristas) «y no resultando acreditada la necesidad que sostiene ostentar el Arzobispado... de ocupar las fincas arrendadas a los interpellados, es por lo que puede concluirse que la declaración judicial de resolución de los correlativos contratos está en función exclusiva de que se aplique o no la presunción definida en el cuestionado artículo 76.1 LAU, de relevancia decisiva, por todo ello, en el fallo decisorio» (razonamiento jurídico 1.º)

A continuación, el Auto del Juzgado procede a «examinar la adecuación entre la norma jurídica cuestionada y el precepto constitucional que se dice vulnerado, y que sería en este supuesto el principio de igualdad de los españoles ante la Ley definido en el artículo 14 CE, especialmente en cuanto proscribida toda discriminación por razón de religión —sin olvidar la concordancia de su texto con otros artículos del propio cuerpo, como los 16 1, 9.2 y 24 1 que consagran, respectivamente, la aconfesionalidad del Estado español, la obligación de los poderes públicos de promover la efectiva igualdad de los individuos y la interdicción de la indefensión, que se verían afectados indirectamente a través del ataque al principio de igualdad—; y en tal sentido se observa cómo el tan repetido artículo 76.1 LAU otorga una posición de privilegio a la Iglesia Católica, en cuanto arrendadora de inmuebles urbanos, equiparándola al Estado, entidades públicas territoriales y Corporaciones de derecho público frente a las personas físicas o jurídico-privadas que en idéntica situación y precisando de las fincas cedidas en arrendamiento deben soportar la carga de probar la necesidad de ocuparlas por imperativo de los artículos 63 y 70 de la misma Ley; y si bien esta desigualdad de trato para los particulares frente al Estado y Entes públicos puede responder a circunstancias objetivas ligadas a la utilidad o interés general y aparecer, por tanto, plenamente acorde con el significado no material que el Tribunal Constitucional asigna en numerosas sentencias (v.gr., 8/1986 ó 20/1986) al principio de igualdad, no es menos cierto que en las apuntadas resoluciones, como también en la STC 125/1986, sienta que dicho principio comporta «la imposibilidad de que reciban un trato jurídico diferenciado situaciones jurídicas —ahora, sujetos de derecho— que han de ser reconocidas como iguales por coincidir en ellas los mismos elementos o por carecer de trascendencia aquellos que permitieron considerarlos como distintos», y es contemplado este razonamiento cuando aparecen indicios de desigualdad discriminatoria en la norma cuestionada, que asigna a la Iglesia Católica una posición singularizada frente al resto de las confesiones religiosas, como también frente a cualesquiera otras entidades privadas con independencia de su proyección sociológica e índole de sus fines y, a mayor abundamiento, una posición parificada a la del Estado; por todo lo cual, entendiendo el Juzgador que el privilegio.. de que disfruta la Iglesia Católica merced al artículo 76.1 LAU puede ser contrario a lo dispuesto en el artículo 14 CE, es por lo que estima procedente plantear la cuestión ante el Tribunal Constitucional».

2 El 22 de mayo de 1990 tuvo entrada en el Registro del Tribunal el testimonio de las actuaciones del juicio de cognición sobre resolución del contrato de arrendamiento número 197/89, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia número 4 de los de San Sebastián, en las que el referido órgano judicial, mediante Auto de 29 de diciembre de 1989, decide plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto del artículo 76.1 LAU.

El meritado procedimiento civil fue promovido por la Tesorería General de

la Seguridad Social, que formuló demanda de juicio de desahucio de vivienda contra don José Azcárate Ezquerro por causa del artículo 62.1, en relación con el artículo 76 LAU, alegando básicamente necesidad de espacio para descongestionar los servicios existentes y atender al incremento de los mismos con sus correspondientes funcionarios. En el Auto de planteamiento de la cuestión el Juez proponente reitera la argumentación empleada en la cuestión de inconstitucionalidad número 1254/90.

3. El 28 de mayo de 1990 tuvo entrada en el Registro del Tribunal el testimonio de las actuaciones correspondientes al juicio de cognición sobre resolución de contrato de arrendamiento número 193/89, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia número 4 de los de San Sebastián, en las que el meritado órgano judicial, mediante Auto del 16 de enero anterior, resuelve plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto del artículo 76.1 LAU.

El citado procedimiento civil fue instado por la Tesorería General de la Seguridad Social, que interpuso demanda en juicio de desahucio de vivienda, fundada en el artículo 62.1, en relación con el artículo 76 LAU, contra doña Luisa Palazón Díaz, alegando «necesidades de espacio, las de descongestionar los servicios existentes y atender al incremento de las mismas con sus correspondientes funcionarios». En el Auto de planteamiento de la cuestión el Juez proponente reitera la argumentación empleada en la cuestión de inconstitucionalidad número 1254/90.

Fallo —El Tribunal Constitucional decide.

1.º Estimar la cuestión de inconstitucionalidad número 1658/88, planteada por el Juzgado de Distrito número 1 de Toledo y, en consecuencia, declarar la inconstitucionalidad sobrevenida y consiguiente nulidad del artículo 76.1 del Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos, aprobado por el Decreto 4104/1964, de 24 de diciembre, en cuanto a la mención de «la Iglesia Católica».

2.º Desestimar las cuestiones de inconstitucionalidad números 1254/90, 1270/90 y 1329/90, planteadas por el Juzgado de Primera Instancia número 4 de San Sebastián.

3.º Desestimar la cuestión de inconstitucionalidad número 2631/91, planteada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de La Coruña.

Fundamentos jurídicos.—1. Las cinco cuestiones de inconstitucionalidad objeto del presente proceso, promovidas, respectivamente, por el Juzgado de Distrito número 1 de Toledo (cuestión de inconstitucionalidad núm. 1658/88), por el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de San Sebastián (cuestiones de inconstitucionalidad núms. 1254/90, 1270/90 y 1329/90) y por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de La Coruña (cuestión de inconstitucionalidad núm. 2631/91) afectan —en su conjunto, y sin perjuicio de ulteriores precisiones— al artículo 76.1 y 2 LAU, cuyo Texto Refundido fue aprobado por el Decreto 4104/1964, de 24 de diciembre. Por ello, antes de dar inicio a su examen, algunas consideraciones previas son necesarias en relación con el precepto cuestionado.

A) El carácter tuitivo de la legislación arrendaticia urbana se manifiesta con especial vigor en la prórroga del contrato locativo establecida en el artículo 57 LAU, dada su obligatoriedad para el arrendador y su carácter potestativo para el inquilino o arrendatario. Si bien dicha legislación admite, como excepción a la prórroga legalmente impuesta, entre otros supuestos, el que aquí importa de necesitar el arrendador para sí la vivienda o local de negocio, o para

que la ocupen sus ascendientes o descendientes (art. 62.1). En tal caso, cuando se trate de una vivienda, la «necesidad» de la ocupación —concepto que ha sido definido por la jurisprudencia como «lo equidistante entre lo obligado *stricto sensu* y lo que es mera conveniencia» (STC 134/1990, fundamento jurídico 3.º) —habrá de justificarse por el arrendador (art. 63.1), aunque sin perjuicio de aquellos otros casos en que se demuestre— se presumirá la necesidad cuando la persona para la que se reclame la vivienda se halle en alguna de las circunstancias que se determinan en el artículo 63.2; y, en cambio, se presumirá, salvo prueba en contrario, no acreditada la necesidad de la ocupación cuando se den las circunstancias que la Ley señala en el artículo 63.3. Tratándose de un local de negocio, también habrá de justificarse «debidamente la necesidad de la ocupación» (art. 70.1). No obstante, de este régimen general de justificación de la necesidad de la ocupación se aparta precisamente el artículo 76 LAU, al disponer los números 1 y 2 de este precepto —a los que exclusivamente se refieren las presentes cuestiones de inconstitucionalidad— lo siguiente:

«1. Cuando, el Estado, la Provincia, el Municipio, la Iglesia Católica y las Corporaciones de Derecho Público tengan que ocupar sus propias fincas para establecer sus oficinas o servicios, no vendrán obligados a justificar la necesidad, bien se trate de viviendas o de locales de negocios, pero sí a respetar lo dispuesto, tanto para éstos como para aquéllas, sobre preaviso, indemnizaciones y plazos para desalojar.

2. Para que las Corporaciones de Derecho Público gocen del beneficio de exención de prueba será requisito indispensable que tengan reconocido tal carácter por Ley y además que la declaración de necesidad se haga por el Ministro correspondiente.»

B) Si se comparan ambas regulaciones —la general de los arts. 63 y 70.1, a la que se acaba de aludir, y la del art. 76.1 y 2, cuyo texto se ha transcrito—, dos extremos merecen ser destacados. De un lado, que una y otra poseen un presupuesto común por requerirse en ambas la necesidad de ocupación de la vivienda o local de negocios por parte del arrendador, para sí o para sus ascendientes o descendientes; necesidad que constituye el fundamento de la excepción a la prórroga contractual impuesta por el artículo 57 LAU. De otro, que entre las dos regulaciones existe una diferencia importante, pues si en la general del arrendador está obligado a justificar dicha situación, en la contenida en el artículo 76.1, por el contrario, se dispensa a las entidades indicadas en este precepto de justificar la necesidad.

Nos encontramos, pues, ante un precepto que consagra una diferenciación de régimen legal en lo que respecta a la justificación de la necesidad de ocupación de la vivienda. Y esta diferenciación, en segundo término, ha sido establecida por el legislador en atención a la posición como arrendador en el contrato locativo de alguna de las entidades indicadas en el número 1 del artículo 76 LAU; pues si estas entidades, por el contrario, son arrendatarias de viviendas o locales de negocio, en este caso les será de aplicación lo dispuesto en el régimen general, según se establece en el número 3 del mencionado artículo 76 LAU y, por tanto, el arrendador habrá de justificar la necesidad de la ocupación.

C) Si se consideran los antecedentes del precepto cuestionado, puede establecerse que esta diferenciación subjetiva en la posición del arrendador se

introdujo en nuestro Ordenamiento por el Real Decreto-Ley de 17 de diciembre de 1924, que estableció un supuesto de excepción a la prórroga legal, distinto y autónomo respecto al de necesidad del arrendador o de sus ascendientes o descendientes [art. 5, inciso A)]. Supuesto que permitía denegar dicha prórroga «en los casos de expropiación forzosa por utilidad pública y en los que el Estado, Provincia o Municipio necesiten ocupar sus propios bienes para ejecutar proyectos de interés general, teniendo derecho el inquilino a las indemnizaciones marcadas en el inciso A) de este artículo» [art. 5, inciso F)]. No obstante, con la Ley de Bases de Arrendamientos Urbanos de 31 de diciembre de 1946, esta regulación inicial se modifica en un triple sentido en virtud de la Base VIII-16: en primer lugar, se suprime el supuesto de la expropiación forzosa como causa de denegación de la prórroga, sin duda por entender que ya estaba contemplado en la legislación administrativa sobre esta materia. En segundo lugar, manteniendo la referencia a la necesidad de la ocupación de los propios bienes por el Estado, la Provincia y el Municipio, el supuesto se amplía para incluir a las «Corporaciones de Derecho público». Finalmente, si por razones sistemáticas esta excepción a la prórroga se integra en el supuesto general de la necesidad del arrendador de ocupar la vivienda o el local de negocio, para sí o para sus descendientes o ascendientes, la Ley de Bases de 1946 introduce una diferencia en cuanto a la justificación de tal necesidad, en favor de los Entes públicos allí mencionados, al establecer que éstos «.. no vendrán obligados a justificar la necesidad». Expresión que se ha mantenido en las disposiciones posteriores en materia de arrendamientos urbanos (art. 100 del Texto Articulado de 1947, Base VIII-15 de la Ley de Bases de 22 de diciembre de 1955 y art. 76 del Texto Articulado de 1956), de donde pasa al artículo 76 LAU hoy vigente.

En lo que respecta, en particular, a la inclusión de «la Iglesia Católica» entre las entidades mencionadas en el número 1 del precepto aquí considerado, interesa señalar —sin perjuicio de volver ulteriormente sobre el tema— que ésta se produce por obra del Decreto de 22 de julio de 1948, al equipararla con las «Corporaciones de Derecho público» a las que, como se ha dicho, la Ley de Bases de Arrendamientos Urbanos de 1946 extendió la dispensa de justificación de la necesidad de la ocupación. Pero al desarrollar el Gobierno la Base VIII-15 de la Ley de Bases de 22 de diciembre de 1955, la anterior equiparación se sustituyó por una expresa mención de la Iglesia Católica junto al Estado, la Provincia, el Municipio y las Corporaciones de Derecho Público en el artículo 76.1 del Texto Articulado de la LAU de 1956, precepto que constituye el antecedente inmediato del actualmente vigente

2 Sentado lo anterior, es preciso asimismo delimitar previamente el objeto de las presentes cuestiones de inconstitucionalidad y dar respuesta, también, a las objeciones de admisibilidad opuestas por el Abogado del Estado:

A) Si bien todas las cuestiones tachan de inconstitucional el artículo 76.1 y 2 LAU, es preciso delimitar el alcance de esta impugnación del precepto por no ser el mismo en todas ellas. Por lo que se refiere a las cuestiones planteadas por el Juzgado de Primera Instancia número 4 de San Sebastián (cuestiones de inconstitucionalidad núms. 1254/90, 1270/90 y 1329/80), éstas se refieren genéricamente al artículo 76.1 LAU, si bien el Abogado del Estado aduce que al versar los procesos *a quo* sobre un litigio iniciado por la Tesorería General de la Seguridad Social, en cuanto Corporación de Derecho público arrendadora de ciertas viviendas, tan sólo cabría estimar cuestionada aquella parte del

precepto que específicamente se refiere a las «Corporaciones de Derecho público», esto es, a la referencia a las mismas en el número 1 del artículo 76 LAU y, por conexión, al número 2 de este precepto en su totalidad. Lo que también sería aplicable a la cuestión de inconstitucionalidad promovida por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de La Coruña (cuestión de inconstitucionalidad núm. 2631/91), pues aunque se cuestionan los números 1 y 2 del artículo 76 LAU, también se ha planteado en un proceso promovido por la Tesorería General de la Seguridad Social en cuanto Corporación de Derecho público

El acotamiento que el Abogado del Estado sugiere respecto a estas cuatro cuestiones debe ser acogido. Los mencionados órganos judiciales, en efecto, han suscitado la duda de inconstitucionalidad del artículo 76.1 LAU en relación con cuatro litigios en los que la demandante —y arrendadora en los contratos locativos cuya resolución se solicitaba por denegación de la prórroga legal— era la Tesorería General de la Seguridad Social, organismo autónomo con personalidad jurídica que constituye el Servicio Común del Sistema de Seguridad Social y al que corresponden —según lo dispuesto en el Real Decreto 2318/1979, de 15 de septiembre, y el Real Decreto 255/1980, de 1 de febrero— la titularidad y administración del patrimonio único de la Seguridad Social, «afecto a sus fines y distinto del patrimonio del Estado», como expresa el artículo 5 de la Ley General Presupuestaria, Texto Refundido de 1988. Y en lo que aquí interesa es evidente, de un lado, que dicho ente ha comparecido en los procesos arrendaticios *a quo* en cuanto Corporación de Derecho público, y, de otro, que este carácter no ha sido impugnado por los demandados en aquellos litigios. Por tanto, ha de estimarse que este carácter de Corporación de Derecho público constituye una verdadera premisa de las cuestiones de inconstitucionalidad suscitadas y, en consecuencia, que la duda expresada por el Juzgado de Primera Instancia número 4 de San Sebastián y la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de La Coruña ha de entenderse referida tan sólo a la mención que el artículo 76.1 LAU contiene respecto a «las Corporaciones de Derecho público». Y admitido esto, ha de estimarse también, como ha expuesto el Abogado del Estado, que caso de declararse la inconstitucionalidad del precepto mencionado en dicho extremo, lo dispuesto en el artículo 76.2 habría también de ser declarado nulo, por conexión.

En cambio, ninguna duda suscita el acotamiento de la cuestión número 1658/88, promovida por el Juzgado de Distrito número 1 de Toledo, dado que el órgano judicial cuestiona la constitucionalidad del artículo 76.1 LAU únicamente «en cuanto a la mención específica que de la Iglesia Católica en él se contiene». Ciertamente es el Arzobispado de la Diócesis de Toledo quien compareció como demandante en el proceso *a quo*, solicitando la resolución del contrato de arrendamiento de ciertas viviendas de su propiedad, por denegación de la prórroga legal, y acompañó una declaración de necesidad de la ocupación suscrita por el Obispo Auxiliar y Vicario General del Arzobispado; y en el Auto de planteamiento de la cuestión, tanto las motivaciones relativas al juicio de relevancia como a la adecuación de la norma cuestionada a la Constitución se circunscriben a la mención de la Iglesia Católica en dicho precepto. Lo que claramente permite delimitar la cuestión de inconstitucionalidad, como ha hecho el órgano judicial promoviente, a la referencia a «la Iglesia Católica» que se contiene en el artículo 76.1 LAU.

B) En relación con el alcance de la dispensa o exención de prueba de la necesidad de la ocupación establecida en el artículo 76.1 LAU, el Abogado del

Estado ha alegado ante la cuestión promovida por el Juzgado de Distrito número 1 de Toledo (cuestión de inconstitucionalidad núm. 1658/88) que el órgano judicial ha incurrido en un error de interpretación al estimar que dicho precepto configura una presunción *iuris et de iure*, que excluye sin más la prueba en contrario, cuando otras interpretaciones del mismo son posibles sin suscitarse en este caso ninguna cuestión de inconstitucionalidad. Y respecto a las cuatro restantes cuestiones, el Abogado del Estado también ha alegado que sólo con patente exageración cabe suponer que el artículo 76.1 y 2 LAU supone la consagración judicial de la voluntad unilateral de una parte, o que hace superflua la iniciación de un procedimiento judicial, o que la necesidad de la ocupación no puede debatirse y ha de ser aceptada tanto por el demandado como por el Juzgado. Lo que cabe entender, en uno y otro caso, como una objeción a la viabilidad de las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas, por basarse éstas en una determinada interpretación del precepto de la Ley de Arrendamientos Urbanos aquí impugnado, con exclusión de otras igualmente posibles.

No cabe, sin embargo, compartir estos reparos, pues el objetante parte de una determinada premisa interpretativa sobre el contenido y alcance del artículo 76.1 LAU que, cualquiera que sea su razón jurídica, no puede elevarse ahora, sin hacer supuesto de la cuestión, a un pronunciamiento de inadmisibilidad. Y con independencia de que en los litigios *a quo* se hayan practicado diferentes pruebas sobre la necesidad de la ocupación de las viviendas, es indudable que la interpretación que rechaza el Abogado del Estado es la que mantienen los órganos judiciales proponentes de las cuestiones objeto del presente proceso constitucional, ya que en otro caso hubiera sido suficiente que los órganos judiciales se hubieran atendido simplemente a las pruebas practicadas en los respectivos litigios, sin necesidad de trasladar a este Tribunal la duda de inconstitucionalidad respecto al artículo 76.1 LAU. Los órganos judiciales han expresado, pues, un entendimiento del precepto cuestionado y del mismo debemos partir, dado que les corresponde en exclusiva tanto la facultad de seleccionar la norma jurídica aplicable al caso como la de fijar su preciso significado; de manera que únicamente una interpretación manifiestamente irrazonable del sentido de la norma cuestionada podría llevarnos a rechazar la admisibilidad de las cuestiones propuestas (STC 4/1988, fundamento jurídico 2.º). Lo que aquí no es el caso dado el tenor literal del artículo 76.1 LAU al establecer que tanto la Iglesia Católica como las Corporaciones de Derecho público —en lo que interesa a presente proceso constitucional— «no vendrán obligadas a justificar la necesidad» cuando tengan que ocupar sus propias fincas. Por consiguiente, no cabe acoger las objeciones de admisibilidad suscitadas por el Abogado del Estado, aunque este pronunciamiento, claro es, no entraña en modo alguno ni convalidación de la interpretación sostenida por los órganos judiciales promotores de las cuestiones ni tampoco excluye que, tras el examen de la constitucionalidad del precepto aquí cuestionado, pueda concluirse que otra interpretación alternativa resulta la única constitucionalmente aceptable.

3. Las cuestiones acumuladas en este proceso no invocan los mismos preceptos de la Constitución a los que supuestamente se opone el artículo 76.1 y 2 LAU. En la cuestión número 1658/88 del Juzgado de Distrito número 1 de Toledo, referida únicamente a la mención de «la Iglesia Católica», el Auto de planteamiento cita el artículo 14 CE, aunque «sin olvidar la concordancia de

su texto» con otros preceptos constitucionales, como los artículos 9.2, 16.1 y 24.1 CE. Y en lo que respecta a las «Corporaciones de Derecho público», es de observar que si bien en la cuestión suscitada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de La Coruña (cuestión de inconstitucionalidad núm. 2631/91) la contraposición del precepto cuestionado se establece con los artículos 14 y 24 CE, en las restantes cuestiones promovidas por el Juzgado de Primera Instancia número 4 de San Sebastián (cuestiones de inconstitucionalidad núms. 1254/90, 1270/90 y 1329/90) únicamente se invoca el artículo 24 de la Norma fundamental. Invocación esta última que se realiza, en unas y otras cuestiones, ya sea en relación con el apartado 1.º (derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión), ya entroncado este apartado con ciertas garantías del proceso del 2.º apartado, en concreto, el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes, así como los principios de bilateralidad y contradicción en el proceso y de reparto de la carga de la prueba.

De ello se desprende que los órganos judiciales que suscitan las cuestiones han considerado que el precepto aquí impugnado de la Ley de Arrendamientos Urbanos podría ser enjuiciado desde una doble perspectiva constitucional: la de los artículos 14 y 24.1 y 2 CE. Dualidad de perspectivas que, con independencia de lo acertado de su fundamentación, resulta explicable en atención a la doble dimensión jurídica que ofrece el propio precepto cuestionado: en cuanto la justificación de la necesidad de la ocupación supone un requisito para el ejercicio del derecho del arrendador a denegar la prórroga, el artículo 76.1 LAU, ciertamente establece un régimen jurídico que es diferente del general de los artículos 63 y 70.1 LAU en atención a la posición como arrendador de ciertos Entes públicos. Existiendo así una diferenciación jurídica respecto a situaciones objetivamente iguales —la posición de arrendadores en el contrato arrendaticio— que puede vulnerar el artículo 14 CE, como he sostenido en el planteamiento de la cuestión realizado por el Juzgado de Distrito número 1 de Toledo. En cambio, si se consideran los efectos de esta diferenciación legal en el proceso arrendaticio del régimen especial previsto en el artículo 76.1 y 2 LAU, el enjuiciamiento constitucional ha de hacerse desde la perspectiva del artículo 24 CE como se propone en las restantes cuestiones de inconstitucionalidad, pues el precepto cuestionado puede afectar a la igualdad procesal entre el demandante-arrendador y el demandado-arrendatario en lo que respecta a la prueba de la necesidad de la ocupación y generar la indefensión del segundo. Si se quiere, dicho en otros términos, el precepto aquí impugnado permite que sea considerado, *prima facie*, desde la igualdad jurídica en sentido material, y, atendidos sus efectos en el litigio arrendaticio, también desde la igualdad procesal de las partes. Conviene, pues, examinar separadamente cada una de estas dos perspectivas de enjuiciamiento, de conformidad con el propio planteamiento de una y otras cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas en este proceso.

4. Entrando ya en el enjuiciamiento del precepto cuestionado desde la perspectiva del principio constitucional de igualdad, dos precisiones son necesarias inicialmente. Tras lo que se expondrán a continuación los elementos relevantes a los fines del presente litigio de la doctrina constitucional sobre el artículo 14, y por último a la luz de esta doctrina se examinará la conformidad o disconformidad del artículo 76.1 LAU con dicho principio constitucional.

A) En atención a los propios términos en los que se ha invocado el artículo 14 CE en el planteamiento de las cuestiones de inconstitucionalidad, es de observar que aunque el Auto de la Sección Segunda de la Audiencia de La

Coruña (cuestión de inconstitucionalidad 2631/91) se refiere a la contradicción del artículo 76.1 y 2 LAU con el «principio de igualdad ante la Ley», dicha referencia no va acompañada de ulterior fundamentación. Lo que impide conocer su alcance a los fines del presente proceso constitucional, dado que este Tribunal sólo puede decidir respondiendo a las razones por las que los órganos judiciales vienen a dudar, en un caso concreto, de la conformidad con la Constitución de una norma con rango de Ley (STC 126/1987, fundamento jurídico 3º). En cambio, en la cuestión planteada por el Juzgado de Distrito número 1 de Toledo, la vulneración del artículo 14 CE —con independencia de la conexión, que también de invoca, con los arts. 9.2, 16.1 y 24.1— obedece, según el Auto de planteamiento, a que el artículo 76.1 LAU otorga una posición de privilegio a la Iglesia Católica «frente a las personas físicas o jurídico-privadas que, en idéntica situación y precisando de las fincas cedidas en arrendamiento, deben soportar la carga de probar la necesidad de ocuparlas por imperativo de los artículos 63 y 70 de la misma Ley». Y aun cuando se admite que esa desigualdad de trato para los particulares frente a los Entes públicos puede responder a circunstancias objetivas ligadas a la utilidad o el interés general y, por tanto, ser conformes con el significado que este Tribunal asigna al principio de igualdad, se afirma que este principio prohíbe que reciban un trato jurídico diferenciado situaciones jurídicas que han de ser reconocidas como iguales. Existiendo, por tanto, elementos discriminatorios en la norma cuestionada al atribuir a la Iglesia Católica «una posición singularizada frente a cualesquiera otras entidades privadas con independencia de su proyección sociológica e índole de sus fines y, a mayor abundamiento, una posición parificada al Estado...»

Por consiguiente, el enjuiciamiento del artículo 76.1 LAU desde la perspectiva del principio constitucional de igualdad ante la Ley del artículo 14 CE ha de concretarse, exclusivamente, en la mención relativa a «la Iglesia Católica», tal y como se plantea en la cuestión de inconstitucionalidad número 1658/88 promovida por el Juzgado de Distrito número 1 de Toledo, excluyendo el planteamiento hecho en la cuestión número 2631/91, de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de La Coruña.

B) En segundo término, el enjuiciamiento desde la perspectiva del artículo 14 CE está justificado si se considera que el artículo 76.1 LAU establece —en cuanto a los requisitos para denegar la prórroga de arrendamiento por causa de necesidad— una diferencia de trato entre aquellos arrendadores que son simples particulares y «la Iglesia Católica» cuando ésta es igualmente arrendadora; pues hallándose aquéllos y ésta «en idéntica situación y precisando de las fincas cedidas en arrendamiento (los primeros) deben soportar la carga de probar la necesidad de ocuparlas por imperativo de los artículos 63 y 70 de la misma Ley», como se expresa en el Auto de planteamiento de la cuestión promovida por el Juzgado de Distrito número 1 de Toledo. Lo que no ocurre cuando es la Iglesia Católica la que ocupa la posición de arrendadora, al ser beneficiaria en este caso de la dispensa de justificar la necesidad de la ocupación. Por tanto, pese a encontrarnos ante una misma relación jurídica regida por el Derecho privado —el contrato de arrendamiento— el precepto cuestionado, no obstante, atribuye consecuencias jurídicas distintas respecto a supuestos objetivamente iguales por el solo hecho que el arrendador es «la Iglesia Católica» y no una persona física o jurídico-privada; diferencia de trato que, a juicio del órgano judicial proponente, es contraria al artículo 14 CE. A lo que cabe agregar que el mismo razonamiento puede

hacerse, aunque indirectamente, desde la perspectiva de los arrendatarios y eventuales afectado por la denegación de la prórroga por causa de necesidad del arrendador, pues su situación será diferente en este punto cuando hayan concertado el contrato arrendaticio con «la Iglesia Católica» o con un simple particular.

C) Pese a constituir una doctrina constitucional muy reiterada, en relación con el anterior planteamiento conviene recordar —al igual que recientemente se ha hecho en las SSTC 110/1993, fundamento jurídico 4.º, y 176/1993, fundamento jurídico 2.º, con cita de otras decisiones de este Tribunal— que no toda desigualdad de trato legislativo en la regulación de una materia entraña una vulneración del derecho fundamental a la igualdad ante la Ley del artículo 14 CE, sino únicamente aquellas que introduzcan una diferencia de trato entre situaciones que puedan considerarse sustancialmente iguales y sin que posean una justificación objetiva y razonable. Por lo que dicho precepto constitucional, en cuanto límite al propio legislador, veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación objetiva y razonable. A lo que cabe agregar que también es necesario, para que la diferencia de trato sea constitucionalmente lícita, que las consecuencias jurídicas que se deriven de tal diferenciación sean proporcionadas a la finalidad perseguida por el legislador, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos. Exigiendo el principio de igualdad, por tanto, no sólo «que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, sino también que supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida por el legislador» (STC 110/1993, fundamento jurídico 4.º).

Aplicando la anterior doctrina al presente caso, ha de admitirse que el artículo 76.1 LAU establece, en efecto, una diferencia de trato en favor de la Iglesia Católica, quien se halla dispensada en cuanto arrendadora de justificar la necesidad de ocupar sus propias fincas cuando pretenda denegar por tal causa la prórroga del contrato de arrendamiento, mientras que las personas físicas y jurídico-privadas —e incluso las demás confesiones religiosas— quedan sometidas al régimen general y habrán de justificar tal necesidad (arts. 63.1 y 70.1 LAU). Diferencia de trato que no se halla justificada puesto que nos encontramos ante una « semejanza sustancial » (STC 148/1990, fundamento jurídico 2.º) en la posición de arrendador de la Iglesia Católica y de estos otros sujetos y no ante « situaciones que son objetivamente distintas » y, por tanto, permiten al legislador establecer soluciones diferentes (STC 8/1982, fundamento jurídico 6.º).

Pero admitido esto, no cabe olvidar que, según la doctrina constitucional antes expuesta, al regular una materia el legislador puede configurar una diferenciación favorable en beneficio de unos sujetos respecto de otros, siempre que pueda apreciarse en esta diversificación normativa « 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 así perseguido » (STC 209/1988, fundamento jurídico 6.º). Por lo que es preciso determinar en el presente caso si el distinto y más favorable régimen legal que la norma cuestionada concede a la Iglesia Católica como arrendadora posee un fundamento objetivo y razonable en relación con la finalidad que la disposición persigue y con los efectos que la distinción genera. Juicio similar al que, conviene también recordarlo, ya se ha

llevado a cabo por este Tribunal en materia de arrendamientos urbanos respecto a la preferencia establecida en el artículo 64.1 LAU en favor de los pensionistas (ATC 265/1984, fundamento jurídico 4.º) y, más recientemente, en beneficio de los funcionarios jubilados (STC 176/1993, fundamento jurídico 3.º).

D) En relación con lo anterior, si se considera, en primer lugar, la razón de ser de esta diferencia de trato en favor de la Iglesia Católica, los ya indicados antecedentes del precepto evidencian que el mismo se halla en este punto estrechamente vinculado al carácter confesional del Estado en la época en que el artículo 76.1 fue promulgado. Pues basta observar que si este carácter confesional se proclama en el Fuero de los Españoles de 1945 (art. 6), a ello se corresponde la asimilación de la Iglesia, a los efectos del artículo 100 LAU de 1947, a las Corporaciones de Derecho público por el Decreto de 22 de julio de 1948. Y si la solemne proclamación en igual sentido del artículo I del Concordato con la Santa Sede de 27 de agosto de 1953 también se corresponde la expresa inclusión de la Iglesia Católica —en paridad con el Estado, la Provincia, el Municipio y las Corporaciones de Derecho público— en el artículo 76.1 del Texto Articulado de la Ley de Arrendamientos Urbanos aprobado por Decreto de 13 de abril de 1956; mención que se mantuvo, tras la nueva proclamación de la confesionalidad del Estado contenida en la Ley de Principios del Movimiento Nacional de 1958 (Principio II), en el artículo 76 del Texto Refundido hoy vigente de la LAU, aprobado por el Decreto 4104/1964, de 24 de diciembre. En lo que se refiere, por tanto, a «la Iglesia Católica», la justificación del precepto impugnado se basa en un fundamento no conforme con la Constitución Española de 1978, que ha dispuesto que «ninguna confesión tendrá carácter estatal» (art. 16.3 CE).

No obstante, como han sostenido el Abogado del Estado y el Fiscal del Estado, el carácter preconstitucional del precepto impugnado no impide, sin más, que pueda incardinarse y encontrar su justificación en una norma de la Constitución. Alegándose por los mencionados intervinientes que así ocurre, precisamente, respecto al artículo 16.3 CE, pues aunque allí inicialmente se proclame la no confesionalidad del Estado, no se excluye sin embargo que los poderes públicos mantengan «relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones». Ahora bien, sin necesidad de entrar a considerar el fundamento y los límites de estas relaciones de cooperación, tal justificación del precepto cuestionado no puede ser acogida. En primer lugar, ha de tenerse en cuenta que los términos empleados por el inciso inicial del artículo 16.3 CE no sólo expresan el carácter no confesional del Estado en atención al pluralismo de creencias existente en la sociedad española y la garantía de la libertad religiosa de todos, reconocidas en los apartados 1 y 2 de este precepto constitucional. Al determinar que «ninguna confesión tendrá carácter estatal», cabe estimar que el constituyente ha querido expresar, además, que las confesiones religiosas en ningún caso pueden trascender los fines que les son propios y ser equiparadas al Estado, ocupando una igual posición jurídica; pues como se ha dicho en la STC 24/1982, fundamento jurídico 1.º, el artículo 16.3 CE «veda cualquier tipo de confusión entre funciones religiosas y funciones estatales». Lo que es especialmente relevante en relación con el artículo 76.1 LAU dado que este precepto ha llevado a cabo precisamente —por las razones históricas antes expuestas— una equiparación de la posición jurídica de la Iglesia con el Estado y los otros entes de Derecho público en materia de arrendamientos urbanos.

E) En definitiva, ha de concluirse que la justificación del precepto cuestionado, que equipara a la Iglesia Católica con los Entes públicos allí mencionados, se encuentra únicamente en el carácter confesional del Estado con anterioridad a la vigencia de la Constitución Española de 1978, lo que es contrario al inciso inicial del artículo 16.3 de nuestra Norma fundamental. Y el artículo 76.1 LAU tampoco puede encontrar justificación en la previsión de dicho precepto constitucional sobre relaciones de cooperación entre el Estado y las confesiones religiosas. Lo que conduce a estimar, en definitiva, que este precepto carece de justificación objetiva y razonable que toda diferenciación normativa, por imperativo del artículo 14 CE, debe poseer para ser considerada legítima; resultando, pues, sobrevenidamente inconstitucional y, por consiguiente, nulo en cuanto a la mención de «la Iglesia Católica»

5. Pasando ahora el examen del precepto cuestionado desde la perspectiva del artículo 24 CE, ha de tenerse en cuenta, de un lado, que la supuesta vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en dicho precepto ha sido invocada en las cuatro cuestiones planteadas, respectivamente, por el Juzgado de Primera Instancia número 4 de San Sebastián (cuestiones de inconstitucionalidad 1254/90, 1270/90 y 1329/90) y por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de La Coruña; y de otro, que la eventual contradicción con los mencionados derechos fundamentales sólo se cuestiona a las «Corporaciones de Derecho público» mencionadas en el artículo 76.1 LAU.

A) Para situar los términos del juicio de constitucionalidad desde esta concreta perspectiva, conviene recordar que en los Autos de planteamientos dictados por el primero de los órganos judiciales antes mencionados —y tras referirse a la jurisprudencia constitucional sobre los derechos reconocidos en el art. 24 CE según la cual en todo proceso ha de respetarse el derecho de defensa contradictoria entre las partes mediante la oportunidad dialéctica de alegar y justificar sus derechos e intereses— se afirma que el artículo 76.1 LAU «supone un desequilibrio favorable a la Administración Pública en la dinámica procesal probatoria, básica para que el órgano judicial considere como dados unos hechos alegados y emita el pronunciamiento correspondiente en función de la pretensión ejercitada, incrementando el esfuerzo acreditativo de las partes procesales». Y dado que ello puede conducir a la privación de la vivienda arrendada, con las consecuencias sociales que ello entraña, en este caso han de reforzarse todavía más «los principios de bilateralidad, contradicción y reparto de la carga de la prueba». Y en la parca motivación del Auto de planteamiento dictado por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de La Coruña, también se invoca el artículo 24 CE por estimarse infringidos el derecho a «la tutela judicial efectiva, la proscripción de la indefensión y el derecho a un proceso con todas las garantías pudiendo utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa».

Esta línea argumental se sigue y desarrolla también por el Fiscal General del Estado, para quien la exención probatoria del artículo 76.1 LAU «supone la ruptura de la igualdad de las partes (en el proceso), el desconocimiento de los principios de bilateralidad y contradicción y por lo tanto la quebra del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva»; pues respecto al arrendatario demandado por un ente público el proceso, a su juicio, pierde su concepto, naturaleza y finalidad, convirtiéndose en una simple ratificación de la declaración de necesidad de la ocupación hecha por el arrendador y quedando el

arrendatario sin posibilidad de alegar, ni proponer pruebas, ni justificar el fundamento de su oposición.

B) Para enjuiciar la constitucionalidad del artículo 76.1 LAU ha de partirse del dato de que este precepto establece una regla —conceptuada como «beneficio de exención de prueba» en su apartado 2— por la que se dispensa a los Entes públicos allí mencionados de la obligación de justificar la necesidad de ocupar sus propias fincas cuando tengan que hacerlo para establecer sus oficinas o servicios. Exención, conviene señalarlo, que no se extiende más allá de este concreto ámbito, pues las Administraciones Públicas a que se refiere el artículo 76.1 LAU, al igual que los particulares que sean arrendadores de viviendas o locales de negocios, se hallan obligados a cumplir con los demás requisitos y trámites que esta ordenación legal establece para iniciar el procedimiento de denegación de la prórroga forzosa por causa de necesidad, como son los relativos al preaviso, las indemnizaciones y los plazos para el desalojo de la vivienda (art. 76.1, *in fine*, LAU).

Hecha esta precisión, ha de indagarse, en primer término, si este «beneficio de exención de prueba» posee una justificación conforme con la Constitución, para lo que han de tenerse en cuenta dos extremos contenidos en el propio precepto impugnado. De un lado, el carácter de Administraciones Públicas de los Entes a los que se atribuye el beneficio. De otro —como ha sido señalado por el Abogado del Estado— la concreta finalidad de la exención de prueba, que sólo opera cuando dichos Entes «tengan que ocupar sus propias fincas para establecer sus oficinas o servicios» y no en otros supuestos. A lo que cabe agregar que entre ambos datos jurídicos existe una íntima conexión, lo que nos sitúa directamente ante uno de los elementos que caracterizan a la Administración Pública en nuestra Constitución: que «sirve con objetividad los intereses generales» (art. 103.1 CE).

Esta noción, que también figura en otros preceptos constitucionales limitativos de derechos (así, en los arts. 33.3 y 128.1 y 2 CE) constituye una habilitación general para la intervención de las distintas Administraciones Públicas en defensa de dichos intereses, incluso cuando éstos inciden sobre intereses particulares. De donde se sigue que la Ley puede establecer la legitimidad de una actuación de las Administraciones Públicas distinta de la prevista en el régimen general de una materia (*exceptio salus publicae causa*) siempre que la misma sea necesaria para servir los intereses generales. Y ello es lo que ocurre en el supuesto del artículo 76.1 LAU, pues, como antes se ha dicho, el beneficio en favor de las Administraciones Públicas se fundamenta en la existencia de un interés general, relativo al normal funcionamiento de dichas Administraciones: el de disponer del inmueble arrendado a un particular «para establecer sus oficinas o servicios».

C) Sin embargo, aun admitiendo esta justificación constitucional, es preciso determinar, en segundo término, si esta diferenciación legal en favor de las Administraciones Públicas es proporcionada con su finalidad y no entraña un resultado excesivo o injustificado, por privar al arrendatario de alguno de los derechos que el artículo 24 CE le reconoce, como en el presente caso han sostenido los órganos judiciales promovientes de las cuestiones y el Ministerio Fiscal. Lo que supone que el precepto impugnado ha de ser enjuiciado desde la perspectiva del artículo 24 CE, pues en el proceso de resolución del contrato de arrendamiento ante el Juez civil donde opera el beneficio del artículo 76.1 LAU para el arrendador-demandante cuando éste es una Administración Pública.

A este fin, una primera consideración es necesaria dado que los Autos de planteamiento de las cuestiones, aun partiendo del dato de que el arrendador de las viviendas en los procesos *a quo* era una Administración Pública, han soslayado ciertas consecuencias que necesariamente se derivan del mismo. Pues si la Administración Pública sólo puede obrar con «sometimiento pleno a la Ley y al Derecho» (art. 10.3 CE), no cabe prescindir de un aspecto del tema que, por ser anterior al inicio del procedimiento arrendaticio ante el Juez civil, en nada queda afectado por lo dispuesto en el artículo 76.1 LAU el relativo a las exigencias que el Derecho administrativo impone al obrar de la Administración —tanto si opera como poder público en el ejercicio de sus potestades o, como aquí ocurre, en una simple relación de Derecho privado— y las correlativas garantías que este ordenamiento establece en favor de los particulares. Exigencias y garantías que se proyectan, en lo que importa al presente caso, sobre el acto administrativo que declara la necesidad de ocupación de la vivienda (art. 76.2 LAU) y constituye el presupuesto legal de la denegación de la prórroga del arrendamiento.

Admitido esto, sin que sea necesario entrar en un examen pormenorizado del obrar de la Administración en tal supuesto, sí conviene señalar, al menos, dos extremos relevantes a los fines del presente enjuiciamiento. De un lado, que instruido el expediente que conduce a la declaración ministerial exigida por el artículo 76.2 LAU, por tener un interés legítimo en cuanto afectado por la resolución del contrato locativo, en dicho expediente ha de darse audiencia al arrendatario «inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución» [art. 84 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que ha desarrollado lo dispuesto en el artículo 105 c) CE]. Lo que indudablemente permite la defensa de los derechos e intereses del arrendatario, con pleno respeto de «los principios de contradicción y de igualdad de los interesados en el procedimiento» (art. 85.3 LRJAP) A lo que se agrega, de otro lado, que el precepto impugnado no excluye la posibilidad para el arrendatario de impugnar ante la jurisdicción contencioso-administrativa el acto declarando la necesidad de la ocupación de la vivienda por parte de la Administración, en un proceso en el que aquel puede contar con todas las garantías que el artículo 24 CE le reconoce. Sin que ello implique en modo alguno «el desplazamiento de la carga de la prueba» en perjuicio del arrendador, sino la simple carga para el particular de recurrir dicho acto en sede judicial, dado que goza de la presunción de legalidad, como este Tribunal ha declarado en la STC 76/1990, fundamento jurídico 8ºB).

D) En los Autos de planteamiento de las cuestiones de inconstitucionalidad se ha sostenido que el beneficio del artículo 76.1 LAU en favor de las Administraciones Públicas opera como una presunción *iuris et de iure*. De manera que, por no permitir prueba de contrario en el proceso civil sobre resolución del contrato de arrendamiento, posee efectos limitativos de la posición del arrendatario en dicho proceso, lo que vulnera la «igualdad de armas» garantizada por el artículo 24.2 CE.

Sin embargo, este planteamiento no puede ser acogido. En realidad, la norma contenida en dicho precepto entraña una limitación, justificada por el «interés general» al que sirven las Administraciones Públicas, que opera en la relación jurídico material debatida, esto es, en el contrato de arrendamiento, cuya prórroga puede denegarse por aquéllas al amparo de una causa legal, la situación de necesidad, que por efecto de la exención legal no precisa ser

justificada en el proceso civil. De lo que se deriva, ciertamente, que en dicho proceso no cabe que el inquilino discuta la necesidad de la ocupación cuando la misma se invoque por el arrendador-demandante que sea una Administración Pública para «establecer sus oficinas o servicios». Pero ello es debido no al debilitamiento *ex lege* de la posición procesal del inquilino, sino a la exclusión de esta cuestión del objeto propio del proceso arrendaticio por imperativo legal. Sólo desde la configuración por el legislador del objeto del proceso civil resulta posible, pues, evaluar la posición de las partes en el mismo; sin que esta configuración legal pueda desligarse de las exigencias y garantías que antes se han señalado en relación con el obrar de las Administraciones Públicas y a las que en nada afecta lo dispuesto en el artículo 76.1 LAU.

Teniendo esto en cuenta, es indudable que en el presente caso la contienda procesal ante el Juez civil ha de girar, exclusivamente, sobre el cumplimiento o incumplimiento de los requisitos y trámites que la Ley de Arrendamientos Urbanos establece en el artículo 76.1 *in fine*, el carácter jurídico público legalmente atribuido a la corporación arrendadora y la existencia de la declaración ministerial de necesidad de la ocupación (art. 76.2) y también, según la doctrina mayoritaria, sobre los concernientes al orden de selección de las viviendas y locales de negocios (arts. 64 y 72) y a la obligación del arrendador de ocupar los desalojos dentro de un determinado plazo (arts. 68.1 y 75.1), así como de no arrendarlos o ceder su goce o uso a un tercero hasta transcurrido cierto tiempo (arts. 68 y 75.2). Por consiguiente, pudiendo debatirse todas estas cuestiones en el proceso, cuyo objeto y las pretensiones que en él cabe deducir se encuentran así legalmente delimitadas únicamente respecto de estas cuestiones —y no de la excluida *ex lege* de la eventual controversia de las partes— se ha de predicar la exigencia constitucional derivada del artículo 24.2 CE. Por lo que no cabe estimar, en definitiva, el desequilibrio procesal contrario al principio de «igualdad de armas» que los órganos judiciales promovientes de las cuestiones y el Ministerio Fiscal imputan al precepto aquí examinado en relación con el mencionado artículo 24.2 CE.

Voto particular concurrente que formula el Magistrado don Carlos de la Vega Benayas respecto de la Sentencia recaída en las cuestiones números 1658/88 y otras, sobre el artículo 76.1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

Estando conforme con el fallo, lamento disenter de parte de la argumentación utilizada para justificar la constitucionalidad del artículo 76.1 LAU en cuanto no conculca el artículo 24.2 CE en relación al equilibrio procesal o igualdad de armas.

Considera la mayoría que ese principio de bilateralidad o defensa recíproca se cumple al subsistir la posibilidad de la defensa del arrendatario en aquellos extremos del artículo 76.1 *in fine* (carácter público del arrendador, declaración ministerial de la necesidad de la ocupación, selección de las viviendas o locales, no ceder al uso en cierto tiempo, etc.), y porque, además, queda excluido del proceso civil arrendaticio el tema de la «necesidad de la ocupación» como objeto propio de dicho proceso por imperativo legal [fundamento jurídico 5.D) de la Sentencia].

Es decir, no se argumenta en el sentido de que la exención de justificar la necesidad constituya una presunción *iuris et de iure* que impida al arrendatario la prueba en contrario, sino que la decisión se funda en que la necesidad (su justificación) está excluida como tema en el proceso arrendativo. Se quiere

salvar así, en mi opinión, la idea de un proceso sin contenido (en su sustancia, en su meollo, no en adrencias procesales), de una jurisdicción automática, que ha de aceptar la autodeclaración de necesidad expuesta en la demanda (¿para qué la demanda?) del Estado o Corporaciones.

Todo lo cual podría ser más o menos defendible si antes no se hubiera dicho [en el mismo fundamento, apartado C), *in fine*] que el arrendatario tiene la «posibilidad de impugnar ante la jurisdicción contencioso-administrativa el Auto declarando la necesidad de la ocupación de la vivienda por parte de la Administración en un proceso en que aquel (el arrendatario) puede contar con todas las garantías del artículo 24 CE

No se entiende cómo se excluye del proceso civil arrendaticio el tema de la necesidad, que antes se considera incluido en el proceso contencioso-administrativo

En realidad —siempre en mi opinión— se está queriendo decir que ese privilegio concedido al arrendador no es una presunción *iuris et de iure*, sino *iuris tantum*, y que el arrendatario podrá intentar la prueba contraria, es decir, la de que la necesidad no existe.

Si eso se permite en la jurisdicción contencioso-administrativa, es obvio que la sentencia recaída en ese orden tendrá la eficacia de la cosa juzgada y los efectos que se determinen en la vía civil, cuestión en la que ahora no procede entrar.

Si es cierto, si cabe esa defensa en la jurisdicción contenciosa (ordinaria especializada) es claro que no hay necesidad de argumentar como se hace, es decir, con la idea de la exclusión de la *causa petendi* (necesidad de ocupación) como materia de conocimiento del Juez civil, quien, de no existir antes una sentencia de la jurisdicción contenciosa, se vería constreñido, como automático, a santificar la determinación gubernativa o corporativa.

Hubiera debido argumentarse —siempre, repito, en mi opinión— que el trato procesal beneficioso del artículo 76 LAU no es más que una presunción *iuris tantum* que permitirá siempre al arrendatario, bien en la jurisdicción contenciosa, bien en la civil en su defecto, impugnar esa presunción

Madrid, a dieciséis de noviembre de mil novecientos noventa y tres.—
Carlos de la Vega Benayas.—Firmado y rubricado.

Voto particular que formula el Magistrado don José Gabaldón López respecto de la sentencia dictada en la cuestión de inconstitucionalidad número 1658/88 y acumuladas.

Lamento discrepar en parte del criterio de la mayoría en cuanto entiendo que la sentencia debió estimar todas las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas y no sólo la número 1658/88; es decir, debió pronunciarse, según mi opinión, en el sentido de que todo el precepto legal objeto de la duda de constitucionalidad a que dichas cuestiones se refería, o sea, los párrafos 1.º y 2.º del artículo 76 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, debían considerarse igualmente contrarios a la Constitución.

Son las que siguen las razones de mi discrepancia:

1º Los indicados párrafos del artículo 76 de la LAU relevan de la obligación de justificar la necesidad de la ocupación de la finca arrendada, como causa legal de excepción de la prórroga forzosa del contrato de arrendamiento, cuando el arrendador sea el Estado, la Provincia, el Municipio, la Iglesia

Católica y las Corporaciones de Derecho Público y tengan que ocupar sus propias fincas para establecer sus oficinas o servicios.

Se trata, pues, de enervar la prórroga legal forzosa establecida por la Ley para el arrendador y este «beneficio de exención de prueba» constituye una ventaja, un privilegio de ciertos arrendadores cuya constitucionalidad ha sido puesta en duda desde el punto de vista del principio de igualdad (art. 14) como consecuencia de la diversidad de trato atribuida a unos arrendadores respecto de otros y también del artículo 24.2 de la Constitución al crear una diferencia de trato de una parte procesal (ciertos arrendadores) respecto de la otra (arrendatario). Importa en todo caso anteponer este segundo motivo referido a la diferenciación entre las posiciones procesales de arrendador y arrendatario como demandante y demandado en el proceso civil porque a él, a falta de acuerdo, abocará en todo caso la pretensión de denegación de la prórroga forzosa, y es en ese proceso donde el referido beneficio puede introducir una desigualdad entre las partes en cuanto al régimen de la prueba que iría en contra del principio de igualdad de armas en el proceso, implícito en el derecho a un proceso con todas las garantías (SSTC 27/1985, 227/1991 y 14/1992). Desigualdad en relación con la cual este Tribunal ha afirmado que la paridad de posición de las partes no es conciliable con la concesión de trato de favor en la utilización de trámites comunes a no ser que existan circunstancias singulares (STC 101/1989, fundamento jurídico 4.º) y es incompatible con la imposición de una irregular o indebida carga de la prueba (STC 227/1991, fundamento jurídico 3.º) y que asegura que ambas partes dispongan «de las mismas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación» (STC 66/1989, fundamento jurídico 12).

2.º El citado beneficio consiste, como antes digo, en «la exención de prueba» (párrafo 2.º), o sea, en que los entes a los que el precepto se refiere no «vengan obligados a justificar la necesidad» de la ocupación del inmueble arrendado «para establecer sus oficinas o servicios». Y ello en un proceso civil arrendaticio que se rige por los principios dispositivo y de aportación de prueba según los cuales el actor ha de probar los hechos constitutivos de su pretensión y el demandado los impeditivos, extintivos o excluyentes. Aquellas prescripciones constituyen, como la propia norma señala, «un beneficio de exención de prueba» en cuanto a la totalidad de los hechos justificantes de la necesidad de la ocupación para instalar las propias oficinas. Ello, aunque no impide que la otra parte aporte prueba en contrario, traslada sobre ella la carga de demostrar la inexistencia de la necesidad de la ocupación o de sus hechos básicos y esto repercute sobre su posición en el proceso, que ya no responde a la paridad probatoria entre las partes: y aún más puesto que habrá de demostrar la inexistencia de la necesidad, que no es solamente un hecho sino una apreciación del arrendador.

3.º Por lo tanto, dicho beneficio va incluso más allá de una simple presunción *iuris tantum* análoga a las que establece el artículo 63, el cual, tras sentar que la necesidad de la ocupación habrá de justificarse, articula varios casos en los cuales dicha necesidad se presume; sin embargo, en ellos no se dispensa de la prueba de los hechos básicos de cada presunción, puesto que ésta deberá deducirse de la demostración de aquéllos. En el artículo 76 en cambio se dispensa de toda prueba sobre la necesidad, con lo cual lo que viene a establecerse es, como el propio precepto indica, un «beneficio» que constituye un auténtico privilegio por virtud del cual la declaración o la decisión de ocupar la finca para establecer las propias oficinas releva de toda prueba sobre la

misma necesidad, y ésta se entenderá finalmente acreditada si la parte contraria, a la que se atribuye la carga de una prueba negativa, no demuestra lo contrario. En realidad, a la Administración le basta con decidir que necesita el inmueble a fin de instalar una oficina o servicio para quedar relevado de toda otra prueba, mientras que el arrendatario deberá intentar una prueba imposible si es previa (la inexistencia de la necesidad para ese fin), puesto que se tratará simplemente de desmentir aquella afirmación, y sin que ni siquiera esté prevista para el caso una fórmula de recuperación semejante a la del artículo 68 de la LAU.

4.º Trátase, pues, de un privilegio procesal que altera en cuanto a la prueba el principio de igualdad de armas. Y este privilegio, atribuido a determinados entes públicos (Estado, Provincia, Municipio) y extendido a las Corporaciones de Derecho Público y a la Iglesia Católica tuvo su fundamento en las prerrogativas de Derecho público atribuidas, por ser tales, a dichos entes. Una breve referencia a su origen lo demuestra: así, el precepto tiene su origen en el Real Decreto-ley de 17 de diciembre de 1924 [art. 5.F)] donde se permitió la denegación de la prórroga «en los casos de expropiación forzosa por causa de utilidad pública y en los que el Estado, Provincia o Municipio necesiten ocupar sus propios bienes para ejecutar proyectos de interés general»; la Ley de Bases de Arrendamientos Urbanos (31 de diciembre de 1946) suprimió el supuesto de «expropiación forzosa» y se agregaron las Corporaciones de Derecho Público; se empleó ya la expresión «no vendrán obligados a justificar la necesidad» que ha llegado a la Ley de Bases de 22 de diciembre de 1955 y finalmente a los textos de 1956 y 1964. De hecho, el supuesto de «expropiación forzosa del inmueble» ha permanecido en el artículo 114.9, al margen del privilegio señalado, como una causa, no de denegación de prórroga, sino de resolución del contrato arrendaticio, determinante incluso del desahucio administrativo.

5.º El referido privilegio, atribuido, pues, en consideración al carácter de Administración Pública de los arrendadores, les reserva, en el proceso civil derivado de la relación arrendaticia, una prerrogativa de Derecho público que rompe como antes se dice el principio de igualdad de armas procesales. Mas es de ver que la Administración Pública, que a fin de entregar a particulares la posesión de sus fincas tiene la posibilidad de hacerlo mediante relaciones de Derecho público en las cuales conserva su posición de supremacía y las prerrogativas consiguientes, libremente se sometió a la normativa del Derecho privado al otorgar un contrato de naturaleza civil como el arrendamiento urbano. A la misma normativa privada seguirán por ello sometidas las incidencias de este contrato, entre ellas la denegación de la prórroga y, por supuesto, el proceso arrendaticio para recuperar la posesión. Sin embargo, los preceptos cuestionados insertan en la regulación de estos arrendamientos un privilegio fundado (incluso en su origen legal como hemos visto) en la potestad típicamente pública de la Administración de expropiar bienes o derechos por causa de pública utilidad, declarando por sí misma la necesidad de la ocupación. El que en estos casos la eventual expropiación tuviera como objeto un derecho (el del arrendatario a la prórroga) y no la propiedad del bien no se opone a la anterior consideración ni a sus consecuencias. Estas son evidentes: el orden jurídico privado, en una relación típicamente privada como es la que regula la LAU no puede verse alterado simplemente por el hecho de que la Administración sea el arrendador en un contrato en el que no actuó como ente público sino como simple parte de aquella relación.

6.º No cabe en el caso contemplar la legitimidad del precepto considerando que se trata de una resolución administrativa previa, fiscalizable ante la jurisdicción contencioso-administrativa y que constituya luego premisa no revisable en el proceso civil. La declaración de la necesidad habrá de hacerse lógicamente mediante una resolución administrativa (y, en el caso de las Corporaciones, dictada por el Ministro), como en este caso exige expresamente el precepto. No cabe sin embargo inferir en ello sin más la posibilidad de que dicho acto sea revisable en vía contencioso-administrativa, puesto que más bien parece ser su naturaleza la de una cuestión de índole civil en cuanto no es un acto previo al contrato, sino, simplemente, una mera declaración sobre la necesidad para instalar una dependencia propia, formulada en el seno de una relación privada y para tener efectos en un proceso civil.

Por otra parte, ese mismo carácter de constatación de hechos la aleja de una posible analogía con los denominados actos separables, verdadero procedimiento de preparación y conclusión por la Administración de un contrato privado y cuya fiscalización contenciosa es capaz de determinar la invalidez de éste. Y tampoco cabe analogía alguna respecto de lo previsto en los artículos 78 y 114 9 y 10 de la propia LAU; en cuanto al primero, porque el derribo de la finca determinante de la causa segunda de excepción a la prórroga se llega mediante un procedimiento administrativo en el cual se obtiene la autorización para derribar, previas ciertas comprobaciones y compromisos, y es esa autorización el acto recurrible administrativamente, pues sólo cuando ha ganado firmeza es posible el desahucio. Respecto de la expropiación, el supuesto es distinto en cuanto se refiere a la propiedad del inmueble. Y en la ruina, se trata también de una resolución administrativa cuyo objeto es solamente esa declaración y que, una vez firme, constituye causa de resolución del contrato a esgrimir ante el Tribunal civil (salvo si se manifiesta como inminente).

7.º Muéstrese, pues, como conclusión, la de que este beneficio es una prerrogativa de Derecho público con efectos en un proceso de Derecho privado y contraviene el principio de igualdad de armas en la prueba, incluido en el artículo 24.2 de la Constitución y procedía declararlo así en respuesta a la cuestión suscitada.

Esta decisión tanto comprende a los entes públicos administrativos mencionados en el artículo 76 como a la Iglesia Católica, incluido junto a las Corporaciones de Derecho público en su párrafo primero, lo cual tuvo lugar por virtud de la asimilación que el Decreto de 22 de julio de 1948 hizo de la misma a dichas Corporaciones, y sustituida en la Ley de Bases de 22 de diciembre de 1955 por la expresa mención a la Iglesia Católica junto al Estado, la Provincia y el Municipio. Equiparación (con mención expresa o implícita) que deberá comportar ahora para la Iglesia Católica igual conclusión que la obtenida para los entes a los que se asimiló, es decir, que también respecto a ella y por iguales razones debe considerarse contrario a la Constitución (y nulo por tanto) el privilegio que el artículo 76 1 de la LAU enuncia.

F. C. D

2. *Sentencia de 21 de octubre de 1993.*—LEY DE PROPIEDAD HORIZONTAL.—Su artículo 19 es constitucional pues no se opone al artículo 33 de la Constitución.—Pleno.—Ponente: Sr. Viver Pi-Suñer.

Hechos.—Un Juzgado plantea cuestión de constitucionalidad ante la duda de si el artículo 19 de la Ley de Propiedad Horizontal se opone a lo dispuesto en el artículo 33 de la Constitución.

Fallo.—El Tribunal Constitucional entiende que no se da tal inconstitucionalidad según explica en los siguientes

Fundamentos jurídicos.—Primero. Antes de iniciar el examen de la presente cuestión de inconstitucionalidad es preciso dar respuesta a la objeción de admisibilidad opuesta por la Abogacía del Estado, en cuyas alegaciones se advierte que el órgano judicial no ha fundamentado debidamente ni la relevancia de su duda de constitucionalidad para la resolución del pleito ni las razones de tal duda:

a) La primera objeción no puede ser compartida. Es cierto que el Auto de planteamiento de la cuestión es en extremo parco en lo que se refiere a la especificación y justificación del modo y la medida en los que «la decisión del proceso depende de la validez de la norma en cuestión» (art. 35.2 de la LOTC). El órgano judicial se ha limitado a señalar, a estos efectos, que la resolución de la cuestión resulta «esencial para la decisión del procedimiento en que se plantea», el cual, según observa el Juzgado de Distrito, fue promovido, precisamente, mediante una demanda cuyo único fundamento es el texto legal que se cuestiona. No obstante su concisión, esta referencia a la prejudicialidad constitucional advertida debe ahora estimarse, en relación con lo que consta en las actuaciones, suficiente para entender satisfecho el requisito que consideramos. La demanda que dio inicio al proceso *a quo* basó su pretensión, en efecto, en lo prevenido en el párrafo primero del artículo 19 de la Ley de Propiedad Horizontal (LPH, en adelante), y es patente, por ello, que la resolución del pleito depende —principal, si no exclusivamente— de la validez o invalidez de aquel precepto legal. Así lo ha constatado y declarado el órgano judicial sin que el rigor en el cumplimiento de la motivación de la relevancia pueda extremarse hasta el punto de exigir al Juzgador que argumente, en el Auto de planteamiento, sobre el rechazo de las demás excepciones y argumentaciones opuestas en la contestación a la demanda.

b) Más razón tiene la Abogacía del Estado cuando reprocha al Auto de planteamiento una imperfecta fundamentación de la propia duda de constitucionalidad, si bien tampoco esta objeción debe llevar ahora a negar su examen en cuanto al fondo.

El Juzgado que cuestiona no afirma categóricamente que el artículo 19, párrafo primero, de la LPH sea contrario a la Constitución, limitándose a dejar constancia de su duda al respecto, que estima suficientemente fundamentada, por lo demás, con la referencia que el Auto hace a lo alegado por las partes y a lo expuesto, en especial, por el Ministerio Fiscal al evacuar la audiencia previa. Este modo de delimitar el objeto de la cuestión y de fundamentarla suscita, sin duda, alguna perplejidad acerca del cumplimiento de las condiciones procesales legalmente exigidas. Con todo, como queda dicho, un análisis no formalista de la misma y una interpretación flexible de estas condiciones permiten reconocer su viabilidad procesal. En efecto, es cierto que este Tribunal ha reiterado que la cuestión de inconstitucionalidad no puede ser utilizada por los órganos judiciales para resolver dudas respecto de la interpretación constitucionalmente conforme de las leyes (por todas, STC 157/1990, fundamento jurídico 2 °). No es una cuestión de interpretación sino de validez o

inconstitucionalidad. Sin embargo, en el presente caso, es claro que el Juzgado no pide que el Tribunal Constitucional decida cuál es la interpretación constitucionalmente conforme del artículo 19 de la LPH, ni cuál de las interpretaciones apuntadas en el Auto de planteamiento de la cuestión es la más correcta desde esta perspectiva, sino que lo que cuestiona, aunque sean en forma de duda —fórmula, por otra parte, aceptada por este Tribunal (por todas, STC 17/1981, fundamento jurídico 1.º)—, es la constitucionalidad de este precepto en relación con el artículo 33 de la Constitución.

En cuanto a la fundamentación, ciertamente no resulta apropiado que el órgano judicial se haya limitado aquí a basar su propia duda por remisión a lo argumentado en las alegaciones ante él formuladas, pues es en el Auto de planteamiento donde deben constar las razones por las cuales la cuestión se ha promovido (entre otras, SSTC 17/1981, 76/1990 y ATC 133/1987). Este defecto, con todo, tampoco impide ahora entrar en el examen de fondo de la cuestión de inconstitucionalidad y ello en atención a las siguientes consideraciones. En primer lugar, porque es claro que el órgano judicial no se ha limitado a «remitirse a las dudas que en cuanto a la constitucionalidad de una norma hayan expresado las partes» —proceder que ya calificamos de inadmisibles en la STC 17/1981 ya citada—: el Juez manifiesta su propia duda, con independencia de que la misma haya sido inducida por lo expuesto en la demanda y fortalecida tras lo alegado por la Fiscalía. En segundo lugar, porque la fundamentación por remisión aquí realizada no impide —sin perjuicio de su incorrección— reconocer las razones que el Juez hace suyas para poner en cuestión la validez del precepto, resultando suficientemente ilustrativas, a este respecto, las alegaciones del Ministerio Fiscal. Y también, por último, en atención a un criterio flexible que, en orden a la admisibilidad de las cuestiones, este Tribunal ha afirmado repetidamente: «El interés objetivo al servicio del que existe la cuestión de inconstitucionalidad —la preservación de la sujeción de las disposiciones de Ley a la Constitución— impone no detener su curso en atención a rigorisismos formales cuando (...) la duda de constitucionalidad es reconocible a la vista de lo que en el Auto de remisión se dice en relación con lo que reflejan las actuaciones en el proceso *a quo*» (STC 155/1987, fundamento jurídico 3.º, en términos análogos, STC 22/1992, fundamento jurídico 2.º). Debemos, por todo ello, iniciar el examen de fondo de la cuestión, tampoco obstaculizado, claro está, por el hecho de que la norma de Ley de cuya validez se duda sea preconstitucional (por todas, STC 83/1984, fundamento jurídico 2.º).

Segundo. Aunque el Auto de planteamiento no lo especifica así literalmente, es claro que lo cuestionado no es aquí el conjunto del artículo 19 de la LPH, ni tan siquiera —como con razón señala el Abogado del Estado— el entero párrafo primero de este artículo. Visto lo expuesto en el propio Auto y lo planteado en el proceso *a quo*, la cuestión no afecta, desde luego, al inciso inicial de dicho párrafo primero («La infracción de las prohibiciones establecidas en el párrafo 3.º del art. 7 dará lugar al apercibimiento al titular o, en su caso, al ocupante del piso o local»), sino, estrictamente, al resto del enunciado de dicho párrafo, cuyo texto es el siguiente:

«Desatendido el requerimiento por el titular ocupante, la Junta podrá instar y obtener judicialmente la privación del uso del piso o local a aquél y a quienes con él convivan. Dicha privación la fijará discrecionalmente el Juez por un plazo no superior a dos años, atendida la gravedad de la falta, sin que afecte a los restantes derechos dominicales y a las obligaciones derivadas del título».

Son los pasajes transcritos los que el Juez estima pueden ser inconstitucionales por contrarios al artículo 33.3 de la Constitución, en aquella parte del mismo —siempre según el propio Auto— en que se garantiza que «nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización (...)» En los Antecedentes quedó reflejado lo que es preciso ahora alegado por la Fiscalía y asumido, expresamente, por el órgano judicial: la privación de uso de la vivienda o local que así hace posible el artículo 19, párrafo primero, de la LPH resultaría inconciliable con el citado artículo 33.3 de la Constitución en la medida en que la privación de derechos así dispuestos por la Ley no vendría justificada por causa de utilidad pública o de interés social ni acompañada de la previsión de indemnización, presentándose, pues, como una especie de «confiscación temporal del uso» como sanción al propietario y «al margen de las demás posibles vías de sanción o represión de tales conductas cuando sean constitutivas de delito, falta o infracción administrativa» (de las alegaciones del Fiscal en la audiencia previa al planteamiento de la cuestión)

Esta argumentación y la consiguiente conclusión de inconstitucionalidad han sido rechazadas tanto por la Fiscalía General como por la Abogacía del Estado. En unas y otras alegaciones se ha negado, con construcciones diversas, que lo dispuesto en el precepto cuestionado constituya un supuesto asimilable a la figura de la expropiación forzosa prevista en el artículo 33.3 de la Norma fundamental, lo que descartaría enteramente la exigencia de que dicha privación de uso se llevara a cabo con los presupuestos y condiciones (específicamente, el abono de la «correspondiente indemnización») que requiere la Constitución para el válido ejercicio de la potestad expropiatoria (art 33.3).

Este es el marco argumental dentro del cual ha de realizarse nuestro enjuiciamiento.

Tercero. Dados los términos en los que se plantea la presente cuestión de inconstitucionalidad, para su resolución no resulta necesario abordar de forma genérica el estudio de los límites del derecho a la propiedad privada. Basta con señalar que el artículo cuestionado (19.1 LPH) se refiere a un tipo de propiedad, el de la propiedad horizontal, en el que la necesidad de compaginar los derechos e intereses concurrentes de una pluralidad de propietarios y ocupantes de los pisos justifica, sin duda, la fijación, legal o estatutaria, de específicas restricciones o límites a los derechos de uso y disfrute de los inmuebles por parte de sus respectivos titulares.

Del mismo modo, tampoco resulta necesario realizar un cabal examen de la naturaleza jurídica de la «privación del uso» que el precepto cuestionado prevé para el caso de que el propietario o el ocupante del piso vulneren la prohibición de «desarrollar en él o en el resto del inmueble actividades no permitidas en los estatutos, dañosas para la finca, inmorales, peligrosas, incómodas o insalubres» y desatiendan el apercibimiento que se les dirija para cesar en tales actividades (art. 7, párrafo tercero, de la propia LPH). Semejante labor de identificación dogmática corresponde, como es claro, al Poder Judicial y resulta, además, inexcusable para fundamentar aquí nuestro juicio, pues basta con apreciar, a los efectos que ahora importan, que aquella privación de uso se presenta, en el enunciado legal que se cuestiona, como una medida acordada judicialmente al término de un proceso, mediante el cual el legislador ha querido, en primer lugar, sancionar civilmente el incumplimiento de una obligación legal o estatutaria de no hacer y seguramente también compeler al transgresor —como apunta el Abogado del Estado— a fin de que no

reitere en lo sucesivo las prácticas prohibidas por el citado artículo 7, párrafo tercero, de la LPH. Nos encontramos, así, ante una abstracta previsión legal que liga una determinada consecuencia negativa (privación temporal del uso del piso) a la transgresión de un deber impuesto por la propia Ley en el seno de una relación jurídico-privada, consecuencia negativa que grava sobre el patrimonio del transgresor, a quien el órgano judicial puede privar del uso del inmueble (vivienda o local) durante un máximo de dos años.

Basta con lo dicho para advertir, sin sombra de duda, que lo así previsto por la Ley ninguna relación guarda con la garantía de la propiedad privada que ha sido recogida en la Constitución mediante la configuración del instituto expropiatorio. El artículo 33.3 de la Norma fundamental no ha sido contrariado por lo dispuesto en el artículo 19, párrafo primero, de la LPH por la sencilla razón de que aquel precepto constitucional en modo alguno impide que las leyes tomen como objeto de sus previsiones sancionatorias —en un sentido lato— el patrimonio de las personas, pues lo que la institución de la expropiación forzosa supone es, estrictamente, un sistema de garantías (legales, procedimentales y económicas) tendentes a asegurar los patrimonios privados frente a las intromisiones del poder público (de la Administración, sobre todo) fundamentadas en apreciaciones de conveniencia o necesidad pública, exigiéndose por la Constitución que tales privaciones de bienes o derechos se realicen sólo cuando concorra «causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes». En modo alguno significa tal garantía constitucional que el Ordenamiento no pueda regular supuestos en los que, al margen de criterios o valoraciones de oportunidad o de necesidad pública, se llegue a afectar, con las correspondientes garantías procesales, el patrimonio de las personas que hayan incurrido en la comisión de un ilícito (civil o penal). La Constitución no cierra el paso a regulaciones legales de este género o, en otras palabras, no erige la propiedad privada y, en general, los derechos patrimoniales como reductos intangibles frente a sanciones previstas en el propio Ordenamiento. Ni el sentido patente de la propia Constitución (de su art. 33, específicamente) ni la tradición de nuestro Ordenamiento consienten semejante conclusión.

En el párrafo primero del artículo 19 de la LPH no se configura, en efecto, una expropiación forzosa —en el sentido constitucional del concepto—, sino una específica sanción civil o, más precisamente, una obligación cuyo cumplimiento puede ser exigido por los órganos judiciales —que no ejercen potestad expropiatoria alguna— cuando se constate determinada conculcación del Ordenamiento, y basta con advertirlo así para concluir en que la regla legal no está afectada por los vicios de inconstitucionalidad que sugiere el Auto de planteamiento: la privación de uso se fundamenta en la comisión de un ilícito y no cabe echar en falta en su regulación, por lo tanto, ni la invocación de una *causa expropriandi* de utilidad pública o interés social —rigurosamente extravagante al supuesto— ni la previsión de una indemnización por la privación misma, que contradiría, como es obvio, el repetido alcance sancionador de la medida.

II. Resoluciones de la Dirección General

POR FRANCISCO JAVIER GÓMEZ GÁLIGO
y LUIS M.^a STAMPA PIÑEIRO

NO SON INSCRIBIBLES LOS PACTOS CONTENIDOS EN LAS ESCRITURAS DE PRESTAMOS HIPOTECARIOS POR LOS CUALES SE PREVE EL VENCIAMIENTO ANTICIPADO DE LA FINCA EN CASO DE ENAJENACION, ANOTACION DE EMBARGO O GRAVAMEN DE LA FINCA HIPOTECADA —POR SER CONTRARIO AL PRINCIPIO FUNDAMENTAL DE LIBERTAD DE CONTRATACION QUE INSPIRA NUESTRO SISTEMA HIPOTECARIO, NI TAMPOCO EN CASO DE DISMINUCION DEL VALOR DE LA FINCA DE FORMA QUE NO CUBRA EL IMPORTE GARANTIZADO —DADA SU FALTA DE DETERMINACION—. PUEDE INSCRIBIRSE LA HIPOTECA —SIN TALES PACTOS— SIN NECESIDAD DE QUE PRESTE SU CONFORMIDAD EL INTERESADO A LA INSCRIPCION PARCIAL, SI BIEN EN TAL CASO DEBERA EXPRESAR EN LA NOTA LOS MOTIVOS DE LA DENEGACION (ART 434.4.º RH). (RESOLUCIÓN DE 8 DE NOVIEMBRE DE 1993; BOE DE 19 DE NOVIEMBRE.)

Hechos.—I. En escritura de 23 de enero de 1990 y ante el Notario de Madrid don Roberto Blanquer Uberos, la «Mutualidad General de Previsión de Hogar Divina Pastora» concedió un préstamo de 5.000.000 de pesetas a don Francisco José Redondo Barcala, que en garantía de su devolución constituyó hipoteca sobre un inmueble de su propiedad. Entre otros pactos que no interesan a efectos del recurso, se convino entre los interesados:

1) «7.º Se pacta expresamente que la Mutualidad acreedora podrá dar por vencida la obligación y reclamar anticipadamente cuanto se le adeude por todos los conceptos en cualquiera de los siguientes supuestos: c) Si la finca hipotecada fuere objeto de enajenación, embargo, anotación o administración judicial, o si su valor disminuyera a juicio de peritos, de tal forma que no cubra el importe garantizado »

2) «7.º Se pacta expresamente que la Mutualidad acreedora podrá dar por vencida la obligación y reclamar anticipadamente cuanto se le adeude por todos los conceptos en cualquiera de los siguientes supuestos: e) En el caso de que la finca hipotecada se arrienda a tercero por una renta anual cuya capitalización no cubra el pago de todas las responsabilidades asumidas o el valor de tasación para caso de subasta »

3) «8.º La entidad acreedora podrá, facultativamente, satisfacer directamente las contribuciones y demás impuestos y, asimismo, los que se originen como consecuencia de liquidaciones complementarias de la presente a causa del otorgamiento de la presente, y los precios públicos y las primas del seguro que graviten sobre la finca hipotecada, en cuyo caso tendrá acción ejecutiva para reclamar su importe del deudor o del tercer poseedor pudiendo en todo momento exigir la exhibición de los documentos justificativos de hallarse al corriente de los aludidos pagos.»

4) «9.º Serán de cuenta exclusiva de la parte prestataria y deudora los pagos de todos los impuestos y gastos del préstamo y de esta escritura, incluso la primera copia de la misma para la entidad acreedora, los de inscripción en el Registro de la Propiedad, los de carta de pago y cancelación de hipoteca en su día, también hasta su inscripción en dicho Registro y todos los gastos y costas judiciales y extrajudiciales de todas las actuaciones de la Mutualidad acreedora, para exigir el pago y cumplimiento de lo pactado, ya se trate de reclamaciones directas, ya incidentales, tercerías, reconvenções u otros procedimientos, incluso honorarios de Letrado, Notario y Procurador de los Tribunales, si la Mutualidad acreedora los utilizara aun cuando no fueran legalmente necesarios. Tan sólo serán a cuenta de la Mutualidad acreedora aquellos pagos exigidos por la Ley, sin posibilidad de repercusión a la parte deudora.»

5) «11. La parte acreedora podrá ejercitar, en reclamación de cuanto se le adeude, al vencimiento pactado o al vencimiento que resulte anticipado, según lo anteriormente convenido, la acción hipotecaria, el procedimiento ejecutivo ordinario, el judicial sumario que regula el artículo 131 de la Ley Hipotecaria, el extrajudicial sumario que establece el artículo 235 de su Reglamento o cualquier otro existente en el momento de su ejercicio, pudiendo en todo instante desistir del procedimiento iniciado y promover otro u otros y en su consecuencia, de acuerdo con la regla 6.ª del citado artículo de la Ley Hipotecaria y del 1.530 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, desde el momento en que se inicie cualquier procedimiento, la parte prestataria faculta desde ahora a la entidad acreedora para que pueda pedir la posesión y administración de la finca hipotecada, haciendo suyos los productos que se obtengan para destinarlos al pago de las responsabilidades garantizadas, hasta el límite total de las mismas, renunciando dicha parte hipotecante, para tales supuestos, a la percepción de las rentas vencidas, facultando expresamente a la Mutualidad acreedora para obtener segundas y posteriores copias de este instrumento público, a efectos ejecutivos.»

II. Presentada la anterior escritura en el Registro de la Propiedad número 32 de Madrid fue calificada con nota del tenor literal siguiente «No practicada la inscripción del precedente documento, por estimarse no inscribibles los pactos que se dirán y no prestar conformidad al presentante (art. 434 del Reglamento Hipotecario): Apartado c) del pacto 7.º, en cuanto a la primera parte por contravenir el artículo 27 de la Ley Hipotecaria, y en cuanto a la segunda por infringir el artículo 117 de dicha Ley. Apartado e) del pacto 7.º: Por no determinarse el tipo de capitalización de la renta (art. 219 del Reglamento Hipotecario) y las responsabilidades asumidas que han de ser cubiertas por la capitalización. Pacto 8.º: Por referirse a una facultad de hacer pagos que da lugar a una acción ejecutiva ajena al derecho real de hipoteca (art. 51.6.ª del Reglamento Hipotecario). Pacto 9.º: Por referirse a gastos cuyo reintegro tiene carácter obligacional (art. 51.6ª del Reglamento Hipotecario). Pacto 11,

último inciso: Por referirse a un apoderamiento para obtener copias notariales que como tal no tiene acceso al Registro (art. 51.6.^a del Reglamento Hipotecario). La presente nota se extiende a petición del presentante.—Madrid, 2 de octubre de 1991.—El Registrador (firma ilegible con rúbrica) —Manuel Zumalacárregui Calvo»

III. El Notario autorizante de la escritura interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: Que son dos las cuestiones que plantea la nota: *a)* Si los pactos a que se refiere dicha nota transcritos en el Hecho I deben estimarse inscribibles o no; y *b)* en el supuesto que no debieran tener acceso, si la conformidad del presente es imprescindible en todo caso para proceder a la inscripción del título sin incluir dichos pactos. No hay duda que el título material es inscribible —art. 2 de la Ley Hipotecaria— y que el contrato de préstamo hipotecario pueda contener estipulaciones de alcance personal de los que no acceden al Registro, pero esta circunstancia no debe impedir la práctica de la inscripción correspondiente al título comprendido configurador de un derecho real inscribible. La calificación se limita a manifestar no inscribibles ciertas estipulaciones sin plantear el problema acerca de su validez o licitud ni del vínculo que genera entre las partes o a la trascendencia que el pacto no inscribible puede tener respecto de los demás pactos que estima inscribibles o la hipoteca misma, ni sobre el fundamento de Derecho en virtud del cual la suspensión o denegación de un pacto provoca la no inscripción del título inscribible. Por el contrario, de acuerdo con el artículo 434 del Reglamento Hipotecario, si las cláusulas señaladas en la nota se tienen por no inscribibles debería, en defecto de conformidad del presentante, inscribir el título y consignar en la nota de denegación o suspensión de la inscripción de tales estipulaciones. A continuación hace un análisis del Registro de la Propiedad como instrumento de seguridad jurídica a través de la publicidad del dominio y demás derechos reales —arts. 2 de la Ley Hipotecaria y 7 del Reglamento Hipotecario— con la no acogida de los derechos personales sin perjuicio de que se inscriba la garantía real para asegurar su cumplimiento —art. 9 del Reglamento Hipotecario— y que tales derechos personales si acceden indebidamente deberían ser cancelados a instancia de parte interesada y no estarán bajo la salvaguardia de los Tribunales —arts. 1, 2 y 98 de la Ley y 51.6.^o de su Reglamento—. De ahí que la misión del Registrador con arreglo a estos preceptos y en el punto objeto del debate sea el de seleccionar entre las estipulaciones que tenga el contrato las que tengan carácter real dejando fuera las personales, sin que ello suponga un obstáculo para inscribir el documento, como pone de relieve la doctrina hipotecarista al tratar de esta materia, y la práctica registral, según uso tradicional, realiza con celo y acierto la selección de la parte del contenido del título que debía incorporar al texto del asiento y la de aquella otra parte del título excluida del acceso al Registro, v. gr., en la compraventa donde hay muchos pactos, como los referentes a gastos o saneamiento por evicción o vicios ocultos, entrega de posesión material o sometimiento a fuero, que no se incluyen en los asientos y no plantean problema alguno de inscripción del título, ni tampoco se consigna en las notas de inscripción de dicho título la determinación individualizada de tales pactos no consignados en los asientos. En el ámbito de la hipoteca se aprecia una mayor sensibilidad para distinguir los pactos o estipulaciones contenidos en la escritura y que son expresados en los asientos de aquellos otros que no se inscriben, lo que da lugar a la frecuencia de notas que merecen trato o consideración dual: En cuanto que son de inscripción de

la hipoteca que motiva el asiento y de denegación en cuantos a ciertos pactos en los que se rechaza su inscripción, pero en este recurso se ha llegado a más al rechazarse la práctica del asiento de inscripción del título constitutivo de hipoteca con invocación del carácter personal u obligatorio y por tanto no inscribible de ciertos pactos o cláusulas. A continuación pasa el recurrente a examinar en sus diferentes supuestos el contenido del artículo 434.4.º del Reglamento Hipotecario relativo a la nota expresiva del resultado de la calificación, así como que al ofrecer el título las cláusulas suficientes para la extensión del asiento con su contenido necesario y mínimo —arts. 12 y 114 de la Ley— debió ser inscrito y denegar bajo su responsabilidad las cláusulas que a su juicio no deben acceder al Registro consignando la exclusión en la nota, salvo que solicitado se obtuviera consentimiento del presentante para expresar tal exclusión. Pasa a continuación a examinar los pactos que según el Registrador no deben tener acceso para ver si afectan o no a la validez del título o son de carácter obligatorio. De la nota resulta que no duda de su validez o eficacia y que simplemente los considera que no deben expresarse en el asiento. Y es que, en efecto, en cuanto al primero de los pactos no ha de inscribirse el artículo 27 de la Ley Hipotecaria no se ocupa de la validez o licitud de las prohibiciones de disponer en actos a título oneroso, pues simplemente indican que no se inscribirán, pero también señala dicho artículo 27 que lo será la garantía real para el cumplimiento de la prohibición, y el pacto de vencimiento anticipado del préstamo hipotecario vinculado con la prohibición de disponer es uno de esos casos; pero tanto si se acepta este argumento y se inscribe el pacto como si se rechaza, esta decisión no impide la inscripción del título presentado. En cuanto al segundo de los pactos rechazados, la lectura del artículo 117 de la Ley Hipotecaria establece una previsión legal que no parece excluya la posibilidad de que las partes tomen convencionalmente precauciones especiales y adecuadas a su interés para el caso de disminución del valor de garantía —todo esto en relación con el otro apartado del defecto señalado—, ya que los principios interpretativos del Derecho —arts. 3 y 4 del Código Civil— y los inspiradores del sistema contractual —arts. 1.255 y 1.258, 1.857, 1.861, 1.875 del Código Civil y 145 de la Ley Hipotecaria— propician que el supuesto de hecho legitimador de la relación legalmente prevista pueda legitimar otra reacción distinta y razonable prevista contractualmente. Esto mismo es de aplicación en lo referente al apartado e) del pacto 7.º, pues el artículo 219.2.º del Reglamento Hipotecario introduce la posibilidad de interpretar el artículo 217 de la Ley Hipotecaria en el sentido de inducir entre los actos de deterioro los arrendamientos perjudiciales y termina indicando que no es necesario hacer ningún comentario a la decisión de no incluir en el asiento registral los pactos 8.º y 9.º de pagos y gastos que nunca se han recogido como lo prueban las certificaciones literales de asientos de compraventa, así como la facultad otorgada a la Mutualidad para obtener segundas copias que es un problema referente al título de ejecución dependiente del Notario autorizante de la copia y del Juez a quien con ella se solicite la ejecución.

IV. El Registrador interino del Registro número 32 de Madrid —al haber cesado el titular en concurso de traslado— informó en defensa de la nota: Que son dos los puntos perfectamente diferenciados del escrito de interposición del recurso: a) Uno relativo a una cuestión ajena a la calificación del documento y más bien propia del procedimiento registral, y b) la relativa a la calificación concreta de determinadas cláusulas de la escritura calificada. En

cuanto al primer punto, el recurrente mantiene que debió inscribir el documento excluyendo del asiento los pactos y cláusulas que no deben tener acceso al Registro, y en ello se manifiesta de acuerdo el funcionario calificador ya que el préstamo hipotecario es perfectamente inscribible excluyendo los pactos a que la nota de calificación se refiere como no inscribibles, puesto que no revisten un carácter esencial en la configuración de dicho préstamo. Sin embargo, esta posibilidad de inscripción parcial es clara, no lo es tanto con el carácter de automatismo que el recurrente pretende, y esta es la idea que preside en los artículos 429 y 434 del Reglamento Hipotecario que atribuye al presentante del documento la decisión de su destino ante la calificación negativa del Registrador, por lo que sin su voluntad no cabe realizar el despacho del documento, salvo en el caso de falta absoluta de iniciativa del presentante —art. 429.2.º del Reglamento Hipotecario— y en este caso fue la voluntad del presentante la que determinó la no inscripción parcial. En cuanto al segundo punto, ha de tratarse de las tres cláusulas de vencimiento anticipado a que se refiere el Notario recurrente, la primera de ellas al supuesto de incumplimiento de la prohibición de disponer, en donde basta con señalar la jurisprudencia del Centro Directivo contraria a su admisión —Resoluciones de 4 de noviembre de 1968, 27 de enero de 1986 y 23 y 26 de octubre de 1987—; en cuanto a la segunda cláusula cuya inscribibilidad defiende el recurrente, es la de vencimiento anticipado de la hipoteca en caso de disminución del valor de la finca hipotecada, a juicio de peritos, de modo que no cubra el importe garantizado, y en donde tras glosar el artículo 1.129 del Código Civil y el 117 de la Ley Hipotecaria y el artículo 205 del Código de Comercio de 1889 o el 29 de la Ley Hipotecaria Mobiliaria se detiene el examen del artículo 5.3.º de la Ley de Mercado Inmobiliario desarrollado por el artículo 29 de su Reglamento, en donde como toda Ley de intervención económica es de Derecho necesario, al menos en cuanto al punto debatido, y la protección al acreedor se traduce en la opción conferida al deudor de ampliar la garantía o amortizar el préstamo, y en todo caso, aunque se estimara que este precepto no es aplicable al caso debatido, no por ello deja de mostrarnos el campo de interpretación de la Ley. Las Resoluciones de 23 y 26 de octubre de 1987 admitieron la validez de una cláusula de vencimiento anticipado de contenido análogo al del artículo 5 de la Ley de Mercado Hipotecario, al señalar que dicho pacto se limita a dar concreción a una de las facultades que integran el artículo 1.129.3.º del Código Civil, pero los términos absolutos en que se pronuncia el pacto 7.ºc) la hacen inadmisibles por falta de causa, al exceder de un legítimo interés del acreedor hipotecario en perjuicio del deudor. Y en cuanto al tercer supuesto —7.ºe)—, se rechaza exclusivamente por no determinarse el tipo de capitalización de la venta artículo 219 del Reglamento Hipotecario y las responsabilidades asumidas que han de ser cubiertas por la capitalización. Pero no se discute su inscribibilidad, sino que es un pacto incompleto, en el que faltan datos para conocer las características del arrendamiento que darían lugar a ese vencimiento y que impide calificar sobre su licitud.

V. El Presidente del Tribunal Superior de Madrid en Auto de 31 de enero de 1992 confirmó en base a los argumentos del Registrador la nota de calificación, que fue apelado ante este Centro por el Notario recurrente.

VI. El 24 de abril de 1992 se recibe escrito del nuevo titular del Registro número 32 de Madrid, en donde se manifiesta que con fecha 6 del mismo mes y año se ha inscrito la escritura discutida autorizada el 23 de enero de 1991 ante el Notario recurrente señor Blanquer, con excepción de los pactos que se

reflejaron en las notas puestas al pie del título los días 23 de abril y 2 de octubre de 1991.

Fundamentos de Derecho —Vistos los artículos 1.129 del Código Civil; 2, 9, 18, 27 y 98 de la Ley Hipotecaria, 7, 9, 51, 429, 433 y 434 del Reglamento para su ejecución, la Sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de enero de 1992; las Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de junio de 1990 y 23 de febrero de 1991 y las Resoluciones de este Centro de 18 de noviembre de 1960, 4 de noviembre de 1968, 26 de enero y 23 de octubre de 1987.

1. Entre las novedades introducidas por el Real Decreto de 12 de noviembre de 1982 que modificó una serie de preceptos del Reglamento Hipotecario, al recoger una reiterada doctrina de este Centro, destaca la establecida en el artículo 434.4.º relativa a los supuestos de inscripción parcial —entre otros— al de suspensión o denegación de algún pacto o estipulación de los comprendidos en el título cuando el negocio concluido por las partes no ofrece obstáculo para su inscripción, en cuyo caso si el presentante o interesado ha manifestado su conformidad a que se despache el documento sin esa estipulación o pacto no será necesario hacer constar en la nota la causa o motivo de la suspensión o denegación

2. A diferencia del supuesto anterior, si el Registrador entiende en el ejercicio de su función calificadora que el documento es inscribible —a salvo los pactos que cuestiona y que no afectan a la esencia del negocio concluido— podrá practicar la inscripción sin la constancia de esos pactos, pero si no ha obtenido la aquiescencia del interesado habrá de expresar en la nota el motivo que le lleva a suspender o denegar los mismos —véase dicho art. 434.4.º del Reglamento Hipotecario—, mención ahora necesaria, ya que de esta forma se puede permitir al interesado abrirle el camino para la interposición del recurso gubernativo correspondiente, lo que no sucede en el otro caso

3. En el presente caso, al no afectar los pactos discutidos a la válida constitución del derecho de hipoteca y ante la falta de conformidad del presentante a la inscripción del título en la forma indicada por el Registrador, debió de haberse practicado aquélla con la expresión de los pactos rechazados y su fundamento legal para dicho rechazo, circunstancia que, por otra parte, se ha producido con posterioridad (véase apartado VI de los Hechos), por lo que resuelto este punto procede entrar en el examen de los defectos señalados, si bien sólo de los expresamente impugnados por el Notario recurrente.

4. En cuanto al pacto contenido en el apartado 7.c) de la escritura que concede al acreedor la facultad de exigir la inmediata devolución del capital prestado si la finca hipotecada se enajena, grava o es objeto de embargo o anotación preventiva, carece de las condiciones necesarias para inscribirse porque es contrario al principio de libertad de contratación que inspira la legislación civil que constituye uno de los principios básicos de nuestro sistema hipotecario —arts. 26, 27 y 107.3.º de la Ley Hipotecaria—, como ha expuesto reiteradamente este Centro Directivo, ya que dicho pacto impone unas limitaciones que disminuyen para el dueño la posibilidad de constituir nuevas hipotecas y contraria de esta manera el fomento del crédito territorial.

5. Igualmente, ha de confirmarse el inciso del mismo apartado 7.c) referente al vencimiento anticipado del préstamo, y consiguientemente de la hipoteca «en caso de que el valor de la finca disminuyera a juicio de peritos de forma que no cubra el importe garantizado», pues aunque un pacto de este tipo se limita a dar concreción —lo que siempre es deseable— a una de las facultades que integran el crédito hipotecario conforme al artículo 1.129.3.º del

Código Civil, la generalidad con que aparece redactado, frente a los supuestos contemplados en la legislación hipotecaria —art. 117 de la Ley y 5 de la Ley de Mercado Hipotecario que se ha admitido por este Centro cuando se trasladan a otros supuestos de créditos hipotecarios—, agudiza la falta de determinación del contenido del derecho real, ya que una breve disminución incluso transitoria del valor del bien hipotecado podría dar lugar a la resolución de la garantía, todo ello en contra del principio de libre circulación de los bienes y de la eficacia *erga omnes* de todo derecho real.

6. En cuanto a la inscribibilidad del pacto contenido en el apartado 7.e) de la escritura, al mostrarse el desacuerdo entre Notario y Registrador solamente en si tal pacto refleja todos los datos necesarios para su viabilidad, pero no en cuanto a la inscripción del mismo si se encontrase completo, no se entra en el examen de este punto por quedar fuera del recurso, y se trata sólo del único motivo de la discrepancia, y en este aspecto hay que señalar que al no venir expresado el tipo de capitalización de la venta esta omisión impide el poder averiguar cuándo tiene lugar la responsabilidad que ha de ser cubierta por la capitalización de esa venta.

Esta Dirección General ha acordado revocar parcialmente el Auto apelado y: 1) Confirmar la no inscripción de los dos pactos únicos recurridos contenidos en los apartados 7.c) y e) 2) Que la escritura de hipoteca debió ser inscrita, si bien haciendo constar en la nota las cláusulas no inscritas y el fundamento legal de su no inscripción.

Madrid, 8 de noviembre de 1993.—El Director general, *Julio Burdiel Hernández*

Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Comentario.—Esta resolución merece dos comentarios diferenciados:

1.º Un comentario favorable, en orden a la declaración contenida en ella de que no son inscribibles los pactos contenidos en las escrituras de préstamos hipotecarios, en virtud de los cuales se prevé el vencimiento anticipado de la finca en caso de enajenación, anotación de embargo o gravamen de la finca hipotecada por ser contrario al principio fundamental de libertad de contratación que inspira nuestro sistema hipotecario, ni tampoco aquéllos en que se prevé el vencimiento anticipado en caso de disminución del valor de la finca a juicio de peritos de forma que no cubra el importe garantizado (dada su falta de determinación, a diferencia de otros supuestos expresamente previstos en la Ley como es el art. 5.º de la Ley de Mercado Hipotecario de 25 de marzo de 1981 que exigen que la disminución sea por encima del 20 por 100)

2.º Sin embargo, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 8 de noviembre de 1993 merece una crítica muy desfavorable en orden al último inciso de la citada resolución, a tenor del cual el Registrador debió haber inscrito la hipoteca —sin tales pactos—, si bien expresando en la nota las cláusulas no inscritas y los motivos de la denegación (art. 434.4.º del Reglamento Hipotecario).

Esta resolución, haciendo un símil con lo dispuesto en el artículo 100 del Reglamento Hipotecario, podría calificarse de incongruente con el procedimiento propio de un recurso gubernativo. Y es incongruente porque no es el cauce de un recurso gubernativo el adecuado para hacer manifestaciones que únicamente parecen estar encaminadas a excusar la actuación del recurrente, a pesar de haber perdido el recurso; de la misma manera podría haber dicho la Dirección General de los Registros y del Notariado que el Notario —o en su

caso el presentante— debió haber sido más diligente interponiendo el recurso durante la vigencia del asiento de presentación para conseguir la prórroga de éste de conformidad con el artículo 66 de la Ley Hipotecaria, párrafo 3.º

Pero es que además la Dirección General de los Registros y del Notariado no ha acertado a entender lo que realmente había pasado.

Se plantea —en efecto— la resolución dos posibilidades en orden a la aplicación del párrafo 4.º del artículo 434 del Reglamento Hipotecario, esto es, con relación a la suspensión o denegación de algún pacto o estipulación no esencial del título inscribible; a saber:

a) Que el presentante o interesado haya manifestado su conformidad a que se despache el título sin tal estipulación o pacto, en cuyo caso no será necesario hacer constar en la nota la causa de suspensión o derogación.

b) Que el presentante o interesado no preste su conformidad a la no inscripción de tales pactos, en cuyo caso el Registrador podrá practicar la inscripción parcial de tales títulos —sin los citados pactos—, pero expresando en la nota los motivos de la denegación o suspensión.

Esto último sería lo que, a juicio de la Dirección General de los Registros y del Notariado, debería haber hecho el Registrador.

Sin embargo, olvida el Centro Directivo otra posibilidad que ampara el citado artículo 434 del Reglamento Hipotecario, en relación con el carácter rogado general que tiene la inscripción en el Registro de la Propiedad —art. 6.º LH—, que es la de que el presentante o interesado no se conformen con la inscripción parcial, exigiendo la inscripción total o en su defecto la retirada del título («o todo o nada»).

En estos casos no puede el Registrador practicar la inscripción del título con exclusión de los pactos controvertidos, sino que deberá devolver el título con expresión de la operación realizada, esto es, la retirada del documento.

Esto es lo que en realidad había ocurrido en el supuesto de hecho de la resolución comentada.

La propia nota de calificación firmada por el Registrador es suficientemente expresiva: «No practicada la inscripción del precedente documento por estimarse no inscribibles los pactos que se dirán y no prestar su conformidad el presentante (art. 434 RH)». No se dice que se ha denegado o suspendido, sino que no se ha practicado la inscripción del título —ni siquiera parcial— por no prestar su consentimiento a ello el presentante.

El propio Registrador interino que informó el recurso (por estar vacante el Registro por traslado), y cuya opinión es por tanto plenamente objetiva, manifestó expresamente que «la posibilidad de inscripción parcial es clara, y nadie la ha puesto en duda, pero no lo es tanto el automatismo que en la práctica de la misma se pretende».

Es decir, que no cabe duda de la posibilidad de inscripción parcial, pero que para ello se requiere la no oposición del presentante a la misma. Y cita el informante el artículo 429 del Reglamento Hipotecario como el precepto que ampara que sea siempre el presentante el que deba tomar la decisión de su destino ante una calificación negativa del Registrador.

Y —sigue afirmando el Registrador interino en su informe— «en estricta aplicación de estas normas, en la nota que motiva este recurso fue la voluntad del presentante la que determinó tanto la extensión de dicha nota como la no inscripción del préstamo hipotecario sin constancia registral de los pactos a los que la misma se refiere». Tras hacer una relación de las distintas notificaciones al presentante, añade: «Todo ello se hizo en estricta observancia de la

voluntad del presentante» (...) y concluye su informe —en este aspecto— diciendo: «No se puede suplantar la voluntad de los interesados en orden a la inscripción total o parcial del documento por la vía del recurso gubernativo»

En conclusión, yerra la Dirección General de los Registros y del Notariado afirmando que el título debió ser inscrito parcialmente con expresión de los motivos de suspensión o denegación, porque no ha tenido en cuenta la voluntad contraria del presentante a toda actuación que no sea la inscripción total del título.

Es decir, el artículo 434, párrafo 4.º, debe ser siempre interpretado como aplicable si no existe oposición del presentante a la propia inscripción parcial del título, con independencia de las cláusulas controvertidas (que es lo que realmente ocurrió en el caso comentado).

FRANCISCO JAVIER GÓMEZ GÁLIGO

UNA VEZ CADUCADA LA ANOTACION DE EMBARGO, SI LOS BIENES RESULTAN INSCRITOS A NOMBRE DE PERSONA DISTINTA DEL DEUDOR —QUIEN EN SU DIA FIGURABA COMO TITULAR REGISTRAL—, DEBE DENEGARSE LA ADJUDICACION DERIVADA DEL EMBARGO EN EL MOMENTO EN QUE LA ANOTACION SE EXTINGUE CESA LA SUJECION DEL INMUEBLE Y ADQUIERE PLENITUD LA TITULARIDAD REGISTRAL AFECTADA. (RESOLUCIÓN DE 27 DE OCTUBRE DE 1993; BOE DE 25 DE NOVIEMBRE.)

Hechos.—I. En el juicio ejecutivo número 20478/1981, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia número 10 de los de Madrid, promovido por «Mercantil Intercontinental, Sociedad Anónima», contra «Construcción y Cerámica, Sociedad Anónima», en reclamación de 1.084.448 pesetas, de principal, y 400.000 pesetas para costas e intereses legales, mediante auto, el 17 de junio de 1981 se despachó ejecución contra la sociedad demandada. Por diligencia de 5 de febrero de 1982 fueron señalados los bienes objeto de embargo, entre ellos tres fincas inscritas a nombre de la sociedad demandada en el Registro de la Propiedad de Illescas con los números 7.761, 7.759 y 7.758. El 11 de febrero de 1982 fue declarada la parte demandada en rebeldía.

Posteriormente, por Sentencia de fecha 13 de febrero de 1982, se ordenó seguir la ejecución despachada, haciendo trance de remate de los bienes embargados, practicándose las anotaciones en el Registro de la Propiedad de Illescas, con fecha 13 de mayo de 1982. El día 31 de mayo del mismo año se vende la finca, inscribiéndose dicha venta en el Registro el día 8 de junio de 1992. Por providencia de 27 de septiembre de 1982 se reclamó del señor Registrador certificación de dominio y cargas sobre las fincas embargadas. Por último, siguiéndose los trámites preceptuados por la Ley, se siguió la ejecución y remate sobre las fincas embargadas, sacándose a subasta las citadas fincas, que fueron adjudicadas a «Mercantil Intercontinental, Sociedad Anónima» mediante acta de subasta de fecha 5 de marzo de 1985. Con fecha 17 de mayo de 1986 se cancela la anotación de embargo que no había sido objeto de prórroga, la escritura de compraventa a favor de dicha sociedad en rebeldía de «Construcciones y Cerámicas, Sociedad Anónima», fue otorgada por el Magistrado-Juez de Primera Instancia número 10 de Madrid el día 9 de febrero de 1989.

II. Presentada la anterior escritura en el Registro de la Propiedad número 1 de Illescas, fue calificada con la siguiente nota: «Registro de la Propiedad número 1 de Illescas (Toledo). Suspendida la inscripción del precedente documento por el defecto subsanable de aparecer la finca inscrita a nombre de persona distinta del demandado y no resultar de la escritura calificada el cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 38, último párrafo, 126, 127 y 131, reglas 4.ª y 5.ª, de la Ley Hipotecaria y concordantes de su Reglamento, ni acompañarse el oportuno documento judicial que ordene la cancelación del asiento relativo a la renta efectuada en los términos que ordenan los artículos 131, regla 17, de la Ley Hipotecaria, y 170, regla 2.ª, y 233 de su Reglamento — Illescas, 27 de marzo de 1989.—El Registrador.—Firma ilegible».

III. En virtud de la nota de calificación, se interesó del Juzgado correspondiente que se notificase nuevamente a los titulares registrales, así como que se ordenase la referida cancelación. Se volvió a presentar de nuevo la referida escritura, acompañada del mandamiento cancelatorio, y que fueron objeto de las notas siguientes: «Registro de la Propiedad número 1 de Illescas (Toledo). Denegada la inscripción del precedente documento en unión del mandamiento cancelatorio presentado el día 20 de abril de 1992, asiento número 906 del Diario 90, por el defecto, que se considera insubsanable, de aparecer las fincas inscritas a nombre de persona distinta del embargado y haber sido cancelada por caducidad la anotación de embargo de que tiene causa dicha venta y mandamiento, con fecha 17 de mayo de 1986, de conformidad con los artículos 17, 20, 38, 71, 97, 126, 131 y 134 de la Ley Hipotecaria y 175.2 del Reglamento Hipotecario.—Illescas, 14 de mayo de 1992.—El Registrador accidental —Firmado: Carlos Medina Font». «Registro de la Propiedad número 1 de Illescas (Toledo). Denegada la inscripción del precedente documento en unión de la escritura de compraventa presentada el día 20 de abril de 1992, asiento número 907 del Diario 980, por el defecto, que se considera insubsanable, de aparecer las fincas inscritas a nombre de persona distinta del embargado y haber sido cancelada por caducidad la anotación de embargo de que tiene causa dicha venta y mandamiento, con fecha 17 de mayo de 1986, de conformidad con los artículos 17, 20, 38, 71, 97, 126, 127, 131 y 134 de la Ley Hipotecaria y 175.2 del Reglamento Hipotecario.—Illescas, 14 de mayo de 1992 —El Registrador accidental —Firmado: Carlos Medina Font».

IV La Procuradora de los Tribunales doña Concepción Vicente Martínez, en representación de «Mercantil Intercontinental, Sociedad Anónima», interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, y alegó: Que como tiene reconocido la Dirección General de los Registros y del Notariado en las Resoluciones de 6 de junio y 6 de septiembre de 1988, y 12 de junio de 1989, el embargo aún no anotado es preferente a una enajenación posterior de la finca embargada, y en el caso presente, en el que no sólo se ha decretado el embargo por el Juez, sino que se ha anotado, habiéndose producido la enajenación durante la vigencia de dicho asiento y, además, habiéndose producido el remate durante la vida de la anotación preventiva de embargo. Que los actuales titulares registrales inscribieron su derecho a la vista de la vigencia de la anotación preventiva de embargo dentro de los cuatro años de duración; además, fueron notificados según lo previsto por las leyes procesales, así que en ningún caso pueden alegar desconocimiento, en el beneficio de la fe pública registral del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, ni indefensión alguna. La prioridad ganada por la anotación se traslada a la enajenación, como declara la Resolución de 28 de julio de 1989. De sostenerse la tesis contraria, quedaría

sin virtualidad práctica alguna la figura del embargo y dejaría campo abierto a la defraudación de los legítimos intereses del acreedor. Que no puede alegarse que no se solicitó la prórroga de la anotación preventiva de embargo, puesto que fue imposible, dado que se habían extraviado los autos, y puesto que no era necesaria tras haberse celebrado satisfactoriamente la subasta como lo ha declarado la Resolución de 28 de julio de 1989. Que, en definitiva, es procedente la inscripción denegada y la correspondiente cancelación, dado el carácter constitutivo del embargo, que hay que destacar la contradicción entre la primera y segunda calificación, declarando la primera la existencia de defecto subsanable e insubsanable la segunda. Que como fundamentos de Derecho hay que citar los artículos 1, 17, 40, 71, 79, 83, 84, 131 y 133 de la Ley Hipotecaria, 175, 206 y 232 del Reglamento Hipotecario; 1.481 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y las resoluciones citadas con anterioridad.

V. El Registrador de la Propiedad, en defensa de su nota, informó: 1) Que el recurso debe entenderse exclusivamente contra la nota de calificación formulada por el Registrador accidental, con fecha 14 de mayo de 1992, conforme a lo dispuesto en los artículos 109 y 113 del Reglamento Hipotecario, y recordando lo que preceptúa el artículo 18 de la Ley Hipotecaria el Registrador califica con absoluta independencia de otras calificaciones anteriores, lo que viene proclamando en las Resoluciones de 22 de julio de 1974, 5 de febrero de 1988 y 18 de noviembre de 1960. 2) Que la línea argumental del recurso discurre a través de las tres alegaciones siguientes: a) Que el embargo aún no anotado es preferente a una enajenación posterior. Que el supuesto resuelto en las Resoluciones de 6 de septiembre de 1988 y 12 de junio de 1989, citadas por el recurrente (ya que la de 6 de junio de 1988 no existe), es distinto al que ahora se plantea. En dichas resoluciones el problema planteado es el de la preferencia del embargo no anotado sobre una enajenación posterior, inscrita ésta después de la anotación de aquél. La idea que late en la argumentación del recurrente es que el embargo, por el mero hecho de su traba judicial, se puede desenvolver al margen y por encima del Registro de la Propiedad y de la fuerza vinculante de sus asientos no tiene realidad jurídica ni apoyo en las resoluciones citadas, las cuales hacen claras aplicaciones de los principios hipotecarios, ya que semejante interpretación introduciría la inseguridad en el tráfico jurídico, haría inútil las anotaciones de embargo y supondría la quiebra de los principios hipotecarios en que se basa la institución registral. b) Que los actuales titulares registrales inscribieron su derecho a la vista de la vigencia de la anotación preventiva de embargo, por lo que no pueden alegar desconocimiento ni la protección registral del artículo 34 de la Ley Hipotecaria. En el caso del recurso accede al Registro el embargo, a través de la oportuna anotación, el día 13 de mayo de 1982. Con fecha 31 de mayo del mismo año se vende la finca a los actuales titulares registrales en escritura pública que se inscribe en el Registro el día 8 de junio de 1982. Con fecha 17 de mayo de 1986 se cancela el embargo que no había sido objeto de prórroga. Finalmente, con fecha 9 de febrero de 1989 se otorga la escritura de venta derivada del embargo, que se presenta en el Registro en unión de mandamiento ordenando la cancelación de los asientos, inscripciones y anotaciones posteriores a la inscripción origen de este procedimiento. Este supuesto ha sido abordado por diversas Resoluciones, entre ellas la de 25 de marzo de 1959, 31 de diciembre de 1986 y 9 de septiembre de 1991. De estas resoluciones resulta, en síntesis, que la adquisición de los actuales titulares registrales ha quedado purificada y consolidada una vez caducada la anotación de embargo que la afectaba por el juego de los principios hipoteca-

rios, singularmente los de legitimación, prioridad y tracto sucesivo que impiden el acceso al Registro de la escritura de venta judicial y el correspondiente mandamiento cancelatorio. c) Que la prioridad ganada por la anotación se trasladada a la enajenación, como declara la Resolución de 28 de julio de 1989. Que esta alegación del recurrente queda desestimada con lo anteriormente expuesto. Que la resolución citada se refiere a un supuesto distinto, debiéndose tener en cuenta en este caso la Resolución de 7 de julio de 1989.

VI. El ilustrísimo Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 10 de Madrid informó sobre el desarrollo del procedimiento ejecutivo 20748/1981.

VII. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha confirmó la nota del Registrador fundándose en los artículos 1, 18, 20, 40, 44, 86 y concordantes de la Ley Hipotecaria y de su Reglamento, y las Resoluciones de 9 de noviembre de 1955, 16 de marzo de 1959, 15 y 16 de mayo de 1968, 29 de septiembre de 1987, 19 de abril de 1988, 11 de julio de 1989, 10 de julio de 1991 y 25 de septiembre de 1992, así como las citadas por la parte recurrente y el Registrador de la Propiedad.

VIII. La Procuradora recurrente apeló el auto presidencial manteniéndose en sus alegaciones, y añadió: Que el embargo aún no anotado es preferente a una enajenación posterior de la finca embargada, de acuerdo con las Resoluciones de 6 de junio y 6 de septiembre de 1988 y 12 de junio de 1989. Que la venta de las fincas se subordina a la enajenación judicial, puesto que cuando se venden ya estaban embargadas, y lógicamente tiene preferencia el procedimiento, de acuerdo con la Resolución de 28 de julio de 1989. Que con fecha 5 de marzo de 1985 las fincas son sacadas a subasta y adjudicadas a «Mercantil Intercontinental, Sociedad Anónima», estando, en esta fecha, aún vigente en el Registro la anotación de embargo, pues fue cancelada por caducidad el 17 de mayo de 1986. Que al celebrarse legalmente la subasta y adjudicarse las fincas, el embargo deja de existir, pues al realizarse la transmisión de la propiedad mediante la subasta, ya no tiene sentido dicho embargo por tratarse de un acto de sujeción y garantía, y, por tanto, al no existir ya dicho embargo, no cabe la prórroga de la anotación del mismo. Así lo tiene declarado la Resolución de 28 de julio de 1989.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 1, 17, 20, 40, 38, 82, 86 y 97 de la Ley Hipotecaria; 206.13 y 353 del Reglamento Hipotecario, Resoluciones de 25 de marzo de 1959, 31 de diciembre de 1986, 6 de septiembre de 1988, 12 de junio, 7 de julio y 28 de julio de 1989, y 9 de septiembre de 1991.

1. El Registrador deniega en 14 de mayo de 1992 la inscripción de determinada enajenación judicial, otorgada en escritura pública por el Juez en las actuaciones de un juicio ejecutivo, por un defecto insubsanable de aparecer las fincas desde 8 de junio de 1982, inscritas a nombre de persona distinta de aquella en cuyo nombre actuó el Juez en la escritura y haber sido cancelada en 17 de mayo de 1986, por caducidad, la anotación del embargo del que trae causa dicha enajenación judicial. La anotación del embargo hubo de cancelarse al transcurrir el tiempo de su vigencia porque no había sido objeto de prórroga conforme a lo previsto en la legislación hipotecaria, a pesar de que tal prórroga podría haber seguido siendo útil mientras faltaran trámites judiciales que impidieran que la enajenación judicial accediera al Registro. (Con estos antecedentes es sorprendente que ante la misma escritura de enajenación judicial el Registrador, en 27 de marzo de 1989, se limitara a suspender la inscripción por otros defectos que estimó subsanables.)

2 El principio de tracto sucesivo y, en concreto, el punto II del artículo 20 de la Ley Hipotecaria obliga ahora ciertamente a denegar la inscripción de la referida enajenación judicial, porque resulta que en el momento de la presentación del título de esta enajenación las fincas están ya inscritas en favor de persona distinta de aquella en cuyo nombre el Juez otorga la transmisión, y está, además, extinguida la anotación preventiva del embargo que de persistir, habría dado fundamento a la prevalencia de la enajenación judicial.

De acuerdo con la doctrina expresada en la Resolución de 9 de septiembre de 1991, es cierto que los asientos practicados a favor de los actuales titulares registrales pudieron nacer subordinados a la anotación preventiva de embargo, pero también lo es que en el momento en que la anotación se extingue, cesa aquella sujeción, se plenifica la titularidad registral afectada y desde entonces ya no es posible practicar asiento alguno que menoscabe o ponga en entredicho la eficacia de los asientos vigentes si no es con el consentimiento del respectivo titular registral o por resolución judicial dictada en procedimiento entablado directamente contra él (arts. 1.º, 20, 40 y 82 de la Ley Hipotecaria).

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso.

Madrid, 27 de octubre de 1993.—El Director general, *Julio Burdiel Hernández*.

Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha.

Comentario.—Esta resolución no hace sino aplicación de un principio elemental del sistema inmobiliario, y es que la prioridad registral ganada a través de un asiento provisional —como pueda ser una anotación de embargo o de demanda— sólo puede hacerse efectiva en perjuicio de tercero durante la vigencia del asiento mismo.

Conviene repasar algunas ideas en orden a la prórroga y cancelación de anotaciones de embargo:

a) Es preciso que sean decretadas por el mismo Juez que ordenó la anotación (art. 101 de la Ley Hipotecaria).

b) El mandamiento de prórroga debe presentarse en el Registro antes de que caduque la anotación del embargo (los cuatro años de vigencia se computan desde la fecha de la anotación misma, sin que a estos efectos se tenga en cuenta el asiento de presentación del título que motivó la anotación) (cfr. RDGRN de 19-4-1988).

c) La cancelación debe hacerse en virtud de mandamiento dictado en virtud de providencia firme dada la trascendencia que la cancelación tiene en orden a la prioridad de derechos inscritos, sin que se pueda hacer revivir una anotación ya cancelada (RDGRN de 26-6-1986).

d) Nunca cabe cancelar por mera instancia privada una anotación preventiva no caducada, ni siquiera aunque se acredite el pago (v gr., mediante recibo), ya que habiéndose practicado el embargo por mandamiento judicial o administrativo, por el mismo cauce se debe proceder a la cancelación (art. 83 LH).

e) Las anotaciones prorrogadas no caducan, y en consecuencia no pueden cancelarse de oficio transcurridos los cuatro años de vigencia y los de su prórroga, sino que se necesita mandamiento expreso (art. 199 RH).

f) La adjudicación derivada del procedimiento ejecutivo que motivó la anotación del embargo, debe haberse presentado en el Registro antes de que caduque la anotación preventiva de embargo (o si está prorrogada, mientras no se haya cancelado expresamente).

De esta manera, si la escritura o testimonio del auto de adjudicación se presenta en el Registro después de caducada la anotación, perderá toda preferencia respecto de anotaciones posteriores, las cuales ganarán preferencia, e incluso si existiera una inscripción de dominio posterior, ésta impedirá la inscripción de la adjudicación derivada del embargo cuya anotación caducó.

Ello es consecuencia de la propia naturaleza y razón de ser de la anotación de embargo, cuya única finalidad —dado el carácter no constitutivo de la misma— es garantizar frente a terceros el resultado del juicio.

Si se deja caducar la anotación y no se solicita su prórroga, tan sólo conservará su preferencia la adjudicación si no existen terceros anotantes o terceros adquirentes.

En definitiva, si existen dos anotaciones de embargo y la primera caduca, la segunda pasa a tener primer rango con todas las consecuencias —deberá arrastrarse en la inscripción—, sin que sea posible cancelarla como posterior en el procedimiento de apremio derivado de la primera (RDGRN de 28-9-1987), debiéndose incluso denegar la adjudicación si en lugar de otras anotaciones lo que está practicado es una inscripción de dominio (RDGRN de 27-10-1993, que comentamos).

Si, por el contrario, se inscribe la enajenación durante la vigencia de la anotación de embargo, la prioridad ganada con la anotación se traslada a la enajenación, procediendo a la cancelación de las cargas posteriores (incluso aunque el mandamiento cancelatorio se presente una vez cancelada por caducida la anotación preventiva que motivó la ejecución, cfr. RDGRN de 28-7-1989).

FRANCISCO JAVIER GÓMEZ GÁLIGO

ES NECESARIO HACER CONSTAR EL ESTADO ARRENDATICIO EN EL PROCEDIMIENTO JUDICIAL SUMARIO DEL ARTICULO 131 DE LA LEY HIPOTECARIA —POR ENTENDER QUE LA ADJUDICACION ES UNA VENTA PUBLICA—, SI BIEN DADO QUE ES UNA TRANSMISION FORZOSA NO DEBE EXIGIRSE ERICTAMENTE QUE SEA EL TRANSMITENTE EL QUE HAGA ESA DECLARACION, PUDIENDO HACERLA EL NUEVO PROPIETARIO. (RESOLUCIÓN DE 5 DE NOVIEMBRE DE 1993; BOE DE 25 DE NOVIEMBRE.)

Hechos.—I. Ante el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Barcelona se siguió a instancias de la Caja de Pensiones para la Vejez y de Ahorros procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria para la ejecución de una hipoteca constituida sobre una finca urbana por «Grup Bar-na, Sociedad Anónima», en garantía de un préstamo mediante escritura autorizada el 27 de noviembre de 1979 por el Notario don Aurelio Moreno Prádamo. Seguido el procedimiento en todos sus trámites con fecha 14 de marzo de 1991 se dictó auto aprobando el remate de la finca a favor de doña Magdalena Brun Portero, constando en el texto del mismo «que de la resultancia del procedimiento no puede certificarse si existen o no existen inquilinos y ocupantes de la finca objeto de esta aprobación».

Presentando testimonio judicial del referido auto en el Registro de la Propiedad número 1 de Sabadell, fue calificado con la siguiente nota: «Suspendida la inscripción a que se refiere el precedente documento, que ha sido com-

plementado mediante instancia suscrita en esta ciudad el día 3 de los corrientes, por observarse el defecto subsanable de no haberse acreditado el estado arrendaticio de la finca y en su lugar tomada anotación de suspensión por sesenta días hábiles a partir de esta fecha, donde indica el cajetín puesto al margen de la descripción de la finca.—Sabadell, 21 de mayo de 1991 —El Registrador».

III. Doña Magdalena Brun Portero recurrió gubernativamente contra la anterior calificación alegando. 1.º Que la declaración sobre el estado arrendaticio de la finca no es exigible en el caso de ejecución hipotecaria por el procedimiento del artículo 131 de la Ley Hipotecaria por ser en todo caso título bastante para la inscripción el testimonio del referido auto. 2.º Que en la escritura de constitución de la hipoteca que se ejecuta se manifestó que la finca se encontraba libre de cargas, por lo que dado que en estos supuestos el adjudicatario ha de recibir la finca libre de toda carga o limitación que no fuere anterior o preferente al crédito del actor, exigir tal manifestación sería una redundancia innecesaria, por haber sido ya hecha al constituirse la hipoteca y carecer de finalidad. 3.º No ser aplicable el artículo 55.2 de la Ley de Arrendamientos Urbanos al procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria pues éste únicamente es aplicable a las ventas voluntarias no a las subastas judiciales y además no está previsto en su tramitación diligencia judicial alguna de investigación del estado arrendaticio de la finca ni de notificación, en su caso, a éste a los efectos previstos en los artículos 47 y 48 de aquella Ley. 4.º Que al exigir la constancia fehaciente de tal manifestación se estarían aumentando los trámites jurídicos y los gastos consiguientes para los particulares que pretendan acceder por esta vía más económica de la subasta judicial a la propia inmobiliaria.

IV. El Registrador de la Propiedad número 1 de Sabadell informó en defensa de su nota: 1.º Que habiéndose interpuesto con anterioridad a este recurso y con relación a la misma nota de calificación otro recurso por el presentante del documento don José María Portero Brun aduciendo como fundamento de su legitimación el carácter de arrendatario posterior a la adjudicación de la finca, sólo resulta procedente entrar en el fondo de este recurso en el caso de que no hubiese sido admitido el anterior, conforme al principio *non bis in idem*, debiéndose tener en cuenta que ambos son idénticos a excepción de la legitimación y de añadirse en este último la alegación recogida bajo el número 2 del expositivo anterior. 2.º Que las ventas judiciales forzosas están sujetas a retracto arrendaticio y así lo tiene declarado el Tribunal Supremo para las propias adjudicaciones derivadas del procedimiento judicial sumario en Sentencias de 2 de marzo de 1959, 23 de julio de 1971, etc. 3.º Que al establecer la regla 7.ª del artículo 131 de la Ley Hipotecaria que el testimonio del auto de adjudicación es título bastante para la inscripción no significa que por sí sea perfecto para ello, pues de conformidad con las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 19 y 20 de noviembre de 1987, es al nuevo propietario adjudicatario de la finca al que le corresponde hacer tal manifestación. 4.º Que el hacer la misma no supone una complicación procedimental o mayores gastos, pues bastará según esas resoluciones con una instancia firmada ante el Registrador. 5.º Que no pueden identificarse los arrendamientos con las cargas o gravámenes, por lo que la manifestación sobre la ausencia de éstas hecha en la escritura de constitución de la hipoteca no dispensa de hacer la relativa a aquéllos al tiempo de la adjudicación.

V. El Presidente del Tribunal Supremo de Justicia de Cataluña dictó auto desestimando el recurso y confirmando la nota del Registrador por entender que los arrendatarios no sólo tienen derecho de tanteo y retracto en los casos de compraventa voluntarias, sino también en los de subastas judiciales y que en eso estos últimos casos es el hacer propietario de la finca a quien corresponda haber tal declaración el estado arrendaticio de la misma.

VI. Doña Magdalena Brun Portero interpuso recurso de apelación reproduciendo en el mismo íntegramente sus alegaciones hechas al tiempo de la interposición del recurso gubernativo

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 464, 1.459, 1.489, 1.493, 1.636 y 1.640 del Código Civil; 1.514 y siguientes y 1.533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; 33, 35, 36 y 55 de la Ley de Arrendamientos Urbanos y las Sentencias del Tribunal Supremo de fechas 2 de marzo de 1959, 19 de febrero de 1968, 23 de enero de 1971 y 31 de octubre de 1986, y las Resoluciones de esta Dirección General de 30 de enero de 1980, 19 y 20 de noviembre de 1987

1. La cuestión que se plantea en el presente recurso es la de decidir si es necesaria o no la declaración sobre el estado arrendaticio de la finca para la inscripción del testimonio del auto de aprobación del remate de la misma derivado de un procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria tramitado en ejecución de una hipoteca en cuya escritura de constitución se manifestaba que la finca hipotecada se encontraba libre de cargas.

2. Para resolverla es necesario, en primer lugar, determinar si la transmisión judicial forzosa producida en un procedimiento de ejecución de esta naturaleza está sujeta o no a retracto, pues sólo en caso afirmativo podría tener sentido la exigencia de tal manifestación sobre el estado arrendaticio de la finca. A este respecto, ha de tenerse en cuenta que en nuestro sistema jurídico este tipo de transmisión está comprendido en el concepto de venta. Se trata de una venta pública (cfr. art. 464 del Código Civil) o en subasta pública o judicial (cfr., entre otros, los arts. 1.459, 1.489 y 1.493 del Código Civil, y 1.514 y sigs. y 1.533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y por ello se comprende que el derecho de tanteo o retracto establecido para el supuesto de venta esté también establecido para las ventas judiciales (cfr. arts. 1.636 y 1.640 del Código Civil). La misma Ley de Arrendamientos Urbanos confirma esta doctrina en relación con los derechos de tanteo y retracto que se le reconocen al arrendador en los supuestos de traspaso o cesión mediante precio (cfr. arts. 33, 35 y 36 LAU). El propio Tribunal Supremo expresamente ha declarado en relación con la adjudicación en que termina el procedimiento judicial sumario a que se refiere el artículo 131 de la Ley Hipotecaria, que en tal supuesto procede el retracto arrendaticio porque no existe razón tanto de orden legal como lógico para excluirla y porque la inclusión es conforme con la finalidad de la Ley de dar acceso al dominio al arrendatario cuando haya cambio dominical por negocio jurídico mediante precio (Sentencias de 2 de marzo de 1959, 19 de febrero de 1968 y 23 de enero de 1971).

3. Sentado pues, que en tales supuestos de transmisión judicial de la finca se dan los derechos de tanteo y retracto establecidos en la Ley y que por consiguiente es necesario para su inscripción que se justifique haberse hecho las notificaciones oportunas para su ejercicio o, en otro caso, la manifestación sobre la libertad de arrendamientos de la finca adjudicada, corresponde ahora analizar si esta última manifestación sería innecesaria, como pretende la parte recurrente, cuando en la escritura de constitución de hipoteca consta que la finca está libre de cargas. Para que tal tesis fuera aceptable sería necesario

que se entendiera que la manifestación sobre la libertad de cargas comprende y lleva consigo la de arrendamientos, y que la ejecución de la hipoteca comportaba la purga de los arrendamientos posteriores a ella, de tal manera que sólo los arrendatarios anteriores a la constitución de la hipoteca subsistirían tras su ejecución y tendrían a su favor los derechos de adquisición preferente, establecidos en la Ley. Pues bien, aunque este último efecto de la ejecución hipotecaria se admitiese (lo que ahora no se prejuzga), no puede admitirse por el contrario que la manifestación sobre la libertad de cargas hecha por el hipotecante comprendiese a los arrendamientos a los efectos de dar por cumplida la exigencia del artículo 55 de la Ley de Arrendamientos Urbanos. La determinación del estado de cargas con arreglo a la legislación vigente al tiempo del otorgamiento del título inscribible —art. 175 del Reglamento Notarial en su redacción anterior al Real Decreto 1558/1992, de 18 de diciembre— podría hacerse de distintas formas, no siendo necesario en todo caso la declaración expresa y específica del disponente, su omisión no podía considerarse como defecto subsanable que impidiera la inscripción (cfr. Resolución de 2 de febrero de 1963) y su eficacia es, fundamentalmente, inter-partes en relación con la posible responsabilidad por saneamiento (cfr. art. 1.483 del Código Civil). Por el contrario la manifestación sobre el estado arrendaticio de la finca está contemplada en la Ley igual que en algún otro supuesto (cfr. art. 1.320 del Código Civil), como una declaración expresa y específica del disponente que no puede inferirse indirectamente de otros datos o manifestaciones del documento (cfr. Resoluciones de 11 de diciembre de 1986 y 10 de noviembre de 1987), cuya constancia en el título inscribible es un requisito formal de éste para su inscripción, de tal manera que su omisión es calificada por la Ley como defecto subsanable (cfr. art. 55 de la Ley de Arrendamientos Urbanos), y con la que se intenta garantizar fundamentalmente los derechos de adquisición preferente que los terceros arrendatarios tienen en relación a dicha transmisión (cfr. arts. 47 y sigs. de la Ley de Arrendamientos Urbanos). Debe tenerse en cuenta, además, la diferente calificación penal que de reunir los requisitos para ello, podría merecer la falta de veracidad de tales manifestaciones según se refieran genéricamente a las cargas (cfr. Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 1989 en relación con los arts. 302.4 y 303 del Código Penal, que excluyen la existencia del delito de falsedad en documento público, en este caso, sin perjuicio de que las mismas formen parte de un delito de estafa del artículo 531 del Código Penal) o específicamente a los arrendamientos (cfr. art. 55.2 de la Ley de Arrendamientos Urbanos y Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 1983 que admiten en este caso la existencia del delito de falsedad en documento público si se dan los requisitos de culpabilidad para ello).

4. Por último está el problema formal de cómo hacer constar la libertad de arrendamiento de la finca para que la inscripción pueda realizarse. Dadas las peculiaridades de la adquisición en virtud de ejecución forzosa, no debe exigirse estrictamente que sea el transmitente el que haga esa declaración. Hay que tener en cuenta que la adquisición no se verifica por un acto de voluntad del que hasta entonces era propietario de la finca sino por un acto de autoridad y en el procedimiento no hay trámites especialmente previstos para que la autoridad pueda llegar a hacer en sustitución del propietario esta afirmación. Por todo ello en estos supuestos debe bastar la declaración de que el piso no está arrendado realizada por el nuevo propietario bien en las actuaciones judiciales, bien en acto posterior.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso planteado confirmando el auto apelado y la nota del Registrador.

Madrid, 5 de noviembre de 1993.—El Director general, *Julio Burdiel Hernández*.

Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

Comentario.—Según esta resolución es necesario hacer constar el estado arrendaticio en el procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria —por entender que la adjudicación es una venta pública—, si bien dado que es una transmisión forzosa no debe exigirse estrictamente que sea el transmitente el que haga esa declaración, pudiendo hacerla el nuevo propietario.

Reitera la doctrina de las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 19 y 20 de noviembre de 1987, las cuales afirmaron la necesidad de dicha notificación —o manifestación de la inexistencia de arrendatarios—, si bien admitiendo que pudiera hacer la manifestación el propio adquirente de la finca en el citado procedimiento judicial sumario.

Dichas resoluciones, dicho sea de paso —al igual que la que comentamos— se amparaban en una jurisprudencia basada en la purga de los arrendamientos contituidos con posterioridad a la hipoteca que se ejecuta, jurisprudencia sin embargo que hoy en día hay que considerar superada por otra jurisprudencia posterior, basada en que la ejecución de la hipoteca no conlleva la purga de los arrendamientos posteriores a la inscripción de la misma cuando se han concertado de buena fe.

Así la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 1991 —entre otras muchas— para la cual la hipoteca recae «sobre el dominio, perfectamente compatible con el arrendamiento (...), que no habrá de extinguirse máxime teniendo en cuenta la inexistencia de fraude, dolo o confabulación entre arrendador y arrendatario (...), de manera que la atribución dominical del inmueble hipotecado se hace al adjudicatario, la cual afecta a anotaciones e inscripciones posteriores a la hipoteca pero no a derechos personales que no han tenido acceso al Registro de la Propiedad».

Respecto a la existencia o no de los derechos de tanteo y retracto en favor del inquilino en las adjudicaciones derivadas de subasta judicial, las Resoluciones de 19 y 20 de noviembre de 1987 antes citadas, y la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de noviembre de 1993 que ahora comentamos, no sólo admiten que la manifestación de inexistencia de arrendatarios la haga el propio adquirente «que al estar en posesión de la finca está en condiciones de averiguar si el piso adquirido está o no ocupado por el arrendatario», sino que admiten además que tal manifestación se haga en las propias actuaciones judiciales, o bien ante Notario, o bien ante Registrador. E incluso afirman que «el Tribunal Supremo expresamente ha declarado que en el procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria procede el retracto arrendaticio porque no existe razón de orden legal o lógico para excluirlo, y porque la inclusión es conforme con el sentido de la Ley, de dar acceso al dominio al inquilino cuando haya cambio dominical por negocio jurídico mediante precio».

Se citan a este respecto las Sentencias del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 1959, 19 de febrero de 1968 y 23 de enero de 1971 —esta última relativa a un supuesto de subasta judicial de un inmueble en que se reconoce el derecho de retracto al inquilino—.

Sin embargo, existe jurisprudencia mucho más reciente que pone en tela de juicio este derecho del arrendatario, precisamente porque no se trata de un negocio jurídico propiamente, sino de una ejecución forzosa, y porque no está expresamente regulado en la Ley de Arrendamientos Urbanos, a diferencia del derecho de tanteo en favor del arrendador cuando se trata de traspaso de locales de negocios en que sí está expresamente regulado (art. 33 LAU).

Así podemos citar la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1993 que expresamente niega el derecho de tanteo y retracto al inquilino en los casos de adjudicación de vivienda en subasta judicial (por supuesto, lo niega también cuando de garajes se trata por estar excluidos en la LAU), por entender que «no existe un precepto paralelo al del artículo 33 de la Ley de Arrendamientos Urbanos (...)», lo que obviamente refleja la intención del legislador de no ser utilizable en estos supuestos de subastas el derecho de retracto arrendaticio, de manera que por su condición de forzosa o involuntaria y por sus especiales características no puede ser aplicable a estos supuestos lo prevenido en los artículos 47 y 48 de la misma Ley para las transmisiones voluntarias, cuya interpretación no puede hacerse extensiva a aquéllas».

Quede por tanto este comentario, como indicativo de una posible divergencia entre la jurisprudencia registral y la más reciente evolución de la jurisprudencia civil, tendente a la negación de la existencia de tanteo y retractos arrendaticios en las adjudicaciones de viviendas derivadas de subastas judiciales (con la consiguiente falta de necesidad de exigir la manifestación de inquilinos para inscribir el testimonio del auto de adjudicación).

FRANCISCO JAVIER GÓMEZ GÁLIGO

EN LAS POSTURAS A CALIDAD DE CEDER, NO ES NECESARIO EL OTORGAMIENTO DE ESCRITURA PUBLICA, SINO QUE BASTA EL TESTIMONIO JUDICIAL DEL AUTO DE ADJUDICACION, PARA LA INSCRIPCION A FAVOR DEL CESIONARIO DE LOS BIENES INMUEBLES ADJUDICADOS. LA LEY 10/1992 DE 30 DE ABRIL HA DEROGADO TACITAMENTE EL ARTICULO 224 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO. (RESOLUCIÓN DE 28 DE OCTUBRE DE 1993; BOE DE 29 DE NOVIEMBRE.)

Hechos.—I. El día 5 de julio de 1991, se dictó auto de adjudicación por el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Salamanca, en el que se adjudicaban tres fincas al «Banco de Castilla, Sociedad Anónima», y otra finca, una vivienda en la calle Alfonso III El Magno, número 2, 6.º B, de Zamora, se adjudicaba a favor de los cónyuges don Manuel Vidal Gutiérrez y doña Esther Antón Domínguez, en virtud de la cesión efectuada a favor de ellos por dicho Banco, por la cantidad de cinco millones de pesetas.

II. Presentado el anterior documento en el Registro de la Propiedad número 1 de los de Zamora, fue calificado con la siguiente nota: «Registro de la Propiedad número 1 de Zamora. Calificado el precedente documento se observan los siguientes defectos: 1.º El artículo 1.505 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no admite la «cualidad de ceder a tercero», y de conformidad con los artículos 244 del Reglamento Hipotecario y el artículo 1.514 de la citada Ley Procesal, es precisa la escritura pública si la adjudicación se hace a un tercero o al acreedor como licitante. 2.º En las adjudicaciones judiciales es necesario el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley de Arrendamientos

Urbanos, como es admitido en reiteradas resoluciones. 3.º Al adjudicarse al «Banco de Castilla, Sociedad Anónima», tres fincas distintas, que están inscritas independientemente o bajo número registral propio, y así se embargaron y valoraron en el procedimiento; es necesario que en la adjudicación se exprese el valor de cada una de las fincas; por ser necesario de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley Hipotecaria, y 51 de su Reglamento, y para hacer posible el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley de Arrendamientos Urbanos. Y siendo subsanable el primero de los defectos señalados se deniega la inscripción del presente documento.—Zamora, 2 de octubre de 1991.—El Registrador, José Martínez Ruiz»

III. Subsanados los defectos segundo y tercero de la citada nota de calificación, y presentando nuevamente el referido auto en el Registro de la Propiedad, junto con la primera copia de actas de notificación y requerimiento, fue objeto de la siguiente calificación: «Registro de la Propiedad número 1 de Zamora. Inscrito el precedente documento, en unión de las actas de notificación y requerimiento de fechas 6 de septiembre, 4 y 17 de octubre de 1991, números 2.115, 2.359 y 2.449 del protocolo del Notario de Zamora, don Antonio Hernández Rodríguez Calvo, y únicamente, en cuanto a las tres fincas que se adjudican a la parte actora o «Banco de Castilla, Sociedad Anónima», en los tomos, libros, folios, fincas e inscripciones que se consignan en los cajetines estampados al margen de las respectivas descripciones de los inmuebles.—Zamora, 15 de noviembre de 1991.—El Registrador, José Martínez Ruiz».

IV. El Procurador de los Tribunales don José María Marrero Pereda, en representación de «Banco de Castilla, Sociedad Anónima», interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: Que el defecto consignado por el Registrador en su nota, que es objeto de recurso, se trata en realidad de dos motivos que se deben analizar por separado. Que el primero de ellos, la imposibilidad de ceder a un tercero la adjudicación solicitada por el acreedor ante la ausencia de postores, de conformidad con lo establecido en el artículo 1.505 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Se considera que esta cuestión ha sido ya resuelta por el Tribunal Supremo en Sentencia de 18 de abril de 1987. Que no puede inferirse que si no existen postores y el ejecutante debe acudir al derecho de adjudicación en pago que su favor contempla el artículo 1.505 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, esta condición de adjudicatario sea de peor condición que la de rematante, y se le permita ceder el remate, y, sin embargo, no se le permita ceder la adjudicación. El procedimiento de apremio tiene por finalidad que el ejecutante se resarza de su crédito, y es el interés del mismo el que la Ley protege, siempre que no contravenga el derecho del deudor a obtener el mayor precio posible de la subasta de sus bienes. Que la adjudicación solicitada por la parte ejecutante en cinco millones de pesetas es muy superior a la que exige el artículo 1.505 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Por tanto, ningún perjuicio cabe invocar en este caso ni al deudor ni a tercera persona, por lo que se puede aplicar la sentencia del Tribunal Supremo que se ha invocado. Que el segundo de los argumentos que esgrime el Registrador, se refiere al artículo 244 del Reglamento Hipotecario que se considera citado por error, y debe referirse al artículo 224 de dicho Reglamento. Que lo que el citado precepto distingue es la venta en pública subasta, bien a un tercero o al ejecutante como mejor postor de lo que es la pura o simple adjudicación en pago a cuenta del crédito, que debe inferirse como posibilidad del artículo 1.505 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y sus concordantes. Que bajo ningún concepto podemos estar en un caso de venta en pública subasta, cuando ésta

se ha celebrado sin licitaciones, y lo que ha hecho el ejecutante es solicitar del Juzgado la adjudicación en pago de su crédito, de conformidad con el derecho que le asiste, prevenido en el artículo 1.505 antes citado. En este supuesto no tiene ningún sentido instrumentar una escritura de venta, que no ha existido, ni el deudor o ejecutado puede suscribir tal documento de venta ante un Notario pues se trata de una pura y simple decisión judicial de adjudicación en pago, de naturaleza jurídica totalmente distinta, que es lo que motiva que el artículo 224 prevea la inscripción de la adjudicación en pago del bien, por medio del auto de adjudicación en que el Juez ordena la misma. Que si anteriormente se ha decidido que esta adjudicación puede cederse a un tercero, se ha de entender que dicha cesión no altera ni transforma el carácter de adjudicación en pago con la que el acreedor ha solicitado la adjudicación del bien y lo ha decidido el Juez, considerándose ésta como una incidencia más del procedimiento, a verificar ante el mismo Juzgado, y con carácter previo o simultáneo al pago, la cual queda fuera del ámbito de la fe pública notarial. Así lo ha declarado la Dirección General, refiriéndose al procedimiento judicial sumario hipotecario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, en Resolución de 25 de abril de 1989. Que la cesión de la adjudicación en pago a favor de un tercero no convierte a éste en comprador de la ficha subastada, sino que le coloca en el mismo lugar que el ejecutante merced a la sustitución en su lugar que supone la cesión de la adjudicación, como incidencia judicial, fuera de la fe notarial. Que los términos del artículo 224 del Reglamento Hipotecario están previstos para el supuesto de la adjudicación o venta en pública subasta, cuya naturaleza jurídica se asimila a la compraventa forzosa, pero no pueden extenderse a los supuestos de adjudicación en pago de la deuda, se ceda o no esta adjudicación a un tercero, por las razones que se infieren del propio precepto en su primer párrafo, pues no es dable que el ejecutado suscriba una escritura de compraventa judicial o, en su defecto, el Juez, según el artículo 1.514 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuando la autoridad judicial lo que ha decidido es adjudicar el bien al ejecutante en pago de su crédito. Que suscribir ahora una escritura de venta en favor del tercero adjudicatario por parte del señor Juez, provocaría la existencia de dos actos judiciales contradictorios, ya que ningún precepto habla de escritura de adjudicación, sino de escritura de venta. Que se considera que el auto es perfectamente inscribible, y que son los criterios de flexibilidad y adaptación a la realidad existente, los que deben prevalecer por encima de disquisiciones puramente formales.

V El Registrador de la Propiedad, en defensa de su nota, informó: 1. Que el artículo 1.505 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 1987, no admiten la calidad de ceder a tercero. Que no se puede admitir que la jurisprudencia ha resuelto el problema. El artículo 1.499, párrafo tercero, de la Ley de Enjuiciamiento Civil admite las posturas en calidad de ceder a tercero; pero en el caso del artículo 1.505 no existen posturas y, por tanto, no se puede admitir la calidad de ceder a tercero. Si el ejecutante quiere ceder a tercero, tendrá que tomar parte en la subasta y, entonces, además del beneficio que le concede el artículo 1.501 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, podrá ceder a tercero. Que no se puede admitir que se afirme que el actor como adjudicatario está en peor condición que como rematante. Que no puede haber analogía entre el artículo 1.505 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y el 228 del Reglamento Hipotecario, pues se trata de dos artículos que se refieren a dos procedimientos totalmente distintos. El Procedimiento Judicial Sumario y el Juicio Ejecutivo. Que el recurrente alegó que

no existe perjuicio para nadie, pero al saltarse una transmisión se ha escamoteado a Hacienda el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales correspondiente. 2. Que el artículo 224 del Reglamento Hipotecario es clarísimo, la adjudicación al acreedor en pago de crédito, se inscribe por el testimonio del auto de adjudicación, en todos los demás casos es necesaria escritura pública, y esto está confirmado en las Resoluciones de 23 de septiembre de 1967 y 15 de julio de 1991, entre otras. Que el artículo 1.514 de la Ley de Enjuiciamiento Civil es claro y terminante: Es necesaria la escritura pública. Que la exigencia de la escritura pública es la aplicación al caso de la norma general del principio de tracto sucesivo, recogido en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria. Que siempre que exista un tercero es necesaria la escritura pública por imperativo del artículo anterior y del 224 del Reglamento, y 1.514 de la Ley citados. Que los criterios que deben predominar para la calificación registral son los de la Ley y la Jurisprudencia y no los criterios de flexibilidad y adaptación.

VI. El Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Salamanca, informó: Que el artículo 1.499 de la Ley de Enjuiciamiento Civil reconoce la posibilidad de tomar parte en la subasta con la calidad de ceder a un tercero, derecho de cesión que en la práctica judicial ha venido a extenderse por analogía a las situaciones jurídicas previstas en el artículo 1.505 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, admitiéndose por el Tribunal Supremo esta práctica judicial derivada de una interpretación analógica de la norma que facilita, sin perjuicio para nadie, la labor derivada de la ejecución forzosa sin trabas documentales que no ofrecen más garantías que las derivadas de la actuación judicial. Que el Registrador interpreta el artículo 244 del Reglamento Hipotecario de forma analógica para denegar la inscripción del auto de adjudicación, y exige la presencia de una escritura pública de venta, cuando no ha existido dicha venta, sino la cesión de la adjudicación admitida para el acto de la subasta, luego esa interpretación analógica no debe estimarse al ser una norma restrictiva de derechos. Que, por todo ello, debe revocarse la calificación del Registrador, ordenando que se practique la inscripción solicitada en base al testimonio del auto de adjudicación librado por este Juzgado.

VII. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León confirmó la nota del Registrador fundándose en los artículos 100 y 224 del Reglamento Hipotecario. Resoluciones de 2 de julio de 1950, 31 de diciembre de 1981, 23 de noviembre de 1983, 24 de agosto de 1984 y 13 de febrero de 1992, y en que no puede aplicarse por analogía lo preceptuado en los artículos 1.499 y 1.514 al supuesto prevenido en el artículo 1.505 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, puesto que falta el sustrato fundamental de la analogía, la igualdad jurídica esencial entre el negocio jurídico que integra la adjudicación de bienes en pago de crédito y la venta en pública subasta.

VIII. El Procurador recurrente apeló el auto presidencial, manteniéndose en sus alegaciones, y añadió: 1.º Que según los razonamientos jurídicos del escrito, el Registrador de la Propiedad no puede entrar a discutir si el remate producido en un procedimiento ejecutivo, en virtud de un auto de adjudicación dictado en favor del acreedor, puede ser o no objeto de cesión, pues así lo han decidido los Tribunales de forma afirmativa. En este punto hay que citar la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 1987 y Resolución de 25 de abril de 1989. Que se considera que, en este caso, la cesión es de la transmisión de propiedad forzosa que es el remate producido en un procedimiento ejecutivo, bien sea por la venta forzosa en pública subasta, o bien sea por la decisión del Juez o Tribunal de hacer pago al acreedor con el bien subastado.

Que el artículo 1.514 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, decide que es título bastante para la inscripción, el auto de adjudicación dictado en un procedimiento ejecutivo, cualquiera que sea el origen de dicha adjudicación, suprimiendo así el trámite innecesario de una escritura de venta notarial. 2.º Que, en definitiva, si cedible procesalmente es la propiedad adquirida por compraventa, es igualmente cedible aquella que el acreedor obtiene por su solicitud de adjudicación en pago, y es más, resulta de la actual redacción del artículo 1.499 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que es sólo el ejecutante el que puede llevar a efecto dicha cesión con exclusión de terceros. Si el ejecutante tiene la facultad que le concede el artículo 1.501 de dicha Ley, no hay razón alguna para ceder el remate del bien subastado que provenga de la solicitud de adjudicación en caso de ausencia de postores, según previene el artículo 1.505, ya que lo contrario supondría una discriminación que perjudicaría al acreedor sin motivo ni razón de ninguna clase.

Fundamentos de Derecho.—Vistos el artículo 117 de la Constitución; 2 y 17 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; 1.499, 1.505, 1.514, 1.515 y 1.519 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; 2, 3 y 131 de la Ley Hipotecaria, 100, 224 y 228 del Reglamento Hipotecario; Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de abril de 1989, y Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal

1. Como antecedentes básicos para un debido enjuiciamiento de la cuestión planteada en el presente recurso merecen destacarse los siguientes: a) En el juicio ejecutivo, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 en Salamanca, se dictó Auto de fecha 5 de julio de 1991 en el que consta que el acreedor-ejecutante solicitó, al amparo de lo dispuesto en el artículo 1.505 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y al quedar sin efectos las dos subastas celebradas por falta de licitadores, la adjudicación de los bienes que se reseñan en el propio auto, con la cualidad de ceder a un tercero; b) El Juzgado en su fundamentación jurídica y conforme con el citado precepto de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación y por analogía a lo establecido en el artículo 228 del Reglamento Hipotecario declara procedente aprobar a favor de un tercero la adjudicación de la vivienda reseñada en los hechos, consignándolo expresamente en la parte dispositiva de la resolución, c) Presentado el citado auto en el Registro de la Propiedad número 1 de Zamora se denegó la inscripción del documento —por lo que se refiere a la finca de que se trata en este recurso— por el defecto insubsanable siguiente. «El artículo 1.505 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no admite la cualidad de ceder a tercero; y de conformidad con los artículos 244 (debe decir 224) del Reglamento Hipotecario y el artículo 1.514 de la citada Ley procesal, es precisa la escritura pública si la adjudicación se hace a un tercero o al acreedor como licitante».

2. Tratando este recurso gubernativo la problemática de una resolución judicial cuya inscripción en el Registro se deniega, resulta necesario precisar con carácter previo, que el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes (arts. 117 de la Constitución y 2.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) e impone a todas las autoridades y funcionarios, por lo tanto también a los Registradores de la Propiedad, el respeto y cumplimiento de las resoluciones judiciales que hayan ganado firmeza (art. 172 de la propia Ley Orgánica del Poder Judicial) Ello impide, por consiguiente, dilucidar acerca de la cuestión que se viene planteando en el curso procedimental de esta vía gubernativa sobre la posibilidad

jurídica de que el acreedor no licitador, en un procedimiento de apremio ordinario, pueda pedir la adjudicación de bienes con cualidad de ceder a terceros; y menos aún enjuiciar la resolución judicial que así lo acuerde. Ello entrañaría una injerencia en la esfera jurisdiccional que está vedada no sólo para el Registrador sino también para el devenir de este recurso gubernativo dada la necesaria delimitación de su objeto; y todo ello sin menoscabo de la tutela jurídica de los interesados en el proceso los cuales pueden instar sus pretensiones ante la jurisdicción que corresponda.

3. No obstante lo anterior, las resoluciones judiciales como la que nos ocupa, tienen acceso al Registro de la Propiedad (arts. 2 y 3 de la Ley Hipotecaria) al objeto de alcanzar la plenitud de los efectos dimanantes del sistema registral, lo que supone que el Registrador debe realizar su calificación si bien constreñida a los términos del artículo 100 del Reglamento Hipotecario, es decir, limitada a la competencia del Juzgado o Tribunal, a la congruencia del mandato con el procedimiento o juicio en que se hubiere dictado, a las formalidades extrínsecas del documento presentado y a los obstáculos que surjan del Registro. Por ello la ejecutoria en virtud de la cual se adjudica un bien inmueble es susceptible de calificación desde el punto de vista formal, pudiéndose analizar, sin intromisión alguna en su fundamentación jurídica, si a efectos registrales necesita completarse por previa determinación legal, con un acto posterior como es el otorgamiento de una escritura pública.

4. Con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 10/1992, de 30 de abril, sobre Medidas Urgentes de Reforma Procesal, es decir, con la normativa vigente al tiempo de la calificación recogida en la nota del Registro, dos eran los posibles criterios acerca de la exigencia de otorgamiento de escritura pública para que la mutación jurídica operada por el auto de adjudicación de un inmueble a un tercero, por cesión del ejecutante, dictado en vía de procedimiento de apremio ordinario, fuese inscribible.

El primero de ellos, de carácter afirmativo, tenía su base en los artículos 1.514 y 1.515 de la Ley de Enjuiciamiento Civil —encuadrados en su título XV relativo al juicio ejecutivo— que hacían referencia expresa a la escritura pública a otorgar por el deudor a favor del comprador, o, en su defecto, por el Juez, y en el artículo 224 del Reglamento Hipotecario que matizando el rigorismo del citado artículo 1.514 de la Ley de Enjuiciamiento, exige, en el procedimiento ejecutivo ordinario, la escritura pública si la adjudicación se hace a un tercero o al acreedor como mejor postor, siendo sólo viable el testimonio del auto cuando se adjudican al acreedor en pago de un crédito la finca o fincas hipotecadas. De signo contrario, es el segundo de los criterios apuntados que considera aplicables por vía de analogía, al existir identidad de razón, las normas correspondientes del procedimiento judicial sumario de la Ley Hipotecaria y en concreto la regla 17 del artículo 131 en virtud de la cual y según tiene declarado esta Dirección General (Resolución de 25 de abril de 1989) es título suficiente para la registración del cambio de titularidad dominical, en el citado procedimiento judicial sumario, el testimonio del auto de adjudicación cualesquiera que fuesen las vicisitudes que por tener virtualidad jurídica se hayan operado en dicho procedimiento como, *ad exemplum*, adjudicación al acreedor en pago de su crédito por falta de postores o al acreedor como mejor postor.

Con la promulgación de la ya citada Ley 10/1992, esa disparidad de criterios interpretativos que se venía produciendo ha quedado desvanecida por cuanto dicha Ley, haciendo suyo el espíritu y finalidad del segundo de los

criterios expuestos y al objeto de adaptar los correspondientes preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria, ha dado nueva y completa redacción al artículo 1.514 disponiendo que «será título bastante para la inscripción en el Registro de la Propiedad el testimonio expedido por el Secretario con el visto bueno del Juez, comprensivo del auto de aprobación del remate y en el que se exprese que se ha consignado el precio así como las demás circunstancias necesarias para la inscripción con arreglo a la legislación hipotecaria». Este precepto que es aplicable al supuesto objeto del recurso en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.519 (adjudicación al ejecutante), en relación con el 1.499 (adjudicación al ejecutante con calidad de ceder a tercero) —ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su nueva redacción—, no hace mención alguna a la exigencia de escritura pública, por lo que resulta forzoso concluir que el acto de adjudicación de un inmueble —dictado en procedimiento de apremio ordinario— a favor del cesionario, cuando el ejecutante cedente ha realizado reserva o postura en calidad de ceder a tercero —único supuesto ahora admitido en la reforma procesal— tiene acceso al Registro de la Propiedad sin necesidad de complementarse con el otorgamiento de escritura pública, lo que necesariamente conlleva la derogación —por contravenir lo actualmente preceptuado— del artículo 224 del Reglamento Hipotecario.

5. Esta nueva normativa, implantada por la Ley 10/1992, de 30 de abril, y que entró en vigor el día 6 de mayo siguiente, es aplicable en el actual momento procesal del recurso gubernativo dado que los preceptos que se contemplan en el presente caso no son procedimentales *stricto sensu* y en especial, la norma contenida en el artículo 1.514 reviste carácter registral para cuya aplicación y efectos nada obsta el régimen transitorio de la propia Ley. Por otra parte, y a mayor abundamiento, la regulación actualmente en vigor ha venido a consagrar el criterio opuesto al de la nota calificadora y que podía haberse sustentado con una sistemática interpretación acorde con el espíritu y finalidad de las normas en vigor a la fecha de la nota calificadora.

Por todo ello, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso interpuesto y revocar el auto apelado y la nota del Registrador.

Madrid, 28 de octubre de 1993.—El Director general, *Julio Burdiel Hernández*.

Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León.

Comentario.—Aclara esta resolución una cuestión que no había quedado clara, tras la reforma del artículo 1.514 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por Ley de 30 de abril de 1992, que consideró como título suficiente, a los efectos de la inscripción en el Registro de la Propiedad de las adjudicaciones derivadas de juicios ejecutivos, el testimonio del auto de aprobación del remate, sin necesidad de escritura pública.

Según esta resolución en las posturas a calidad de ceder, tampoco es necesario el otorgamiento de escritura pública, sino que basta el testimonio judicial del auto de adjudicación, para la inscripción a favor del cesionario de los bienes inmuebles adjudicados.

Con ello se interpreta que la Ley 10/1992 de 30 de abril ha derogado tácitamente el artículo 224 del Reglamento Hipotecario.

Incluso considera que tal reforma es aplicable —en su dimensión registral— a supuestos iniciados antes de la misma, por considerar que las disposiciones transitorias de la reforma se refieren a trámites procedimentales es-

strictu sensu, carácter que no tendría la formalización de la adjudicación, lo cual es ciertamente discutible en base al aforismo —utilizado por la propia Dirección General de los Registros y del Notariado en la resolución que comentamos— de que «donde la Ley no distingue no cabe distinguir» (cfr. disposición transitoria 1.^a), máxime teniendo en cuenta la derogación tácita antes aludida de un precepto del Reglamento Hipotecario

FRANCISCO JAVIER GÓMEZ GÁLIGO

**NO ES NECESARIO ACREDITAR LA CONDICION DE EMPRESARIOS POR
LOS CONSTITUYENTES DE UNA AGRUPACION DE INTERES ECONOMI-
CO. (RESOLUCIÓN DE 24 DE MAYO DE 1993, BOE DE 23 DE JUNIO.)**

Hechos.—I. El día 24 de abril de 1992, mediante escritura pública otorgada ante el Notario de Barcelona don Joaquín Albi García, se constituyó la Agrupación de interés económico «Serca, Autorrecambios, Agrupación de Interés Económico». En la citada escritura se dice que comparecen, entre otros, don José María Hernández, como titular de un negocio cuya actividad, a los efectos del Impuesto sobre Actividades Económicas, es «comercio al menor de accesorios y recambios de vehículos»; don Jesús Cantillón, como titular de un negocio cuya actividad, a efectos del IAE, es «comercio al mayor de vehículos y sus accesorios»; don Angel Luis Lomillo, como titular de un negocio cuya actividad, a efectos del IAE, es «comercio al mayor de vehículos y sus accesorios»; don José Parrot, como titular de un negocio cuya actividad, a efectos del IAE, es «venta al menor de recambios de automóviles»; don Carlos Claramunt, como titular de un negocio cuya titularidad, a efectos del IAE, es «comercio al mayor de accesorios y recambios de automóviles»; don Frutos Juez, representado por don Pablo Juez, como titular de un negocio cuyo objeto, a efectos del IAE, es «comercio al menor de accesorios y recambios de vehículos», y don Manuel Díaz, como titular de un negocio que, a efectos del IAE, se dedica a la «venta de recambios y accesorios de automóvil», todos ellos intervienen en su propio nombre y derecho. Comparece, también, don José Nacenta, interviniendo en su propio nombre y derecho y, además, en nombre y representación de doña Ana María Nacenta y doña María del Rosario Nacenta, manifestando ser «todos ellos los únicos miembros de la sociedad civil particular "Recambios José María Nacenta, S.C.P.", siendo su objeto social la explotación de una tienda de venta al por mayor de accesorios para el automóvil», haciendo constar su número de CIF. En la escritura de poder incorporada, otorgada el 23 de abril de 1992, ante el Notario de Barcelona don Ignacio Manrique, comparecen don José María, doña Ana y doña María del Rosario Nacenta, declarando que son los únicos socios de la sociedad civil particular que tienen constituida mediante contrato privado de fecha 1 de abril de 1984 y que «las dos primeras en su propio nombre, y los tres juntos en nombre de la sociedad, dan y confieren poder especial () para que, en nombre y representación de los poderdantes, pueda constituir la Agrupación de interés económico». Otra de las comparecencias es la de don Miguel Angel Sánchez Escalonilla, interviniendo, además de por sí, en nombre y representación de doña María Esperanza Hidalgo, don Luis Hidalgo, doña Benedicta Jiménez, don Amador de la Rosa, doña María Luisa Hidalgo y doña María del Valle Hidalgo, manifestando ser «todos ellos los únicos miembros de la sociedad

civil particular "Electro Repuestos Hidalgo", con objeto social «comercio y respuestos del automóvil e industria», haciendo constar su número de NIF. En la escritura de poder incorporada, otorgada el 14 de abril de 1992, ante el Notario de Toledo don Vicente de Prada, comparecen doña Benedicta Jiménez, don Amador de la Rosa, doña María Luisa Hidalgo y doña Esperanza Hidalgo, interviniendo «todos ellos en su propio nombre y derechos como miembros que son de la sociedad civil», compareciendo, además, don Amador de la Rosa, como mandatario verbal de doña María del Valle Hidalgo, don Luis Hidalgo y don Miguel Ángel Sánchez Escalonilla, confirmando poder a este último para que «en nombre y representación de todos los poderdantes y de la sociedad civil (...) pueda constituir en nombre y representación una Agrupación de interés económico». En las diligencias de ratificación de los verbalmente representados se expresa que intervienen «en su propio nombre y derecho, como miembros que también son de la sociedad civil» y que «se adhieren a la presente escritura, confirmando poder igualmente a D. M. A. Sánchez para que, en nombre y representación de la sociedad civil "Electro Respuestos Hidalgo", pueda ejercitar las facultades que se han transcrito antes en esta escritura». En la intervención de don Amador Oller se hace constar que actúa, además de por sí, en nombre y representación de don Miguel y doña María Angeles Oller, «todos ellos los únicos integrantes de la sociedad civil particular "Recambios Oller, S.C.P."», con CIF (...), cuyo objeto es la «explotación del comercio al menor de accesorios y piezas de recambios de vehículos». Se incorpora escritura de poder otorgada el 21 de abril de 1992 ante el Notario de la Roca del Vallés don José Luis Criado Barragán, en la que comparecen don Miguel y doña María Angeles Oller y confieren poder a favor de don Amador Oller para que «en nombre y representación de los poderdantes pueda constituir la Agrupación de interés económico». Intervienen también don Ramón Sanz, además de por sí, en nombre y representación de doña Consuelo San Juan, constando en la escritura que «ambos son todos y los únicos miembros de la Comunidad de Bienes "Respuestos Sanz Comunidad de Bienes" (...), su objeto social es la explotación de un negocio de venta al mayor de accesorios de automóviles», constando su NIF. Se incorpora poder otorgado ante el Notario de Ibiza don José Cerdá Gimeno, en la que doña Consuelo otorga poder a favor de don Ramón Sanz para que, en nombre y representación de la poderdante, pueda constituir la Agrupación de interés económico.

En los estatutos de dicha sociedad se establece: «Artículo quinto. Socios de la Agrupación. Podrán ser miembros de esta Agrupación de Interés Económico quienes sean empresarios del ramo de la automoción y tengan domiciliada su empresa dentro del territorio español. Cuando la titularidad de la empresa, con un único número o código de identificación fiscal, corresponda conjuntamente a varias personas físicas, bajo las formas de comunidad de bienes o sociedad civil particular, todas ellas ingresarán en la Agrupación como socios de la misma; pero serán consideradas como un único miembro a efectos meramente internos, tales como aportaciones, voto, cuota de liquidación y cualquier otro semejante» «Artículo sexto. Admisión de nuevos socios. La admisión será acordada por la Asamblea general. El nuevo asociado deberá abonar una cuota de ingreso equivalente al haber líquido de la sociedad según el último balance, dividido por el número de empresas asociadas con anterioridad. Y, como mínimo, una cantidad equivalente a la cuota inicial aportada por cada una de las empresas otorgantes de la escritura fundacional, que se fija en 87.750 pesetas. Para la inscripción en el Registro Mercantil se otorgará

la correspondiente escritura pública, en la que se incrementará la cifra de capital social en una cantidad equivalente a la cuota inicial aportada por cada empresa fundadora de la Agrupación». «Artículo noveno. Cuando la totalidad de los miembros de una comunidad de bienes o de una sociedad civil particular, que sean miembros de la Agrupación, constituyan exclusivamente entre ellos una sociedad mercantil con objeto de continuar la misma empresa, la nueva entidad será considerada cesionaria de los derechos que, en la Agrupación, pertenecían a sus socios». «Artículo décimo. Pérdida de las condiciones requeridas para ser socio. Además de la separación y de la exclusión, son causas de pérdida de la condición de socio, desde el momento en que se produzcan: d) La declaración de quiebra o de suspensión de pagos cuando, en este caso, se declare insolvencia definitiva». «Artículo decimotercero. Obligaciones de los socios (.) En especial están obligados: c) A conducirse con lealtad comercial y abstención de competencia desleal respecto de la Agrupación y de sus socios. A efectos de estos deberes, la Asamblea general podrá establecer un Reglamento de Régimen Interno. A tenor del mismo, todo socio podrá ser sancionado por el Consejo de Administración en los siguientes supuestos (...). c) El impago de sanciones, que será nuevamente sancionado (...). «Artículo undécimo. Efectos de la pérdida de la condición de socio. Cuando un socio deje de pertenecer a la Agrupación por causa distinta de la cesión a que se refiere el artículo noveno el valor de los derechos que les corresponden o de las obligaciones que la incumben, se determinará teniendo en cuenta el patrimonio de la Agrupación, según el último balance aprobado y no podrá ser fijado a tanto alzado de forma anticipada» «Artículo decimoquinto. Competencia. La reunión de los socios (denominada en estos Estatutos Asamblea general podrá adoptar toda clase de acuerdos con el fin de realizar el objeto de la Agrupación. Los mismos acuerdos podrán adoptarse por correspondencia o por cualquier otro medio escrito que permita tener constancia escrita de la consulta y el voto emitido por los socios: siempre que en estos Estatutos se haga referencia a Asamblea general como órgano competente para adoptar algún acuerdo, se entenderá establecida la posibilidad de que el acuerdo se adopta por correspondencia. Corresponde a la Asamblea la adopción por unanimidad de los acuerdos que se refieran a las materias siguientes: a) Modificación del objeto de la Agrupación. b) Modificación del número de votos atribuido a cada socio. c) Modificación de los requisitos para la adopción de acuerdos. d) Modificación de la cuota de contribución de cada uno de los socios o de alguno de ellos a la financiación de la Agrupación. e) Admisión y exclusión de socios. Los restantes acuerdos deberán adoptarse por mayoría de dos terceras partes de todos los votos posibles en la Agrupación». «Artículo decimosexto. Derecho de voto. Cada empresa miembro de la Agrupación tendrá un voto. Cuando la empresa pertenezca a varias personas físicas, deberán designar, por unanimidad, a una de ellas para que emita el voto, entendiéndose mientras alguna de esas personas no comunique su oposición al Consejo de Administración que la designada lo es con carácter permanente».

Por último, el otorgamiento cuarto de la escritura contiene el nombramiento de Gerente por acuerdo de los socios fundadores y del Consejo de Administración.

II Presentada la anterior escritura en el Registro Mercantil de Barcelona fue calificada con la siguiente nota: «Presentado el documento que antecede, según el asiento 1148 del Diario 556, se observan los siguientes defectos. 1.º Es preciso acreditar la inscripción en el Registro Mercantil de Tarragona de

don Agustín García Torres como administrador de “Recambios Airerag, Sociedad Anónima” 2.º No se acredita la condición de empresarios de los comparecientes “titulares de un negocio individual” (art. 4.º de la Ley 12/1991, de 29 de abril, de Agrupaciones de Interés Económico). 3.º No resultar, con claridad, el concepto en que intervienen don José María Nacenta, doña María y doña María del Rosario Nacenta, todos ellos únicos miembros de una pretendida “sociedad civil particular”, ya que el poder otorgado lo es en su propio nombre y derecho y, los tres juntos, en nombre de la sociedad” (art. 58.2 del Reglamento del Registro Mercantil). Del mismo defecto adolecen las intervenciones de don Miguel Angel Escalonilla, doña María Esperanza y don Luis Hidalgo, doña Benedicta Jiménez, don Amador de la Rosa y doña María Luisa y doña María del Valle Hidalgo, ya que el poder otorgado lo es en su cualidad de miembros de la supuesta “sociedad civil” Electro Repuestos Hidalgo, “en nombre y representación de todos y cada uno de los poderdantes y de la sociedad civil” mencionada, no coincidiendo, además, con las ratificaciones de dicho poder en las que consta que lo es “en nombre y representación de la sociedad civil”. Idéntico defecto se repite en las intervenciones de don Amador, don Miguel y doña María Angeles Oller, únicos integrantes de la sociedad civil particular “Recambios Oller, S.C.P.”, cuando el poder lo es exclusivamente para actuar “en nombre y representación de los poderdantes” 4.º De comparecer todos los dichos señores en su propio nombre, atribuyéndoles como personas físicas la condición de miembros de la Agrupación que se constituye, se observa el defecto de: No constar acreditada su cualidad de empresarios, ni poder ésta resultar de su condición de socios de una “sociedad civil particular” (art. 4.º de la Ley 12/1991) 5.º De comparecer en nombre de las pretendidas “Sociedades civiles” —siendo a éstas a las que se pretende atribuir la condición de miembros de la Agrupación—, dado el objeto mercantil de aquéllas, resultan ser sociedades mercantiles irregulares, careciendo de plena personalidad jurídica y siendo precisa su regularización para admitir su actuación en la constitución de la Agrupación de interés económico (arts. 4.º de la Ley 12/1991, 2.º, 116, 117, 118 y 119 y 129 del Código de Comercio, RDGRN de 28 de junio de 1985 y 25 de abril de 1991). 6.º No resulta con claridad el concepto en que intervienen don Ramón Sanz y doña Consuelo San Juan, manifestando ser miembros de una “comunidad de bienes” cuyo “objeto social” es mercantil. De comparecer en su propio nombre, no consta acreditada la cualidad de empresarios necesaria para ser miembros de una Agrupación de interés económico, ni puede éste resultar de su condición de “miembros de una comunidad de bienes” (arts. 4.º de la Ley 12/1991, 58 del RRM). De comparecer en nombre de aquella comunidad, dado que la misma carece de personalidad jurídica, se deriva la imposibilidad de ser sujeto de una Agrupación (art. 4.º de la Ley 12/1991). 7.º Artículo quinto de los Estatutos. La regulación establecida vulnera lo dispuesto en los artículos 8.2.3, 8.1.3, 10.2 b), 16 de la Ley 12/1991. De otro lado, no cabe admitir el ejercicio del comercio (empresa) por “comunidades de bienes”, o “sociedades civiles particulares”, que constituirían auténticas sociedades mercantiles irregulares; ni cabe tampoco admitir la atribución de la cualidad de empresario a la persona física por la condición de miembros de aquéllos. 8.º Artículo sexto. No cabe hablar de “empresas otorgantes” y “empresas fundadoras”, ya que la empresa es objeto, pero no sujeto de derecho 9.º Artículo noveno. Incurrir en el mismo defecto señalado en séptimo lugar. 10. Artículo 10.d). Contrario al artículo 16 de la Ley 12/1991, que determina la pérdida de la condición de socio caso de suspensión de

pagos, sin distinguir entre insolvencia provisional y definitiva 11. Artículo 13. No quedan determinadas las sanciones (pena convencional) que el Consejo puede imponer caso de que los socios incumplan las obligaciones establecidas. 12 Artículo 11. No cabe la regulación en relación con los supuestos del artículo noveno, calificado como defectuoso (defecto noveno). 13. Artículo 15. Es preciso también el acuerdo unánime para la transmisión del interés o cuota de un socio (arts. 16.2.1.º de la Ley 12/1991, 143 del Código de Comercio, 231 RRM). 14. Artículo 16. Incurrir en el mismo defecto señalado en el octavo lugar. De otro lado, no cabe la regulación establecida que parte de lo dispuesto en el artículo 5.º, calificado como defectuoso (véase defecto señalado en séptimo lugar). 15 No se determinan las facultades que, como apoderado, se otorga al Gerente nombrado. 16. Parece existir omisión en la redacción del artículo 6.º Siendo los defectos señalados en 3.º, 5.º, 6.º, 7.º, 8.º, 9.º, 10, 11, 12, 13, 14 y 15 lugar, no se practica anotación preventiva que tampoco se ha solicitado.—Barcelona, 23 de junio de 1992 —La Registradora Mercantil, Juana Cuadrado Cenxual»

III. El Notario autorizante del documento interpuso recurso de reforma contra la anterior calificación, exceptuando el primer defecto, y alegó: Que en cuanto a los fundamentos de Derecho, cita los artículos 14 de la Constitución española, 1.º del Código de Comercio, el capítulo IV, sección 2.ª, del Reglamento del Registro Mercantil, artículo 93 del citado Reglamento y los mismos preceptos citados en la calificación, más los artículos 26 y disposiciones adicionales 1.ª y 2.ª de la Ley 12/1991, de 29 de abril. Que el primer defecto es evidente que los interesados tienen que subsanarlo si quieren obtener la inscripción. Que en cuanto al segundo defecto, el artículo 4.º de la Ley 12/1991, citado en la calificación, no exige requisitos especiales de la acreditación de la condición de personas físicas que desempeñe actividades empresariales para la inscripción de la Agrupación en el Registro Mercantil, ni hay precepto alguno en el Reglamento de dicho Registro que lo exija. La inscripción del empresario individual, a excepción del naviero, no es obligatoria. El artículo 93 del Reglamento del Registro Mercantil establece como título para practicar la inscripción del empresario individual la declaración del mismo, y no se ve la razón para que tal declaración no sea suficiente para la constitución de la Agrupación de interés económico, y cualquier otro requisito que se exija para la inscripción del empresario individual serán en calidad de tales. Que al no citarse ningún otro precepto en la calificación, la subsanación es problemática. Que con referencia al tercer defecto, la escritura en el apartado relativo a la intervención no deja lugar a dudas. Todos los representantes intervienen en nombre y representación de las personas que dicen representar. Cuando se dice que las personas físicas representadas son miembros de determinadas sociedades civiles, se deja constancia de una situación patrimonial. Que en cuanto a las representaciones en que intervienen don Miguel Angel Sánchez-Escalonilla Arellano, no cabe duda en los términos en que está redactada la escritura de apoderamiento; las diligencias de ratificación recogen el otorgamiento de las respectivas adhesiones a la escritura ratificada, sin limitación de ninguna clase. Que en cuanto al defecto cuarto, hay que señalar que la igualdad ante la Ley (art. 14 de la Constitución), que exige la misma posibilidad práctica, siempre que no se incurra en ilicitud, para que formen parte de agrupaciones de interés económico los pequeños comerciantes o las grandes sociedades, pide una interpretación de la Ley 12/1991 lo suficientemente flexible y no restrictiva como para permitir que gocen de las ventajas que se esperan del sistema

quienes en titularidad colectiva de una empresa modesta ejercen lícitamente el comercio sin estar acogidos a alguno de los tipos de sociedad mercantil. Ningún precepto establece que la no adopción de alguno de los tipos mercantiles de sociedad haga ilícito el comercio por quienes sean cotitulares de un conjunto de bienes materiales e inmateriales constitutivos de una empresa. En el caso de las sociedades civiles con objeto mercantil no se alcanzará la personalidad jurídica, pero no puede desconocerse que por pacto expreso existe una situación de cotitularidad de diversas personas físicas que realizan una actividad constitutiva de empresa, a las que se imputan las consecuencias de esa actividad. Estas conclusiones están en la línea de la doctrina científica que se va imponiendo y que empieza a ser aceptada por la jurisprudencia y por el legislador. Por ello, se hace constar en la escritura la condición de miembros de una sociedad civil de las personas a que se refiere la calificación en los defectos señalados bajo los números 3 y 4, todas personas físicas, que otorgan la escritura por sí o por sus representantes, a título personal, como miembros cada uno de ellos de la Agrupación constituida. Que en lo referente a los defectos quinto y sexto, hay que alegar lo argumentado anteriormente. En cuanto al defecto séptimo, el artículo quinto de los Estatutos distingue con toda claridad entre titularidad de la empresa y la empresa misma, y por lo que respecta a los defectos atribuidos a dicho precepto de los Estatutos, el artículo 8.2 3.º de la Ley 12/1991 emplea un plural que indica la posibilidad de que se regule el derecho de voto de acuerdo con la realidad de cada Agrupación. Los asociados tienen en cuenta las empresas que se beneficiaron de la nueva situación creada, porque en función de cada empresa se articulan los intereses que les llevan a constituir la Agrupación. El artículo 8.1.3.º de la Ley no resulta vulnerado, pues en el apartado segundo determina la aportación de cada socio. Y por lo dicho, tampoco se vulneran por el artículo 5 de los Estatutos los artículos 10.2.b) y 16 de la Ley. Que en cuanto a los defectos octavo, noveno, décimo, undécimo, duodécimo, decimotercero y decimocuarto, hay que aducir las mismas razones antes expuestas, y hay que añadir en lo que se refiere al 10, el artículo 16 de la Ley no impide el pacto sobre el particular; en cuanto al 11, no se cita en la calificación el precepto vulnerado y las sanciones a que se refieren son de régimen interno, en lo que se refiere al 13, el artículo 16.2 de la Ley no contiene una remisión al Código de Comercio y la remisión al artículo 1º lo es con carácter supletorio. Que en lo que concierne al defecto decimoquinto, en ninguna parte de la escritura se dice que se otorguen facultades como apoderado al Gerente. Que en cuanto al defecto decimosexto, no hay omisión en la redacción, hay dos errores de mecanografía, que se subsanaron mediante acta como errores materiales; pero con errores y todo, el artículo es perfectamente inteligible y tiene un significado indubitado.

IV. El Registrador Mercantil resolvió admitir el recurso únicamente en cuanto al defecto decimosexto y último defecto, reformando respecto a él la calificación recurrida y desestimándolo en cuanto a los defectos segundo a decimoquinto, ya que el primer defecto ha sido mantenido por el recurrente, manteniendo respecto a todos ellos la calificación recurrida, e informó: Que en cuanto al defecto señalado en segundo lugar, de conformidad con los artículos 18.2 del Código de Comercio y 6º y 58 del Reglamento del Registro Mercantil, compete al Registrador Mercantil calificar la capacidad de quienes otorguen los documentos en cuya virtud se solicita la inscripción y en virtud de lo que establece el artículo 4º de la Ley 12/1991 de Agrupaciones de Interés Económico, la capacidad a comprobar no sólo es la capacidad general de obrar, sino

también la necesaria condición de empresario de la persona física que pretende formar parte de aquélla. Según el artículo 84 del Reglamento del Registro Mercantil, se exige acreditar que se ha presentado la declaración de comienzo de actividad empresarial del artículo 107 de la Ley General Presupuestaria de 1989, y, en este caso, nada obsta para su exigencia, ya que la condición de empresario ha de ser calificada a efectos de determinar si concurren los requisitos exigidos por el artículo 4.º de la Ley 12/1991. Que en lo que se refiere a los defectos señalados en tercer y sexto lugar, la importancia de que conste en forma absolutamente precisa a quiénes se atribuye la cualidad de miembro de la Agrupación se impone en base a las siguientes consideraciones: *a)* que la identidad de los miembros es uno de los datos de la inscripción (arts. 58, 229 y 355 del RRM), y *b)* que los socios responden personal y solidariamente de las deudas de la Agrupación, interesando a los terceros y debiendo publicarse en el Registro, de forma inequívoca, la composición subjetiva de aquélla. Que la escritura calificada no reúne la suficiente claridad en orden al concepto en que intervienen aquellas que lo hacen manifestando ser los únicos miembros de una «sociedad civil particular» o de una «comunidad de bienes», si se tiene en cuenta: *a)* la propia manifestación de ser miembros de tales sociedades o comunidades, *b)* las expresiones utilizadas en la propia intervención y en los poderes incorporados; *c)* el objeto social reseñado en la escritura lo es de las sociedades civiles o comunidad de bienes, siendo ese objeto el que guarda conexión (en relación de principal a auxiliar) con el objeto de la Agrupación; *d)* la regulación estatutaria (arts. 5.º, 9.º, 11 y 16) no aporta mayor claridad, de la que parece deducirse no es sino una atribución formal de la condición de socio a las personas físicas y una consideración sustantiva de miembro a las sociedades civiles o comunidades, y *e)* el hecho de que las aportaciones efectuadas lo hayan sido «por cada conjunto de personas físicas... titulares... de una empresa... en régimen de comunidad de bienes o sociedad civil particular», que es otro exponente más de la falta de claridad aducida. Que, por tanto, se considera que la escritura no reúne la claridad exigida por el artículo 58 del Reglamento del Registro Mercantil, en cuanto a quiénes se atribuye, en realidad, la condición de miembros de la Agrupación constituida. Que en relación a los defectos cuarto, quinto y sexto hay que señalar: *a)* En cuanto a sociedad civil con objeto mercantil o comunidad de bienes como miembro de la Agrupación de interés económico, basta la cita del artículo 4.º de la Ley 12/1991, carecen de una de las notas fundamentales requeridas. La plena personalidad (Resolución de 28 de junio de 1985, Sentencias del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 1964 y 3 de abril de 1991). Frente a ello podría alegarse la mayor amplitud con que se manifiesta el Reglamento Comunitario de 25 de julio de 1985, pero tal alegación no puede prosperar considerando: *a)* Que las sociedades y demás entes jurídicos a que se refiere dicho Reglamento han de constituirse de conformidad con la legislación de un Estado miembro y que las cuestiones relativas a la capacidad de las personas jurídicas se regula por la Ley nacional, *b)* que tanto si es Agrupación de Interés Económico sujeta a la Ley 12/1991, como si se hubiese tratado de una Agrupación europea, la cuestión relativa a la capacidad de la persona jurídica ha de examinarse desde la óptica de la legislación nacional. Que teniendo en cuenta lo expresado en la Resolución de 28 de junio de 1985, las pretendidas sociedades civiles con objeto mercantil son consideradas hoy, por parte de la doctrina, como figuras jurídicamente imposibles. En base a lo expuesto, si tales sociedades quieren actuar en el tráfico en condiciones, habrán de cumplir los requisitos formales

constitutivos, y actuación en el tráfico es también la participación en una Agrupación de Interés Económico cuya finalidad es «facilitar o desarrollar la actividad económica de sus miembros». Que en cuanto a la comunidad de bienes, cuyo objeto social es la explotación de un negocio de cuenta al mayor de accesorios de automóviles, examinando las notas que la caracterizan: 1.º Su actividad es la explotación de un negocio. La naturaleza de la figura no debe dejarse a la calificación que le hayan dado las partes, y si la actividad económica de la comunidad es una empresa mercantil, no se trata sólo de una comunidad dinámica, sino de actividad de comerciante, propia de la sociedad colectiva. Las sociedades atípicas también pueden constituirse de modo tácito. 2.º Que se revela un carácter permanente en el ejercicio de aquella actividad, permanencia que se induce de la propia participación en la constitución de una Asociación de Interés Económico. Este carácter permite diferenciarla de aquellos casos en que podría admitirse la existencia de una «comunidad mercantil», y 3.º Que existe un propósito de actuar unificadamente en el tráfico, presentándose como una rúbrica colectiva o denominación social propia y un domicilio propio distinto del de los comuneros. De estos datos se desprende el general intento de «individualización» o «personificación» con que la comunidad pretende operar y que resulta corroborado por los artículos 5.º y 9.º de los Estatutos; por tanto, si como considera la más reciente doctrina, la comunidad de bienes resulta ser una auténtica sociedad mercantil irregular, las consecuencias son las mismas que las expuestas para las sociedades civiles con objeto mercantil, siendo exigibles los requisitos de escritura pública e inscripción. Queda descartado, por tanto, que puedan considerarse como miembros de una Agrupación de interés económico, bien sociedades civiles con objeto mercantil, bien comunidades de bienes de igual objeto; y partiendo de que los intervinientes lo son a título personal exclusivamente, surge el problema de si pueden considerarse con aptitud para ser miembros de tales agrupaciones las personas físicas socias o componentes de las entidades citadas en base a tal situación. Para ello hay que hacer dos afirmaciones previas: 1.ª La consideración de que se trata de auténticas sociedades mercantiles irregulares concertadas, bien en forma expresa (sociedades civiles) o tácita (comunidad). 2.ª Que la aptitud de las personas físicas como miembros de la Agrupación de Interés Económico se pretende fundamentar por el recurrente en su ejercicio del comercio a través de aquellas sociedades o comunidades. La cualidad de socio de una sociedad mercantil irregular no puede bastar para acreditar la condición de empresario de la persona física, a efectos de su participación en una Agrupación de interés económico, si se tiene en cuenta: 1) La actividad comercial se desarrolla no por la persona física como tal, sino por aquella sociedad; 2) la actividad comercial es la propia de dichas sociedades y no la de la persona física como empresario individual; 3) la actividad es la de la propia sociedad o comunidad, no la de la persona física; 4) los derechos y obligaciones dimanantes de la Agrupación se estructuran en base no a la persona física socia, sino en base a la actuación unificada de la comunidad o sociedad civil, y 5) cuando cambie la forma de organización de la actividad comercial de la sociedad irregular a una sociedad mercantil regularmente constituida, la función que ésta pasará a ocupar en la Agrupación no es la de la persona física, sino la que ostentaba aquella primitiva forma de organización. Que, en efecto, nada obsta que el socio de cualquier sociedad, incluso colectiva en los casos en que resulte lícito, pueda, al tiempo, desempeñar otras actividades empresariales en nombre propio y, respecto de ellas, acudir a una

Agrupación de Interés Económico como instrumento de desarrollo. Pero éste no es el supuesto que se discute. Que en lo que concierne al defecto séptimo, tiene necesariamente por presupuesto todas las consideraciones anteriores y va enlazado con los defectos octavo, noveno, duodécimo y decimocuarto. La interconexión viene dada por los artículos 5.º, 6.º, 9.º, 11 y 16, que no son sino la configuración estatutaria del sistema al que antes se ha aludido, que, en resumen, es el siguiente: *a)* Atribución formal de la cualidad de socio a la persona física miembro de una sociedad civil o comunidad de bienes; *b)* atribución sustantiva de la cualidad de miembro a la propia sociedad o comunidad que, en consecuencia, se considera única a efectos de aportaciones, voto, cuota de liquidación, cualquier otro semejante y cesión automática de los derechos de socio y cualidad de miembro. Que por lo que respecta al defecto décimo, hay que señalar que la Ley 12/1991 no distingue ni hace excepción alguna en cuanto a la declaración de suspensión de pagos que, a tenor del artículo 8.º de la Ley de 26 de julio de 1992, el Juez declare como estado de insolvencia provisional. Que en lo que se refiere al defecto undécimo, el artículo 13 de los Estatutos atribuye al Consejo de Administración la facultad de sancionar a los socios, en relación con el incumplimiento de una serie de obligaciones; atribuir al Consejo la facultad de determinar tales sanciones a su libre albedrío constituiría una facultad exorbitante; y debe constatarse en el contrato de Agrupación, como en el Registro Mercantil (art. 229 del Reglamento). Que en cuanto al defecto decimotercero, la necesidad de acuerdo unánime para la transmisión de la participación resulta. *a)* de la aplicación de las normas de la sociedad colectiva; *b)* del Reglamento Comunitario como pauta interpretativa de la Agrupación del interés económico; *c)* del artículo 230 del Reglamento del Registro Mercantil, y *d)* de los antecedentes inmediatos de la Ley 12/1991. Que en lo que respecta al defecto decimoquinto, no cabe acceder a la inscripción de nombramiento de Gerente en tanto que no se hayan precisado sus funciones. Que en cuanto al decimosexto y último defecto, aclarado por el recurrente que no se trata de omisión, sino error, se accede a la reforma solicitada.

V. El Notario recurrente interpuso recurso de alzada contra la anterior resolución, manteniéndose en sus alegaciones, y añadió: Que parece que el problema que fundamentalmente motiva el rechazo registral se puede concretar en que las personas físicas integrantes de grupos que ejercen el comercio conjunta y unitariamente no pueden ser consideradas empresarios a los efectos de la Ley 12/1991, y ello por no estar agrupadas como sociedades inscribibles e inscritas en el Registro Mercantil las que como personas jurídicas serían los auténticos empresarios. Que la tesis es arayne, pero hay que atenderse a la realidad social y a las normas legales, siendo cada vez más frecuentes las agrupaciones de personas físicas que ejercen el comercio colectiva y unitariamente, cuya actividad no está perseguida como ilícita por ninguna rama de Derecho y reconocida y tomada en consideración por el Derecho tributario. Juegan constantemente en el acuerdo del Registrador las ideas de persona jurídica y de empresario, conviniendo acotar una y otra en unos conceptos mínimos conocidos por todos y pacíficamente admitidos. Que cuando la Agrupación realiza actividades mercantiles, la personalidad jurídica está condicionada en nuestro Ordenamiento a la adopción de alguno de los tipos mercantiles de sociedad y a la inscripción en el Registro Mercantil. Cuando no surge la persona jurídica se presentan tres cuestiones: 1.º Validez del pacto. Es incuestionable. Nuestros Códigos de Comercio no sancionaron con nulidad la

falta de inscripción, y así lo dice la Resolución de 28 de junio de 1985. No hay norma alguna que lo prohíba. La jurisprudencia que prevalece en la actualidad ha abandonado la postura que declaraba la nulidad de la sociedad si no estaba inscrita en el Registro Mercantil. 2.º Licitud de los actos de comercio. No hay norma alguna que resulte vulnerada. La realidad social nos muestra una amplia difusión de esos grupos de personas ligadas por vínculos contractuales, que no constituyen personas jurídicas, y que ejercen el comercio, sin que haya rama alguna del Derecho que persiga su actividad por ser de ejercicio ilícito, y es más, el Derecho tributario tiene en cuenta la existencia de dichos grupos. Que en tal caso de los grupos que se han expuesto anteriormente, ¿quién es empresario? No puede serlo una persona jurídica que no existe, pero existe un complejo de relaciones jurídicas que han de tener un sujeto de imputación, y no aparece otra solución que atribuir las a todos y cada uno de los integrantes del grupo. Esta es la solución que empieza a ser admitida por la jurisprudencia y la solución del artículo 10 de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, en relación con el artículo 33 de la Ley General Tributaria.

Fundamentos de Derecho.—Vista la Ley 12/1991, de 19 de abril, de Agrupaciones de Interés Económico.

1. Salvado el primer defecto por los interesados y estimado el recurso por el Registrador en cuanto al defecto número 16, procede abordar ahora los defectos señalados por el Registrador bajo los números 2.º al 15.

2. En cuanto a los defectos recogidos en los números 2.º a 6.º de la nota impugnada, dada la claridad con que se manifiesta en la escritura calificada que los representantes intervienen en nombre propio y en el de las personas físicas que concedieron los respectivos poderes, por más que algunas de éstas formen una sociedad civil o una comunidad de bienes, la única cuestión que se plantea es la de determinar si es necesario acreditar la condición de empresarios de los constituyentes de una Agrupación de interés económico. En este sentido, ha de advertirse que, según el artículo 160 del Reglamento Notarial, «las circunstancias de profesión» pueden expresarse en la escritura «por lo que resulte de las declaraciones de los otorgantes», y que el Reglamento del Registro Mercantil, al regular el acceso al Registro Mercantil de las Agrupaciones de Interés Económico, no exige ningún otro requisito específico de prueba de la condición empresarial o profesional de las personas físicas que la integran, además, el artículo 89 del Reglamento del Registro Mercantil, que exige la presentación de la declaración de comienzo de actividad, está contemplado un supuesto concreto —la práctica de la primera inscripción del empresario individual—, cuyos requisitos no hay base para generalizarlos o extenderlos a supuestos distintos. Por otra parte, al expresarse en la escritura el ámbito en que tales empresarios desarrollan su actividad permite comprobar el carácter «auxiliar» que la Agrupación tiene respecto de ella. En consecuencia, debe rechazarse el criterio del Registrador, siendo suficiente la sola manifestación en tal sentido, teniendo en cuenta, no obstante, que la condición de empresario no deriva automáticamente de la pertenencia a una sociedad civil o de la cotitularidad de una comunidad de bienes.

3. En cuanto al defecto séptimo de la nota, ha de confirmarse el criterio del Registrador, pues si la Agrupación de Interés Económico la constituyen las propias personas físicas que integran una comunidad de bienes o una sociedad civil particular y no estas últimas colectividades en sí mismas, la condición de miembro ha de referirse a cada una de aquéllas individualmente, sin que quepa desconocer su autónoma posición de socio mediante el subterfugio de

englobar a todas las que integran cada una de esas colectividades en una unidad distinta a la que, a efectos de desenvolvimiento y régimen interno de la Agrupación, se refiera la condición de miembro, pues sin prejuzgar ahora sobre la personalidad jurídica de tales colectividades, es patente que se les niega la condición de socio en el propio título constitutivo.

4. En cuanto al defecto octavo, resulta a todas luces inexacta y confusa la terminología empleada en la escritura, pues la empresa como tal carece de personalidad jurídica y no puede ser considerada ni como «otorgante» ni como «fundadora».

5. El defecto noveno no es sino una reiteración del señalado bajo el número 7, que ya ha quedado examinado.

6. El décimo defecto señalado en la nota advierte acertadamente la vulneración del artículo 16 de la Ley 12/1991, que sin distinción ni matización alguna prevé la pérdida de la condición de socio en caso de que éste incurriera en suspensión de pagos, no pudiendo, por tanto, concretarse tal causa de pérdida a aquellos supuestos de suspensión de pagos en los que la insolvencia es calificada de definitiva.

7. El undécimo defecto indica una imprecisión de la que efectivamente adolece el artículo 13 de los Estatutos. Los Estatutos de toda sociedad, como reiteradamente ha declarado esta Dirección General, han de redactarse con el máximo rigor y con la máxima precisión, y tales características no concurren en este supuesto para una materia de tanta trascendencia para los socios como las sanciones que pueda imponerles el Consejo de Administración.

8. Los defectos 12 y 14 no pueden considerarse tales, puesto que tienen su base en los defectos séptimo y noveno, cuyo alcance ha sido ya examinado. Sí debe reiterarse la inadecuada utilización en la escritura pública del término empresa.

9. El defecto número 13 debe, sin embargo, rechazarse por cuanto el supuesto que en él se invoca queda en realidad englobado en la letra e) del propio artículo 15 de los Estatutos de la Agrupación en cuestión, que prevé el acuerdo unánime para la admisión y exclusión de socios.

10. Por último, en cuanto al defecto 15, no resulta acertada la afirmación de la Registradora de que «no se determinan las facultades que como apoderado se otorgan al Gerente nombrado», pues del artículo 21 de los Estatutos resulta claramente que este Gerente no aparece configurado como un apoderado de la sociedad, sino como un órgano de coordinación y comunicación interna, de carácter auxiliar y dependiente del Consejo de Administración (se dice expresamente que actuará «bajo las órdenes del Consejo de Administración» y que su función consistirá en «transmitir a éste todas las inquietudes de los socios»), carente de toda función *ad extra*, esto es, de representación o vinculación de la Agrupación en el tráfico jurídico.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso interpuesto, excepto en lo que se refiere a los defectos 4.º y 6.º —en la medida en que no se expresa el carácter de empresarios de determinadas personas que actúan por representación— y 7.º, 8.º y 11, en que se confirma la nota de calificación.

Madrid, 24 de mayo de 1993.—El Director general, *Antonio Pau Pedrón*.
Sr. Registrador Mercantil número IX de Barcelona

Comentario.—Esta es la segunda resolución que versa sobre las Agrupaciones de Interés Económico. Figura que se ha introducido recientemente en

nuestro Ordenamiento jurídico por la Ley 12/1991, de 29 de abril. Dado el poco tiempo de su vigencia, estamos ante una resolución primeriza en la materia y, por eso, hubiera sido deseable que los argumentos de la misma tuvieran mayor rigor y profundidad, teniendo en cuenta que, por la novedad, no existe jurisprudencia sobre la materia y estas primeras resoluciones marcarán la pauta en la configuración de la AIE.

Además se plantea en el recurso, aparte de otras de menor importancia, una de las cuestiones más trascendentes en este tipo asociativo: qué personas pueden constituir una AIE y qué capacidad especial deben poseer los miembros de esta peculiar asociación. Esta materia es precisamente, junto con el objeto de estas entidades, la piedra angular sobre la que se construye la figura y la que le da su razón de ser; sirve, además, para diferenciar una AIE de una sociedad mercantil. Evidentemente, no debe de extrañar que sea una de las primeras controversias que se hayan suscitado.

El elemento subjetivo de la Agrupación, y cuya interpretación motiva la resolución, viene recogido en el artículo 4 de la Ley 12/1991, que dice: «Las Agrupaciones de Interés Económico sólo podrán constituirse por personas físicas o jurídicas que desempeñen actividades empresariales, agrícolas o artesanales, por entidades no lucrativas dedicadas a la investigación y por quienes ejerzan profesiones liberales».

Sorprende que en nuestra legislación mercantil exista un precepto de esta naturaleza dado que la delimitación de los sujetos que pueden integrar una entidad mercantil se rige por las reglas generales de capacidad. Basta la capacidad jurídica para formar parte de una sociedad y, en general, de cualquier entidad mercantil (Mutuas, Cooperativas ...) La justificación del mandato legal hay que buscarla fuera de nuestro Derecho, concretamente en el francés, que es del que se ha recibido esa nueva entidad mercantil.

LA AIE surge en Francia por la Ordenanza de 23 de septiembre de 1967 (modificada por la Ley de 13 de junio de 1989) como un instrumento que permitiera a las empresas francesas mejorar su competencia frente a las europeas en el momento que las fronteras se iban a abrir como consecuencia de la creación del Mercado Común. Ante la proximidad del Mercado Único, se ha considerado, sin duda, que era conveniente extender el sistema a los países de la hoy Unión Europea. Fruto de ello es el Reglamento Comunitario 2137/1985, de 25 de julio de 1985, que crea la Agrupación Europea de Interés Económico, en el que la normativa francesa ha influido de manera decisiva. En el obligado desarrollo del Reglamento, se promulga en España la Ley 12/1991, de 29 de abril.

Cuando se regula la idoneidad personal de los socios, el artículo 4 de la Ley sigue de manera casi idéntica al artículo 1.º del Reglamento y añade las entidades no lucrativas dedicadas a la investigación.

La enumeración de los sujetos que pueden constituir la AIE, que hace el artículo 4, se explica por su origen foráneo y cuya necesidad en ese Ordenamiento jurídico era casi ineludible; pero al traspasarse, sin más, a nuestro Derecho, provoca más desarmonía en el sistema que claridad.

En Francia tiene una importancia decisiva determinar quién posee la cualidad de comerciante. El peso de la tradición —el origen del Derecho mercantil, como el propio de una clase de personas— todavía influye en el país limítrofe y, desde luego, con mayor fuerza que en el nuestro. Sólo quien ostente la cualidad de comerciante puede ejercer profesionalmente el comercio. Adquiere gran importancia la aptitud y situación de la persona e, íntimamente

conectado con ella, la determinación de los actos de comercio, puesto que comerciantes son aquellos que realizan actos de comercio y hacen de ello su profesión habitual, según dice el artículo 1.º del Código de Comercio francés; esa actividad profesional, en suma, le confiere el carácter de empresario mercantil. Todo eso tiene una gran trascendencia práctica, ya que en Francia es obligatoria la inscripción del comerciante en el Registro Mercantil, tiene un *status* propio, así sólo los comerciantes pueden constituir una sociedad colectiva, y primordialmente, como existe una jurisdicción comercial distinta de la civil, de ahí brota la necesidad de concretar el elemento subjetivo (el comerciante) y el objetivo (el acto de comercio) que está sujeto a esa jurisdicción. Por lo que al comerciante respecta, los Tribunales de Comercio son los competentes para juzgar las controversias entre los mismos que se produzcan en el ejercicio de su comercio (art. 631 I del CCom); y respecto a las que se produzcan entre comerciante y no comerciante, este último puede elegir entre demandar al comerciante ante la jurisdicción comercial o civil, careciendo el comerciante de esta posibilidad.

La doctrina, tradicionalmente, se afana por clasificar las profesiones, distinguiendo entre las comerciales y las que no lo son. Habitualmente se clasifica a las profesiones en comerciales, liberales, agrícolas y artesanales. Categorías que, como se observa, son las que se enuncian en la Ley 12/1991, procedentes de la Ordenanza francesa de 1967, cuando se trata de los sujetos que pueden formar parte de una AIE.

Como la AIE nace con vocación de amplitud, para evitar dudas acerca de si los no comerciantes pueden o no pueden integrarse en una Agrupación de este tipo se optó, en Francia, por enumerar específicamente en la Ordenanza a todas las profesiones, sean comerciales o no. Téngase en cuenta, además, que las incompatibilidades para ejercer el comercio son extensas y numerosas. Existen multitud de disposiciones, dictadas para la práctica totalidad de profesiones liberales, que tienen por objeto vedarles el ejercicio del comercio.

Por eso, si se pretendía que la AIE fuese un instrumento utilizable por un amplio tipo de empresarios, no cabe duda que la amplia enumeración de sujetos que pueden constituir la es en Francia casi imprescindible.

Esa amplitud subjetiva no influye, sin embargo, en la naturaleza de la AIE, ya que ésta depende no tanto de las personas que lo forman, sino de la actividad que desarrolla, y conforme a ello será civil o mercantil.

En nuestro país, la evolución del Derecho mercantil ha ido por otros caminos. La tajante distinción de profesiones que se da en Francia no es tan acusada. Ni existe una jurisdicción propia ni las incompatibilidades son tan numerosas. Se puede ser comerciante y desempeñar, además, otra profesión. Por lo demás, el concepto de comerciante está en franco desuso. Este es un empresario más y no el más importante precisamente, aunque por la ausencia de una regulación legal sobre el mismo se aplica al empresario individual las normas del Código de Comercio sobre el comerciante.

El empresario, hoy en día, es el protagonista de la actividad económica y a él se refieren nuestros textos legales más recientes, entre ellos la Ley 12/1991 y el Reglamento del Registro Mercantil, y ahí es donde surgen las dificultades. El empresario, así como la empresa, es fundamentalmente una construcción doctrinal. Prácticamente cada autor que se ha ocupado del tema tiene su propia concepción sobre lo que es o, más bien, debe ser un empresario. No debe extrañar que cuando surja una controversia sobre esa cuestión, como en el caso que nos ocupa, pueda suceder cualquier cosa. Dependerá de la idea

que el juzgador o la autoridad administrativa, en nuestro caso, tenga sobre ello

Si tal es la situación, no puede sorprender que la doctrina autóctona (así, PAU PEDRÓN en *Comentarios a la Ley de Agrupaciones de Interés Económico*) subordine el artículo 4 (sujetos) al artículo 3 (objeto) de la Ley de referencia, y lógicamente, si se engrandece el artículo 3, es para empequeñecer y privar de importancia al artículo 4.

El objeto de la Agrupación se convierte de esta manera en la principal nota sustantiva de la normativa legal. Se destaca y atiende a la actividad que efectúan los miembros de la Agrupación, no a su situación profesional. Importa la actividad de los sujetos para comprobar si el objeto de la entidad tiene un carácter auxiliar respecto de la actividad principal de sus miembros.

A la Dirección General, evidentemente, no le preocupa sobremanera si es necesario acreditar la condición de empresarios de los constituyentes de una AIE y da escasa importancia a la exigencia legal del artículo 4, pues «al expresarse en la escritura el ámbito en que tales empresarios desarrollan su actividad permite comprobar el carácter «auxiliar» que la Agrupación tiene respecto de ella», que al final es lo único que importa.

Los términos de la disputa, sin embargo, estaban planteados más ajustados al mandato del artículo 4 de la citada Ley. Porfiaban la Registradora y el Notario recurrente acerca de si estaba acreditada o no la cualidad de empresario por quienes concurrían a la formación de la AIE, dado que, según la Registradora, esa cualidad empresarial de alguno de los concurrentes, se pretende basar en la pertenencia a una sociedad civil o comunidad de bienes. Todo ello da pie a que se plantee en el recurso no sólo la necesidad de acreditar la situación profesional de los otorgantes, sino que se pone en tela de juicio la misma capacidad de obrar de los constituyentes, puesto que no queda claro quién será el socio de la Agrupación. Con ponderadas razones la Registradora se afana en destruir la apariencia de personalidad y el carácter empresarial de las entidades y personas que pretenden constituir la AIE. Vano intento, pues su medida actitud racional chocará frente a la amplia concepción del empresario y la falta de necesidad de acreditar esa situación, que en este caso tiene la Dirección General.

La cualidad profesional que habilita para constituir una AIE resulta, así, un asunto banal, ya que basta para solucionar el litigio con el artículo 160 del Registro Notarial, lo que no deja de resultar un tanto sorprendente.

Este artículo tiene una naturaleza meramente adventicia, ya que se refiere a cómo debe constar en las escrituras públicas una circunstancia que, como otras, tiene por objeto identificar a las personas que comparecen en su otorgamiento. Esa circunstancia, que plasma el Notario, por la sola manifestación del interesado, ni siquiera está cubierta por la fe pública notarial (art. 187 RN), y esa declaración es suficiente para acreditar la condición empresarial de una persona.

El Centro Directivo completa la norma legal por un precepto de un Reglamento promulgado para desarrollar la Ley del Notariado y no la de AIE, y que, además, se refiere a un supuesto concreto y adjetivo: identificar a las personas que intervienen en un documento.

El Código de Comercio y el Reglamento del Registro Mercantil, cuando tratan de acreditar la condición de comerciante o empresario, exigen algo más que la mera declaración del interesado. No se conforman con tan poco.

Si prospera esta interpretación del artículo 4 de la Ley 12/1991, se corre el

peligro de desvirtuar el objeto de la figura: ser un instrumento de colaboración entre empresarios. La misma preocupación por el objeto social alienta a que se preste más atención a las personas que forman parte de la entidad

LA AIE, si bien no es una sociedad mercantil, nace, como éstas, en virtud de un contrato, tiene personalidad jurídica propia y una vez constituida existe por sí sola. Ahora bien, la nota distintiva de la misma es que está vinculada a la actividad que realicen sus miembros, que no puede suplantar, ya que sólo presta a sus socios un determinado servicio o coordina sus distintas actividades, como dice la Resolución de 28 de abril de 1993. Carece, por ello, de sustantividad económica. Es sólo un medio auxiliar del que se sirven las personas que lo forman para desarrollar su profesión; todo ello tiene relevancia jurídica, que se refleja en el objeto de la Agrupación. Esta dependencia debería influir en la naturaleza de la Agrupación como sucede en Francia, que considera a la AIE de naturaleza civil o mercantil según la actividad que la misma realice. En nuestro país, el artículo 1 de la Ley 12/1991 establece un sistema formal, ya que la Agrupación tiene carácter mercantil, aunque sus miembros o la misma entidad realicen una actividad que nada tenga que ver con esta rama del Derecho. Pensemos, por ejemplo, en el caso de una AIE de profesionales liberales (médicos, odontólogos o arquitectos, etc.), cuyo objeto fuese desarrollar un programa de ordenador para mejorar su contabilidad o su base de datos, etc.

De la atribución del carácter mercantil a la Agrupación, en la resolución, según mi entender, no se sacan ni llegan a plantearse todas las consecuencias que implica esa atribución. En el régimen jurídico de la AIE, la condición mercantil y su obligatoria inscripción en el Registro Mercantil, con los efectos que en este caso se producen, influye de manera determinante. La presunción de exactitud, validez y legitimación que produce la inscripción hacen que al Registro sólo puedan llegar situaciones firmes y ciertas, como la Dirección General ha manifestado reiteradas veces en múltiples resoluciones. La AIE no puede desentenderse, por elemental coherencia, de los pronunciamientos del Registro.

En el informe de la Registradora se advierte un casi deseo inconsciente de que los empresarios que vayan a constituir una Agrupación consten previamente inscritos en el Registro Mercantil. Sin expresarlo con rotundidad, exige únicamente que se cumpla el presupuesto que exige el artículo 89 para esa inscripción: que se acredite la presentación de la declaración tributaria de comienzo de actividad empresarial. Es una lástima que no se haya dado curso libre a esa intención y se haya plasmado de manera consciente en la nota al pie del documento.

Por el artículo 11 del Reglamento del Registro Mercantil se ha introducido el principio del tracto sucesivo en el Registro Mercantil. Procedente del Registro Inmobiliario, en el Derecho mercantil, en la práctica suele ser generalmente ignorado, y en este caso no podía ser menos.

En su párrafo 1.º, el artículo 11 dice: «Para inscribir actos o contratos relativos a un sujeto inscribible será precisa la previa inscripción del sujeto».

El precepto es aplicable a la inscripción de las AIE cuando se constituya por personas que realizan una actividad empresarial, como sucede en el caso que nos ocupa.

En efecto, la Agrupación nace por un contrato realizado por los fundadores, cuya causa es facilitar el desarrollo o mejorar los resultados de la actividad de sus socios, como dice el artículo 2º de la Ley 12/1991. La entidad así

creada tiene su existencia relacionada con la actividad de los sujetos que la forman. No puede haber una actividad auxiliar si no hay una principal. Por ello su objeto, razón de ser de la AIE, consiste en una prolongación de la actividad de sus miembros. Tiene personalidad jurídica propia, evidentemente; pero la causa de su creación, que la configura como un instrumento destinado para auxiliar al empresario, se refleja en el objeto de la entidad y conforma su naturaleza.

La Agrupación es, en un primer momento, un contrato suscrito por empresarios (en nuestro caso), sin perjuicio, además, de que se pueda considerar que es una «institución», como sucede con las sociedades mercantiles.

La naturaleza contractual de la AIE, al menos inicial, no puede desconocerse e impone que el empresario contratante deba estar previamente inscrito.

Sustantivamente, la inscripción en el Registro Mercantil otorga firmeza acerca de esa condición empresarial, así como de la actividad que desarrolla la persona inscrita. Queda el empresario revestido de una seguridad jurídica que le aleja de los vaivenes doctrinales.

Imaginemos, en nuestro caso, que alguno de los fundadores hubiera pretendido inscribirse en el Registro como empresario y se le hubiese denegado su acceso por entender el Registrador que no reunía las condiciones para ello. Resultará incongruente que rechazado en su situación personal, por la inscripción de la AIE goce del carácter de empresario quien no fue admitido como tal.

Formalmente, por el artículo 11 del Reglamento del Registro Mercantil, la inscripción es inevitable. El empresario es un sujeto inscribible y, por ende, debe efectivamente estarlo para que puedan inscribirse los contratos que suscriba y se refieran a su actividad, aun cuando su inscripción no sea obligatoria.

Los antecedentes del artículo 4.º de la Ley 12/1991 abonan esta hipótesis.

En Francia, de donde procede la Agrupación, la inscripción del comerciante individual, trasunto del empresario, es obligatoria (Decreto de 30 de mayo de 1984, y antes Decreto de 9 de agosto de 1953). Además, quien forme parte de una sociedad personal mercantil como socio colectivo, sea en una sociedad colectiva o comanditaria, adquiere la cualidad de comerciante (art. 22 de la Ley de 24 de julio de 1966). Resulta por ello que sólo los comerciantes pueden formar parte de esta clase de sociedades.

Cuando la doctrina francesa se pregunta por la naturaleza de la Agrupación, aunque reconoce que es distinta al de una sociedad, entiende, sin embargo, que se parece en ciertos aspectos a las sociedades mercantiles, concretamente a las sociedades de personas (RIPERT y ROBLOT, *Traité de Droit Commercial*), o como señalan COZIAN y VIANDER (*Droit des sociétés*). La AIE está sometida a las mismas reglas que las de una sociedad, ya que en definitiva está muy próxima a la sociedad colectiva.

Evidentemente, en Francia sería inconcebible que el empresario mercantil que va a constituir una AIE no estuviese inscrito.

III. Sentencias del Tribunal Supremo

1. DERECHO CIVIL

B) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

Por JOSÉ QUESADA SEGURA

LA SOLIDARIDAD EXCLUYE LA POSIBILIDAD DE QUE EXISTA LITISCONSORCIO PASIVO. (SENTENCIA DE 10 DE JULIO DE 1992.)

Doctrina de la Sentencia.—Es jurisprudencia reiterada de esta Sala aquella que entiende establecida la solidaridad surgida entre los agentes a quienes alcanza la responsabilidad por acto ilícito culposo cuando no se demuestra o no se dan elementos suficientes conducentes a diferenciar la concreta responsabilidad de cada uno de los agentes integradores del conjunto de sujetos de donde provenga el resultado dañoso; y llegado al punto de apreciar o estimar esa solidaridad, la jurisprudencia es todavía más unánime al entender que en los casos de responsabilidad solidaria el perjudicado puede dirigir su acción contra cualquiera de los sujetos obligados como deudor por entero de la obligación de reparar en su integridad el daño causado. Así pues, el vínculo de solidaridad excluye toda posibilidad de que pueda surgir un litisconsorcio pasivo necesario cuando el acreedor dirija su demanda contra uno o varios de los obligados (SS., entre otras, de 16-3-1971, 3-7-1989 y 10-7-1990).

NO ES EXIGIBLE UNA EXAGERADA DILIGENCIA DE PREVISIBILIDAD (SENTENCIA DE 10 DE JULIO DE 1992.)

Doctrina de la Sentencia—Ya de antaño la doctrina de esta Sala venía manteniendo la tesis de que no es exigible con absoluto rigor una diligencia de previsibilidad de siniestros más allá de lo que la conducta, la mente y la voluntad humana puedan hacer o imaginar dentro de los avatares de la vida cotidiana, porque el tinte culpabilístico del que aún está impregnado el artículo 1.903 y consecuentemente el 1.902 del Código Civil, no nos debe llevar a la admisión de una objetividad por incorporación del riesgo como ingrediente de la explotación de un negocio o servicio en tan desaforada medida que proyecte

la responsabilidad del acaecimiento dañoso al autor material o su empresa, aun a pesar de la negligencia de la víctima, perfectamente definida.

REQUISITOS DE LA USUCAPION. (SENTENCIA DE 10 DE JULIO DE 1992.)

Doctrina de la Sentencia.—Para usucapir se necesita la posesión en concepto de dueño, pública, pacífica y no interrumpida, requiriéndose, pues, la posesión *animus domini*, es decir, la tenencia unida a la intención de haber la cosa como propia, requisito indispensable tanto en la prescripción ordinaria como en la extraordinaria, sin que la mera tenencia perjudique al *verus dominus*, siendo también doctrina jurisprudencial que la inversión del concepto posesorio ha de basarse en actos inequívocos, con clara manifestación externa en el tráfico, no afectando a la posesión los actos realizados por mera tolerancia del dueño, pues los actos posesorios tolerados son indiferentes a la posesión como hecho con trascendencia jurídica.

NO ES APLICABLE A LA RESPONSABILIDAD ESTABLECIDA EN EL ARTICULO 1.591 LA FACULTAD MODERADORA DEL ARTICULO 1 103. (SENTENCIA DE 11 DE JULIO DE 1992.)

Doctrina de la Sentencia.—Resulta de todo punto inaplicable al supuesto de la responsabilidad *ex lege* nacida del artículo 1.591 del Código Civil la facultad moderadora regulada en el artículo 1.103 del mismo Cuerpo legal, pues como dice la Sentencia de 15 de diciembre de 1984, el artículo 1.103 autoriza a los Tribunales para moderar la responsabilidad procedente de negligencia; precepto que, aunque dictado para la responsabilidad contractual, fue extendido a la que nace de culpa extracontractual, pero naturalmente en el sentido determinado por la Ley, que al permitir aquella moderación concede una facultad discrecional al Juzgador que sirvió para incluir el supuesto de concurrencia de culpas en el que, para la producción del resultado dañoso, interviene la acción u omisión del perjudicado, que incide en la esfera de su propia responsabilidad, siendo así que la responsabilidad que surge del artículo 1 591 no encaja en ninguno de los supuestos contemplados, es decir, no se trata de responsabilidad contractual ni de responsabilidad extracontractual que permita una compensación de culpas.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL: REQUISITOS. (SENTENCIA DE 15 DE JULIO DE 1992)

Doctrina de la Sentencia —Para imputar la culpabilidad como consecuencia de determinada conducta o actividad se requiere la concurrencia de los siguientes requisitos. *a)* Un elemento subjetivo representado por un hacer u omitir algo que se encuentra fuera de las normas de cautela y previsión establecidas por el ordenamiento y socialmente aceptadas; se tienen en cuenta los principios de la previsión del riesgo que puede derivar del empleo del medio productor del evento en conexión con el de la seguridad de los ciudadanos. *b)* Igualmente precisa la producción de un resultado dañoso o perjudicial para algo o para alguien; y es de tener en cuenta a estos efectos que aun cuando

la inicial exégesis del artículo 1.902 se realiza sobre la idea subjetiva de la culpa, como consecuencia de su influencia francesa, es de reconocer que ya hace algún decenio que la doctrina en general, incluida la de esta Sala, ha venido introduciendo variaciones en dicha posición culpabilística a través de una serie de matices que van encaminados a un mismo fin: una cierta objetivación con objeto de compatibilizar el desarrollo industrial y mejoría social de los países con una mayor garantía de seguridad para el ciudadano medio *c)* En relación con ello es de señalar que en esa actual construcción juega interesante papel la distinción entre el que se denomina *factor psicológico* o subjetivo, que se traduce en el *animus* de quien emplea o utiliza el medio productor del resultado y debe conducir: bien a que él mismo adopte las precauciones necesarias, bien a que con menosprecio de las normas de solidaridad y deontología social se arriesga a realizar algo que encierra peligro *d)* Por último, se precisa una relación de causalidad entre el acto desencadenante del resultado y la producción de éste.

NO CABE CONFUNDIR CULTIVADOR PERSONAL CON PROFESIONAL DE LA AGRICULTURA (SENTENCIA DE 16 DE JULIO DE 1992.)

Doctrina de la Sentencia.—No cabe confundir cultivador personal con profesional de la agricultura, aquella cualidad le corresponde al que cultiva directamente las fincas, con ayuda de las personas que enumera el artículo 16 de la Ley de Arrendamientos Rústicos. Es un concepto amplio que engloba el de profesional de la agricultura. En cambio, esta denominación se presenta como más restringida en cuanto se refiere al que de modo preferente se dedique a actividades de carácter agrario y se ocupe de forma efectiva y directa de la explotación.

«VIS ATRACTIVA» DE LA JURISDICCION CIVIL (SENTENCIA DE 17 DE JULIO DE 1992.)

Hechos.—En un taller mecánico se produjo una inundación por rotura de la cañería de traída de aguas. La empresa que tenía contratada dicha traída y el Ayuntamiento son condenados a indemnizar.

Doctrina de la Sentencia.—Cuando se insta una acción en resarcimiento de daños y perjuicios contra un ente público y otras personas físicas o jurídicas implicadas también en los hechos, ha de actuarse en una única vía procesal, pues el desdoblamiento de órdenes judiciales distintas ante los que fuesen planteada la misma acción de resarcimiento, aparte de contrariar el principio de economía procesal, supondría quebrantar la continencia de la causa y el riesgo inevitable de dar lugar a resoluciones diferentes e incluso opuestas, cuya doctrina se encuentra recogida, entre otras, en las Sentencias de 17 de diciembre de 1985 y 24 de enero de 1990, así pues, con arreglo a la misma y a la *vis atractiva* que caracteriza a la jurisdicción civil, procede concluir que en el supuesto que nos ocupa su conocimiento correspondía a la jurisdicción civil.

RESPONSABILIDAD POR VICIOS OCULTOS. (SENTENCIA DE 20 DE JULIO DE 1992.)

Doctrina de la Sentencia.—No cabe admitir que la obligación de todo vendedor se agote con responder sólo en caso de saneamiento por vicios ocultos acerca de las acciones llamadas edilicias, tendentes a defenderse frente a dichos vicios ocultos en la cosa vendida, que deberán inexorablemente ejercitarse antes de que transcurra el plazo de seis meses, porque es preciso distinguir el incumplimiento específico de la vendedora determinante de su responsabilidad por vicios ocultos en alguna de las vías atrayentes de su obligación de saneamiento, a los defectos ocultos que tuviera la cosa vendida si la hacen impropia para el uso a que se la destina o si disminuyen de tal modo este uso que de haberlos conocido el comprador no la habría adquirido o habría dado menos precio por ella; o sea, se trata de irregularidades o carencias que cumplan con estas dos exigencias. primera, que no estén manifiestas o no estuvieren a la vista, por tratarse de defectos ocultos cuando se hace la entrega de la cosa, y segunda, que sean de tal entidad o envergadura que o hagan la cosa impropia para su uso o que si los hubiese conocido antes del pago del precio habría pagado uno menos o no la hubiere comprado.

UNA RELACION JURIDICA SERA ADMINISTRATIVA CUANDO HA SIDO PARA LA PRESTACION DE UN SERVICIO PUBLICO. (SENTENCIA DE 23 DE JULIO DE 1992.)

Doctrina de la Sentencia —Por lo que respecta a la naturaleza civil o administrativa de las relaciones que vincularon a las partes, es conveniente perfilar la orientación jurisprudencial imperante sobre dicho particular, de la que es claro exponente la Sentencia de 11 de julio de 1988, siendo representativa de una doctrina recogida ya en otras anteriores como las de 5 de octubre de 1983 y 30 de abril de 1986, y que consiste en atender al objeto o visión finalista del negocio para marcar la diferenciación, de manera que una relación jurídica concreta ofrecerá naturaleza administrativa cuando ha sido determinada por la prestación de un servicio público, entendido el concepto en la acepción más amplia para abarcar cualquier actividad que la Administración desarrolla como necesaria en su realización para satisfacer el interés general atribuido a la esfera específica de su competencia.

LA FACULTAD MODERADORA ESTA RESERVADA A LOS TRIBUNALES DE INSTANCIA (SENTENCIA DE 27 DE JULIO DE 1992.)

Doctrina de la Sentencia.—La facultad moderadora del artículo 1.154 del Código Civil, según doctrina de esta Sala, está reservada con exclusividad a la instancia, siendo tan sólo factible su revisión en casación cuando se haya podido con anterioridad descalificar la situación fáctica en que se apoyó el Tribunal de instancia para hacer uso de esa voluntad o juicio valorativo del que pueda deducirse el principio de equidad que anida en esa facultad moderadora.

LAS RELACIONES CREDITICIAS NO SE NOVAN NI EXTINGUEN CON LA EMISION DE LETRA DE CAMBIO. (SENTENCIA DE 29 DE JULIO DE 1992)

Doctrina de la Sentencia.—Es doctrina científica unánime, completada por la jurisprudencia de esta Sala, la que entiende que el libramiento, el endoso, la aceptación e incluso el aval de una letra de cambio son el efecto o la consecuencia de otros negocios jurídicos, generadores de relaciones crediticias, las cuales están llamadas a saldarse con la puesta en circulación y ulterior pago de las letras de cambio. Estas relaciones crediticias no se novan ni se extinguen con la emisión de los títulos cambiarios, sino simplemente suspenden sus efectos en espera de la realización de los mismos. Si el buen fin no se logra por causas ajenas a la voluntad del acreedor, renacen los derechos y obligaciones que estaban en suspenso derivados del negocio jurídico, y el tenedor de la letra, en la medida en que sea parte o esté legitimado en la primitiva relación jurídica, puede hacer valer judicialmente frente a su deudor los derechos derivados de esa relación extracambiaria mediante el ejercicio de una acción derivada no de la letra de cambio, sino de la relación subyacente o causal.

En estos supuestos, y en aquellos en que el título cambiario adolece de falta de alguno de los requisitos exigidos para dotarlo de fuerza ejecutiva, la letra no se hace totalmente ineficaz, conservando toda su virtualidad como uno de los elementos ofrecidos al Juzgador para que forme su convicción.

PARA QUE LAS ARRAS TENGAN CARACTER PENITENCIAL HA DE PACTARSE ASI EXPRESAMENTE. (SENTENCIA DE 31 DE JULIO DE 1992.)

Doctrina de la Sentencia —Es reiterada y uniforme doctrina de esta Sala la de que no cabe entender que el empleo de la palabra «señal» exprese necesariamente la facultad de separarse del contrato, pudiendo ser estimada sin error como anticipo del precio, y que el contenido del artículo 1.454 del Código Civil no tiene carácter imperativo, sino que por su condición de penitencial para que tenga aplicación es preciso que por voluntad de las partes, claramente constatada, se establezcan tales arras, expresando de una manera clara y evidente la intención de los contratantes de desligarse de la convención por dicho medio resolutorio, ya que en otro caso cualquier entrega o abono habrá de valorarse y conceptuarse como parte del precio o pago anticipado del mismo, teniendo tal precepto legal un carácter excepcional que exige una interpretación restrictiva de las cláusulas contractuales de las que resulte la voluntad indubitada de las partes en el sentido de que se trata de arras penitenciales.

REQUISITOS DE LA RESOLUCION CONTRACTUAL. (SENTENCIA DE 3 DE SEPTIEMBRE DE 1992)

Doctrina de la Sentencia —Se exige para que opere la resolución contractual un incumplimiento esencial atentatorio a la finalidad perseguida por el contrato y que tal incumplimiento se halle carente de justificación y sea continuado, duradero e inequívoco (SS. de 7 de febrero de 1984, 21 de febrero de 1990 y 25 de enero de 1991)

ES VALIDA, Y NO REDUCIBLE, LA COMPRAVENTA DE UNA VIVIENDA DE PROTECCION OFICIAL CON SOBREPRECIO, AUNQUE SOMETIDA A LAS SANCIONES QUE PROCEDAN. (SENTENCIA DE 3 DE SEPTIEMBRE DE 1992.)

Doctrina de la Sentencia.—El régimen de sanciones de las V.P.O. comporta que la propia Ley reconoce la validez civil de los contratos, bien que con las sanciones cuya finalidad es el castigo del infractor, pero en ningún caso cabe utilizar el régimen sancionador para convertir la sanción en una fuente de lucro de quien compró a sabiendas de que colabora necesariamente en la violación de la norma, pues en tal caso el comprador induce a vender, sin que pueda calificarse tal venta, como hace la Audiencia, de medio utilizado por el vendedor para obtener un lucro ilícito, ni de acto en perjuicio de las clases sociales débiles o necesitadas. Tales afirmaciones son aventuradas y gratuitas, puesto que nada se ha discutido ni probado al respecto. La verdadera defensa del interés social se consigue también procurando por vía judicial armonizar la realidad contractual con los contenidos documentales, haciendo cada vez menos apetecibles las simulaciones, las fiducias o los pactos secretos que una realidad social evidente permite afirmar que son frecuentes.

Si hubo conformidad en la cosa y el precio, ambos contratantes conjuntamente violaron la legislación administrativa, y no puede el actor en su solo provecho obtener la rectificación del precio, pues ello entrañaría pretender que por vía judicial se alterase el contenido y alcance del consentimiento de la contraparte, que se alterasen las recíprocas y que la consecuencia beneficie a quien también fue infractor.

OBJETIVACION EN LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL. (SENTENCIA DE 22 DE SEPTIEMBRE DE 1992).

Hechos.—Un niño que transitaba solo por la calle, al llegar a la salida de coches de un túnel automático de lavado penetró en él, siendo alcanzado su pie derecho por el rodillo, produciéndole lesiones. La empresa es condenada.

Doctrina de la Sentencia.—El Tribunal *a quo* estimó que se creaba una situación de riesgo con la instalación mecánica automática de lavado que afectaba al público en general, no sólo formado por su propia clientela, sino también por los transeúntes de la vía pública, entre los que evidentemente podían contarse menores de edad o personas con facultades disminuidas cuya situación nacía del propio funcionamiento de la maquinaria, muy próxima a la calle, pero también de la inexistencia de señal ni dispositivo alguno que indicara el peligro o prohibiera el paso. Estas afirmaciones de la Sala son correctas y ajustadas a la doctrina jurisprudencial que admite un cierto grado de objetivación de la responsabilidad que se traduce en una inversión de la carga de la prueba y un mayor rigor en la diligencia requerida según las circunstancias del caso, según demanda el incremento de las actividades peligrosas consiguientes al desarrollo tecnológico y al principio de que ha de cargarse a quien obtiene el provecho, la indemnización del perjuicio causado (*ubi commodum ibi incommodum*).

LOS ACTOS REALIZADOS EN ESPAÑA POR EXTRANJEROS NO PUEDEN SER DESCALIFICADOS POR NORMAS EMANADAS DE SU PAÍS SI ESTAS CHOCAN CONTRA LOS PRINCIPIOS DE LA CONSTITUCION (SENTENCIA DE 25 DE SEPTIEMBRE DE 1992.)

Hechos —A renglón seguido del cambio de régimen político en Cuba en 1960, se procedió en lo atinente a la industria del tabaco a la separación absoluta de los propietarios y personal directivo de las empresas. Algunas de éstas continuaron con sus sucursales en España y ahora la empresa estatal cubana los demanda, reclamando sus bienes inmuebles y marcas industriales. No prospera tal demanda

Doctrina de la Sentencia.—Nuestros Tribunales de la jurisdicción ordinaria civil no pueden ni deben inmiscuirse en temas como los aquí planteados en cuanto se refieren a su proyección normativa en el país de origen, pero sí han de velar porque los actos ejecutados en España por quienes con arreglo a la Ley de origen —Código de Comercio y Civil cubanos— tienen titularidad para ello no puedan ser descalificados y anulados en virtud de normas jurídicas emanadas, sí, de un Estado soberano, pero cuya finalidad y hasta su estructura y filosofía que las anima chocan frontalmente con la Carta Magna española. En efecto, es sabido que con generalidad carente de excepción, los Convenios tradicionales sobre extradición constatan una salvedad en punto a la posibilidad de su ejercicio cual es el de los hechos de carácter político, cuyo enjuiciamiento gozan de ese fuero de territorialidad que los pone a cubierto y preserva de las exigencias del país reclamante: pues he aquí, *mutatis mutandi*, una situación paralela que no afecta a las personas en sí, pero sí a sus bienes y derechos, por lo que los Juzgadores de instancia han intuido con acierto que la demanda promovida por un interventor gubernamental, en virtud de normas y resoluciones que no especifican causas reales concretas e individualmente imputables, verificadas a través de un expediente contradictorio, ocultan, tras la omisión de toda referencia a compensaciones económicas, un verdadero secuestro efectivo de pertenencias radicadas en España y que por ello están bajo la protección del Estatuto constitucional que propugna como valores superiores del ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político, y cuyas bases se asientan en el reconocimiento de la propiedad privada y libertad de mercado

PARA CALIFICAR DE USUARIO EL PRESTAMO HA DE ATENDERSE AL MOMENTO DE LA PERFECCION DEL CONTRATO. (SENTENCIA DE 29 DE SEPTIEMBRE DE 1992.)

Doctrina de la Sentencia —El 18 por 100 de intereses impuestos en liquidación de 1976 exceden del normal del dinero

Para calificar de usurario al préstamo ha de atenderse al momento de la perfección del contrato, por ser el en que otorgándose el consentimiento puede estimarse si éste estaba o no viciado, siendo la de ese momento la realidad social que ha de contemplarse y no la vigente cuando se pretenda que el contrato tenga efectividad. Y siendo así las cosas, ha de concluirse que se impuso un interés superior al normal del dinero y desproporcionado, de modo manifiesto, a las circunstancias del caso.

LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL TIENE CARÁCTER SOLIDARIO. (SENTENCIA DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 1992.)

Doctrina de la Sentencia.—Se trata en el presente supuesto de una reclamación por responsabilidad extracontractual en la producción de cuyos daños intervinieron una pluralidad de culpables, la responsabilidad tiene carácter solidario cuando los causantes son varios, pesando sobre cada uno de ellos la obligación solidaria de reparar el daño íntegramente y pudiendo por tanto dirigirse el perjudicado indistintamente contra todos los responsables o contra cualquiera de ellos, constituyendo esta solidaridad la norma cuando no se demuestre o no se den los suficientes elementos conducentes a diferenciar la concreta responsabilidad de cada uno de los agentes.

RATIFICACION TACITA DEL MANDATO. (SENTENCIA DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 1992.)

Doctrina de la Sentencia —El mandatario, aunque sin representación, ha de vincular al mandante a quien beneficia la ejecución del mandato, máxime cuando tal mandante no ha objetado absolutamente nada en contra ni del mandato en sí ni de la propia ejecución del arrendamiento de la obra contratado por su marido en aras del mandato recibido. La ratificación, más que tácita, es expresa por el trascendente consentimiento de que se hagan unas obras de tal envergadura en una finca de su privativa pertenencia y de su propia administración. La Sentencia de 8 de junio de 1966, con base en el reconocimiento de una *actio de in rem verso*, permite la reclamación de la obligación contraída para la dueña de la cosa beneficiada simplemente como una acción en evitación de un enriquecimiento injusto por una responsabilidad *adjetitia qualitatis*.

EN LOS SUPUESTOS DE ERROR, EL DOCUMENTO HA DE SER CONTUNDENTE E INEQUIVOCO. (SENTENCIA DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 1992.)

Hechos.—Un agente de la propiedad inmobiliaria recibió el encargo de la artista Bárbara Rey, cuyo verdadero nombre es María García, de vender un chalet, sito en la Moraleja, que pertenecía como bien privativo a su marido, Angel Cristo, con quien estaba casada en separación de bienes. El agente intermediario encontró un comprador, quien le entregó una cantidad a cuenta. Angel Cristo negó cualquier relación con el agente de la propiedad y no vendió su chalet. Tras acumularse varias demandas recíprocas, se condena al agente a devolver al comprador la cantidad recibida.

Doctrina de la Sentencia.—De manera constante y reiterada tiene declarada la Sala que en los supuestos de error, el documento ha de ser contundente, indubitado e inequívoco *per se*, siendo preciso que las afirmaciones sentadas por el Juzgador estén en franca contradicción con documentos que por sí mismos, y sin acudir a deducciones, interpretaciones o hipótesis evidencien cosa contraria a lo afirmado en la sentencia recurrida. Estas condiciones del documento no concurren en el de autos.

En el segundo motivo se argumenta que el matrimonio formado por don Angel Cristo y doña María García no ha acreditado el hecho de tener otorgadas

capitulaciones matrimoniales ni tenerlas inscritas en el Registro Civil y el Registro de la Propiedad, es cierto que en toda inscripción de matrimonio en el Registro Civil se hará mención de las capitulaciones matrimoniales otorgadas y de las modificaciones de su contenido, tomándose razón en el de la Propiedad si afectara a inmuebles cuyas modificaciones no perjudicaran al tercero de buena fe, sino desde la fecha de su indicación de la inscripción matrimonial; y es cierto también que se presumen gananciales los bienes existentes en el matrimonio, pero no es posible imputar al Tribunal *a quo* la violación por aplicación de tales preceptos desde el momento en que se estimó acreditado que el inmueble estaba inscrito como bien privativo del esposo, al estar acogido el matrimonio al régimen de separación de bienes, cuya realidad fáctica ha quedado incólume.

J. Q. S.

C) ARRENDAMIENTOS

Arrendamientos rústicos

POR CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ

EXTINCION DE APARCERIA —LA FALSEDAD DOCUMENTAL ALEGADA NO FUE DECLARADA EN EL PROCESO PENAL SEGUIDO A EFECTO, EN EL QUE FUE ABSUELTO EL ACUSADO. ADEMAS HA CADUCADO EL PLAZO DE TRES MESES, QUE SE HA DE CONTAR DESDE LA FECHA DE LA SENTENCIA DE LO PENAL (SENTENCIA DE 5 DE OCTUBRE DE 1990.)

El Juzgado de Aranda de Duero declaró que no existía contrato de aparcería, sino de arrendamiento

No prospera el recurso extraordinario de revisión. El recurso pretende no basar la revisión en causas ajenas al litigio transmitido sino en las mismas ya debatidas en el litigio, objetivo que no es el de este recurso extraordinario, que se ha de basar en hechos ajenos al pleito y ocurridos fuera del mismo, no en los probados en él, pretendiendo un nuevo análisis y apreciación probatoria, según reiterada jurisprudencia. Las causas son las señaladas en el artículo 1.796 LEC y en este caso se habla de una falsedad en los documentos en que se fundó la sentencia, que no fue declarada en el proceso penal seguido al efecto, en el que fue absuelto el acusado. Además el recurso se ha interpuesto fuera del plazo de tres meses, que se ha de contar desde la sentencia de lo penal, sin que proceda tener en cuenta el de cinco años que señala el artículo 1.800 LEC.

RESOLUCION DEL CONTRATO.—EL ARRENDAMIENTO SE RIGE POR EL REGLAMENTO DE 1959 Y HA DE ESTARSE A LOS PRECEPTOS DE ESTE POR DISPOSICION DE LA TRANSITORIA 1.ª, REGLA 1.ª, DE LA VIGENTE LEY DE 1980, NO HABIENDO NOTIFICADO EL ARRENDATARIO SU PROPOSITO DE EJERCITAR EL DERECHO A LA PRORROGA, CONFORME A AQUELLA LEGISLACION. (SENTENCIA DE 5 DE NOVIEMBRE DE 1990.)

El Juzgado de Posadas declaró extinguido el contrato y la Audiencia de Sevilla confirmó la anterior.

No tiene éxito la casación. El arrendamiento se rige por el Reglamento de 1959 y para determinar su duración se ha de estar a los preceptos del artículo 9 de éste por disposición de la transitoria 1.ª, regla 1.ª, de la vigente Ley de 1980, que exigía para tener derecho a prórroga que el arrendatario notificase a la arrendadora su propósito encaminado a tal fin, lo que no efectuó el demandado, y procede la resolución por mutuo acuerdo de las partes plasmado en el documento de 10 de noviembre de 1985, en el que se pacta la finalización el 29 de septiembre del mismo año y que es reconocido por ambas partes. En modo alguno las conclusiones de la Sala sentenciadora pueden ser calificadas de ilógicas o contrarias a la Ley, ya que parten de la base de que el demandado recurrente suscribió el aludido documento en el que se reconocía la finalización del arriendo, reputando la existencia de mala fe en el mismo al continuar en la explotación de la finca arrendada.

ACCESO A LA PROPIEDAD.—NO PROCEDE EL ACCESO PORQUE EL CONTRATO DE 1973 SUPUSO UNA NOVACION MODIFICATIVA DEL DE 1924, LO QUE CONSTITUIA UN PACTO LICITO. POR OTRA PARTE, SE HA DE ADMITIR LA DENEGACION DE LA PRORROGA EJERCITADA POR EL ARRENDADOR AUNQUE SOLO TENGA EFECTOS DESDE EL DIA EN QUE ACABE EL PLAZO DE DICHA PRORROGA (SENTENCIA DE 29 DE ENERO DE 1991)

El Juzgado número 2 de Vitoria desestimó la demanda de los actores y apreció la de los demandados para la oposición a la prórroga, ya que pretenden el cultivo directo de las fincas arrendadas. La Audiencia de Bilbao revocó la anterior, declarando el derecho de acceso a la propiedad.

Triunfa la casación. Los demandantes traían su derecho de un contrato de 1924 celebrado con sus causantes, cultivando las fincas personalmente. Tema fundamental para la decisión de la litis planteada es el de si el contrato de 1973 constituye un contrato nuevo por el que ha de regirse la relación existente entre las partes o es continuación del de 1924. En el primer caso faltaría el presupuesto esencial de la disposición transitoria 1.ª, 3.ª de la Ley de 1980 para el derecho de adquisición forzosa del artículo 98, es decir, la existencia de un arrendamiento anterior a la Ley de 1935. Pero aun aceptando que el contrato de 1973 es continuación del de 1924, aquél supuso una novación modificativa, debiendo concluir el 30 de septiembre de 1979 o la misma fecha de 1985 caso de utilizarse la prórroga, siendo tal estipulación lícita, conforme al artículo 1.255 CC. La determinación en el contrato de 1973 del plazo de vigencia impide la aplicación de la disposición transitoria 1.ª, puesto que no se trata de contrato en el que no haya memoria del tiempo por el que se concertó, sino de una relación arrendaticia con una duración determinada por

la concorde voluntad de las partes, con sujeción a la legislación vigente en su momento, careciendo los arrendatarios del derecho de acceso a la propiedad del artículo 98. Se han cumplido los requisitos del artículo 26 para la denegación de la prórroga forzosa, no obstante el que se requiriese a los arrendatarios para que desalojasen las fincas en el plazo de un año a partir de la notificación, fecha en que no había concluido la primera prórroga de seis años, pues notificada la voluntad de los arrendadores de recuperar la posesión de las fincas con la antelación requerida del artículo 26, se han cumplido los requisitos legales y tal intención no puede ser enervada por la equivocada exigencia de abandono en cuanto al plazo, cuya consecuencia no puede ser otra que la señalada por el Juez de Primera Instancia de que los arrendatarios continúen hasta el cumplimiento de la prórroga, es decir, hasta el 30 de septiembre de 1985.

RETRACTO —EL RETRACTO SE HA DE EJERCITAR POR EL VERDADERO PRECIO Y NO POR EL QUE FIGURE EN LA ESCRITURA. PESE AL ARTICULO 1.230 DEL CODIGO CIVIL, EL DOCUMENTO PRIVADO HA DE TOMARSE EN CUENTA DADO SU ESPECIFICO OBJETO DE FIJAR EL VERDADERO PRECIO DE LA FINCA. (SENTENCIA DE 30 DE ABRIL DE 1991)

El Juzgado de Fuengirola admitió la demanda, pero revocó la Audiencia Territorial.

No prospera la casación. El aparcero fue encargado por los dueños de la finca para que buscara comprador. El precio real fue el de 26 500.000 pesetas, y no el de 1 200.000 pesetas que fue el escriturado. Una vez conocido por los retrayentes el precio real, no han afianzado ni ofrecido afianzar la diferencia entre el precio escriturado y precio real, insistiendo en adquirirla por aquél. El artículo 1.618 LEC comporta la exigencia de que tan pronto el retrayente conozca el precio real, afiance u ofrezca afianzar el pago de la diferencia entre la cantidad consignada y el precio real, ya que el retracto se ha de ejercitar por el verdadero precio y no por el simulado en la escritura (SS de 16 de mayo de 1956 y la de 20 de septiembre de 1988, entre otras). No puede alegarse infracción del artículo 1.230 CC por tener en cuenta la Sala el documento privado en el que se fijó el verdadero precio, ya que dado el específico objeto de este procedimiento —la subrogación en lugar del comprador en que todo retracto consiste—, es requisito esencial el conocimiento del precio real en que fue vendida la finca, y dicho conocimiento lo ha obtenido la Sala a través de la valoración de la prueba, entre la que figura la pericial y el referido documento privado, de las que ha obtenido la conclusión de cuál fue el precio verdadero sin que haya sido desvirtuado dicha conclusión por los recurrentes. La sentencia recurrida no desestima la acción ejercitada por el simple hecho de no haber afianzado, sino porque la única pretensión de los actores ha sido retraer la finca por el precio que figura en la escritura, única acerca de la que, por la congruencia exigida a toda sentencia, podían pronunciarse los Juzgados de la instancia, pero no conceder algo que no fue pedido. el retracto por el precio real y verdadero

Arrendamientos urbanos

NULIDAD DEL TRASPASO.—EL DERECHO DE TANTEO FUE EJERCITADO POR LOS DOS TERCIOS DE LOS COPROPIETARIOS SIN LA UNANIMIDAD QUE EXIGE EL ARTICULO 397 DEL CODIGO CIVIL. SIENDO NULO EL ARRENDAMIENTO DEL ARRENDATARIO AL QUE CEDIERON EL LOCAL AQUELLOS COPROPIETARIOS, VENDRA OBLIGADO ESTE AL ABANDONO DEL LOCAL. (SENTENCIA DE 23 DE OCTUBRE DE 1990.)

El Juzgado número 16 de Madrid desestimó la demanda en parte y confirmó la Audiencia.

Triunfa la casación. En el contrato se prohibió el traspaso sin el consentimiento de los arrendadores. Por carta del arrendatario, éste les anuncia el propósito de traspasarlo y unos arrendadores decidieron ejercitar el retracto y otros, que representan un tercio, se opusieron al mismo. No habiendo cumplido el arrendatario el compromiso de desalojar el local, se demandó por los arrendadores la resolución del arrendamiento, que obtuvo sentencia estimatoria de la demanda. Estos propietarios arrendaron de nuevo el local y ahora se pide por los otros arrendadores la nulidad del traspaso y derecho de tanteo, con la indemnización de las obras realizadas por el actual arrendatario. El artículo 37 LAU prohíbe el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto a los coarrendadores individualmente, pero si alguno no los usa, se entiende que renuncia a beneficio del que quiera retraer. En la demanda se dice que los actores no renunciaron a ejercitar un posible derecho de tanteo o retracto, siendo nulo el traspaso, debiendo recuperar el primitivo arrendatario la posesión del local y viniendo obligado el segundo arrendatario a abandonar el mismo. Los copropietarios ejercitaron el retracto sin la unanimidad que exige el artículo 397 CC y sin la renuncia de los condominos, ya que ésta no es suficiente que se deduzca de actos equívocos, sino precisa clara y terminante, actos que en modo alguno se pueden identificar con los de oposición al traspaso que se les había anunciado por el arrendatario. El artículo 398 no puede considerarse aplicable al ejercicio del tanteo porque no basta la mayoría para ejercer este derecho. Siendo nulo el traspaso, también lo es el segundo arrendamiento, sin que proceda indemnización de daños y perjuicios.

REVISION DE RENTA.—EL ARRENDATARIO ADMITIO LA NUEVA RENTA MEDIANTE EL PAGO DE LOS RECIBOS, SIN QUE PUEDA ADMITIRSE QUE LOS PAGOS SE HACIAN A CUENTA LA REVISION DEBE PARTIR DE LA RENTA QUE EN CADA MOMENTO SE PAGUE Y NO DE LA RENTA INICIAL. NO PROCEDE LA CADUCIDAD DE TRES MESES, SINO LA PRESCRIPCION DE QUINCE AÑOS, YA QUE SE TRATA DE REVISION PACTADA. LA CLAUSULA SE REFIERE A «VARIACION DEL COSTE DE LA VIDA» Y NO SOLO AL APARTADO «ALQUILERES», LIMITACION QUE NO SE HIZO CONSTAR EN EL CONTRATO. (SENTENCIA DE 29 DE OCTUBRE DE 1990.)

El Juzgado número 3 de Burgos estimó la demanda y declaró válida la cláusula de estabilización conforme al índice de precios de consumo, obligando al arrendador a devolver el exceso de la renta cobrada. La Audiencia estimó la apelación del arrendador y desestimó la de los arrendatarios.

No prospera la casación. El arrendatario admitió el importe de la nueva renta resultante tras la actualización mediante el pago de los recibos, lo que comporta un acto propio del arrendatario que no es dable desconocer. No se ajusta a la sana crítica la afirmación de los recurrentes de que los pagos se efectuaban a cuenta. Sí es ajustado que las revisiones se practiquen tomando como base la renta que en cada momento se va abonando, sin que haya sustancial alteración entre las prestaciones y el fallo. Por renta pactada, según la jurisprudencia, ha de interpretarse que para cada incremento ha de tenerse en cuenta el resultado de la variación precedente y no la inicial, pues de no aplicarse partiendo de la precedente renta actualizada, supondría un desfase, con fractura grave de la equivalencia de las prestaciones, ya que sólo así se consigue la finalidad de las cláusulas de estabilización de mantener el carácter no aleatorio sino conmutativo que es propio del contrato de arrendamiento, manifestada en la equivalencia de las prestaciones mediante corregir el nominalismo monetario. No puede decirse que a esa doctrina jurisprudencial se le dé efecto retroactivo, ya que las disposiciones aclaratorias e interpretativas no son un derecho nuevo, sino mera interpretación del vigente. La acción no caduca por el plazo de tres meses, ya que éste se refiere a los casos establecidos en la Ley, sino por el transcurso del de quince años, por tratarse de revisión pactada por las partes. La cláusula revisora no se refiere al apartado «alquileres», sino al de «variación del coste de la vida», que debe interpretarse sin referencia a la limitación que ahora se pretende y que debería haber fijado el contrato.

DECLARACION DE CONTRATO —LA CLAUSULA DE ESTABILIZACION QUE SE REMITE AL COSTE DE LA VIDA ES CORRECTA PORQUE PUEDE SUPONER EL ALZA O LA BAJA DE LA RENTA. SIN EMBARGO, AL DETERMINAR QUE NO PUEDE SER INFERIOR AL 10 POR 100 CADA DOS AÑOS, SE ELIMINA TODA POSIBILIDAD DE BAJA O DISMINUCION Y ES NULO ESTE APARTADO (SENTENCIA DE 2 DE NOVIEMBRE DE 1990)

El Juzgado número 2 de San Sebastián rechazó la demanda y la Audiencia de Pamplona estimó en parte la apelación.

Triunfa la casación. La Audiencia declaró que el contrato es de arrendamiento de industria y no de local y que era válida la cláusula de actualización o revisión de renta. Hay que mantener la calificación de arrendamiento de industria, ya que no puede revisarse la apreciación de la prueba hecha por el Tribunal de instancia. En cuanto a la cláusula de estabilización, la referencia a la fijación del precio por organismos oficiales no sólo admite la revisión al alza, sino a la baja, en el hipotético caso de que ésta se produzca. No puede predicarse lo mismo de la segunda parte de la cláusula, pues al expresarse en ella que dicho porcentaje en ningún caso será inferior al 10 por 100 cada dos años, está eliminada toda posibilidad de baja o disminución, con lo que se quebranta el principio de equivalencia de las prestaciones e infringe la doctrina jurisprudencial. Debe aplicarse la nulidad de esta última parte de la cláusula de estabilización del arrendamiento de industria desde el vencimiento del bienio de renta que se hallaba corriendo en la fecha de presentación de la demanda, ya que las rentas corresponden a dicho bienio y las anteriores han venido siendo actualizadas, con consentimiento del arrendatario, con aplicación del 10 por 100, que además era inferior al que corresponde por el índice del coste de la vida.

DENEGACION DE PRORROGA —LA SITUACION DE COTITULARIDAD DEL RECURRENTE EN REVISION CON SU SOCIO ES UNA SITUACION DE HECHO QUE NO TIENE TRASCENDENCIA EN RELACION CON LA PROPIEDAD DEL LOCAL. (SENTENCIA DE 6 DE NOVIEMBRE DE 1990.)

El Juzgado número 2 de Bilbao estimó la demanda, declarando resuelto el contrato. El mismo Juzgado rechazó el incidente de nulidad de actuaciones por no haber sido demandado el verdadero arrendatario del local.

No tiene lugar la pretendida revisión. Existe, según el recurrente, una sociedad irregular entre el demandado y el padre del recurrente para explotar un negocio de carpintería, en cuyo negocio el recurrente sustituyó a su padre al fallecer el mismo, quedando como único arrendatario al jubilarse el cotitular, siendo esta circunstancia conocida por la propietaria. Pero estos hechos no se compaginan con la postura que mantuvo en el juicio resolutorio del arrendamiento, pues si desde 1975 se jubiló y cedió sus derechos al otro socio, no es comprensible que compareciera para allanarse a la demanda e hiciera entrega de las llaves sin hacer ninguna manifestación acerca del otro cotitular, por lo que se llega a la conclusión de que, admitiendo la coparticipación en el negocio, ello fue consecuencia de una situación de hecho existente entre ambos, como la posterior cesión del primero al segundo sin que tales situaciones tuvieran una proyección hacia la propietaria del inmueble en el sentido de que los conociese y prestase su consentimiento a los mismos. Ello no obsta para que el recurrente pueda tener derecho al goce y disfrute del local a título de arrendatario haciéndolo valer en el declarativo correspondiente, pero carece de legitimación para entablar el recurso de revisión quien no fue parte en el proceso, según Sentencia de 15 de diciembre de 1989, en el que recayó la sentencia firme cuya anulación se solicitó, ya que la misma sólo puede desplegar su eficacia entre las personas que intervinieron como partes.

RESOLUCION DEL ARRENDAMIENTO.—NO EXISTE AUTORIZACION EXPRESA Y ESCRITA PARA EL SUBARRIENDO EL ARTICULO 20 LSL EXIGE ESCRITURA PARA LA TRANSMISION DE LAS PARTICIPACIONES SOCIALES, TENIENDO ESTA EXIGENCIA DE FORMA CARACTER DE ORDEN PUBLICO. (SENTENCIA DE 13 DE MAYO DE 1990.)

El Juzgado número 2 de Madrid desestimó la demanda, pero revocó la Audiencia.

No procede la casación. La cuestión de hecho se centra en el carácter con que los demandados se encuentran en el uso del local, porque de ser asociados o partícipes en la entidad arrendataria no concurriría causa de resolución y, en caso contrario, es decir, si no son socios de la mercantil demandada, sí sería procedente en relación con el documento privado de venta de participaciones de la sociedad limitada, el cual no puede surtir efectos respecto a terceros, según el artículo 1.227 CC, y además según la escritura de constitución de la sociedad limitada, la transmisión de participaciones sociales se regirá por el artículo 20 LSL que exige escritura e inscripción en el Registro Mercantil, todo lo cual lleva a la conclusión de que los demandados se encuentran en el uso del local sin justificación legal, por lo que se ha justificado plenamente el subarriendo no consentido y procede la resolución con base en el artículo 114 LAU, siendo indiferente que los arrendadores hubieran sido

antiguos partícipes de la arrendataria y conociesen que algunos de los demandados fuesen antiguos empleados, al no constar por escrito el consentimiento del artículo 22 LAU. Incluso se estableció un plazo de seis meses para la formalización de la escritura, sin que se verificase transcurrido dicho plazo. Carece de fundamento la afirmación de que la carencia de forma no obsta para que los documentos surtan efecto en los arrendamientos urbanos dado el carácter tuitivo de esta legislación porque las exigencias de la forma, en relación con los efectos de los documentos respecto a terceros, debe prevalecer al ser predicables por su carácter de orden público, cualquiera que sea el árca jurídica en que se debata la cuestión, careciendo el documento privado de fecha fehaciente hasta después de la presentación de la demanda. No puede omitirse la importancia que al respecto tiene la sanción del artículo 22 LAU de que el subarriendo de locales exige autorización expresa y escrita del arrendador, autorización que no ha existido y no ha podido acreditarse.

SUBARRIENDO.—EL CONTRATO ES DE PRORROGA DEL SUBARRIENDO, POR LO QUE DEBE CONSIDERARSE COMO TAL, Y NO COMO ARRENDAMIENTO, SEGUN PRETENDE EL RECURRENTE (SENTENCIA DE 20 DE NOVIEMBRE DE 1990.)

El Juzgado número 1 de Santa Cruz de Tenerife estimó la demanda y la Audiencia rechazó la apelación.

No procede la casación. Acreditada la existencia del contrato de arrendamiento entre el actor y el arrendatario y que ha finalizado el subarriendo, el recurrente afirma que no existe subarriendo sino un verdadero arrendamiento, pero ello choca con el documento que prorroga el anteriormente celebrado, ratificándolo y acordando su prórroga, por lo que, al término de ésta, procede la extinción del contrato. El hecho de que el subarriendo se haga sólo seis días después del arrendamiento no puede derivar en la existencia de causa ilícita, ya que esa ilicitud se estructura cuando se oponga a la Ley o la moral oposición que no cabe obtener por el mero dato de la casi coetánea redacción por suscripción del contrato de subarriendo en relación con el previo, causante del arrendamiento. Tampoco el hecho de que el importe de la renta se abone en la cuenta de la que es titular el propietario del local y no en la del actor, se puede derivar que la intención de los contratantes no sea la coherente a la de los citados instrumentos contractuales que cumplen todos los requisitos del arrendamiento y del subarriendo, que reúnen los requeridos por la legislación especial.

VALIDEZ DE CONTRATO.—ES VALIDO EL ARRENDAMIENTO AUNQUE EXISTIESEN ACTUACIONES NEGLIGENTES EN EL CONTRATO POR NO SER LA OMISION DE LA DILIGENCIA DEBIDA EN LA DECLARACION DE VOLUNTAD UNA CAUSA DE INEFICACIA EN LOS CONTRATOS. (SENTENCIA DE 4 DE DICIEMBRE DE 1990.)

El Juzgado número 1 de Málaga estimó la demanda, declarando válido el arrendamiento de local de negocio, pero la Audiencia revocó, manteniendo la validez del arrendamiento.

No tiene sentido la casación. Concertada una compraventa entre el actor y

los demadados, con precio aplazado, llegado el día del pago de este precio no se realizó, por lo que el vendedor dio por resuelta la venta y, actuando como propietario, cedió el local en arrendamiento con un derecho de opción a favor del arrendatario por el mismo precio que quedaba por pagar del primitivo de la compraventa, dejando de pagar la renta año y medio después y formulándose la demanda por los recurrentes para que se declare la extinción del contrato de compraventa y restitución de las recíprocas prestaciones. La convención pedía la validez de la compraventa y nulidad del arrendamiento. La sentencia recurrida declara la validez del arrendamiento, dando por resuelta la compraventa. No puede admitirse el error de derecho alegado por desconocer los recurrentes el idioma y la legislación española, ya que este error ha de ser interpretado con gran cautela y carácter excepcional en aras de la seguridad jurídica, debiendo aplicarse restrictivamente, teniendo en cuenta el hecho usual de aceptación de contratos por personas no peritas en Derecho, máxime cuando en la redacción de contrato intervino un Letrado que asesoró a los contratantes. Más bien lo que se acredita es que los recurrentes actuaron con evidente negligencia en la aceptación de los contratos apoyados en declaraciones negligentes, cuya aceptación no exonera de cumplir el contrato respecto de la parte que confió en la contraria, lo que en modo alguno resta eficacia al contrato por no ser la omisión de diligencia necesaria en la declaración de voluntad causa de ineficacia en los contratos. El recurrente reconoció en el requerimiento notarial, anterior a la litis, el desistimiento bilateral del contrato de compraventa, y no se puede ir contra los propios actos. El vendedor, por tanto, pudo, sin infracción de normas, darlo en arrendamiento en la forma que lo hizo para tratar de obviar el incumplimiento de tal contrato de venta por los compradores, dando así a la situación creada una solución que fue aceptada por los recurrentes, como lo demuestran los contratos de arrendamiento con opción de compra y de arrendamiento urbano que firmaron y que no han sido impugnados en su existencia por ninguna de las partes.

RESOLUCION DEL ARRENDAMIENTO.—LA CLAUSULA POR LA QUE SE ESTIPULA LA RESOLUCION DEL ARRENDAMIENTO, POR DESTINAR EL LOCAL A ACTIVIDADES DE HOSTELERIA O TRANSFORMACION DE MATERIAS PRIMAS NO FIGURA ENTRE LAS CAUSAS DE RESOLUCION DEL ARTICULO 114 DE LA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS. (SENTENCIA DE 1 DE DICIEMBRE DE 1990)

El Juzgado número 1 de Almería estimó la demanda, revocando la Audiencia de Granada.

No procede la casación. La cláusula estipulada en el contrato de resolución del arrendamiento por destinar el local a actividades de hostelería o transformación de materias primas la Sala lo rechaza por no figurar tal causa entre las establecidas por la legislación especial, teniendo en cuenta la doctrina legal que gobierna la materia expresiva de que las causas de resolución del vínculo arrendaticio están necesitadas de interpretación restrictiva (Sentencia de 20 de enero de 1951), sin que quepa la invocación de cualquiera que no figure en el Ordenamiento especial, limitación que alcanza al Código Civil e incluso a las establecidas por los contratantes, carentes de todo efecto útil, en orden a la resolución de los arrendamientos en cuanto no se acomoden al artículo 114 LAU (Sentencia de 13 de enero de 1960) y aunque se considere tal cláusula

como cláusula penal, típica obligación accesoria destinada a denunciar el incumplimiento de una obligación a la que no puede atribuírsele eficacia resolutoria del arrendamiento sin alterar su naturaleza.

C R. R.

4. DERECHO PROCESAL

POR ERNESTO CALMARZA CUENCAS

RECURSO DE REVISION.—MAQUINACION FRAUDULENTE DEL NUMERO 4 DE ARTICULO 1.796 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL (SENTENCIA DE 29 DE MARZO DE 1993)

Ponente: Excmo. Sr. don Eduardo Fernández-Cid de Temes.

Hechos.—Se interpone recurso de revisión, al amparo del número 4 del artículo 1.796 LEC, respecto de una sentencia firme dictada por el entonces Juzgado de Distrito, en juicio de desahucio por falta de pago.

El recurso se basa en el hecho de que el demandado en juicio por desahucio fue citado por edictos al no ser encontrado en el domicilio que como suyo dio al contratar.

En primer lugar se envió a los demandados una citación por correo certificado que no produjo efecto; después se intentó la citación personal, igualmente infructuosa, y finalmente se ordenó y llevó a cabo la citación por edictos.

El demandado, ahora recurrente en revisión, pretende que se entienda la existencia de maquinación fraudulenta, no obstante considerar correcto lo actuado, por no haberse interesado la citación en el local arrendado.

El TS desestima el recurso de revisión en base a la siguiente

Doctrina.—Es jurisprudencia reiterada que la maquinación fraudulenta a que se refiere el apartado 4 del artículo 1.796 LEC precisa la prueba cumplida de hechos que por sí mismos evidencien que la sentencia ha sido ganada por medio de ardides o artificios tendentes a impedir la defensa del adversario, de suerte que concurra un nexo causal eficiente entre el proceder malicioso y la resolución judicial obtenida.

Una de las manifestaciones más claras de maquinación fraudulenta consiste en manifestar desconocer el domicilio del demandado no obstante tener constancia del mismo, interesando el emplazamiento por edictos a fin de que se sustancie el juicio de rebeldía, para que no comparezca a defender sus posibles derechos; pero en el presente caso no puede apreciarse fraude en quien actuó conforme a los datos que le proporcionaron al contratar ni existe ocultamiento alguno dirigido a producir indefensión, pues se aportó el propio contrato, ocurriendo que la decisión de citar por edictos se tomó por el Juzgado conforme a la Ley (art. 1.756 LEC)

RECURSO DE REVISION.—EL MOTIVO PRIMERO DEL ARTICULO 1 796 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL EXIGE QUE EL DOCUMENTO, SIENDO ANTERIOR A LA FECHA DE LA SENTENCIA, HAYA ESTADO DETENIDO, BIEN POR FUERZA MAYOR O POR OBRA DE LA PARTE EN CUYO FAVOR SE HUBIERE DICTADO, E IGUALMENTE SE REQUIERE QUE SEA DECISIVO (SENTENCIA DE 29 DE MARZO DE 1993.)

Ponente: Excmo. Sr. don Gumersindo Burgos Pérez de Andrade

Hechos.—Se interpone recurso extraordinario de revisión contra una Sentencia firme de 18 de diciembre de 1989 dictada en juicio de desahucio por falta de pago de rentas por el entonces Juzgado de Distrito número 1 de León y contra la sentencia dictada en apelación de ésta por el Juzgado de Primera Instancia número 1 de los de dicha capital el 16 de abril de 1990.

El recurso interpuesto por el arrendatario demandado se basa en las causas 1.ª y 4.ª del artículo 1.796 LEC, manifestando haber tenido lugar la recuperación documental en la fecha de 18 de abril de 1990 y por lo tanto dentro del plazo de tres meses que señala el artículo 1.798 LEC.

Los supuestos documentos recuperados se refieren a un giro postal remitido por el demandado y aceptado por la destinataria y su devolución posterior por insuficiente.

El TS desestima el recurso en base a la siguiente

Doctrina —No ha existido la recuperación de documento alguno, los supuestos documentos (giros postales) no tienen el carácter de decisivos exigidos por la Ley, y no es posible apreciar ni atribuir maquinación de clase alguna de la parte contraria.

Toda la documentación que ahora se aporta al recurso de revisión estuvo ya a disposición de las partes en los archivos de las Oficinas Públicas de Telecomunicación, pudiendo haber sido solicitada su aportación en el período probatorio. La parte actora en el desahucio ni ocultó nada ni retuvo documento alguno ni efectuó maquinación fraudulenta de cualquier clase.

DETERMINACION DEL PLAZO INICIAL DE LOS INTERESES DEVENGADOS POR LAS CANTIDADES LIQUIDAS FIJADAS POR SENTENCIA ARTICULO 921 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL. (SENTENCIA DE 5 DE ABRIL DE 1993.)

Ponente. Excmo. Sr. don Alfonso Villagómez Rodil.

Hechos.—El Juzgado de Primera Instancia de Viella dicta Sentencia el 1 de octubre de 1985 a favor del actor don Ricardo, ordenando a determinada sociedad «BSA» el pago de una cantidad líquida de 9.816 284 pesetas, declarando respecto a los intereses legales que la condena se extendía a los mismos y «a partir de la firmeza» de la misma.

Apelada esta sentencia por el actor, la Audiencia Provincial de Barcelona dictó Sentencia el 4 de julio de 1986 acogiendo parte del recurso y manteniendo la sentencia de instancia, aunque aumentando la cuantía de la cantidad hasta 15 392 665 pesetas, cifra ésta que la Sala Primera del Tribunal Supremo declaró firme en Sentencia de 23 de marzo de 1988 al no estimar la casación posterior que promovió la sociedad «BSA».

La sentencia de la Audiencia de Barcelona no contiene pronunciamiento alguno respecto a los intereses correspondientes a la cantidad líquida que otorga.

En el trámite de ejecución de sentencia el Juzgado dicta auto estableciendo que los intereses a computar serán los correspondientes a la fecha inicial de 23 de marzo de 1988, fecha de la sentencia de casación.

Apelado este auto ante la Audiencia Provincial, ésta dispone como fecha de cómputo de los intereses la de 1 de octubre de 1985, fecha de la sentencia de instancia.

Esta última resolución es objeto de casación, en la cual el TS sienta la siguiente doctrina

Doctrina.—El artículo 921 LEC señala que en los supuestos en que las sentencias condenen al pago de una cantidad líquida ésta devengará en favor del acreedor desde que aquella fuera dictada en primera instancia y hasta que sea totalmente ejecutada el interés anual que el precepto contiene, «salvo que en alzada se pronunciase resolución totalmente revocatoria».

En este caso el Tribunal de Apelación no realizó pronunciamiento alguno sobre los intereses, es decir, no hizo uso del arbitrio que le otorga el referido artículo 921, que exige, en todo caso, el correspondiente razonamiento jurídico, teniendo lugar la producción de intereses de forma automática *ope legis*.

En base a lo expuesto el Alto Tribunal determina que los intereses han de ser los de la suma de 9.816.284 pesetas, cantidad fijada por la sentencia del Juzgado, y desde la fecha de la misma. Como en apelación se mantuvo la sentencia generadora de los intereses correspondientes, éstos persisten en todos sus efectos, pues la cantidad no ha perdido consistencia de liquidez; ahora bien, al haber procedido el Tribunal sentenciador a incrementar la misma hasta la cifra de 15.392.665 pesetas, este exceso devenga también intereses, cuyo cómputo lo determina la fecha de la sentencia de apelación.

LAS CAUSAS DE INADMISION DEL RECURSO DE CASACION LO SON DE DESESTIMACION. (SENTENCIA DE 19 DE ABRIL DE 1993)

Ponente. Excmo. Sr. don Eduardo Fernández-Cid de Temes.

Hechos.—Los actores, ahora recurrentes en casación, ejercitaron una acción reivindicatoria que les fue desestimada tanto por el Juzgado como por la Audiencia al acoger la excepción de cosa juzgada que alegó la demandada.

La acción reivindicatoria tenía por objeto una finca rústica valorada con fecha 10 de mayo de 1988 a efectos del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales en 400.000 pesetas, aunque en la demanda rectora del proceso no se determinó la cuantía conforme a las reglas del artículo 489 LEC, manifestándose simplemente que el procedimiento a seguir es el de menor cuantía.

El TS desestima el recurso en base a la siguiente

Doctrina.—Atribuir la cualidad de «inestimable» a una cuantía que no es sino «inestimada» y que puede determinarse por las reglas del artículo 489 LEC constituye un fraude procesal en orden a conseguir la posibilidad de un recurso de casación cuya ilegitimidad no puede salvarse ni incluso por la concurrencia de la voluntad de las partes.

En el presente caso la finca reivindicada no pudo en unos meses alcanzar un valor superior a los 3.000.000 de pesetas cuando se le había atribuido el de 400.000 pesetas y sigue teniendo naturaleza rústica, por lo que no alcanza la cuantía mínima exigida por el artículo 1.687.1º LEC para poder acceder a la casación.

Y es doctrina reiterada que los motivos legales en que puede fundarse la no

admisión del recurso son pertinentes al resolver sobre el fondo, para desestimarlos, aun cuando se haya admitido Sentencias de 8 de marzo y 26 de junio de 1991, 7 de noviembre y 7 de diciembre de 1989, 5 de octubre de 1987, 20 de febrero de 1986, etc.

CUESTION DE COMPETENCIA. (SENTENCIA DE 23 DE ABRIL DE 1993.)

Ponente. Excmo. Sr. don Mariano Martín-Granizo Fernández.

Hechos.—Se promueve cuestión de competencia en un juicio declarativo ordinario de menor cuantía en reclamación de cantidad derivada del incumplimiento de contratos de venta y mantenimiento de maquinaria en todos los que se contiene una cláusula que expresa lo siguiente: *a)* En los de venta de maquinaria, que son dos: «Jurisdicción, Costas y Gastos. Las partes se someten en caso de litigio a los Juzgados y Tribunales de Madrid, con expresa renuncia a cualquier otro fuero que pudiera corresponderles». *b)* En los de mantenimiento, que son también dos: «Todas las controversias que puedan surgir en relación con este contrato quedarán sometidas a la jurisdicción de los Tribunales de Madrid, con expresa renuncia de cualquier otro fuero y domicilio».

Los cuatro contratos aparecen suscritos por ambas partes contratantes.

El TS declara competente al Juzgado de Primera Instancia de Madrid en base a la siguiente

Doctrina.—La cláusula de sumisión es perfectamente acogible a la vista de lo dispuesto en el artículo 57, en relación con el artículo 56, ambos de la LEC, pues se acomoda a la doctrina del Supremo, ya que aparece suscrita por ambas partes y es concreta y expresa

CUESTION DE COMPETENCIA. (SENTENCIA DE 10 DE MAYO DE 1993)

Ponente: Excmo. Sr. don Mariano Martín-Granizo Fernández

Hechos.—Ante el Juzgado de Primera Instancia número 23 de los de Barcelona se formula demanda incidental sobre el derecho al honor personal y profesional contra la excelentísima señora fiscal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y el excelentísimo señor Fiscal Jefe del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

El Ministerio Fiscal, de acuerdo con el artículo 82 LEC, interesa se requiera al Juzgado antes citado para que se abstenga de conocer los autos y remita a la Sala Primera del Tribunal Supremo los antecedentes que obren en el Juzgado sobre dicho procedimiento.

El TS declara competente a la propia Sala Primera en base a la siguiente

Doctrina.—Si se tiene en cuenta. 1.º Que se trata de una competencia objetiva cuyo fundamento se encuentra en la calidad profesional de las personas demandadas, excelentísimo señor Fiscal Jefe del TSJ de Cataluña y una Fiscal de dicho Alto Tribunal, el primero de los cuales tiene la condición de Magistrado del TS, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 33.1 del EOMF, en relación con el 435.2 y DA 9.ª de la LOPJ. 2.º Que la naturaleza de la acción ejercitada no es otra que la de exigir una responsabilidad civil a los demandados, y 3.º Que en el momento actual el juicio se encuentra únicamente pendiente de dictar sentencia

La resolución no puede ser otra que la atribución de competencia a la Sala Primera por aplicación de lo dispuesto en el artículo 55.2 LOPJ en relación con los citados 33.1 EOMF, 435 y DA 9.ª LOPJ, habida cuenta de la categoría profesional de Magistrado del TS del Fiscal Jefe del TSJ de Cataluña, competencia que se extiende por el principio de unidad de la causa a la Fiscal demandada.

LAS CAUSAS DE INADMISION DEL RECURSO DE REVISION SE CONVIERTEN EN CAUSAS DE DESESTIMACION (SENTENCIA DE 11 DE MAYO DE 1993.)

Ponente: Excmo. Sr. don José Almagro Nosete

Hechos.—Ante la Audiencia Provincial de Barcelona se formula recurso de audiencia por don G.M.V. contra doña J.B.C. a fin de que le sea concedida audiencia en el juicio de cognición sobre resolución de contrato de arrendamiento seguido por esta última ante el Juzgado de Primera Instancia número 34 de los de Barcelona (antes de Distrito núm. 11), en el que se dictó sentencia en rebeldía de don G.M.V.

Por la Audiencia se dictó sentencia estimando la demanda y declarando que procedía prestar audiencia a don G.M.V.

Doña J.B.C. formaliza recurso de casación al amparo del número 5 (hoy núm. 4) del artículo 1.692 LEC, infracción de las normas del Ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto del debate

El TS desestima el recurso en base a la siguiente

Doctrina.—La LEC reconoce la existencia de dos regímenes procesales diversos respecto de las audiencias en rebeldía:

a) El previsto en el artículo 779 LEC, que tras atribuir la competencia para conocer de los incidentes de esta naturaleza a la Audiencia que haya dictado o a cuyo distrito pertenece el Juzgado de Primera Instancia cuya sentencia haya quedado firme, reconoce que contra la sentencia que los resuelve declarando haber o no haber lugar a que se oiga al litigante condenado en rebeldía «no se dará otro recurso que el de casación».

b) Y el que corresponde a los «juicios verbales», a los que, por supuesto, no alcanza el recurso de casación

En lo que concierne al «juicio de cognición», los «incidentes» se sustancian por los trámites del juicio verbal ordinario (arts. 66 y 68 LEC), lo que induce en buena lógica a pensar que ésta es la regla aplicable a incidente de audiencia al rebelde.

RECURSO DE REVISION —ES INEXCUSABLE LA FIJACION POR EL RECURRENTE DEL ELEMENTO TEMPORAL «DIES A QUO» —LEGITIMACION ACTIVA —SOLO PROCEDE CUANDO CONTRA LA SENTENCIA NO QUEPA MEDIO IMPUGNATORIO ALGUNO.—ES DE INTERPRETACION RESTRICATIVA. (SENTENCIA DE 17 DE MARZO DE 1993)

Ponente: Excmo. Sr. don Jaime Santos Briz

Hechos.—Ante el entonces Juzgado de Distrito número 3 de Gijón se interpone demanda por don C.F.J., en su calidad de arrendador, contra «Berne,

S. L.», arrendataria, sobre desahucio de local por falta de pago de rentas, dictándose sentencia estimando la demanda.

Por la entidad «Almacenes Electrodomésticos, S. A.», se interpone recurso de revisión con apoyo en el número 4 del artículo 1.796 LEC. Esta entidad basa su derecho en una supuesta cesión de los derechos de arriendo y traspaso sobre el local, hecha a su vez por los adjudicatarios en vía de apremio de estos derechos, según un auto de Magistratura de Trabajo.

El TS desestima el recurso en base a la siguiente

Doctrina.—Dado el plazo de tres meses de caducidad para interponer el recurso de revisión, es inexcusable la fijación por el recurrente del elemento temporal *dies a quo*, lo que no acontece en este caso, según se desprende de los hechos narrados en la propia sentencia.

En cuanto a la legitimación activa del recurrente, el juicio de desahucio por falta de pago se sigue entre don C.F.J., arrendador, y la entidad arrendataria «Berne, S.L.», proceso a que no había motivo legal alguno para citar y emplazar a la entidad ahora recurrente ni tampoco a los adjudicatarios del derecho de arriendo y traspaso por un auto de la Magistratura de Trabajo.

Además la sentencia recaída en juicio de desahucio por falta de pago no obsta el juicio declarativo posterior, es decir, tiene un limitado efecto de cosa juzgada que en ningún caso afectaría a la recurrente.

Y la doctrina y la jurisprudencia están de acuerdo al sostener qué partes en el recurso de revisión son todos los que hubiesen litigado «y sólo ellos», y que se ha de tratar de una sentencia «firme», lo que lleva a decir que sólo procede este excepcional recurso cuando contra la sentencia no quepa medio impugnatorio alguno, condición de firmeza que no es predicable de las sentencias dictadas en juicios ejecutivos y lo mismo en los desahucios.

CUESTION DE COMPETENCIA.—EL LUGAR DE CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES ES AQUEL EN EL QUE SE HAYA HECHO ENTREGA DE LAS MERCANCIAS. (SENTENCIA DE 13 DE MAYO DE 1993.)

Ponente: Excmo. Sr. don Alfonso Barcala Trillo-Figueroa.

Hechos.—Se plantea cuestión de competencia entre los Juzgados de Primera Instancia de Onteniente (domicilio del vendedor) y el de Antequera (domicilio del comprador).

El supuesto de hecho versa sobre una compraventa de plantas que origina el ejercicio por el vendedor, parte actora, de una acción no ejecutiva dirigida a obtener del comprador, parte demandada, el pago de la parte del precio pendiente de abono.

Entre otros documentos se adjuntan un justificante de la agencia de transporte indicativo de que la remisión de la mercancía era a portes debidos y una nota de entrega en la que se expresa, mecanográficamente, «Portes debidos», y en letra impresa: «Las plantas viajan por cuenta y riesgo del comprador y a portes debidos desde la salida del almacén» y «En caso de litigio el comprador se somete a los Tribunales de Onteniente, con renuncia expresa a cualquier otro fuero o domicilio», en cuya nota aparecía una firma y rúbrica estapada al pie de la frase impresa: «Conforme con las condiciones expresadas. Recibí».

El TS resuelve la cuestión de competencia planteada en favor del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Onteniente en base a la siguiente

Doctrina.—De conformidad con la doctrina del TS y por aplicación de lo

dispuesto en el artículo 1 171 CC, en relación con los artículos 1.500 del mismo texto legal y 50 del de Comercio, el lugar de cumplimiento de las obligaciones es aquel en el que se haya hecho entrega de las mercancías; y según constante jurisprudencia, cuando la mercancía viaja a «portes debidos» y en defecto de cláusula de sumisión expresa o tácita aquella se entiende entregada en el domicilio del vendedor.

Además, también es criterio jurisprudencial que en defecto de sumisión o de haberse fijado lugar de cumplimiento de la obligación es preferente el domicilio del vendedor, en el cual se supone entregada la mercancía siempre que no hubiera viajado a portes debidos, lo que no acontece en el presente caso.

ARTICULO 24 DE LA CONSTITUCION ESPAÑOLA.—TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. (SENTENCIA DE 14 DE MAYO DE 1993.)

Ponente: Excmo. Sr. don Alfonso Barcala y Trillo-Figueroa.

Hechos.—En incidente promovido por don Robert N. ante la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, a fin de ser oído contra la sentencia firme de fecha 31 de enero de 1989, dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 1 de dicha capital y recaída en autos de juicio declarativo de menor cuantía seguidos contra el referido señor N., en expresado Tribunal por Sentencia de 5 de octubre de 1990 declaró no haber lugar a la audiencia solicitada.

Contra esta última sentencia se interpone recurso de casación argumentando que el hecho de permanecer el demandado en prisión, enfermo y recibiendo asistencia en el hospital del centro penitenciario y no conociendo el idioma español, suponían la imposibilidad de acceder al Boletín en que se publicaron los edictos, con clara infracción del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE.

El TS casa la sentencia objeto de impugnación, concediendo al recurrente don Robert N. el derecho de audiencia solicitada en base a la siguiente

Doctrina.—Una cosa es que la citación por edictos no resulte incompatible con el artículo 24 CE y otra que su eficacia impida el acceder a la audiencia al litigante rebelde cuando se prueba que el conocimiento de los edictos publicados le era prácticamente imposible y aunque no se cumplan todos los requisitos del artículo 777 LEC.

En este caso, la circunstancia de encontrarse en prisión el señor N. al tiempo de ser emplazado por edictos, unida a la de desconocer el idioma español, implica la práctica y razonable imposibilidad de acceder a la lectura del Boletín en que se publicaron. Su ignorancia del idioma representaba un obstáculo harto difícil, desembocando todo ello en una material indefensión que no puede atribuirse a un comportamiento omisivo del interesado o a una inobservancia de la diligencia necesaria; *habiendo declarado el TC que la aplicación del artículo 24 CE viene exigiendo una interpretación del Ordenamiento procesal en el sentido más favorable a la efectividad de derecho a la prestación de justicia*.

Todo ello lleva al Alto Tribunal a declarar que existió infracción del artículo 24.1 CE, infracción que acontece no obstante la falta de concurrencia de las circunstancias 2.ª y 3.ª del artículo 777 LEC.

LA OMISION DE LA NOTIFICACION PREVISTA EN EL ARTICULO 1.490 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL DETERMINA LA NULIDAD ABSOLUTA DEL JUICIO EJECUTIVO. (SENTENCIA DE 14 DE MAYO DE 1993.)

Ponente: Excmo. Sr. don Luis Martínez-Calcerrada y Gómez.

Hechos —La Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Baleares formula demanda en juicio declarativo ordinario de menor cuantía sobre nulidad de actuaciones judiciales llevadas a cabo en el juicio ejecutivo 337/85 del Juzgado de Primera Instancia de Ibiza. Las causas de nulidad que aduce son:

1.ª La omisión de la notificación prevista en el artículo 1.490 LEC.

2.ª La no publicación de los edictos de la pública subasta en el *BOE*, según previene el artículo 1.488 LEC.

El Juzgado de Primera Instancia de Ibiza dicta sentencia desestimando la demanda, señalando

1.º Respecto de la primera, que no se puede soportar esa causa de nulidad puesto que la entidad bancaria actora, al inscribir la hipoteca de que era titular con fecha 27 de enero de 1986, podía conocer que las fincas registrales hipotecadas se encontraban embargadas a resultas del ejercicio ejecutivo 337/85. Si se tiene en cuenta que el Registro es exacto e íntegro, es evidente que al susodicho acreedor hipotecario le correspondía probar el desconocimiento del embargo de las fincas embargadas y del procedimiento judicial correspondiente; y

2.º Respecto de la segunda, se razona que habiéndose publicado los edictos en los diarios provinciales de Baleares y en el diario *ABC*, no se acredita que se haya producido indefensión, ya que constan en las actuaciones instrumentos procesales para que las personas o individuos afectados hubieran tenido posibilidad de acceso a la ejecución.

Apelada dicha decisión, la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca estima el recurso de apelación y la demanda, declarando la nulidad del juicio ejecutivo 337/85, así como la adjudicación de los bienes hipotecados a favor del actor, ejecutante, y su posterior cesión de remate a «Exclusivas Formentera, S.A.», retrotrayendo las actuaciones procesales al momento previo al de la adjudicación.

La nulidad se basa en:

a) La omisión de la notificación prevista en el artículo 1.490 LEC, así como lo establecido en el artículo 236 LOPJ, por no notificarse a la parte actora (acreedor hipotecario) el estado de la ejecución para que pudiera intervenir en el evaluó y subasta a que tenía derecho por ser su inscripción registral de 27 de enero de 1986 de fecha anterior a la certificación de cargas exigida en el artículo 1.489 LEC, de fecha 15 de enero de 1987.

b) Por no haberse publicado los edictos de subasta en los correspondientes Boletines Oficiales.

La cesionaria del remate, «Exclusivas Formentera, S.A.», interpone recurso de casación contra la anterior resolución por infracción del artículo 242 LOPJ, en relación con el artículo 1.490 LEC, considerando que la omisión de la notificación prevista en el artículo 1.490 LEC había sido subsanada conforme a lo establecido en el artículo 242.1.º LOPJ, y ello en base a la publicidad que supone la inscripción registral en los libros del Registro de la Propiedad.

En definitiva, el problema que se suscita en el presente recurso es el de determinar si la omisión de la notificación prevista en el artículo 1.490 LEC (y que hoy corresponde ejecutar a los Registradores) puede o no considerarse

como causa de nulidad absoluta de un juicio ejecutivo o si dicha infracción no tiene mérito suficiente para acarrear tales consecuencias.

El TS se inclina por considerar tal omisión como causa de nulidad en base a la siguiente

Doctrina.—A la vista del artículo 1.490 LEC, es indudable el derecho de los acreedores hipotecarios (hoy, tras la reforma de la Ley de 30 de abril de 1992, titulares que figuren en la certificación de cargas y que consten en asientos posteriores al gravamen que se ejecuta) de conocer el estado de la ejecución, derecho que ha sido vulnerado en este caso porque:

1) No se comunicó al acreedor la existencia de este procedimiento, así como el estado de la ejecución correspondiente.

2) No puede estimarse que sea el acreedor hipotecario el que tenga la carga de probar su desconocimiento del procedimiento judicial correspondiente.

3) Se privó al acreedor de sus derechos correspondientes, la posibilidad de personarse en el procedimiento de apremio para intervenir en el avalúo y subasta de los bienes.

El artículo 1.490 LEC consagra un derecho autónomo y distinto al que pudiera derivar del conocimiento por la publicidad del Registro de la Propiedad y que no puede subsanarse o suplirse por éste.

Finalmente, señala «obiter dictum» el Magistrado Ponente, que refuerza esta tesis el hecho de que con el fin de vigorizar el cumplimiento de esta notificación se le impone como deber, tras la reforma de la Ley de 30 de abril de 1992, al propio Registrador

LOS ACTOS JUDICIALES DE COMUNICACION DE RESOLUCIONES SE RIGEN POR EL PRINCIPIO DE LA RECEPCION Y NO POR EL DEL CONOCIMIENTO —ARTICULOS 263 Y SIGUIENTES DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL. (SENTENCIA DE 17 DE MAYO DE 1993.)

Ponente: Excmo. Sr. don Francisco Morales Morales.

Hechos.—Mediante escritura pública de fecha 7 de agosto de 1975, los cónyuges don Miguel Roca y doña Ana Brito hipotecaron a favor del Banco Hipotecario un apartamento-duplex, número 62, de su propiedad.

Posteriormente, por escritura pública de 14 de abril de 1976, vendieron este apartamento-duplex a don Rafael Dombidau y don Ramón Naranjo y a sus respectivas esposas. Esta venta no fue comunicada al BH a los efectos previstos en el artículo 36 de la Ley de 2 de diciembre de 1872.

Vencido el plazo del préstamo sin que se hubiera hecho efectivo, se inició la ejecución de la hipoteca por parte del Banco, requiriéndose de pago a don Miguel Roca y esposa.

Como de la certificación expedida por el Registro de la Propiedad en el proceso de ejecución aparecía que los titulares dominicales (terceros poseedores) del apartamento eran don Rafael Dombidau y esposa y don Ramón Naranjo y esposa, se acordó por el Juzgado citarlos para la subasta y para que pudieran suspender el procedimiento previo pago de las cantidades adeudadas.

Esta notificación se practicó por cédula de fecha 11 de enero de 1980, que literalmente es como sigue: «CITACION: En Mogan, a once de enero de mil novecientos ochenta, yo, el Secretario, cité en legal forma, con entrega de cédula de notificación y citación a don Rafael Dombidau Santana, doña Lucre-

cia Gil Sánchez, don Ramón Naranjo Hernández y doña María Rosa Ramírez García domiciliado en Ap. 62 de Jamaica, y no hallándoles, se me manifiesta en recepción por el Sr. Contreras Ruiz que desde el verano no vienen por el mismo y recibe la cédula de notificación y citación manifestando la entregará si apareciesen por dicho apartamento o en su caso de enterarse de su paradero les pasaría el oportuno aviso y en prueba firma, doy fe.»

Celebrada la subasta el mejor postor fue el propio Banco ejecutante, el cual cedió el remate a favor de don José Bruno Hernández Medina.

Con fecha 28 de mayo de 1980 el propio Juzgado, de oficio, otorgó escritura pública de venta del apartamento subastado a favor del cesionario.

Mediante escritura pública de fecha 24 de abril de 1980, don Rafael Dombidau y esposa y don Ramón Naranjo y esposa vendieron el expresado apartamento-duplex a don Luis Granados y esposa

En base a lo anterior, don Luis Granados y esposa, don Rafael Dombidau y esposa y don Ramón Naranjo y esposa promovieron contra don Miguel Roca y esposa, don José Bruno Hernández Medina y Banco Hipotecario el proceso de que dimana este recurso alegando que había sido defectuosamente practicada la expresada diligencia de citación

A casación, al amparo del número 3 del artículo 1 692 LEC, por infracción del artículo 24 CE, aducen como motivo más interesante para este resumen que la diligencia de notificación y citación de fecha 11 de enero de 1980 carece de los requisitos legalmente exigidos para la validez de la misma.

El TS no estima este motivo, aunque sí otro relativo a costas, en base a la siguiente

Doctrina.—Los actos judiciales de comunicación de resoluciones se rigen por el principio de la recepción y no por el del conocimiento, y en concordancia con ello los requisitos del artículo 268 LEC vienen establecidos en función de que quede debidamente constatada la identidad del receptor de la cédula, quien asume la obligación de entregarla al destinatario o destinatarios de la misma al no haber sido éstos hallados en su domicilio.

Estos requisitos del artículo 268 LEC aparecen cumplidos en la diligencia objeto del recurso, ya que al haber de practicarse la notificación y citación a los señores Dombidau y Naranjo y sus esposas (propietarios del apartamento 62) en el edificio Jamaica, en que se halla ubicado dicho apartamento (extremo no cuestionado), al no ser hallado los mismos en el referido domicilio, el Secretario Judicial practicó la notificación y citación por medio de cédula (art 266 LEC) que fue entregada a una persona que quedó plenamente identificada por medio de sus apellidos y que era el recepcionista o conserje del mencionado edificio.

LAS CAUSAS DE INADMISION DEL RECURSO DE CASACION OPERAN COMO CAUSAS DE DESESTIMACION. (SENTENCIA DE 24 DE MAYO DE 1993.)

Ponente: Excmo. Sr. don José Almagro Nosete.

Hechos.—Se trata de un recurso de casación interpuesto contra una sentencia dictada en apelación de la recaída en incidente seguido como trámite legal de la pieza quinta sobre calificación de una quiebra necesaria.

El TS desestima el recurso en base a la siguiente

Doctrina.—Para que resoluciones de naturaleza análoga a ésta lleguen al TS por medio del recurso de casación, ha de referirse, bien a incidentes de tal

modo que la resolución haga imposible la continuación del juicio principal, siendo éste, a su vez, de los que tienen la posibilidad de acceder a la casación, bien a resoluciones para las que expresamente se admita «en las circunstancias y conforme a los requisitos que vengan establecidos».

Ninguno de estos dos supuestos concurre en el presente caso:

a) Las quiebras, en cuando conjunto de actuaciones de un orden de proceder que comprende varios aspectos desarrollados en piezas, carecen de acceso a la casación, es más, la pieza esencial y principal del juicio universal, esto es, la relativa al auto de declaración de la misma, tampoco llega a la casación conforme se desprende de los artículos 1 330 y 758 LEC y 1 031 CCom de 1829.

b) El incidente de calificación ni impide ni obstaculiza la tramitación de la pieza de declaración, puesto que se desenvuelve con relativa autonomía

LA PUBLICIDAD REGISTRAL FRENTE A TERCEROS NO CIERRA EL PASO A CUALQUIER OTRO MEDIO DE CONOCIMIENTO POR VIA EXTRARREGISTRAL. (SENTENCIA DE 14 DE JUNIO DE 1993.)

Ponente: Excmo. Sr. don Alfonso Barcala y Trillo-Figueroa

Hechos.—La sociedad «Bearin Bar, S.L.», cuyo Procurador actuaba en virtud de designación *apud acta* efectuada por doña María Asunción Sáez Azpiroz, en su condición de Director Gerente de la citada compañía mercantil, demandó en juicio de retracto gracioso al matrimonio constituido por don A. y doña B. y a la entidad Caja de Ahorros Municipal y Monte de Piedad de Pamplona en relación a un local comercial

Este local, ocupado por el bar Bearin, había salido a la venta en pública subasta como finca especialmente hipotecada para garantía del préstamo reclamado en autos del artículo 131 LH a instancia de la mencionada Caja de Ahorros contra la sociedad actora, habiéndose verificado la aprobación del remate del mismo a favor de don A.

El Juzgado estimó la demanda y declaró haber lugar al retracto, resolución ésta que fue confirmada en apelación por la Audiencia.

Contra esta última resolución don A. y doña B. formulan recurso de casación alegando como único motivo la infracción del Ordenamiento jurídico por cuanto la sentencia recurrida, aun teniendo en cuenta lo establecido en los artículos 11.2 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y 121 del Reglamento del Registro Mercantil dice que aunque el nombramiento de doña María Asunción Sáenz no conste inscrito en el Registro, surte efecto sus actos, debiéndose considerar que «Bearin, S.L.», a pesar de los pleitos habidos, nunca ha ratificado lo realizado por la que dice ser su representante, y es el artículo 2 del citado Reglamento el que establece los efectos de la no inscripción

El Alto Tribunal declara no haber lugar al recurso en base a la siguiente

Doctrina —Señala el Supremo que si bien es cierto que el apartado tercero del artículo 2 RRM establece que «los documentos sujetos a inscripción y no inscritos no producirán efectos respecto de terceros», que viene a ratificarse en el también reglamentario artículo 121 al decir «será obligatoria la inscripción del nombramiento y aceptación de los administradores en el RM», y completarse con el artículo 11 de la LSRL al prescribir «el nombramiento de los administradores surtirá efectos desde el momento de su aceptación, y

deberá ser presentado, para su inscripción, en el RM», no es menos cierto que *la publicidad registral frente a terceros, a fin de no verse perjudicados en su buena fe contractual, no cierra paso a cualquier otro medio de conocimiento por vía extrarregistral*, y que, en todo caso, la inscripción no tiene carácter constitutivo o de validez del nombramiento de los administradores sociales o directores gerentes, como aparece confirmarse por el citado artículo 11.2 LSRL al distinguir dos momentos en el nombramiento: el de su aceptación y posterior presentación en el Registro, pero especificando que aquél surtirá efectos desde la aceptación.

E C. C.

INFORMACION BIBLIOGRAFICA

BARÓ PAZOS, JUAN: *La codificación del Derecho civil en España (1808-1889)*, Servicios Públicos de la Universidad de Cantabria, Santander, 1992, 322 págs.

La obra *La codificación del Derecho civil en España (1808-1889)* constituye un estudio pormenorizado de la misma, erigiéndose el libro de JUAN BARÓ PAZOS, responsable del área de conocimiento de Historia del Derecho y de las Instituciones de la Universidad de Cantabria, en un manual que ofrece una visión completa y detallada de un proceso complejo y que acabó con la redacción y aprobación del actual Código Civil

La estructura seguida por el autor es en sí misma aclaratoria del fenómeno codificador distinguiéndose las diversas etapas que presiden el proceso y analizadas no sólo jurídicamente, sino teniendo en cuenta los diferentes avatares políticos y sociales surgidos en el siglo XIX. En cuanto a su contenido, éste será analizado y comentado más adelante.

Son muchas las obras publicadas que directa e indirectamente se refieren a la codificación española, pero hay que resaltar cómo la mayoría de ellas estudian aspectos parciales de la misma; así: Las Memorias de ALONSO MARTÍNEZ sobre el Derecho de propiedad (*Estudios sobre el Derecho de propiedad*, 1874); *Estudios de Derecho notarial*, de AVILA ALVAREZ, 1982; *La libertad civil y el Congreso de juriconsultos aragoneses*, de J. COSTA, 1883; *Los principios de inspiración y los precedentes de las leyes hipotecarias*, de L. Díez-PICAZO, 1974, así como estudios sobre legislación foral, institutos del Derecho civil como familia, matrimonio, etc. Pero el presente trabajo constituye una visión global y aclaratoria de un fenómeno tan importante como determinante en la posterior evolución jurídica

Supone realmente el siglo XIX el desarrollo de ideas surgidas ya a fines de la centuria anterior tendentes a la supresión de viejas estructuras jurídicas y a su sustitución por un nuevo Ordenamiento jurídico, el cual estará presidido por las nuevas ideologías políticas, sociales y económicas, como, por ejemplo, el dominio de la clase burguesa, las teorías iusnaturalistas sistematizadas por principios racionalistas, la aparición del Estado de derecho, el concepto de constitucionalismo, el reconocimiento de los derechos individuales. ., y todo ello se verá reflejado en los distintos Códigos nacionales o leyes especiales elaboradas en esta época.

El doctor BARÓ divide su obra en cinco partes, estando dedicada la primera, bajo el título «Sumario», al estudio de los aspectos generales de la codificación civil, así como al estado de la historiografía sobre la misma. En esta parte se deja patente cómo la codificación es un instrumento para lograr la unificación jurídica y política de los nuevos Estados de régimen liberal. Se habla de unificación jurídica porque su objetivo no es cambiar sustancialmente el derecho, sino ofrecerlo de forma sistematizada, racional y concisamente. También su-

pone una unificación política y muestra de ello serán los nuevos principios rectores de la sociedad del siglo XIX que trascienden al campo jurídico. Se puede considerar a la Revolución francesa una de las causas directas de la constitución de Estados de derecho. El establecimiento de estos Estados de derecho supone un cambio social (destacar el papel predominante de la burguesía) y el nacimiento de un nuevo Derecho producto de un racionalismo iusnaturalista. Pero también hay que tener en cuenta la Revolución Industrial del siglo XVIII, la independencia norteamericana e, incluso, la propia sociedad española de la época, produciéndose un cambio radical en las estructuras políticas a raíz de la reunión de las Cortes de Cádiz en 1810. Y todo ello debe unirse al nuevo orden jurídico cuya máxima expresión lo constituye el constitucionalismo que confiere a la norma fundamental del Estado carta de naturaleza como Ley Suprema estableciendo límites al Estado frente a la sociedad.

Tal y como señala el autor, la codificación aparece inducida por el constitucionalismo, y así el ya tan conocido artículo 258 de la Constitución de 1812: «El Código Civil, Criminal y de Comercio serán unos mismos para toda la monarquía»; con ello aparece la idea de un Código Civil único para toda la nación, pero las dificultades técnicas y políticas dan lugar a que su culminación se produzca a finales del siglo XIX.

Señala el autor cómo en España la situación política, económica y cultural fue distinta a la francesa, no pudiéndose hablar en nuestro país propiamente de revolución; y en este sentido podemos señalar que si bien la Revolución francesa fue determinante en la redacción del Código Civil napoleónico, en nuestro país lo que realmente debió ser una consecuencia de las ideas revolucionarias (codificación civil) supuso en realidad el último paso en la codificación española, ya que antes se produjo la del Código Penal, Código de Comercio, Ley de Enjuiciamiento Criminal, Ley de Enjuiciamiento Civil. Se señalan en el libro las diversas causas que motivaron este retraso, y entre ellas cabe señalar: 1.ª La configuración territorial de nuestro país. La existencia de regiones con tradición jurídica propia no era favorable para la unificación del Derecho civil. Ello queda manifestado en diversos proyectos de codificación civil no culminados y cuya crítica ha versado en su carácter centralista. 2.ª La existencia de jurisprudencia abundante que viene a resolver prontamente cuestiones concretas.

También el autor ha dejado plasmado en su obra las referencias obligadas a la codificación civil europea. Su análisis es importante a efectos de una mejor comprensión de la materia, ya que si bien no es objeto de su estudio la codificación general europea, la simple referencia nos hace observar las pretensiones de los países avanzados jurídicamente, resolviendo en primera instancia sus necesidades legales e iniciando un proceso que contagió también a España.

La segunda parte del libro está dedicada a los diversos proyectos de Código Civil que se elaboraron hasta la constitución de la Comisión General de Codificación. En ella se vislumbra de qué forma la diversidad legislativa existente era dispersa y ello, sin perjuicio de que tuvieran dichas leyes un nivel jurídico elevado, conllevaba una inseguridad jurídica sobre todo por la complejidad que se observa entre las diversas fuentes del Derecho.

Los Estados de derecho, entre otras cosas, suponen el establecimiento de una jerarquía normativa que implica un orden y prelación de fuentes y, por ende, una aclaración sobre la norma aplicable, dejando atrás las diversidades y desigualdades que conllevaba la vigencia de distintos cuerpos legales vigentes y no sistematizados.

El autor señala que lo que hizo que se introdujera en nuestro país de modo oficial el fenómeno codificador fue la Constitución de Cádiz de 1812.

Se hace un estudio en esta parte del proyecto de Código Civil de 1821; para su elaboración se nombró una comisión oficial compuesta por miembros exclusivamente de las Cortes. El carácter más sobresaliente del mismo, desde un punto de vista formal, será su perfección en la sistematización y su carácter doctrinal, siendo por esto último por lo que la obra dirigida por GARELLY «no pasó inadvertida», debido a que supuso una doctrina civil que colmó las lagunas que implicaba la ausencia de doctrina científica.

El proyecto de CAMBRONERO de 1833 alcanzó un paso hacia adelante en materia foral. Aun cuando esta cuestión no era de solución pacífica, se destaca del proyecto el intento de resolverla, pero fue éste el que hizo que al proyecto se le calificara de ecléctico.

Destaca el proyecto de 1836 el que la Comisión especial estuviera compuesta por miembros que no lo eran de las Cortes. Es un proyecto completo y éste fue su mérito.

Estudiado por el autor el contenido de los diversos proyectos referidos y analizando incluso sus estructuras y contenidos de forma detallada y documentada en la que tiene en cuenta también las circunstancias políticas —si bien los proyectos de codificación señalados llevan la firma política por el carácter de los miembros que componen las comisiones especiales—, pasa al estudio de una tercera parte, que titula «Etapas de oficialización de la codificación».

Con la constitución de una Comisión General de Codificación se avanza en la tarea codificadora por dos razones, como es el que se dé carácter permanente a la misma y por la profesionalidad de los miembros que la componen. El autor se va refiriendo uno por uno a los distintos componentes, haciendo una breve referencia sobre su trayectoria profesional.

Después de distintos trabajos preparatorios se elaboró el proyecto de Código Civil de 1851 considerándolo como primer eslabón que culmina con la redacción actual del Código. Son muchas las cuestiones que del mismo aborda el autor —y no es de extrañar debido a su importancia— relativas a su estructura, contenido, aspectos formales, principios que lo inspiran, instituciones que contempla, consecuencias del proyecto, etc., que desde luego deberían tenerse en cuenta.

Las causas señaladas en cuanto a la no aprobación definitiva del proyecto del 51 o también conocido como proyecto de GARCÍA GOYENA son por todos sabidas, así como su carácter centralista y por tanto antiforalista. Este antiforalismo queda latente en el artículo 1.992 del mismo, en el que estaban derogados «fueros, leyes, usos y costumbres anteriores a la promulgación de este Código...». También su carácter afrancesado fue objetado. Pero ésta que ha sido una crítica tradicional al citado proyecto se puede considerar remitida porque este carácter, de serlo, carece según la mayoría de la doctrina de interés.

Hay que resaltar que a las ya conocidas críticas, BARÓ resalta otras, aportando más documentación al estudio de la codificación, como la falta de asentamiento de los principios liberales de la época en que fue redactado o bien que el proyecto se adelantó en el tiempo, o la absorción en nuestro país del régimen liberal que tardó en llegar y habría que esperar a la Revolución de 1854, cerrándose con ella la «Década moderada» que determinó, entre otras cuestiones, la nueva concepción del derecho de propiedad, consúltese en dicho sentido la Ley Madoz de 1855 o la Ley Hipotecaria de 1861 y 1869.

La parte cuarta del libro está dedicada sobre todo al estudio de la legislación especial que supone «una alternativa temporal a la codificación». La ausencia de un Código Civil hizo necesaria la regulación por leyes especiales de materias necesitadas de reglamentación. La sociedad, las ideas y formas de vida, el desarrollo del comercio e industria, etc., avanzaban, surgiendo lagunas legales que exigían una nueva normativa. Este fue el marco que generó las anteriores leyes citadas, considerándose a la legislación hipotecaria como una de las mejores realizaciones decimonónicas en cuanto asentó un régimen jurídico de la propiedad inmobiliaria, si bien y sin entrar en su estudio, algunos aspectos de su contenido han sido criticados, como, por ejemplo, la cuestión de las hipotecas legales. Otras leyes publicadas fueron la Ley del Notariado de 1862, Ley de Matrimonio Civil de 1870 (ésta fue la única cuya materia fue objeto de regulación en el Código Civil), Ley de Registro Civil de 1870, Ley de Minas de 1871, Ley de Aguas de 1879 y la Ley de Propiedad Intelectual del mismo año.

Por último, en esta parte se hace referencia a la labor jurisprudencial del Tribunal Supremo considerándola esencial, ya que se encuentra ligada a la seguridad jurídica, pero su labor es importante no sólo en aquella época, sino también en la actualidad y de ello se hace eco nuestro Código Civil al señalar en su artículo 1, párrafo 6, «la jurisprudencia complementará el Ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la Ley, la costumbre y los principios generales del Derecho». Pero también ha tenido en cuenta el autor dicha labor judicial, sobre todo en materia de recursos de casación y de nulidad que hizo posible «la igualación formal de derechos para todos los ciudadanos».

La quinta parte del libro está dedicada a la «Etapa de culminación de la labor codificadora». Se procede a la reorganización de la Comisión General de Codificación, dividida en dos Secciones (Sección 1.ª o de asuntos civiles, y Sección 2.ª o de asuntos criminales), compuesta cada una de ellas por ocho vocales «elegidos entre las eminencias de la Magistratura, del profesorado y del foro», incorporándose un miembro que representaba cada uno de los territorios de Cataluña, Aragón, Navarra, Vascongadas, Galicia e islas Baleares.

Hace el doctor BARÓ, al igual que lo hizo en el estudio del Proyecto de 1851, una referencia a los miembros que componen la Comisión, así como de las Memorias de los vocales adscritos a la Comisión General: por Cataluña, MANUEL DURAN Y BAS; por Aragón, LUIS FRANCO LÓPEZ; por Navarra, ANTONIO MORALES; por Vascongadas, MANUEL DE LECANDE Y MENDIETA, por Balcares, PEDRO RIPOLL Y DE PALAU, y por Galicia, RAFAEL LÓPEZ LAGO.

Se hace también un estudio de los proyectos de Ley de Bases, la cual fue sancionada el 11 de mayo de 1888 por la que se «autoriza al Gobierno para publicar un Código Civil con arreglo a las condiciones y bases establecidas en la misma» (art. 1).

Destaca el profesor santanderino las fuentes del Código Civil, tanto las legales y, dentro de ellas, las españolas —así diversos proyectos de Código Civil, proyecto de Ley de Bases— y las extranjeras, como el Código Civil francés de 1804, que sobre todo influyó en artículos del Libro IV; el Código italiano de 1865, el cual se tuvo en cuenta en la redacción de artículos del Libro III y del IV en institutos como ocupación, donación, derecho de acrecer; el portugués de 1867, que también se utilizó para la redacción de varios artículos de los Libros II y IV... como las doctrinales, y en este caso las obras de LE PLAY o TOCQUEVILLE en materia de sucesión testamentaria, de DOMAT y POTHIER, etc.

Los comentarios y críticas al Código Civil son abundantes y de variado signo. Son por todos conocidas las críticas positivas y negativas hechas al mismo, pero ante todo se advierte como es un Código que responde a su época y en el que se recogen los principios naturales del orden burgués como propiedad privada, autonomía de la voluntad, libertad de contratación.., siendo consecuencia de la expansión de estos principios la elevación de las normas contenidas en el Código a la categoría de Derecho común.

No obstante, algún sector doctrinal considera que es demasiado conservador aun para la época en que fue promulgado, por ejemplo, en materia de derecho de familia o en el fundamento del concepto de propiedad basado en una propiedad agraria cuando la urbana va adquiriendo mayor protagonismo. Se destaca también la ausencia de verdaderas materias civiles, algunas eran ya objeto de regulación específica y, al contrario, la observancia de normas de carácter administrativo.

En cualquier caso son muchos los criterios de valoración del Código Civil, criterios que no cesarán y que versan sobre distintas materias, como el hecho de que el Código mantenga el monopolio de ser Derecho común, el vigor de los derechos forestales sobre todo a raíz de la publicación de sus respectivas compilaciones; el desarrollo del Derecho administrativo o el crecimiento de normas especiales en materias propias de Derecho privado.

Pese a todo ello y como destaca BERCOVITZ, es «indispensable actualizar el Código Civil... en esta razón radica su significado más profundo y su principal valor... debe seguir siendo considerado como el primer cuerpo legal del Ordenamiento civil..., la renovación del Código debe ser llevada a cabo sin precipitación», y realmente todo ello es posible dado el contenido de la disposición adicional tercera: «En vista de estos datos, de los progresos realizados en otros países que sean utilizables en el nuestro y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la Comisión de Codificación formulará y elevará al Gobierno cada diez años las reformas que convenga introducir» Esa era la letra; otra cosa fue la música y los resultados que son de todos conocidos.

La valoración que nos merece la obra del profesor JUAN BARÓ no puede ser menos que positiva desde cualquier punto de vista generalista en que se la tenga en cuenta. No obstante, advertimos que la misma tiene más de atinado resumen de las conclusiones técnicas llevadas hasta ahora sobre el particular en materia codificadora civil, siendo deudor en manera notable de aportaciones ajenas, que de una construcción crítica novedosa en la que se detecten singularmente valoraciones y enfoques sobre nuestra codificación que rompan con muchos de los sagrados tabúes doctrinales de autores de relevancia notable o de lucubraciones teóricas traducidas en una jurisprudencia crítica y dialéctica respecto al texto normativo.

CONCEPCIÓN SERRANO ALCAIDE

GAZZANIGA, JEAN LOUIS: *Introduction historique au droit des obligations*, Presses Universitaires de France, París, 1992, 296 págs.

JEAN LOUIS GAZZANIGA es catedrático de Historia del Derecho, de las Instituciones y de los Hechos Sociales de la Universidad de Toulouse I, aparte de Abogado en ejercicio, con amplias conexiones internacionales, discípulo de PAUL OURLIAC, con quien publicó en 1985 una *Histoire du Droit privé français*

de l'an mil au Code civil, ha sido profesor en la Universidad de Pau et Pays de l'Adour.

El autor en su libro *Introduction historique au droit des obligations* presenta las grandes etapas de la historia de las obligaciones estudiando su evolución. Analizando esta obra se pone de manifiesto que no es fácil condensar en un manual de extensión pequeña un tema tan complejo e importante como es el Derecho de obligaciones, siendo su estudio una mera pretensión.

Demostrado queda a lo largo de la historia de los pueblos la necesidad de regular jurídicamente sus relaciones, modos, conductas, acciones o hechos con trascendencia tanto desde el punto de vista económico como social, personal e incluso moral, y analizando las distintas etapas históricas se pone de manifiesto que la mayoría de estas relaciones tienen como base jurídica la obligación. Ahora bien, un estudio minucioso del concepto de obligación, elementos, clases, fuentes y efectos unido a los distintos principios rectores de la vida social, política, económica y de la moral predominantes en las diversas épocas convierten al mismo en un proyecto. Esto se observa por doquier en el libro de GAZZANIGA, en el cual se plasma que la tarea no es fácil, al contrario es ardua y a ello no habría que dedicar un libro sino varios para poder estudiar la obligación desde los pueblos primitivos hasta nuestros días.

Pero el propio autor es consciente de todo ello y así elude la responsabilidad que supone el análisis de su contenido titulando la obra como una introducción (e incluyendo su monografía dentro de una colección de introducción a diversas ramas del Derecho, dirigidas a alumnos de las diferentes materias histórico-jurídicas especiales que se cursan en Francia), cuestión esta discutible pues hay que resaltar que figuras como el contrato es contemplado con mayor profundidad, sobre todo en el Derecho romano, mientras que la obligación o la responsabilidad son analizados superficialmente. Es también necesario poner de manifiesto que desde un punto de vista pedagógico la obra no aporta nada nuevo; la estructura seguida no ayuda a esclarecer las diversas etapas del Derecho de obligaciones, lo que sería de agradecer para los que se inician en el estudio del Derecho y conseguir así una mejor comprensión de las instituciones y de las aportaciones doctrinales y jurisprudenciales que tan importantes son en el desarrollo del mismo.

El libro consta de tres partes, dedicándose la primera de ellas al estudio de la obligación en las diversas etapas, la segunda se refiere a la figura del contrato y en la tercera se apuntan generalidades sobre responsabilidad.

Por lo que se refiere a la primera parte, destacar que el concepto de obligación queda claro partiendo de los textos romanos, así la definición ya clásica de JUSTINIANO dada en las Instituciones, 3,13. «*Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alienius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura*», aunque el concepto de obligación aceptado por las escuelas se supone más racional al definirla como un «*iuris vinculum, quo necessitate adstringimur ad aliquid dandum, vel faciendum, vel praestandum*».

Parte GAZZANIGA de los conceptos de obligación dados en los textos romanos para inmediatamente entrar en el estudio de su naturaleza jurídica y fuentes. Pero no destaca los factores que determinan la evolución de la obligación con claridad que, sin embargo, la doctrina italiana, así CIMBALI deja claro en su obra *La nueva fase del Derecho civil*, y son: el respeto de la personalidad frente al Estado y las necesidades y condiciones de la vida en los distintos pueblos y períodos.

Algunas cuestiones quedan en el aire, y así, ¿supone la obligación un límite

a la libertad individual? ¿Cómo incide esta idea en épocas en las que la libertad individual y privada tienen escasa significación? ¿Eran las primeras relaciones entre particulares relaciones de crédito?

En el Derecho romano se proclamó como principio fundamental que no bastaba el acuerdo de voluntades para crear obligación, ello será reflejo del sentido formalista de los pueblos antiguos en los que se exigían determinados gestos o símbolos necesarios para crear obligación.

La obra legislativa más importante es la realizada por JUSTINIANO, las Instituciones fueron terminadas en el año 533 a.C., concluyendo la etapa legislativa del Derecho romano con el *Corpus iuris civilis*. Pero es a partir de este momento donde el estudio del Derecho de obligaciones, en particular, se complica. Las distintas invasiones realizadas por los diferentes pueblos implican el asentamiento de reglas o usos que varían según las gentes, regiones y épocas. Si con la llegada del Imperio se inicia una tarea de sistematización y unificación del Derecho, hay que señalar su dificultad debido a la influencia del elemento extranjero. El pueblo germano, con una legislación más arcaica y menos avanzada que la romana, supuso el asentamiento de diversas costumbres que impedirán durante un tiempo el desarrollo y desenvolvimiento del Derecho romano. El Derecho canónico es otro elemento influyente en materia de obligaciones que proclamó de modo claro el principio «pacta quantumcumque nuda, servanda sunt».

Todo ello lleva a GAZZANIGA a señalar que la evolución de la obligación es confusa, caracterizándose el derecho de esta época por la superposición de reglas y usos. En consecuencia existe una diversidad legislativa que dificulta la unidad del Derecho promulgándose diversas leyes especiales que regulen las distintas materias. Es en este punto donde más crítica merece el autor. Pasa de un análisis claro y detallado de las obligaciones en el Derecho romano a un estudio superficial de la época medieval; hace referencia a los principios morales y cristianos y ahí se detiene. Ello le lleva a concluir diciendo que dos etapas caracterizan la historia del Derecho de obligaciones: el Derecho romano y el siglo XIX con una tendencia hacia la abstracción.

Si hay una evolución de la obligación hay, pues, una evolución de su concepto, y si afirma el autor que el derecho de obligaciones no es inmutable, sin embargo es de extrañar que considere como nota de permanencia del mismo el que la obligación crea un vínculo entre dos personas, cuando la mayoría de la doctrina abandona el concepto vínculo sustituyéndolo por el de relación presentando con ello el aspecto activo de la misma (crédito) y no sólo el pasivo (deuda), que tan importante es a efectos de responsabilidad, extinción, mora, etc.

Se echa de menos en la primera parte del tratado un estudio pormenorizado de diversos aspectos, a saber: 1) la estructura jurídica de la obligación sobre todo de su objeto, la prestación como conducta, 2) el estudio del problema de las fuentes de las obligaciones que todavía no ha recibido una solución definitiva, siendo rara la ausencia de comentario a la reconstrucción de la teoría de las fuentes hecha por DEMOGUE, el cual, considerando que en cierto sentido todas las obligaciones son legales, este carácter —al ser tan general— no resulta útil y así es más necesario atender a la voluntad privada que produce consecuencias prácticas sobre todo en materia de capacidad, siendo éste el criterio para que DEMOGUE distinga los siguientes grupos de fuentes: el contrato, la voluntad unilateral del deudor, los actos ilícitos, la voluntad del acreedor y el simple hecho; 3) y un cuadro que presente los diversos tipos de obligación y los criterios mantenidos para su clasificación.

En la segunda parte del libro se trata de la figura del contrato y en ella se vuelve a seguir una trayectoria semejante a la primera parte. Se estudia el contrato con mayor detenimiento en la época romana y se oscurece este análisis en la época intermedia, para referirse por último a la etapa codificadora y evolución posterior.

¿Cuáles han sido los criterios que en cada legislación se han establecido para determinar la base fundamental a que ha de ajustarse la formación del contrato? Se establecen los llamados sistemas de contratación que se pueden reducir a dos fundamentalmente: el formalista, propio de los pueblos primitivos, aunque presenta dos períodos de evolución como es el sistema religioso y el civil (este último propio de las civilizaciones romana y germánica) y el espiritualista (Derecho canónico) que atiende sólo al consentimiento.

El sistema civil romano consideró que no toda promesa de deuda tenía validez jurídica ni era susceptible de dar una *actio*, siendo necesaria una causa o fundamento jurídico, así una forma especial, siendo manifestación el contrato verbal y el literal; o una prestación como en los contratos reales (mutuo, comodato, depósito y prenda); o bien un reconocimiento especial del Derecho civil u honorario, los contratos consensuales (compraventa, arrendamiento, mandato y sociedad). Las demás convenciones eran simples pactos, *nuda pacta* que careciendo de efectos civiles sólo producían obligación natural. Pero éstos *nuda pacta* fueron más adelante revestidos de efectos civiles por estar agregados a contratos de buena fe (*pacta adiecta*) o por reconocimiento del Derecho pretorio (*pacta praetoria*) o por las Constituciones imperiales (*pacta legitima*)

El Derecho bizantino supone un gran paso en la evolución contractual, elaborándose teorías acerca de los contratos innominados, de los pactos y de los cuasicontratos, refiriéndose a ellos el autor someramente. Así se abordan los temas de una manera limitada, ni siquiera hay un estudio auténticamente evolutivo con aportaciones de la doctrina extranjera, por ejemplo la italiana o la alemana, doctrinas que no pueden eludirse en esta materia.

La figura del contrato y su posterior evolución nos obliga a abordar la doctrina del negocio jurídico que sobre el mismo elaboró la pandectística alemana, figura que actualmente viene a absorber en gran parte los conceptos que tenían emplazamiento en la teoría general del contrato, lo que podía haber hecho GAZZANIGA en el capítulo cuarto de la parte segunda de su libro al titular la sección primera como «De la remise en cause au déclin du contrat?»

Otro aspecto que merece crítica es que no se aborde el problema de la causa en materia contractual. La teoría de la causa, aun cuando se puede decir que es compleja, debería por lo menos haberse expuesto.

Quedan claros los principios que inspiran la época codificadora (libertad, autonomía de la voluntad, igualdad, propiedad), reflejándose los mismos en los diversos Códigos decimonónicos y por tanto en la regulación que en ellos se hace del contrato. Con el siglo XX aparecen nuevas relaciones sociales y económicas y también nuevos conceptos: bien común, abuso del derecho... que hacen necesaria una revisión de conceptos tradicionales. El intervencionismo del Estado incluso en institutos propios del Derecho privado (por ejemplo, la familia), y la exaltación de la idea de la comunidad conllevan una crisis ideológica del contrato. Se puede hablar de una concepción social del mismo ejercida a través de unos límites establecidos para atemperar su fuerza obligatoria no sólo al tiempo de su celebración, sino durante la vida del mismo, surgiendo en nuestro tiempo nuevas categorías contractuales que práctica-

mente dejan anuladas la libertad de los contratantes (contratos de adhesión, contratos colectivos...). Todo ello ha provocado una extensa literatura jurídica que versa sobre su naturaleza jurídica y efectos, siendo decisiva la actuación judicial en materia de interpretación de las cláusulas abusivas.

Teorías como el socialismo o el catolicismo social tienen su fundamento en que los límites a la autonomía de la voluntad descansan sobre ideas como bien social, justicia, surgiendo una quiebra de los principios tradicionales que no tienen otra causa sino limitarla, acotar la libertad individual, transformar el concepto de propiedad, y todo ello por exigencias morales dominantes y por el mantenimiento del equilibrio social. Consecuencia de estos principios son la legislación posterior: así el nuevo Derecho agrario, la política monetaria, las nuevas leyes sobre arrendamiento..

La última parte del libro está dedicada al estudio de la responsabilidad, cuyo concepto ha tenido diversas fases a lo largo de la historia. En un principio la responsabilidad era personal y nacía del delito. El delincuente podría pactar con la víctima, pero el débito surgido de este pacto no constituía una obligación natural desprovista de coacción civil. El siguiente paso en la evolución era poder garantizar la palabra dada y así se añadiría al débito una garantía especial, creándose una responsabilidad que el débito por sí solo no podía dar. Si el deudor, en esta fase, no cumplía quedaba sometido a penas personales. Pero esta obligación penal se transformará en patrimonial gracias a la promulgación de la Ley Poetelia del año 326 a C. que abolió la institución del *nexum*, y más adelante por la introducción de la *bonorum venditio* al final de la República, gracias a la cual el procedimiento ejecutivo tomó figura patrimonial.

Responsabilidad personal y patrimonial coexistieron durante el Derecho romano y gran parte de la Edad Media, desapareciendo a mitad del siglo XIX los vestigios de responsabilidad personal. No obstante, merece destacar cómo la figura de la prisión por deudas fue recogida por el Código Civil francés.

La desaparición de la responsabilidad personal será una de las consecuencias de la evolución jurídica del concepto de obligación, ya que si en un principio la obligación produce una sujeción del deudor o del acreedor, SAVIGNY dio su formulación definitiva concibiendo la obligación como un señorío sobre los actos del deudor, formulación criticada en cuanto sólo atiende al elemento subjetivo o personal y no tiene en cuenta el patrimonial.

Para nada queda claro en el libro objeto de esta recensión el estudio de la responsabilidad generada por los diversos hechos a que puede dar lugar. Tampoco la distinción entre débito y responsabilidad que tan de cabeza ha traído sobre todo a la doctrina alemana. GARCÍA GALLO en su manual *Historia del Derecho español* resalta que no se han intentado explicar los textos medievales desde el ángulo visual de la distinción entre los indicados elementos de la relación obligatoria.

La responsabilidad es entendida como el poder del acreedor para restablecer su equilibrio patrimonial. El acreedor tiene en la obligación un interés, siendo éste el elemento económico que hay que precisar a efectos indemnizatorios.

Debe contemplarse también el concepto de daño, que puede ser contractual o no, y ellos nos lleva a analizar el daño moral, centrándose sobre el mismo el debate de si es o no susceptible de indemnización. Sin entrar en él, señalar sólo la importancia que ha tenido la jurisprudencia en esta materia.

No puede saltarse por alto la responsabilidad generada por el incumpli-

miento y por el cumplimiento anormal de las obligaciones. Ello ha llevado a GAZZANIGA al estudio sobre todo del concepto de culpa y su proceso evolutivo distinguiéndose la culpa contractual y la extracontractual o aquiliana. Actualmente se consagra la responsabilidad por todo hecho que cause daño y que se produzca por dolo o culpa. Si en el Derecho romano sólo eran fuente de responsabilidad extracontractual ciertos hechos típicos especiales (*furtum*, rapiña, daño a las cosas), actualmente todo hecho ilícito del hombre que cause daño a otro, realizado intencional o negligentemente, es fuente de obligación. Dos sistemas se siguen para la imposición de la responsabilidad aquiliana: el subjetivo o responsabilidad subjetiva que deriva de la culpa en que ha incurrido el autor del hecho, y el objetivo o responsabilidad objetiva que atiende a la relación de causalidad entre el acto del agente y el daño producido. El primero ha sido el que tradicionalmente se ha seguido desde el Derecho romano, pero el segundo, y merced a los avances tecnológicos, al desarrollo industrial, a la deshumanización del trabajo..., ha conseguido abrirse paso en las legislaciones para casos especiales.

La teoría de la responsabilidad objetiva no ha sido pacífica en la doctrina, incluso no falta quien opina que se ha quedado estancada, ya que ninguna legislación la ha adoptado como criterio general para resolver el problema de la responsabilidad civil; pero a ello habría que objetar que eso no es lo que pretende, sino que su acogimiento aun cuando fuera para casos especiales lo aconsejan razones de justicia, equidad o conveniencia. Pero hoy los casos especiales empiezan a ser regla general y en consecuencia cada vez hay más legislación que recoge la responsabilidad objetiva, sobre todo porque su concepto es ampliado y hay que conectarlo con la idea del riesgo. Señala JOSSE-RAND que existe un riesgo creado debido a las nuevas modalidades laborales (por ejemplo, en cuestiones nucleares, medio ambiente...) en los que la responsabilidad individual es insuficiente, habrá, pues, una exigencia de responsabilidad objetiva que toma como base la solidaridad social y que será tenida en cuenta en toda la legislación posterior, tomando carta de naturaleza.

CONCEPCIÓN SERRANO ALCAIDE

MUÑOZ SABATÉ, L.. *Técnica probatoria. Estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso*, Praxis, 4.ª edición, corregida y aumentada. Formularios, Barcelona, 1993.

En esta dura —pero divertida— tarea de recensionar libros se plantea frecuentemente la «congruencia» o no del recensionista con el tema del libro o de la monografía. Aunque a veces, como en esta ocasión, echa uno las campanas al vuelo y aunque del tema sepa poco, esto es, le sea poco familiar, aborda el mismo con una valentía digna de mejor causa. Debo confesar —y éste es el medio probatorio— que la materia, aun siendo estrictamente procesal, guarda ciertas relaciones con algunos de los elementos de prueba que manejo en mi profesión, y eso me respalda para la aventura que inicio de recensionar un libro o trabajo, casi exhaustivo, sobre la prueba que ya ha alcanzado la cuarta edición, lo que acredita su bondad y su utilidad.

Al evolucionar los tiempos y al introducirse en las relaciones sociales y humanas el elemento económico, comienza a fallar la «palabra dada», la *pal-mata*, la promesa, el juramento, etc. El hombre —al materializarse— pierde

credibilidad, y en cuanto te descuidas te «vende la burra» aun con mataduras. Cuando termino de preparar oposiciones, allá por unos años que están en los archivos históricos (y la frase tiene su sentido que luego explicaré) leí alguna noticia sobre la prueba testifical, y quiero ahora reproducir aquello que para mí se me quedó grabado y me puso en el puesto de «centinela» en materia de pruebas.

Veréis, en el año 1951 se celebró en Filadelfia un experimento sobre el valor de las declaraciones testificales. Un Congreso de psicólogos celebrado en dicha ciudad organizó un experimento interesante: en medio de un baile que se encontraba muy concurrido con varios centenares de personas, irrumpió un «payaso» que venía perseguido por un negro que le amenazaba con una pistola. Después de una pequeña lucha, el payaso cayó al suelo, el negro disparó un tiro y luego huyeron los dos de la sala. Todo ello duró escasamente dos minutos y la escena se impresionó en una película. Doscientos asistentes al acto fueron requeridos para que escribiesen un testimonio de lo sucedido en el baile. Sólo *siete personas* describieron con exactitud lo que había pasado. El resto sólo contó puras fantasías: la escena duró diez minutos, el negro iba desnudo, en vez de un disparo hubo ocho tiros, el payaso tenía las manos esposadas y el negro llevaba un cuchillo entre los dientes...

Esta anécdota que relato es elemento más para que el estudioso de la obra que recensionamos se dé cuenta de las «dificultades» de la prueba en el proceso. No tiene otro valor que lo anecdótico. Lo mismo sucede con otra noticia que aparece en los periódicos de estos días en la que se cuenta que en la India un loro ha ayudado a resolver a un Juez para dilucidar a cuál de los dos litigantes pertenecía el animal. El loro, buen imitador de la voz humana, resolvió el dilema cuando llamó por su nombre a los hijos de uno de ellos. Creo que no hacen falta más anécdota que podrían extraerse del campo literario y el histórico, pues aquí lo importante es dar cuenta del contenido del libro.

El libro entiendo que es monográfico sobre el tema de la prueba y sus dificultades y consta de una introducción y cinco grandes partes, seguidas de unos formularios, una guía de las abreviaturas empleadas, un índice de conceptos y otro sumarial, y todo ello va precedido de un Prólogo que realiza a la primera edición SANTIAGO SENTÍS MELENDO, que nos advierte de la gran dificultad de hacer un prólogo a un libro que, siendo original, exige una atenta lectura para poder valorarlo íntegramente. Si la fijación de los hechos es la parte más importante de la sentencia que se realiza a través de los medios de prueba, es indudable que el estudio de ellos es decisivo para el logro pretendido. Plantea el prologuista un tema importante, y es el de la «prueba de los indicios». La creación de una «ciencia de los indicios» (semiótica) está vinculada a esa factibilidad heurística que constituyen la innovación científica y básica del libro. Acaso el problema mayor de toda la materia probatoria esté en determinar cuándo el indicio se convierte en medio de prueba, pero el problema de la prueba es el punto más débil de la administración de justicia. Y este problema, tan fundamental, se resuelve por el autor a través de la presunción como centro de gravedad.

En la Introducción el autor abre el tema del estudio y hace una serie de precisiones muy a tener en cuenta a la hora de enjuiciar la materia: mientras en otras profesiones se han logrado nuevos medios para el progreso de la humanidad, la justicia está todavía manejando armatostes medievales que sólo tienen el don de la espectacularidad; la ciencia jurídica ha dedicado su atención a los conceptos, olvidándose de los hechos, que es la razón de la prueba;

después de preguntarse hasta qué punto es imperfecta la LEC y explicar el plan de la obra, termina diciendo que «he empezado hablando de la ineficacia del Derecho y termino haciendo profesión de fe en una Justicia más científica que proporcione a los hombres mayor seguridad de la que actualmente dispensa»

I. NECESIDAD DE LA PRUEBA

Quizá puedan reducirse a cinco los problemas que el autor estudia en esta primera parte de la obra y que versan sobre la necesidad de la prueba, su alcance, la proyección externa y la interna, así como el de su mediatización. Cada uno de ellos está desarrollado por el autor con un aspecto crítico que nos lleva a plantearnos una serie de interrogantes en la valoración de sus afirmaciones. Con la brevedad que exigen estas notas repasamos problemas y apuntamos ideas dominantes en la tesis del autor.

En el primer tema el autor destaca cómo la prueba es la parte más débil de la administración de justicia, y de poco le vale a una persona hallarse en posesión del derecho, de la norma que le protege, si en el momento procesal oportuno no logra demostrar los hechos que constituyen la hipótesis legal. Respecto al «alcance», el autor se refiere a dos puntos concretos: el mito de la verdad judicial y la probabilidad como nivel suficiente de evidencia. La proyección «externa» contiene el estudio de los problemas de admisión de la prueba, tasación de la misma exhibición e intermediación. La problemática «interna» de la prueba lleva consigo el examen de los instrumentos probatorios, las dificultades que encierra la prueba y las materias de difícil prueba constituidas por hechos antiguos, ilícitos, íntimos, negativos, psíquicos, virtuales, etc.

Me interesa destacar cómo el autor al llegar —entre los medios de prueba— a las presunciones *iuris et de iure* dice que nada tienen que ver con el concepto de presunción, ya que se trata de auténticas normas jurídicas que por un erróneo enfoque debido casi siempre a razones históricas reciben esta incorrecta formulación. Su presencia proclama una perpetua rendición del legislador frente a la investigación científica de la verdad. Estas ideas me sirven para confirmar que la presunción *iuris et de iure* que lleva consigo el principio de fe pública registral no puede considerarse como tal, pues permite la prueba en contra y la anulación del asiento, lo que sucede es que no perjudica al tercero.

El último de los temas de este capítulo va en la obra antes del que me he referido, pero lo hice así ya que en él se trata la mediatización de la prueba (o utilizando la terminología del autor: *los factores metaheurísticos*), que pueden ser absolutos o relativos. No es lo mismo un documento amañado con fines de evasión fiscal en un pleito de retracto arrendaticio que en un proceso fiscal. Dos puntos últimos son fundamentales y se enlazan con la mediatización a efectos fiscales que pueden producir la alteración ideológica de documentos o la elusión procesal de los mismos.

II METODOLOGIA DE LA PRUEBA

Una vez señaladas las dificultades que lleva consigo la prueba, el tema central de este capítulo contiene toda la teoría del autor sobre los conceptos

de las presunciones (método inferencial) y los indicios (o visión fenoménica) Creo que podría resumirse el contenido de este extenso capítulo destacando la posición del autor, quien dice que «el indicio es sinónimo de signo, señal o huella. Indicio es la cosa, el suceso, el hecho conocido del cual se infiere otra cosa, otro suceso, otro hecho desconocido Debemos, pues, prescindir en absoluto de considerar el indicio como una forma lógica de pensar, al modo de la presunción. Decir que un indicio es una presunción resulta tan absurdo como, por ejemplo, afirmar que una cerilla es el fuego».

III. CRITOLOGIA DE LA PRUEBA

Los medios diversos de prueba (o instrumentos probatorios, como los denomina el autor) para lograr el conocimiento judicial de la verdad se someten a una crítica que se divide en tres partes: la de los testimonios de partes y terceros, la prueba pericial y la de documentos. Todas ellas son importantes, pero en nuestro campo las que más influyen son las críticas documentales y, en ellas, las que surgen por la autoría de los mismos, la grafía, la materia, los extremos susceptibles de falsificación, las alteraciones, las imitaciones, etc

IV. EL PROCESO COMO INSTRUMENTO DE PRUEBA

Creo que quedan resumidas en los primeros párrafos que el autor dedica a esta materia y que luego desarrolla como los indicios a través de las conductas y las inferencias excriminales Dice el autor que «desde el punto de vista probatorio el proceso constituye una plataforma marcadamente hipersensibilizante, en donde las conductas de los litigantes se hallan sujetas a una comprensión violenta tanto por el clímax emocional desencadenado como por el rígido condicionamiento que les impone la estrategia adoptada», concluyendo con la idea de que el proceso tiene una lógica interna y una dinámica psicológica, pero que representan una posibilidad heurística valiosísima de la cual carece el historiador, en otros aspectos probatorios tan comparado y semejante al Juez.

V. APLICACION DE LA PRUEBA

Dos puntos toca el autor: el cálculo de la prueba o método que el Abogado ha de seguir para el enfoque de la misma y los «heurigramas» o representaciones gráficas de la fórmula probática que remedian las posibles imprevisiones y olvidos.

Prometí al comienzo cómo cuando se están haciendo oposiciones e incluso cuando se sacan, quedan muy lejanos los tiempos de la jubilación; pero cuando ésta llega, como es mi caso, comienza una dura tarea que es la de la prueba, pues si uno quiere cobrar los derechos pasivos debe probar que pagó un día las cantidades obligatorias, y en esto no valen indicios, fotocopias, presunciones o conjeturas.. Y cuando uno solicita de una Delegación de Hacienda certificación de esos ingresos —sobre todo los de los primeros años—, le dicen a uno: eso está en el «*archivo histórico*» Esta puede ser una

nueva dificultad que brindo al autor para que la incluya en próximas ediciones.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

ARNÁIZ EGUREN, R : *Los aparcamientos subterráneos Notas sobre su organización y su acceso al Registro de la Propiedad*, Cívitas (Cuaderno), 1993

No hace mucho en el pasillo de un sanatorio coincidimos el autor de este trabajo y yo, por diversas causas. En el transcurso de la conversación me dijo que no acababa de entender mi postura en torno a la crítica de lo que la nueva Ley del Suelo denomina «publicidad noticia». Es más, me dijo que hacía una cita de mi opinión. Esto y mi curiosidad por las novedades editoriales sobre la materia registral me ha llevado a materializar esta reseña.

Aunque uno de los autores de la disposición adicional décima de la Ley del 90 que se traslada al artículo 307 del nuevo texto refundido explica quiénes fueron los autores de la misma —entre los cuales figura ARNAIZ EGUREN—, no profundiza en cuál fue la razón jurídica que les llevó a la admisión de la figura de la publicidad noticia y a su «hábil» (utilizo este calificativo sin carga peyorativa y más bien elogiosa, aunque alguien ya se ha molestado por el mismo) forma de proceder —también podría hablarse de poder de convicción— por la que se aceptó la figura por el conjunto de administrativistas que elaboraron la nueva Ley.

No es posible en estos momentos —como voy a precisar en la última parte de la reseña— explicar las razones que tengo para rechazar la idea de la «publicidad noticia», pero sí creo que ello puede provocar un auténtico problema en el tráfico jurídico, una desvirtuación de la esencia del Registro, la transformación de éste en un Registro mixto, mitad jurídico y mitad administrativo y que la idea se toma de ROCA SASTRE, quien al clasificar las anotaciones preventivas habla de la *mera publicidad*, para distinguirlas de las que producen una seguridad real. Pero una cosa es la clasificación y otra que a esas anotaciones se les niegue el efecto de perjudicar o favorecer a tercero, lo que nos conduce a una publicidad efecto.

El libro o el trabajo, que es lo que ahora interesa al lector y no mis posturas doctrinales, es facilísimo de leer. Leer el libro de RAFAEL es como estar escuchándole en su palabra fácil, rápida y convincente. Creo que de él puede decirse que tiene el arte o la habilidad (y perdón otra vez por utilizar este término que tanto molestó a otra persona) de expresarse por escrito lo mismo que de palabra. Pasa a muchos escritores que la idea entorpece a la palabra o la palabra no sabe expresar la idea. A mí mismo, pues necesito la máquina o la pluma para serenarme. RAFAEL dicta con la serenidad y la precisión al igual que otro escribe. Aparte del estilo que estoy destacando, el trabajo pretende aportar soluciones al urbanismo y, por ello, es digno de elogio.

Vamos ya con urgencia a descender o ascender al tema y contenido de la publicación, respetando sus partes (perdón por la expresión) y deteniéndonos en las que nos parece oportuno hacerlo. El recensionista en su «creación» se permite esos alegres descansos que el lector puede ilustrar con «viñeta» esa prosa buena y fácil que hace comprender el concepto sin tener que ascender a la idea que lo anima.

Vamos ya con las diferentes partes en las que el autor ofrece progresiva-

mente su postura sobre ese difícil tema de los aparcamientos en grandes ciudades y de los que se cuentan muchos casos y supuestos. Tuvo uno hace poco de carácter insólito: se trataba de un aparcamiento privado subterráneo y su cubierta está destinada a plaza pública o zona pública de expansión utilitaria.

A) CAPITULO PRIMERO: CUESTIONES PREVIAS

En su resumen de conclusiones —síntesis de conceptos— ya el autor confiesa que este capítulo se destina al estudio de ciertas cuestiones que están relacionadas con el tema central. En esto estoy con el autor ya que el concepto de uso, la clasificación de los bienes de pertenencia pública, la concesión administrativa en general, el derecho de superficie, la comunidad indivisible y el problema de la unidad del folio registral deben ser materias que todo aquel que pretenda profundizar en el tema debe dominar, por lo que, a mi juicio, no está de más que se expongan en un libro de divulgación.

Destaca el autor el concepto de uso dentro de la legislación urbanística que constituye «la determinación del planeamiento de detalle, plan parcial o plan general en suelo urbano que al calificar cada parcela de terreno establece su régimen de explotación idóneo desde el punto de vista del interés de la comunidad». Ello, dice, da lugar a categorías de bienes no previstas por el legislador, como ocurre con los viales o zonas verdes de uso general, pero de dominio privado

B) APARCAMIENTOS CONSTRUIDOS BAJO FINCAS DE DOMINIO PUBLICO

Los tres puntos clave que plantea el supuesto son: el de su posibilidad, el de la configuración del supuesto como una concesión administrativa y las repercusiones que tendrá en su día la extinción de dicha concesión. Los tres son tratados por el autor y, respecto del primero, entiende que, en principio, no parece haber obstáculo legal que lo impida y sólo los que puedan surgir de los usos determinados por los planes de ordenación para los bienes existentes o para los adquiridos por virtud de los mismos. Los bienes demaniales adquiridos por expropiación tropezarán siempre con el destino y la amenaza de la reversión.

Parece ser que la figura más adecuada para dar vida al aparcamiento es la concesión administrativa, pues el bien es «*demanial*». El autor plantea diversos supuestos en los que apunta la posibilidad o no de que aunque la superficie sea «*demanial*» la construcción del aparcamiento se configure como «*patrimonial*». Ello provocaría todavía más dificultades y regímenes distintos. No se agotan con ello los diferentes puntos que aborda el autor, como son los que provoca la inscripción de la concesión, del terreno, de la obra nueva de la propiedad horizontal y, sobre todo, si en los casos de enajenación por el concesionario de cada plaza de garaje el adquirente se «*subroga*» en los derechos y obligaciones o sigue él mismo respondiendo frente a la Administración, y por último el fenómeno de la extinción y reversión que toda concesión lleva consigo

C) APARCAMIENTOS CONSTRUIDOS BAJO FINCAS PATRIMONIALES

Si para los bienes demaniales sólo cabe la «concesión administrativa» —dado su carácter inalienable—, para los patrimoniales posibles modos de realizar el aparcamiento son, según el autor, el arrendamiento o cesión de uso, la enajenación (con los problemas de la delimitación del espacio y la constitución en régimen de propiedad horizontal) y la constitución de un derecho de superficie que es el que con mayor amplitud desarrolla el autor. A mi entender no queda muy claro lo de la reversión anticipada como canon por la transmisión del derecho.

D) APARCAMIENTOS CONSTRUIDOS SOBRE FINCAS PARTICULARES

Al no necesitar utilizar la naturaleza de los bienes como condicionante de la construcción jurídica, el autor se limita a aceptar las diferentes maneras de concebir esta situación distinguiendo la división del espacio de un edificio destinado a garajes que tengan el carácter de fincas independientes, la situación de fincas independientes por segregación y la de comunidad especial que regula el artículo 68 del Reglamento Hipotecario. Tanto en unos casos como en el otro se estudian los aspectos civiles y los registrales que se ajustan a la práctica común registral.

E) EL USO DEL GARAJE COMO FUENTE DE CONDICIONES URBANISTICAS IMPUESTAS A LA LICENCIA E INSCRIBIBLES

Cuando preparaba oposiciones a Registros y tropezaba con temas de evolución histórica tan difíciles de exponer sin un pleno dominio de la estructura del Derecho Hipotecario, me di cuenta de que el legislador había cometido una tremenda equivocación en el año 1869 al sustituir la fuerza publicitaria registral por un sistema de notificaciones (tendencia muy acomodaticia plasmada en la Reforma Urgente de la Ley Procesal). ¿Dónde estaba la fuerza publicitaria del Registro: en sus pronunciamientos o en las notificaciones? Por eso he criticado duramente la notificación de EDICTOS en inmatriculaciones.

A la vista de eso —y de los peligrosos cauces que se tomaban en la Asamblea de Barcelona— llamé la atención en varios momentos sobre la necesidad de «volver a la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861» que permite clarísimamente distinguir entre la publicidad noticia y publicidad efecto, desterrando la primera del campo registral. Por ello este capítulo que, según él, contempla el uso del garaje como fuente de condiciones impuestas en el acto de concesión de licencia de obras, no viene a ser más que una defensa de lo que autor llama «nuevas modalidades de publicidad registral». No creo que sea éste el momento de hacer alegaciones en contra de todo lo que se dice, pues esto no pasa de ser una recensión y no una contestación a la alusión que se me hace en la página 172. Prometo un artículo sobre este punto, pues considero muy peligrosa esa *nota marginal* «tipo noticia», ya que si lo que proclama el Registro «no va a misa» y sí «a la procesión», no me sirve. O lo que el Registro publica «afecta» o estamos abriendo la puerta —quizá el portón de cuadrillas— a un Registro Administrativo de los que hablan los artículos 105 y 22.3 de la Constitución.

No suelo en mis reseñas hacer un ataque a las soluciones del autor, pero en este caso hay un reto verbal y escrito y hay que salir al paso. Pero este no es el lugar para una polémica. Sobre la base de la última parte de este libro de divulgación en las cuatro primeras y de novedad en la última, voy forzosamente a tener que escribir un artículo.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

MURILLO, MARÍA LUISA: *Forma y nulidad del precontrato* (con especial referencia a la legislación iberoamericana). Ediciones de la Universidad de Navarra, Pamplona, 1993. Un tomo de 496 páginas.

Desde antiguo, y creo que ahora con mayor intensidad, las universidades españolas cuentan entre sus asistentes con numerosos estudiantes hispano-americanos, dentro de los cuales destacan los doctorandos. En las clases de lo que ahora se llama el tercer ciclo es bastante frecuente oír el español cantarín y cadencioso de nuestros amigos del otro lado del Atlántico y, consecuentemente, abundan las valiosas tesis doctorales con las que culminan sus estudios en Europa los nativos de aquellos países hermanos.

Y son valiosas esas tesis tanto por su altura doctrinal como porque, normalmente, versan sobre estudios de instituciones jurídicas presentadas bajo el prisma del Derecho comparado, de este modo, lo corriente es que se analicen cuestiones jurídicas debatidas por la doctrina desde la óptica de las normas de aquellos países, mostrándonos así, una vez más, la influencia que tienen allá nuestras leyes y las enseñanzas de los maestros españoles.

Y aquí tenemos un ejemplo de lo dicho en esta tesis con la que la su autora ha obtenido, con la máxima calificación, el título de Doctora por la Universidad de Navarra y que ha sido dirigida por el Profesor SANCHO REBULLIDA.

La tesis estudia la figura del precontrato, con referencia a la legislación iberoamericana y especialmente a la normativa vigente en Perú, país de origen de la nueva doctora. El contrato preparatorio o precontrato (*Vorvertrag*, como la llamara el jurista alemán TOHL) es una institución jurídica cuya evolución se enriquece día a día con el tratamiento novedoso que le van otorgando los Códigos Civiles más modernos. Y la autora estudia sus precedentes y regulación en las legislaciones clásicas de los Códigos de la vieja Europa para comparar sus normas con las del más reciente Código peruano de 1984, donde se considera al precontrato como una verdadera categoría autónoma.

Empieza el libro remitiendo los orígenes del precontrato al *pactum de contrahendo* del Derecho romano, de donde pasó a las regulaciones modernas bajo las denominaciones de contrato preparatorio, promesa de contrato o, finalmente, precontrato.

Sobre su naturaleza, la autora repasa todas las opiniones emitidas por los más autorizados estudiosos del tema, concretamente en España por MORO LEDESMA, ROCA SASTRE y DE CASTRO.

MORO, en un trabajo publicado en esta REVISTA en 1934, resaltó la autonomía negocial propia del precontrato que obliga a las partes a la celebración de otro contrato posterior. Según la tesis clásica se trata de un contrato perfecto cuyo objeto es una obligación de hacer que será la prestación del consentimiento en su día para cerrar el otro contrato.

Para ROCA SASTRE es un contrato preparatorio en el que se establecen las ba-

ses generales de un contrato específico, obligándose las partes a desarrollarlas en su día sin necesidad de un nuevo convenio. Según esta tesis habría un solo contrato, sin precisarse para nada un nuevo consentimiento; pero se le objeta que si tales bases contienen todos los elementos del contrato definitivo, será cierta la afirmación de que no se hace preciso desarrollar el contrato primitivo; pero de no ser así no se puede defender que haya un solo contrato, sino dos.

Para DE CASTRO será innecesario hacer un nuevo contrato cuando en el inicial se convino ya que los contratantes quedasen obligados, por lo que sería inexacto hablar de una obligación de contratar. Según este Profesor, la promesa de contrato es una *etapa de un «iter» negocial* y hay dos escalones: una promesa de contrato, en el que nace éste y se crea la facultad de exigirlo, que funciona con relativa independencia en cuanto tiene su propia causa, y el segundo, que es la exigencia del cumplimiento de la promesa, en el que se produce la vigencia del contrato proyectado.

La autora estudia ampliamente en su libro estas teorías sobre la naturaleza del precontrato y las relaciona con los temas concomitantes de la capacidad y la forma para su debida perfección, y parece aceptar la tesis de DE CASTRO de que deben exigirse las mismas que sean necesarias para el contrato definitivo, ya que de otro modo podrían eludirse las especiales disposiciones necesarias y que harían nulas las posibilidades de demandar el cumplimiento.

La postura que se adopte respecto a la naturaleza jurídica del precontrato determina igualmente y de modo decisivo el problema de la exigibilidad del contrato preparatorio. Si se aceptan las ideas de ROCA SASTRE y DE CASTRO, al haber un solo contrato se puede condenar de un modo directo al cumplimiento del precontrato con todas sus consecuencias prácticas. Según las teorías clásicas de la dualidad del consentimiento, si éste se presta voluntariamente para otorgar el contrato definitivo no habría problema, pero en otro caso sólo cabría la indemnización de daños y perjuicios, ya que se considera el consentimiento como un acto personalísimo e incoercible y no podría ser suplido por la actuación del Juez.

La autora expone la jurisprudencia del Tribunal Supremo que inicialmente siguió esta última tesis de la dualidad de contratos, pero que después se ha inclinado por la opuesta, sobre todo a partir de la Sentencia de 1 de julio de 1950, cuyos considerandos se reproducen, examinando detenidamente su doctrina; allí dijo el Tribunal Supremo que el artículo 1.451 del Código Civil sólo es aplicable cuando el contrato no se puede cumplir, pero en otro caso, es decir, cuando sí sea posible, para la consumación del contrato de promesa de vender o comprar no se requiere una nueva y especial manifestación de voluntad por venir ya prestado para ello el suficiente consentimiento al perfeccionar aquel contrato inicial, cuyas consecuencias son obligatorias para los contratantes a tenor del artículo 1.258 del Código.

Aunque este fallo ha tenido un influjo importante como se ha notado en varias sentencias posteriores, no ha llegado a determinar un cambio de orientación radical en la jurisprudencia española y es que, como dice Díez-PICAZO, se suele cifrar el valor de la jurisprudencia en su contenido doctrinal, olvidando que los hechos del litigio constituyen el elemento sustancial de la sentencia.

Ya hemos dicho antes que junto a esta exposición doctrinal basada en las opiniones de nuestros más destacados especialistas en el tema, la autora nos muestra la sistemática del Derecho peruano, tanto histórico como vigente. Empieza con el régimen jurídico de la promesa de venta en el Código del Perú de 1852 y pasando por la promesa unilateral de comprar o vender regulada en

el Código de 1936, llega a la actual normativa de los contratos preparatorios contenida en el Código de 1984, donde se regulan bajo la forma del compromiso de contratar y el contrato de opción en los artículos 1.414 a 1.425, cuyos textos se reproducen y estudian. Se hace especialmente en lo que se refiere tanto a sus requisitos de consentimiento y capacidad, objeto, causa, plazos y forma, como a sus efectos, punto este último sujeto a las discusiones sobre la naturaleza que se atribuye al precontrato.

Amplia atención merece en la tesis el estudio del requisito de forma en los precontratos, integrando todo el capítulo II del libro. Aquí la autora expone primero las cuestiones generales de la forma en el contrato, haciendo un recorrido desde el formalismo primitivo a la libertad de forma. Después contempla los sistemas del Derecho comparado según los cuales la forma puede revestir la categoría de requisito constitutivo o *ad solemnitatem* o simplemente ser considerada nada más que como medio de prueba o ser exigida tan sólo a efectos especiales en casos concretos.

Pasando ya a la forma en el precontrato, se plantea la cuestión de si debe seguir la misma forma que el contrato definitivo o tiene su propio régimen aparte. La doctrina se ha dividido, aparte las dos soluciones opuestas, en otra intermedia que considera que en la forma del precontrato debe atenderse a la finalidad especial, si existe, del requisito señalado para el contrato definitivo. La autora explica con amplitud tales posturas, a la luz del Derecho comparado, para acabar con la exposición particular del Derecho peruano. Su Código de 1984 le dedica el artículo 1.425 según el cual los contratos preparatorios son nulos si no se celebran en la misma forma que la Ley prescribe para el contrato definitivo, bajo sanción de nulidad.

Esta especial sanción de nulidad por incumplimiento de los requisitos formales origina el contenido del capítulo III del libro, donde se estudia primero la doctrina general de los distintos grados de la ineficacia de los contratos, como la nulidad, la inexistencia y la invalidez y sus causas originantes, para terminar después de esta ineficacia contractual según el Derecho peruano.

Leyendo esta tesis doctoral se encuentra plenamente justificada la calificación máxima otorgada por el Tribunal al excelente trabajo realizado. La nueva doctora, a quien felicitamos, ha recogido adecuadamente la doctrina tanto española como la de su país, así como la jurisprudencia, en el estudio de esta figura del precontrato, dándonos una visión completísima de la institución.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

BENAVENTE MOREDA, PILAR: *Naturaleza de la sociedad de gananciales. Legitimación individual de los cónyuges*. Tesis doctoral, con Prólogo de JUAN VALLET DE GOYTISOLO, Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1993. Un tomo de 519 páginas.

En general, los regímenes de comunidad, tanto societarios como familiares, casi siempre entrañan dificultades a la hora de su configuración y en la determinación de las facultades de los individuos que los integran.

En la institución de los gananciales, tan típicamente española en cuanto que organiza de modo casi general la vida de los matrimonios de régimen común, tales problemas se agudizan porque está poco definida su naturaleza

jurídica, y esto da lugar a que los derechos y deberes de los cónyuges no se hayan determinado de modo satisfactorio en las sucesivas normas que la han regulado. Cuando se creía haber solucionado algún problema, con cada reforma han aparecido cuestiones nuevas que venían a enturbiar quizá más el panorama.

Tal ha ocurrido, según creemos, con las nuevas normas que permiten las capitulaciones postmatrimoniales, la libre contratación entre esposos y la posibilidad de variar la condición de los bienes adquiridos. En los documentos entre cónyuges que llegan a nuestros despachos se ha podido vislumbrar en más de una ocasión la posibilidad de negocios poco claros que no se compaginan bien con el ideal de seguridad jurídica que debe primar en los asientos registrales.

A veces las meras sospechas se ven confirmadas por los subsiguientes embargos, cuya anotación no se puede practicar por haberse previamente realizado una transmisión ficticia. Los Registradores, a veces, vemos esa realidad, no se nos puede acusar de demasiado suspicaces.

La cuestión práctica ha suscitado también discusiones doctrinales, enfrentándose las posturas de los que defienden la posibilidad de estos atípicos negocios de «aportación» y los que entienden, creemos que con más razón, que debe expresarse la causa de la transmisión, sin que sea suficiente una pura declaración formal carente de base. Por eso la Dirección General de los Registros y del Notariado, en varias recientes resoluciones, confirmando la nota denegatoria, ha señalado que debe manifestarse claramente la base causal que justifique la transmisión y determine la naturaleza de la cesión.

La cuestión de la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales y su reflejo en la legitimación que otorga a cada uno de los cónyuges, muy discutida por la doctrina, ha sido ahora abordada en este libro que presentamos, la tesis doctoral de PILAR BENAVENTE MOREDA, que ha obtenido, con razón, la máxima calificación *cum laude* por su profundidad y amplitud, exponiendo el tema con gran claridad y excelente metodología.

La autora centra su tesis en que de la configuración de este especial consorcio conyugal dependerá poder considerar a ambos cónyuges como cotitulares de los bienes de la sociedad, identificando ganancialidad con titularidad, o, por el contrario, no tenerlos como cotitulares, en cuyo caso la ganancialidad no les atribuirá poderes dispositivos, se discute, pues, si hay titularidad conjunta o titularidades exclusivas y separadas.

La autora, como nos dice VALLET en el Prólogo, no toma partido por ninguna de estas posiciones. Ordena, como vamos a ver, y de un modo extenso, todos los datos empíricos derivados de las cuestiones prácticas que la sociedad de gananciales suscita, así como la jurisprudencia y las opiniones doctrinales que la institución ha originado para que los lectores extraigan sus propias conclusiones y elijan la solución que consideren más aceptable.

El libro se divide en dos grandes partes, estando dedicada la primera a la evolución histórica normativa, jurisprudencial y doctrinal de los problemas relacionados con la gestión exclusiva de los bienes y derechos de la sociedad de gananciales.

En el capítulo I se estudia la situación anterior al Código Civil a lo largo de los textos jurídicos más significativos y a la luz de la jurisprudencia y la interpretación de la doctrina. Según el Tribunal Supremo, antes del Código de la sociedad de gananciales aparece como una sociedad en liquidación, aunque a efectos de determinar la responsabilidad por deudas se puede hablar de la

existencia de bienes gananciales, pero constante el matrimonio parece clara la titularidad exclusiva del marido. La Dirección General de los Registros y del Notariado en sus resoluciones se aproxima bastante en este período a las soluciones del Tribunal Supremo, aunque tiende a conjugar las normas civiles con los principios hipotecarios para concordar la titulación civil con la legitimación registral.

El período de la codificación que comprende el Proyecto de 1851 y el propio Código, hasta la Reforma de 1981, es también contemplado por la autora tanto en sus normas como en las distintas posturas doctrinales. Así se opina que la sociedad de gananciales es sociedad civil, comunidad, titularidad del marido con un simple derecho expectante de la mujer y patrimonio colectivo adscrito a un fin. Desde el punto de vista registral, la autora entra ampliamente en la influencia ejercida por la legislación hipotecaria en la configuración de la sociedad de gananciales, estudiando la inscripción de los bienes de los esposos en los distintos supuestos, según las regulaciones del Reglamento Hipotecario en sus versiones de 1947 y 1959, en el modo de todos conocido. Igualmente hace un completo resumen de la jurisprudencia de la Dirección General en un abanico expositivo que agota prácticamente los variadísimos supuestos que fueron objeto de recurso en este período.

En el capítulo III se recoge la situación actual originada por la reforma del Código por la Ley de 13 de mayo de 1981, que trajo consigo el importante retoque del Reglamento Hipotecario mediante el Real Decreto 3215/1982, de 12 de noviembre.

Consecuencia de este giro normativo son las distintas posturas de la doctrina española actual a la hora de configurar la sociedad de gananciales. Para unos, como LACRUZ BERDEJO, existe una auténtica comunicación mientras dura el matrimonio y se confunden bienes gananciales y ganancias. Otros, como DIEZ-PICAZO y GULLÓN, opinan que es una masa común de bienes, una comunidad o patrimonio separado colectivo, para ALBALADEJO, el artículo 1.344 del Código Civil sólo muestra una de las posibles fuentes de nacimiento de un patrimonio común y, según RAMS ALBESA, no define a la sociedad de gananciales. Otros autores mantienen diversas opiniones que se centran en negar la existencia de una comunidad actual y afirmar que la titularidad y la ganancialidad son dos cosas diferentes. VALLET señala que la cuestión fundamental será la de precisar qué derecho corresponde al cónyuge no titular en el bien ganancial titulado a nombre del otro durante la vigencia de la sociedad.

En la segunda parte del libro ya se entra de lleno en los problemas de la gestión de los bienes y derechos gananciales de titularidad formal individual, poniéndolo en relación con la naturaleza de dicha sociedad; todo a la luz de los preceptos legales vigentes que la autora analiza detalladamente.

Uno de los problemas gira alrededor de la distinción entre los actos de administración y de disposición, lo cual es muy importante para la gestión de los bienes gananciales, según el artículo 1.384 del Código que ha motivado discusiones y posturas encontradas. Una de las más frecuentes aplicaciones prácticas de esta distinción está en el arrendamiento. ¿Es éste un acto de simple administración o es dispositivo? Serio problema el de determinar la naturaleza real u obligacional del arrendamiento y el saber si es igual la locación común del Código o los especiales regulados en leyes sociales. La autora contempla los supuestos de esposos arrendadores y arrendatarios, repasando multitud de casos, todos muy interesantes, que se suelen presentar en la práctica a veces con especial agudeza.

En el último capítulo del libro se estudian otros supuestos de titularidad formal exclusiva, mirados igualmente bajo el prisma de la ganancialidad de los bienes incluidos. Así, empezando por la esfera mercantil, analiza la situación de la titularidad de acciones que confieren al cónyuge la situación de socio y que difiere según se trate de sociedades personalistas o de capital, pues en las primeras influye el *intuitu personae*, lo que no ocurre en las otras. Con este motivo detalla varios casos y trae a colación la jurisprudencia sobre el tema, tanto del Tribunal Supremo como de la Dirección General.

Y hasta aquí llega el libro que recoge, reelaborada, una magnífica tesis doctoral que empezó a dirigir el desaparecido Profesor LACRUZ BERDEJO y ha concluido el Profesor don ANTONIO MANUEL MORALES. Al igual que lo hace el prologuista don JUAN VALLET DE GOYTISOLO, no nos queda más que felicitar a la nueva doctora por esta obra de gran utilidad teórica y práctica para los juristas.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

REVISTA DE REVISTAS

REVISTA GENERAL DE DERECHO

Núms. 586-87 (Julio-Agosto 1993)

- «Sobre el delito de impago de prestaciones económicas del artículo 847 bis del Código Penal», por JOSÉ FLORS MATIES, pág. 6735.
- «Las Comunidades Europeas y la protección de los consumidores», por CARLOS A. ESPLUGUES MOTA y GUILLERMO PALAO MORENO, pág. 6761.
- «Comentarios a la Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana», por JOSÉ ANTONIO MONTERO FERNÁNDEZ, pág. 6787.
- «Individualización judicial de la pena. conformidad del acusado y dilaciones indebidas», por VICENTE ORTEGA LLORCA, pág. 6823.
- «Arbitrariedad, oportunidad y buena fe en las sanciones por contratación ilegal de trabajadores extranjeros», por CELSA PICO LORENZO, pág. 6833.
- «Jurisprudencia y cambios legislativos: la equiparación del cónyuge y el conviviente *more uxorio* en la más reciente doctrina del Tribunal Constitucional», por ERNESTO J. VIDAL GIL y MARÍA TERESA MARTÍN MORÓN, pág. 6895.
- «Convención de Bruselas Interpretación del artículo 5.1 Acción en responsabilidad del subadquirente contra el fabricante. Competencia en materia extracontractual (Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 17 de junio de 1992. Jakob Handte y Cie GmbH, c/ Traitements mécano-chimiques des surfaces, Asunto C 26/91)», por ENRIQUE FERNÁNDEZ MASIA, pág. 7129.
- «La declaración de herederos por acta de notoriedad», por ALBERTO MONTÓN REDONDO, pág. 7179.
- «Problemas de contenido y delimitación de las fases del proceso abreviado (diligencias previas, fase intermedia, oral, juicio oral)», por MANUEL ORTELLS RAMOS, pág. 7195.
- «Ensayo histórico sobre la motivación de las resoluciones judiciales penales y de su actual valoración», por ERNESTO PEDRAZ PEÑALVA, pág. 7223.

Núm. 588 (Septiembre 1993)

- «Tráfico de drogas: delito internacional», por LORENZO JESÚS DEL RÍO FERNÁNDEZ, pág. 8069.
- «Los contratos de cobertura de descuento. Su descripción», por ANTONIO JORGE SERRA MALLOL, pág. 8105.
- «Contenidos y alcance de la negociación colectiva en el ámbito local tras la Ley 7/90. Control judicial», por AMPARO KONINCKX FRASQUET, pág. 8119.
- «Decreto-Ley. Consideraciones generales y su regulación en la vigente Constitución española de 1978», por E. CASADO IGLESIAS, pág. 8237.

- «El enjuiciamiento de la extinción del contrato de trabajo por decisión unilateral del empresario», por JOSÉ MARÍA MARÍN CORREA, pág. 8533.
- «El concepto del salario a los fines de ejecución separada, en proceso singular laboral o integrada en proceso concursal o de quiebra. Reflexiones en torno al Auto de la Sala de Conflictos de Competencia —Civil y Social— de fecha 27 de junio de 1992», por BENIGNO VARELA AUTRÁN, pág. 8543
- «Aspectos del Derecho concursal y seguridad del crédito territorial (La retroacción de la quiebra y sus efectos sobre las hipotecas», por SEBASTIÁN SASTRE PAPIOL, pág. 8691.

Núms. 589-590 (Octubre-Noviembre 1993)

- «Transmisión *mortis causa* del pago de la pensión por separación y divorcio», por TERESA MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, pág. 9619.
- «El estatuto ético-jurídico de los animales» Revisión de la legislación española», por VICENTE BELLVER CAPELLA y ALEXANDRE H. CATALÁ BAS, pág. 9633.
- «Autoconsumo compartido o colectivo: su atipicidad. Nuevo rumbo jurisprudencial», por LORENZO JESÚS DEL RÍO FERNÁNDEZ y JUAN CARLOS CAMPO MORENO, pág. 9655.
- «Problemas prácticos derivados de la ejecución provisional de autos y sentencias objeto de recurso de apelación (artículo 385 de la Ley de Enjuiciamiento Civil)», por JUAN JACINTO GARCÍA PÉREZ, pág. 9663.
- «El recurso de reposición en el ámbito civil Sus requisitos a la luz de la Constitución», por VÍCTOR MEDINA FERNÁNDEZ-ACEYTUNO, pág. 9685.
- «Otra opinión sobre la Ley de Competencia Desleal», por F. VICENT CHULIÁ, pág. 9975.
- «La ordenación normativa de la propiedad industrial y comercial en el ordenamiento jurídico comunitario», por S. RIPOL CARULLA, pág. 10019.
- «El certificado complementario de protección de los medicamentos: Reflexiones sobre algunas cuestiones abiertas», por A. CASADO CERVIÑO, pág. 10039.
- «El problema del oligopolio en el Derecho de la competencia: Reflexiones en torno al mercado, la libre competencia y la geometría», por A. FERNÁNDEZ DE ARAOZ GÓMEZ-ACEBO, pág. 10057.
- «El desarrollo de productos interoperables bajo la Directiva sobre *software* de la CE», por T. H. VINJE, pág. 10133.
- «Derecho de autor en la Comunidad Económica Europea: Las últimas medidas de armonización», por S. V. LEWINSKI, pág. 10437.

Núm. 591 (Diciembre 1993)

- «Los procesos de crisis matrimonial en la doctrina del Tribunal Constitucional y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», por VICENTE ORTEGA LLORCA, pág. 11255
- «La posición jerárquica del tratado internacional en el sistema de fuentes del Derecho español», por JOSÉ RAMÓN DE VERDA Y BEAMONTE, pág. 11293.
- «Sistema de protección judicial de los derechos fundamentales», por FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO, pág. 11397.
- «Algunas cuestiones sobre el interdicto de retener y recobrar la posesión», por FAUSTINO CORDÓN MORENO, pág. 11649

- «El proceso comunitario: Aspectos judiciales y procesales (de París y Roma a Maastricht)», por JUAN LUIS GÓMEZ COLOMER, pág. 11665
- «El consenso en el proceso penal americano: *plea bargaining*», por SILVIA BARONA VILAR, pág. 11687
- «Las instituciones de la sociedad postindustrial», por F. GALGANO, pág. 11821.
- «La propuesta de modificación de los Estatutos de las sociedades anónimas», por ANGEL ROJO FERNANDEZ-RIO, pág. 11837.
- «Responsabilidad civil del administrador de la sociedad anónima», por JOSÉ ENRIQUE MORA MATEO, pág. 11849.
- «Transferencia internacional de sede social», por LUIS FERNANDEZ DEL POZO, pág. 11867.
- «Problemas candentes de la sociedad anónima», por FRANCISCO VICENT CHULIÁ, pág. 11909.
- «La descorporización de los valores mobiliarios: las acciones no cotizadas en Bolsa y cesiones de acciones», por A. JORGE SERRA MALLOL, pág. 11943.
- «Transformación de sociedad anónima en sociedad limitada: breves consideraciones prácticas», por CARLOS ORTOS CALABUIG, pág. 11957.

REVISTA DE DERECHO PRIVADO (Septiembre 1993)

- «La comunidad de marca en la Ley de Marcas de 10 de noviembre de 1988», por MANUEL LOBATO GARCÍA-MIJÁN, págs. 787-809.
- «La ejecución de sentencias dictadas por los Tribunales Eclesiásticos en las causas matrimoniales», por MARÍA DEL CARMEN DEL MOLINO Y NÚÑEZ, págs. 810-825.
- «La duración de los arrendamientos urbanos en el nuevo Proyecto de Ley», por JOSÉ A. PAJA BURGOA, págs. 826-829.

(Octubre 1993)

- «La legítima en el Derecho civil de Cataluña y en los Derechos forales de Vizcaya y Alava después de las últimas reformas», por JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS, págs. 891-905.
- «Algunas ideas en torno a la extensión de la hipoteca a las nuevas edificaciones», por JOSÉ MANUEL RUIZ-RICO RUIZ, págs. 906-925.
- «Notas sobre el no uso y el cierre como causas de extinción de la relación arrendaticia urbana», por PASCUAL MARTÍN VILLA, págs. 926-929.

(Noviembre 1993)

- «El procedimiento extrajudicial de realización de la hipoteca, su viabilidad», por VICTORIO MAGARIÑOS BLANCO, págs. 995-1035

(Diciembre 1993)

- «La evolución del Derecho privado alemán en los años 1990-1991», por HANS STOLL y JENS MORATH (traducción de JAIME SANTOS BRIZ)», págs. 1107-1135.
«La obligación de entrega de recibo», por MARÍA LUISA MORENO-TORRES HERRERA, págs. 1136-1153.
«A vueltas con la futura regulación de las sociedades de responsabilidad limitada», por JOSÉ M. NEILA, págs. 1154-1164

(Enero 1994)

- «Sobre si son o no son reservables los bienes recibidos por el viudo en conmutación de su usufructo viual», por MANUEL ALBALADEJO GARCÍA, páginas 3-14.
«Iniciativa constituyente de la tutela», por ESTHER MUÑOZ ESPADA, págs. 15-21.

ACTUALIDAD CIVIL

Núm. 36 (1993)

- «El llamado negocio fiduciario es simplemente un negocio simulado relativamente», por MANUEL ALBALADEJO

Núm. 37 (1993)

- «Fe pública y contratación mercantil: consideración de los contratos bancarios de adhesión», por ANGEL ALMOGUERA GÓMEZ

Núm. 38 (1993)

- «Criterios de sistematización de las fuentes de las obligaciones», por AGUSTÍN IGNACIO PEÑA LÓPEZ.

Núm. 39 (1993)

- «Consideraciones sobre el artículo 812 del Código Civil», por JESÚS IGNACIO FERNÁNDEZ DOMINGO

Núm. 40 (1993)

- «Legitimación de la Sociedad General de Autores de España en procedimientos sobre derechos de autor: Comentario a tres sentencias», por GUILLERMO SACRISTÁN REPRESA.

Núm. 41 (1993)

«Gastos derivados de la celebración del contrato de compraventa y obligaciones accesorias», por MARIA TERESA FERNÁNDEZ-PACHECO MARTINEZ

Núm. 42 (1993)

«La Comisión General de Codificación», por JESÚS J. SEBASTIÁN LORENTE.

Núm. 43 (1993)

«Introducción al análisis económico del Derecho», por PATRICK BUROW

Núm. 44 (1993)

«La imparcialidad en las funciones notariales: su necesario tratamiento a nivel de legalidad», por JOSÉ LUIS MEZQUITA DEL CACHO

Núm. 45 (1993)

«Situación actual y perspectiva de la marca comunitaria e internacional», por ALBERTO CASADO CERVIÑO.

Núm. 46 (1993)

«La cláusula de ajuste del artículo 80 del Código Civil», por CARMEN PEÑA.

Núm. 47 (1993)

«Pronunciamientos civiles de los Juzgados de Menores Vinculación de hechos probados para la jurisdicción civil El título ejecutivo del artículo 14 2 de la LORCPJM», por BARTOLOMÉ VARGAS CABRERA.

Núm. 48 (1993)

«Efecto de la apreciación de la falta de litisconsorcio pasivo necesario en el juicio de menor cuantía. ¿Absolución en la instancia o subsanación del defecto?», por JUAN JOSÉ COBO PLANA.

REVISTA JURIDICA DEL NOTARIADO

Núm. 5 (Enero-Marzo 1993)

- «El derecho de representación en la sucesión intestada de los descendientes y los artículos 921, 923 y 933 del Código Civil», por ENRIQUE L. BRIOSO ESCOBAR, pág. 9.
- «La prórroga como causa de extinción de la fianza (Análisis del artículo 1.851 del Código Civil)», por JOSÉ MANUEL FINEZ RATÓN, pág. 71
- «De la multipropiedad al *time share*: Propositiones comunitarias proyectos de Derecho interno español», por ALICIA DE LEÓN ARCE, pág. 139.
- «De la reforma del artículo 175 del Reglamento Notarial
 - A) La reserva de prioridad. Ambito de aplicación y funcionamiento, por SUSANA CAMBIASSO.
 - B) Ley 15514, aprobando la Reforma Registral de Uruguay.
 - C) Ley 17801 argentina, sobre Registros de la Propiedad Inmueble. Régimen Nacional», pág. 223.

Núm. 6 (Abril-Junio 1993)

- «Las inversiones extranjeras en bienes inmuebles», por FRANCISCO LUCAS FERNÁNDEZ, pág. 9.
- «El aprovechamiento urbanístico y su transferencia», por FRANCISCO NÚÑEZ LAGOS, pág. 99
- «Ampliaciones parcialmente gratuitas del capital en la sociedad anónima», por ANÍBAL SÁNCHEZ ANDRÉS, pág. 155.
- «La colaboración notarial y registral como garantía de seguridad jurídica», por JOSÉ ANTONIO RIERA ALVAREZ, pág. 185.
- «La intervención del tercer poseedor no demandado en juicio ejecutivo ordinario. La tercería registral», por JUAN JOSÉ GÓMEZ DE LA ESCALERA, pág. 217.
- «El recurso gubernativo contra la calificación del Registrador Mercantil», por ROBERTO BLANQUER UBEROS, pág. 249

Núm. 7 (Julio-Septiembre 1993)

- «Panorama de encuadre de las garantías personales atípicas», por LUIS DE ANGULO RODRÍGUEZ, pág. 9.
- «Los acreedores y la modificación del régimen económico matrimonial», por DOMINGO BELLO JANEIRO, pág. 33.
- «El nombre de las personas en el Derecho español», por AURELIO DÍEZ GÓMEZ, pág. 69.
- «La degradación de la escritura pública en el Real Decreto 1558, de 18 de diciembre de 1992, y la Orden de 2 de agosto de 1993», por ALFREDO GARCÍA-BERNARDO LANDETA, pág. 135.
- «Notas breves (y quizá precipitadas e incompletas) sobre la llamada subrogación de créditos», por ROBERTO BLANQUER UBEROS, pág. 179
- «Reflexiones sobre el Derecho de filiación en Cataluña y sus relaciones con el Código Civil (Comentarios a la Ley de 27 de abril de 1991)», por MARTÍN GARRIDO MELERO, pág. 195.

REVISTA DE DERECHO URBANISTICO

Núm. 135 (Octubre-Noviembre-Diciembre 1993)

- «Dominio público portuario y ordenación territorial: competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas», por LUCIANO PAREJO ALFONSO, pág. 13.
- «El cuánto y el cómo de las cesiones en la legislación urbanística», por ANGEL BALLESTEROS FERNÁNDEZ, pág. 35
- «Los Municipios y la Ley de Costas», por RICARDO ESTÉVEZ GOYTRE, pág. 67.
- «El suelo para sistemas generales no se cede gratuitamente jamás», por JOSÉ LUIS GONZÁLEZ-BERENGUER URRUTIA, pág. 75

REVISTA DE DERECHO MERCANTIL

Núm. 208 (Abril-Junio 1993)

- «Intereses del inversor y Derecho del mercado de valores», por FRANCISCO JOSÉ ALONSO ESPINOSA, pág. 415.
- «Algunos aspectos del *leasing* de aeronaves en España», por MARÍA JOSÉ MORILLAS JARILLO, pág. 471
- «El derecho de revocación del consumidor en los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles. algunos problemas derivados de la Ley 26/1991», por ANGEL FERNANDEZ-ALBOR BALTAR, pág. 589.
- «La nueva Ley concursal portuguesa», por VICENTE GONZALO LÓPEZ, pág. 615.
- «El control de las fusiones y concentraciones de empresas en Derecho español», por CARLES PRAT, pág. 627

REVISTA DE ESTUDIOS POLITICOS

Núm. 81 (Julio-Septiembre 1993)

- «Garantie des Droits: Emplazamiento histórico del enunciado constitucional», por BARTOLOMÉ CLAVERO SALVADOR, pág. 7
- «El proceso histórico de la implantación de los derechos fundamentales de Alemania», por JORG POLAKIEWICZ, pág. 23.
- «La incidencia positiva del Tribunal Constitucional en el Poder Legislativo», por ANGELA FIGUERUELO BURRIEZA, pág. 47.
- «Sobre la naturaleza del Estado de las Autonomías», por JAVIER RUIPÉREZ ALAMILLO, pág. 73.
- «Los Acuerdos Autonómicos de 28 de febrero de 1992: ¿Una alternativa constitucional adecuada?», por ALEJANDRO RUIZ-HUERTA CARBONELL, pág. 103.
- «Los intelectuales filofascistas y la defensa de Occidente», por EDUARDO GONZÁLEZ CALLEJA, pág. 129.

Núm. 82 (Octubre-Diciembre 1993)

- «De la libertad y del consentimiento. Dos estudios sobre "El príncipe", de Maquiavelo», por ANTONIO HERMOSA ANDÚJAR, pág. 9.

- «A la espera del cambio conceptual en la ciencia política», por EDWARD TARNAWSKI, pág. 31
- «El momento consensual de la planificación: Notas sobre el Consejo Económico y Social», por GONZALO MAESTRO BUELGA, pág. 67.
- «Transición y consolidación democrática en América Latina», por CARMEN NINOU GUINOT, pág. 107

REVISTA DE ESTUDIOS AGROSOCIALES

Núm. 163 (1993)

- «Diferencias de percepción y valoración de actividades formativas entre trabajadores agrarios de ambos sexos en Andalucía», por ANA GRANADOS SANJUÁN y JAVIER CALATRAVA REQUENA, pág. 11.
- «La agricultura de montaña y los nuevos enfoques de política agraria rural. El caso valenciano», por C. MUÑOZ ZAMORA y V. ESTRUCH, pág. 27.
- «Mercado de la tierra en Canarias», por ANA M. ALDANONDO y REODORA ANTUNES, pág. 51.
- «La riqueza agraria de Andalucía a través del Catastro de Rústica», por CARMEN OCAÑA OCAÑA y SUSANA NAVARRO RODRÍGUEZ, pág. 69.
- «Repercusiones de la entrada en vigor de la nueva PAC en los resultados económicos de las explotaciones. El caso de Arévalo-Madrigal (Avila)», por RAMÓN ALONSO SEBASTIÁN y otros, pág. 101.
- «El sector del arroz en España. Ventajas comparativas entre las distintas zonas productoras», por A. CASIMIRO HERRUZCO y SLIM ZEKRI, pág. 127.
- «Reflexiones metodológicas para la elaboración de estadísticas del sistema agroalimentario», por JAVIER SANZ CAÑADA y SAMIR MILI, pág. 149.
- «Los enfoques neoclásicos y no desarrollistas de la economía medioambiental. Una propuesta sintética entre ambos paradigmas», por ALBERTO GARRIDO, pág. 171.
- «El comportamiento del consumidor: aplicación de la escala jerárquica Maslow-Alvensleben al consumo del vino», por MARÍA LOURDES DELGADO BLANCO y PEDRO CALDENTEY ALBERT, pág. 195.
- «El vino en Estados Unidos», por ISABEL BARDAJI AZCÁRATE, pág. 219.
- «Agricultura andaluza y reforma de la PAC. Contexto, contradicciones e incertidumbres que plantea la reforma», por FRANCISCO BARA BAREA y PEDRO LUIS AVILÉS, pág. 259.
- «Espacio rural, agricultura y medio ambiente», por JOAQUÍN OLONA BLASCO, pág. 277.

DERECHO AGRARIO Y ALIMENTARIO

Núms. 21-22 (Abril-Diciembre 1993)

- «Las unidades mínimas de cultivo», por MARÍA EUGENIA SERRANO CHAMORRO, pág. 3.
- «La aplicación práctica de la Ley aragonesa de Medidas de Ordenación Integral del Somontano del Moncayo», por JAVIER OLIVÁN DEL CACHO, pág. 9.
- «Conclusiones del XVII Congreso Europeo de Derecho Rural», pág. 14.

- «La reforma de la política agraria comunitaria, una reconversión encubierta del sector», por J. J. DEL VAL ARNAL, pág. 38.
- «La política de desarrollo de las zonas desfavorecidas y de montaña en la Comunidad Europea», por JUAN ANGEL MAIRAL LACOMA, pág. 44.
- «La protección de los consumidores en la PAC: en particular el Reglamento 2029/91 sobre la producción agrícola ecológica», por ISABEL CARO-PATÓN CARMONA, pág. 49.

REVISTA JURIDICA DE NAVARRA

Núm. 15 (Enero-Junio 1993)

- «Reflexiones sobre la fidelidad vidual navarra (*fealdat*)», por JOSÉ ARREGUI GIL, pág. 15.
- «Retracto gentilicio ante enajenación por parientes afines (A propósito de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 17 de marzo de 1993)», por RONCESVALLES BARBER CÁRCAMO, pág. 27.
- «El testamento mancomunado, institución exportable al Código Civil», por JOSÉ JAVIER CASTIELLA RODRÍGUEZ, pág. 35.
- «La excepción de litispendencia. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 1992», por FAUSTINO CORDÓN MORENO, pág. 55.
- «Bienes muebles e inmuebles en Derecho navarro», por PEDRO DE PABLO CONTRERAS, pág. 65.
- «El sostenimiento de las cargas familiares en el régimen de separación de bienes», por BARTOLOMÉ DOMENGUE AMER, pág. 79.
- «Donaciones *mortis causa* en el Código Civil y en el Derecho civil de Navarra», por JOSÉ ANTONIO DORAL GARCÍA, pág. 89.
- «La doctrina estatutaria en el Fuero Nuevo de Navarra», por RAMÓN DURÁN RIVACOBA, pág. 121.
- «Algunos apuntes para el estudio de la Ley 483 del Fuero Nuevo de Navarra», por MARÍA ANGELES EGUSQUIZA BALMASEDA, pág. 145.
- «Excesos en la teoría del levantamiento de velo de las personas jurídicas», por JESÚS LOBATO DE BLAS, pág. 155.
- «La cesión de contrato en el Fuero Nuevo», por CARLOS MARTÍNEZ DE AGUIRRE, pág. 169.
- «Los trasvases de recursos hidráulicos entre cuencas y el caso particular de los trasvases del Ebro», por JOSÉ LUIS MOREU BALLONGA, pág. 183.
- «Francisco Sancho Rebullida y el Fuero Nuevo de Navarra», por JAVIER NAGORE YARNOZ, pág. 223.
- «Las referencias jurisprudenciales a la opinión de los autores y al Derecho extranjero», por MIGUEL ANGEL PÉREZ ALVAREZ, pág. 235.
- «Intento de coordinación de las leyes 68.2 y 272 del Fuero Nuevo», por JOAQUÍN RAMS ALBESA, pág. 247.
- «El camino de Santiago en Navarra: Notas jurídicas», por MARTÍN M.^a RAZQUIN LIZARRAGA, pág. 257.
- «El desconocimiento de la paternidad del hijo nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes al matrimonio en la Compilación navarra», por FRANCISCO RIVERO HERNÁNDEZ, pág. 271.
- «El artículo 149.1 8 de la Constitución y la reciente jurisprudencia constitucional», por ENRIQUE RUBIO TORRANO, pág. 293.

- «La costumbre en función del título en el Derecho civil de Navarra», por ELSA SABATER BAYLE, pág. 315.
- «La opción en el Derecho civil de Navarra», por JOSÉ ANGEL TORRES LANA, pág. 327.

REVISTA JURIDICA DE CASTILLA-LA MANCHA

Núm. 16 (Diciembre 1992)

- «La protección del consumidor en materia de crédito al consumo: análisis de la Directiva 87/102 de la CEE y su incidencia en el Derecho español», por JOSÉ ANTONIO MORENO MOLINA y MARÍA DEL CARMEN GONZÁLEZ CARRASCO, pág. 7.
- «Mercado interior y política común de transportes: su configuración jurídica y económica», por EUGENIO PÉREZ DE FRANCISCO, pág. 37.
- «Comentario breve a la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, reguladora de la competencia y el procedimiento de los Juzgados de Menores», por EMILIO BUCETA MILLER, pág. 59.
- «La ejecución de las sentencias internacionales. Especial referencia a las sentencias del Tribunal Internacional de Justicia», por ALBERTO SORIA JIMÉNEZ, pág. 73.
- «La inscripción de las unidades mínimas de cultivo», por GREGORIA DE LA CALLE, pág. 95.
- «Sobre la Ley vasca de asociaciones: reparto competencial y principios generales», por JUAN JOSÉ MARÍN LÓPEZ, pág. 121.

Núm. 17 (Abril 1993)

- «Ciudadanos, Administración de Justicia y Tribunal Constitucional: El artículo 24.1 de la Constitución», por EDUARDO ESPIN TEMPLADO, pág. 7.
- «El proceso penal abreviado: ámbito de aplicación y principios informadores de la fase instructora», por JOSÉ GARBERI LLOBREGAT, pág. 13.
- «El derecho fundamental a una interpretación no extensiva en el ámbito penal (Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 111/1993, de 23 de marzo)», por NICOLÁS GARCÍA RIVAS, pág. 27.
- «Las cláusulas abusivas en contratos de condiciones generales celebrados con consumidores», por MARÍA TERESA ÁLVAREZ MORENO, pág. 39.
- «La nueva configuración de los delitos contra el honor en el Proyecto de Código Penal de 1992», por JULIO J. TASENDE CALVO, pág. 99.
- «Comentario a la Ley Orgánica 9/1992, de transferencia de competencias a las autonomías que accedieron por la vía del artículo 143 de la Constitución. Efectos. Repercusión en Castilla-La Mancha. Jurisprudencia constitucional», por ANTONIO RODRÍGUEZ GÓMEZ y AGUSTÍN DIEZ MORENO, pág. 113.
- «El procedimiento notarial de ejecución de hipotecas», por FERNANDO GUERRERO ARIAS, pág. 129.
- «La libertad vigilada, ¿una medida educativa en la nueva legislación? (A propósito de la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, sobre la reforma de la Ley reguladora de la competencia y el procedimiento de los Juzgados de Menores)», por FEDERICO DIEGO ESPUNY, pág. 147.

- «El Tratado de la Unión Europea algunas consideraciones sobre la situación española ante el reto de Maastricht», por MARÍA ENCARNA GARCÍA JIMÉNEZ, pág. 167.
- «Marco legal de las evaluaciones de impacto ambiental. Descripción metodológica», por MANUELA ANDRÉS ABELLAN, pág. 201.
- «Presentación del I Congreso Universitario de Derecho Eclesiástico para Estudiantes», por JOSÉ M.^A GONZÁLEZ DEL VALLE, pág. 231.
- «Objección de conciencia. En particular la objeción al servicio militar. La objeción de conciencia en el Derecho comparado», por FRANCISCO MÁLAGA DIÉGUEZ, pág. 233.
- «El sistema matrimonial español en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», por JUAN ANTONIO ALBERCA DE CASTRO y otros, pág. 281.
- «La igualdad jurídica de las confesiones religiosas», por PABLO E. GUTIÉRREZ-SEGÚ y BERDULLAS y otros, pág. 311
- «La enseñanza de la religión en las tres últimas reformas legislativas (LOECE, LODE, LOGSE)», por YOLANDA ESCRIBANO DURAN y otros, pág. 321
- «Sectas religiosas atípicas en el Derecho español», por ISABEL CANO y otros, pág. 337.

REVISTA DEL NOTARIADO DE LA REPUBLICA ARGENTINA Núm. 831 (Octubre-Noviembre-Diciembre 1992)

- «Acerca de la protección registral de los negocios inmobiliarios», por FRANCISCO FERRARI CERETTI, pág. 729.
- «Sociedades unipersonales», por MARTIN J. GIRALT FONT, pág. 735.
- «El número clausus en los derechos reales y las nuevas formas de manifestación del derecho de la propiedad», por MARCELO DE HOZ, pág. 747.
- «Falta de firma en un antecedente», por CARGAT, pág. 755.
- «El Notariado latino no está incluido en la categoría de *business service* del GATT», por JOSÉ GUGLIETTI, pág. 765.

REVISTA NOTARIAL DEL COLEGIO DE ESCRIBANOS DE BUENOS AIRES Núm. 913 (Septiembre-Diciembre 1992)

- «Descentralización: Rentas y Catastro», por LA REDACCIÓN, pág. 511.
- «La nueva sociedad de gananciales», por JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS, pág. 515.
- «Negocios jurídicos de representación en el proyecto de unificación de la legislación civil y comercial: poder, mandato y consignación», por RUBÉN H. COMPAGNUCCI DE CASO, pág. 563
- «Nulidad de ventas judiciales (Transcripción del artículo publicado en el núm. 97 de *La Revista Notarial* de agosto de 1902)», pág. 579.
- «Comentario a la disposición técnico-registral número 4 del Registro de la Propiedad Inmueble de la capital federal Su incidencia en la actividad notarial», por OSCAR EDUARDO SARUBO, pág. 583

- «Capacidad de la sociedad no constituida regularmente para adquirir bienes registrales», por NORBERTO R. BENSEÑOR, pág. 591
- «Actos lícitos, prohibidos y admitidos en la representación societaria», por CARMEN SILVIA ELENA MAGRÍ, pág. 597.
- «Seminario sobre cuestiones actuales de derecho societario. Síntesis de las disertaciones ofrecidas por distintos autores», pág. 613.
- «Transformación de sociedad. Fusión de sociedad», por OSVALDO ARTURO MOREIRA, pág. 645.
- «Actos lícitos, prohibidos y admitidos en la representación societaria», por MAX MAURICIO SANDLER, pág. 659.

REVUE DE DROIT UNIFORME

Núm. II (1991)

- «L'activité de l'Institut international pour l'unification du droit prévu (du 1er janvier au 31 décembre 1991)», por MALCOLM EVANS, pág. 2.
- «Convention sur la lio applicable aux obligations contractuelles (Roma, 19 juin 1980)», pág. 64

REVISTA JURIDICA JALISCIENSE

Núm. 6 (Mayo-Agosto 1993)

- «La libertad de trabajar: derecho humano fundamental», por JOSÉ MANUEL LASTRA LASTRA, pág. 11.
- «Las diversas estrategias de la lucha sindical y los derechos humanos», por HÉCTOR SANTOS AZUELA, pág. 35.
- «Consideraciones sobre el carácter de las recomendaciones de la CNDH», por LUIS ACEVES PARRA, pág. 55.
- «Propuesta para una reforma electoral integral», por FEDERICO VERGARA ALDRETE, pág. 79.
- «Algunas reflexiones sobre la tortura en México», por JOSÉ BARRAGÁN BARRAGÁN, pág. 127.
- «Conocimiento y derechos humanos», por EFRAÍN GONZÁLEZ MORFIN, pág. 149.

NOTICIAS CEE

Núm. 105 (Octubre 1993)

- «La Banca española en los inicios del mercado único bancario», por JOSÉ RAMÓN ALVAREZ RENDUELLES, pág. 11.
- «Directiva comunitaria sobre supervisión y control de las operaciones de gran riesgo de las entidades de crédito», por GLORIA CALVO DÍAZ, pág. 17.
- «La Agencia Europea del Medio Ambiente», por ANGEL G. CHUECA SANCHO, pág. 25.
- «Precisiones en torno a las Directivas sobre tránsito de electricidad y gas», por IÑIGO DE GUAYO CASTIELLA y otros, pág. 37

- «El proceso de integración social europea», por FAUSTINO CASAS MARTÍNEZ, pág. 55.
- «La integración europea y las entidades locales españolas», por DAVID ORDÓÑEZ SOLÍS, pág. 69.
- «El sistema farmacéutico en la Comunidad Europea (I)», por FRANCISCO GONZÁLEZ NAVARRO, pág. 87.

Núm. 106 (Noviembre 1993)

- «La cláusula de salvaguarda del artículo 115 del Tratado CEE», por MIGUEL DÍAZ-LLANOS DE LA ROCHE, pág. 11.
- «Tensión entre el Consejo y el Parlamento Europeos en la aplicación del procedimiento de cooperación: la Sentencia del TJCE de 7 de julio de 1992», por JOSE A GIRÓN LARRUCEA, pág. 21.
- «El papel del diálogo social europeo en la realización del mercado único», por JUAN JOSÉ MARTÍN ARRIBAS, pág. 27.
- «Depósito de residuos procedentes de otros Estados», por FRANCISCO BLANCO OYOLA, pág. 43.
- «A propósito del medio ambiente: Una breve referencia a Europa», por MARTA MAGADAN DÍAZ y JESÚS I. RIVAS GARCÍA, pág. 47.
- «La Unión Económica y Monetaria Contenido y problemas», por DOMINGO CARBAJO VASCO, pág. 59.
- «El sistema farmacéutico en la Comunidad Europea (y II)», por FRANCISCO GONZÁLEZ NAVARRO, pág. 67.

Núm. 107 (Diciembre 1993)

- «El IVA de la Comunidad Europea. Una evolución inacabada», por ALFREDO ESCRIBANO MARTÍNEZ, pág. 11.
- «Tratamiento en la nueva Ley del Impuesto sobre el Valor Añadido de las operaciones intracomunitarias», por ANTONIO APARICIO PÉREZ, pág. 21.
- «Unas reflexiones sobre la neutralidad del IVA español», por JAVIER BERRIGUETE REVUELTA, pág. 35.
- «Los tipos de gravamen en la nueva legislación del IVA», por DOMINGO CARBAJO VASCO, pág. 39.
- «Las adquisiciones de medios de transporte nuevos y el IVA», por FERNANDO CASANA MERINO, pág. 45.
- «La aplicación del Impuesto sobre el Valor Añadido al transporte intracomunitario de mercancías», por LUIS DOCAVO ALBERTI, pág. 51.
- «Las transmisiones de bienes inmuebles en la nueva Ley del Impuesto sobre el Valor Añadido», por EDUARDO GARDETA GONZÁLEZ y CARLOS GARDEAZÁBAL ORTIZ, pág. 57.
- «Renuncia a las exenciones en el IVA», por MANUEL GONZÁLEZ SÁNCHEZ, pág. 67.
- «El IVA en operaciones triangulares y en operaciones de transformación de bienes», por ENRIQUE GUARDIOLA SACARRERA, pág. 79.
- «Las operaciones triangulares en el Impuesto sobre el Valor Añadido», por JOSÉ ANTONIO LARRAZ ESCOBAR, pág. 83.

- «Los supuestos de no sujeción en el Impuesto sobre el Valor Añadido», por F. JAVIER MARTÍN FERNÁNDEZ, pág. 87
- «La sujeción al IVA de las entregas de bienes y prestaciones de servicios», por ALEJANDRO MENENDEZ MORENO, pág. 95
- «La nueva regulación de las operaciones inmobiliarias en la Ley 37/1992, del Impuesto sobre el Valor Añadido», por ALFONSO POLO SORIANO, pág. 105.
- «El aspecto espacial del elemento objetivo del Impuesto sobre el Valor Añadido en la Ley 37/1992», por JOSÉ A. SÁNCHEZ GALIANA, pág. 113.

