ANALES

DE LA REAL ACADEMIA SEVILLANA DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

VOLUMEN III

1998-2003

ANALES DE LA REAL ACADEMIA SEVILLANA DE LEGISLACION y JURISPRUDENCIA

Volumen III

Cursos Académicos

1998-2003

SEVILLA

Reservados todos los derechos. Ni la totalidad ni parte de este libro
puede reproducirse o transcribirse por ningún procedimiento
electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética
o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación,
sin permiso escrito de los autores.

Edita: Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia
© Los autores
Depósito Legal: GR.-2.298/2005
Impresión: Editorial Comares, Albolote (Granada)

SUMARIO

I. CONTENIDO DE ESTE VOLUMEN 7

II. PALABRAS DEL ILUSTRE SEÑOR PRESIDENTE DE LA ACADEMIA DON ÁNGEL OLAVARRÍA TÉLLEZ, EN EL ACTO DE APERTURA DE LOS CURSOS 1998-1999, 1999-2000 Y 2000-2001
ÁNGEL OLAVARRÍA TÉLLEZ 8

III. MEMORIA DE ACTIVIDADES DEL CURSO 1998-1999
FRANCISCO MARÍA BAENA BOCANEGRA. 16

IV. PONENCIAS:

Lo desechado y lo recibido de las concepciones filosóficas de Comte y de Hegel por la ciencia del Derecho del siglo XX
JUAN B. VALLET DE GOYTISOLO 30
Discurso pronunciado en el acto de ingreso en la Academia como Académico de Honor el día 25 de octubre de 1998

Aproximación crítica al nuevo derecho de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles (Ley 42/1998)
RAFAEL LEÑA FERNÁNDEZ 60
Ponencia presentada en Sesión Privada de la Academia en Enero de 1999

El Poder Judicial en España en el umbral del siglo XXI
SANTIAGO MARTÍNEZ-VARES GARCÍA 101
Ponencia presentada en Sesión Privada de la Academia en marzo de 1999

Complejos inmobiliarios y Ley de Propiedad Horizontal
MANUEL DE COSSÍO MARTÍNEZ. 123
Ponencia presentada en Sesión Privada de la Academia en enero de 2000

La criminalización de la barbarie: la Corte Penal Internacional

JUAN ANTONIO CARRILLO SALCEDO. 138
Ponencia presentada en Sesión Privada de la Academia en febrero de 2000

Federalismo, autonomía y descentralización
JUAN ANTONIO CARRILLO SALCEDO, LUIS SERRERA CONTRERAS Y MANUEL CLAVERO ARÉVALO. 150
Ponencia presentada en la Sesión Privada de la Academia del día 28 de noviembre de 2000

El error que determina la voluntad en el Derecho Canónico
ALBERTO BERNÁRDEZ CANTÓN. 190
Ponencia presentada en la Sesión Privada de la Academia del día 8 de enero de 2001

De la acción a las acciones en la sociedad anónima
ÁNGEL OLAVARRÍA TÉLLEZ 226
Ponencia presentada en la Sesión Privada de la Academia del día 5 de marzo de 2001

La demanda histórica de Justicia
JOSÉ MANUEL VÁZQUEZ SANZ 257
Ponencia presentada la Sesión Privada de la Academia en Junio de 2001

Reacción del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas a los atentados terroristas del II de septiembre de 2001
JUAN ANTONIO CARRILLO SALCEDO 290
Ponencia presentada en Sesión Privada de la Academia en noviembre de 2001

Consideración jurídica de las Cajas de Ahorro
MANUEL CLAVERO ARÉVALO 302
Ponencia presentada en Sesión Privada de la Academia en diciembre de 2001

La Doctrina del Tribunal Constitucional de libertad de empresa

GUILLERMO JIMÉNEZ SÁNCHEZ 310
Ponencia presentada en la Sesión Privada de la Academia del día 4 de febrero de 2002

El recurso de apelación contra la sentencia en el procedimiento abreviado, como recurso efectivo. De la teoría a la práctica
FRANCISCO MARÍA BAENA BOCANEGRA 332
Ponencia presentada en la Sesión Privada de la Academia del día 13 de mayo de 2002

El deslustre de la imagen pública de la Justicia. Aproximación a un tema complejo
FRANCISCO DE PAULA PIÑERO CARRIÓN 367
Ponencia presentada en Sesión Privada de la Academia en octubre de 2002

El registro de bienes muebles
IGNACIO CASADO DE CEPEDA 386
Ponencia presentada en Sesión Privada de la Academia en noviembre de 2002

Algunas cuestiones en torno a la responsabilidad de la Administración
PEDRO LUIS SERRERA CONTRERAS 412
Ponencia presentada en Sesión Privada de la Academia en diciembre de 2002

El nuevo modelo de Financiación Autonómica. Aspectos jurídicos
JAVIER LASARTE ÁLVAREZ 433
Ponencia presentada en Sesión Privada de la Academia en febrero de 2003

Informe sobre el borrador de anteproyecto de Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía
SEVERIANO MONTERO GONZÁLEZ 497
Ponencia presentada en Sesión Privada de la Academia durante el curso 1999-2000

I

CONTENIDO DE ESTE VOLUMEN

Este segundo volumen de los Anales de la Academia va referido cronológicamente a los actos celebrados durante los Cursos Académicos 19~8-l999, 1999-2000,2000-2001,2001-2002 Y 2002-2003.

En cuanto a los discursos de ingreso de los Señores Académicos, producidos a lo largo de estos años, no figuran en estos Anales, puesto que son objeto de publicación separada.

José M.ª GARCÍA MARÍN
Director de los Anales

II

PALABRAS DEL ILUSTRE SEÑOR PRESIDENTE DE LA ACADEMIA, DON ÁNGEL OLAVARRÍA TÉLLEZ EN EL ACTO DE APERTURA DE LOS CURSOS 1998-1999, 1999-2000 Y 2000-2001

EXCMOS. E ILTMOS. SRES., ILUSTRES SEÑORES ACADÉMICOS, SEÑORAS Y SEÑORES:

Con el Acto que hoy estamos celebrando inicia esta Real Academia el Curso 1998/1999.

Han escuchado Vds. el, por todos conceptos, magnífico discurso que ha pronunciado el Excmo. Sr. Don Juan Beechman Yallet de Goytisolo.

El señor Yallet de Goytisolo es, sin duda, una de las figuras más relevantes de la Ciencia Jurídica española en el día de hoy.

Ingresó en el Cuerpo Notarial el año 1942, habiendo desarrollado la mayor parte de su función notarial en Madrid.

Fue nombrado Académico Numerario de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, esa Corporación de amplia antigüedad, foco de ciencia jurídica de primera magnitud. En la actualidad, desempeña desde hace años la presidencia de la misma.

Yallet de Goytisolo es publicista destacado, muy destacado en diversos campos del Derecho. Yo quiero recordar, en especial, sus amplios e insuperables estudios en materia de sucesiones, llenos de conocimiento del Derecho Histórico de eso que, a pesar de algunos políticos, es y seguirá siendo la Nación española.

Mi mayor agradecimiento en nombre de ésta Academia, por su intervención en éste Acto.

Unas breves indicaciones sobre nuestra marcha durante el Curso 1997/1998.

Fue constituida la Academia, quedando integrada inicialmente por ocho Académicos Numerarios nombrados por la Junta establecida al efecto en el decreto de constitución. De acuerdo con las normas previstas al efecto, se han ido nombrando los demás Académicos que la forman en la actualidad; estando constituida en estos momentos por 23 Numerarios, 5 Correspondientes y por Don Juan Vallet de Goytisolo como único Académico de Honor. Están además nombrados 2 Académicos Numerarios más, pendientes de pronunciar los correspondientes discursos de ingreso, tomando posesión de sus cargos.

Durante el pasado curso han continuado celebrándose mensualmente las reuniones académicas en las que por los Académicos se han expuesto y se han discutido variados y siempre interesantes ponencias.

Hace pocos días se ha publicado el primer volumen de nuestros Anales, en el que, junto con otras interesantes materias, se recogen íntegramente las primeras ponencias.

En éste curso, ha tenido lugar también, en colaboración con la Fundación El Monte, un seminario sobre las Sociedades de Responsabilidad Limitada, en el que fueron ponentes los Académicos señores Olivencia Ruiz, Jiménez Sánchez y Magariños Blanco, así como el Catedrático de Derecho Mercantil Don Ignacio Lojendio Osbome.

De una circunstancia triste, que a todos nos ha afectado profundamente, tengo finalmente que dejar constancia: el fallecimiento del Académico Don José Martínez Gijón, Catedrático de Historia del Derecho de la Facultad Hispalense y que colaboró con toda competencia y entusiasmo en las tareas de ésta Academia.

EXCMOS. E ILTMOS. SRES., ILUSTRES SEÑORES ACADÉMICOS, SEÑORAS Y SEÑORES: '

Con el acto que celebramos da comienzo esta Real Academia al Curso 1999-2000, finalizando así el curso 1998-1999, que dio comienzo el día 25 de Octubre de 1998.

Lo mismo en aquella fecha que en el día de hoy con anterioridad a este acto ha tenido lugar la Santa Misa, con asistencia de Autoridades, Académicos y diversas personas.

Parece oportuno hacer una muy breve referencia a lo realizado por esta Real Academia durante el curso que hoy finaliza.

Cabe destacar en primer término la elección como Académicos Numerarios de los Señores Don Alberto Bernáldez Cantón, Don Severiano Montero González y Don Manuel de Cossío Martínez, a quienes les han sido asignadas las Medallas números 26, 27 y 28 respectivamente. Así mismo resulta preciso consignar la toma de posesión como Académico de Número del Ilustre Señor Don Ángel M. López y López, quien pronunció un brillante discurso sobre el tema «El derecho de propiedad. Una relectio», siendo contestado en nombre de esta Corporación por el también Académico Numerario Ilustre Señor Don Javier Lasarte Álvarez.

Dando cumplimiento a lo ordenado en el artículo 40 de los Estatutos que nos rigen, la Academia ha celebrado Sesiones Privadas, en las que han intervenido los Académicos Numerarios Don Rafael Leña Fernández, Don Santiago Martínez- Vares García, Don Alfredo Flores Pérez (Académico Electo) y Don Manuel de Cossío Martínez (Académico Electo).

Finalmente quiero destacar la actuación de esta Corporación en la organización y realización de cursos para la difusión y formación en la Ciencia del Derecho, sobre la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y sobre la Ley de reforma del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo. Estos cursos han tenido un número muy elevado de asistentes, superando los mil, y en ellos han intervenido Juristas muy prestigiosos, especialistas en dichas materias.

Nada más. Seguidamente pronunciará su discurso de ingreso el Académico Electo Don Manuel de Cossío Martínez que será contestado por el Académico Numerario Don José Acedo Castilla.

Muchas gracias Señoras y Señores por su asistencia.

EXCMOS. E ILTMOS. SRES., ILUSTRES SEÑORES ACADÉÉMICOS, SEÑORAS Y SEÑORES:

Con el brillante discurso que acabamos de escuchar, de Don Alberto Ballarín Marcial, da comienzo el curso 2000-2001 de esta Real Academia.

Parece inútil presentar en Sevilla a D. Alberto Ballarín Marcial, de cuya ciudad fue notario durante cinco años. Coincidimos ambos durante unos meses como notarios de esta capital.

Aragonés, nacido en Sariñela, es Alberto Ballarín una de las figuras más prestigiosas entre los juristas actuales.

Doctor en Derecho por la Universidad de Zaragoza; logró muy joven, por oposición, la prestigiosa plaza de letrado de la Dirección General de los Registros y del Notariado; y desde 1858 hasta su jubilación, hace seis años, fue notario de la capital de España, en cuya universidad ha sido profesor de Derecho Agrario. Es vocal permanente de la Comisión General de Codificación, en un día formó parte del senado de nuestra nación.

Ha dedicado el señor Ballarín Marcial una especialísima atención al Derecho Agrario, no sólo en relación con España, sino también en el campo internacional. Sería inútil, por sabido, insistir en la importancia de la agricultura para Andalucía y, en consecuencia, del Derecho Agrario para nuestra región. Baste con recordar que la actividad agraria representa un 7,1 % del PIB europeo, el 3,5 % del de España, y el 9 % del PIB Andaluz; y cabe recordar también varios factores de alta trascendencia actualmente

en esta materia: el despoblamiento según el funcionamiento de la Ley Petty-Clak, según la cual se producen transferencias continuas de población del sector primario al secundario, y de este al terciario; el envejecimiento de la población agraria, lo que lleva a que más del 50 % de los agricultores de la Europa comunitaria superen ya los 50 años de edad; finalmente, el complejo fenómeno de la globalización.

Sin pretender hacer, ni mucho menos, una relación exhaustiva de la labor y méritos del señor Ballarín Marcial, cabe recordar que ha sido Presidente de la Asociación Mundial de Derecho Agrario; fundador y Presidente actual de la Asociación Española; Presidente y Presidente de Honor del Comité Europeo de Derecho Rural; miembro de la Academia de Agricultura de Francia; vocal del Consejo del Instituto Diritto Intemazionale e Comparato de Florencia; Presidente del Instituto Nacional de Reforma Agraria.

Ha presidido congresos en Estrasburgo e Interlake, así como varios en España.

Ha pronunciado conferencias en España, Italia, Francia, México, El Salvador, Brasil, Colombia, Perú, Ecuador, Argentina, Pekín, San Petersburgo y Moscú.

Ha publicado varios libros, especialmente dirigidos a este tema del Derecho Agrario, que tanto le apasiona.

Ostenta diversas condecoraciones españolas y extranjeras.

Se me quedan muchas cosas, no se puede decir ya que en el tintero, sino en el ordenador. Me parece que con las expuestas queda bien definida la personalidad del nuevo académico don Alberto Ballarín Marcial, que esta Real Academia se honra en recibir ya quien da, como presidente, la bienvenida, y, como viejo amigo, un fuerte abrazo.

Para terminar unas breves palabras sobre la labor de esta Real Academia durante el curso 1999-2000.

Tuvo lugar la apertura de dicho curso el día 24 de octubre de 1999, en cuyo acto leyó su discurso de ingreso como académico de número el Ilustre Sr. D. Manuel de Cossío Martínez, «*Common law* y Derecho Civil. El derecho de los profesores y el derecho de los abogados», contestándole el también académico numerario el Ilustre Sr. D. José Acedo Castilla.

El 21 de noviembre de 1999 leyó su discurso de ingreso como académico de número el Ilustre Sr. D. Alfredo Flores Pérez sobre «Estado

de derecho y justicia penal. El derecho fundamental al proceso justo». Le contestó en nombre de la Real Academia el académico numerario Ilustre Sr. D. Francisco de Paula Piñero Carrión.

El 20 de febrero del presenta año 2000, ingresó como académico de número el Ilustre Sr. D. Severiano Montero González, que dio lectura a su discurso «El Derecho urbanístico español y la seguridad del tráfico jurídico e inmobiliario». Contestó al nuevo académico el también numerario Ilustre Sr. D. Ignacio Casado Cepeda.

El día 2 de abril fue recibido como académico correspondiente el Ilustre Sr. D. Federico Durán López, cuyo discurso de ingreso versó sobre «La regulación del trabajo en la economía capitalista. De la revolución a la globalización».

Finalmente el día 21 de mayo tomó posesión de su plaza de académico numerario el Ilustre Sr. D. Alberto Bernárdez Cantón, que leyó su discurso sobre «La cuestión religiosa en la Constitución española», contestándole el académico numerario D. Antonio Enrique Pérez Luño.

Con la toma de posesión de estos académicos quedaron otorgadas las veintiocho medallas de académicos numerarios que integran la Academia, reducidos hoya veintiséis por fallecimiento de los Srs. Lanza Galvache y Martínez Gijón.

En colaboración con el Ilustre Colegio de Abogados de Sevilla tuvieron lugar, con la asistencia de cerca de mil licenciados, unas interesantísimas jornadas sobre la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, a punto de entrar en vigor en los primeros días del mes de enero del año 2001, con intervención de varios académicos, de magistrados, de profesores y de abogados.

Mensualmente se han celebrado sesiones, en las que los académicos han venido exponiendo temas variados, todos del máximo interés y actualidad. Verán la luz en los anales que oportunamente publicará esta Academia.

En nombre de su Majestad el Rey D. Juan Carlos I, que Dios guarde, declaro inaugurado el curso académico 2000-2001 de esta Real Academia.

III

MEMORIA DE ACTIVIDADES DEL CURSO 1998-1999

PRESENTACIÓN

La Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, por mandato expreso recogido en el arto 37 de sus Estatutos, viene obligada a celebrar en el mes de Febrero de cada año Junta General Ordinaria, en la que han de someterse a aprobación las cuentas de ingresos y gastos del ejercicio anterior, la del presupuesto para el ejercicio que comienza y la Memoria del Curso Académico transcurrido.

La Junta de Gobierno de esta Real Corporación, en reunión celebrada el día 10 de enero de 2.000, adoptó el acuerdo de celebrar Junta General Ordinaria e17 de Febrero de 2.000 a las 20 horas, con el siguiente Orden del Día:

1. *Aprobación, si procede, de las cuentas de ingresos y gastos del ejercicio 1998, el presupuesto para el ejercicio que comienza y la Memoria correspondiente al Curso Académico 1998-1999.*
2. *Ruegos y preguntas.*

El Secretario que suscribe, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 31, apartado d) de los Estatutos, presenta la Memoria de las actividades realizadas, y que somete para la aprobación, en su caso, a la Junta General de Académicos Numerarios, como órgano supremo de esta Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia.

En Sevilla a 7 de febrero de 2.000

INTRODUCCIÓN

La apertura oficial del Curso 1998-1999 tuvo lugar en sesión pública y solemne celebrada el día 25 de Octubre de 1998, finalizando las actividades académicas con la sesión privada que tuvo lugar el día 14 de junio de 1999.

En esta etapa de nuestra vida académica conviene destacar determinados hechos que adquieren singular trascendencia. De una parte la decidida y amplia presencia y participación de esta Real Corporación en la organización y realización de Cursos para la difusión y formación en la Ciencia del Derecho; el primero sobre la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y, el segundo, sobre la reforma por Ley núm. 4/1999 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administradores Públicas y del Procedimiento Administrativo, actividades de divulgación de tan importante rama del Derecho que contaron con la inestimable ayuda, colaboración y mecenazgo del Ilustre Colegio de Abogados de Sevilla y de la Excma. Diputación Provincial respectivamente.

Es de todo punto necesario resaltar, tanto el altísimo nivel científico y calidad de los conferenciantes, como el extraordinario acogimiento que dichas Jornadas merecieron en el ámbito jurídico, como pone de relieve las cifras de asistentes inscritos, superiores al millar, y todo ello con las consiguientes dificultades organizativas derivadas de tan masiva asistencia, dificultades feliz y eficazmente superadas.

Igualmente resulta obligado señalar que en el presente Curso se ha visto completada la *Nómina académica* con la elección de los Sres. Académicos a los que corresponderán las Medallas núms. 26, 27 y 28. Se designó nuestro primer Académico de Honor, designación para la que la

Junta de Gobierno propuso al Excmo. Sr. D. Juan B. Vallet de Goytisolo, Presidente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación y que el Colegio Académico aprobó por unanimidad. El Académico de Honor pronunció su Discurso de Ingreso en el marco de la sesión solemne de Apertura del presente Curso 1998-1999.

Finalmente, conviene resaltar la intensa actividad que el Colegio académico viene desarrollando a través de las sesiones privadas, abordando en las mismas temas de alto interés, puntualmente estudiados y desarrollados por los ponentes, y ampliamente debatidos y analizados a través del enriquecedor coloquio que se suscita.

MEMORIA DE ACTIVIDADES

SUMARIO: I.-Apertura del Curso Académico 1998-1999. II.-Designación de nuevos Académicos. III.-Sesiones públicas. IV.-Elección de la Junta de Gobierno. V.-Sesiones privadas. VI.-Juntas de Gobierno. VII.- Cursos y conferencias. VIII.-Otros asuntos de interés. Conclusión.

I. APERTURA DEL CURSO ACADÉMICO 1998-1999

El día 25 de Octubre de 1998, bajo la presidencia del Ilustre Señor D. Ángel Olavarría Téllez, así como de otros Presidentes de distintas Academias sevillanas y numeroso público, tuvo lugar en el Salón de Actos del Ilustre Colegio Notarial la sesión pública y solemne de Apertura del Año Académico, con cuya ocasión leyó su Discurso de Ingreso como Académico de Honor el Excmo. e Ilustre Sr. D. Juan B. Vallet de Goytisolo sobre «Lo desechado y lo recibido de las concepciones filosóficas de Comte y de Hegel por la ciencia del Derecho en el siglo xx». Finalizó el acto con un discurso del Ilustre Sr. Presidente en el que puso de relieve los actos más relevantes acaecidos en el Curso anterior 1997-98.

Previamente, a las 11 horas de la mañana, tuvo lugar la Santa Misa en el Oratorio de la sede Provincial de Cruz Roja Española de Sevilla, con asistencia de Autoridades, Académicos, y público en general.

II. DESIGNACIÓN DE NUEVOS ACADÉMICOS

La Junta de Gobierno de esta Real Corporación en sesión celebrada el día 10 de septiembre de 1998, adoptó el acuerdo de convocar *Junta General Extraordinaria* para determinar la provisión de tres plazas de Académico Numerario, a saber las correspondientes a las Medallas núms. 26, 27 Y 28, e igualmente para que el Pleno ratificara su propuesta de designación como Académico de Honor al Excmo. Sr. D. Juan B. Vallet de Goytisolo, Presidente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, e igualmente las de los Excmos. e Ilmos. Sres. D. Antonio Gullón Ballesteros, D. Federico Duran López, D. Alberto Bailarín Marcial y D. Rafael Porras Arroyo como Académicos Correspondientes, Junta General que tuvo lugar el día 5 de octubre de 1998 en la que se ratificaron las propuestas anteriores y se adoptaron diversos acuerdos en relación con la presentación de candidaturas a las plazas de Académico Numerario convocadas, así como normas para la votación de los candidatos.

El día 30 de noviembre de 1998 tuvo lugar la *Junta General Extraordinaria* para la elección de los nuevos Académicos y, previa lectura por el Secretario de las candidaturas presentadas, se procedió a la votación, resultando elegidos D. Alberto Bernárdez Cantón, D. Severiano Montero González y D. Manuel Cossío Martínez, y a quienes se les asignó las Medallas núms. 26, 27 Y 28, respectivamente.

III. SESIONES PÚBLICAS DE INGRESOS DE NUEVOS ACADÉMICOS

Esta Real Academia y en el presente Curso ha celebrado en el Salón de Actos de su sede colegial las siguientes Sesiones públicas y solemnes con motivo de la recepción e ingreso de los siguientes Académicos:

* El día 25 de Octubre de 1998, y en la sesión pública y solemne de Apertura del Año Académico, y con la presencia de ilustres Autoridades y representaciones académicas, leyó su discurso de ingreso como Académico de Honor el Excmo. e Ilustre Sr. D. Juan B. Vallet de Goytisolo sobre «Lo desechado y lo recibido de

las concepciones filosóficas de Comte y de Hegel por la ciencia del Derecho en el siglo XX». Al acto asistieron, junto con el Pleno Académico, Presidentes de otras Academias y Autoridades y numerosísimo público.

* El día 17 de enero de 1999,.ante el Pleno Académico, Presidentes de otras Academias, Autoridades y con la asistencia de numerosísimo público, leyó su discurso de ingreso como Académico de Número el Ilmo. e Ilustre Sr. D. Ángel López y López, sobre «El derecho de propiedad. Una relectio», tomando posesión de su plaza e imponiéndosele la Medalla Académica núm. 25. El discurso del nuevo Académico fue contestado en nombre de la Real Corporación por el también académico Numerario Ilustre Sr. D. Javier Lasarte Álvarez.

IV. ELECCIÓN DE LA JUNTA DE GOBIERNO

La *Junta de Gobierno* en reunión celebrada el día 12 de abril de 1999, Y visto que en el presente Curso finaliza el período de su mandato, decidió convocar *Junta General Extraordinaria* para el día 10 de mayo de 1999 a fin de llevar a efecto la elección de los cargos de Presidente, Vicepresidente, Tesorero y Secretario de la Junta de Gobierno, todo ello en conformidad a lo dispuesto en el arto 25 de los Estatutos.

El día 10 de Mayo de 1999 tuvo lugar la citada Junta General Extraordinaria, resultando elegidos por unanimidad los siguientes Académicos Numerarios:

Presidente: Iltre. Sr. D. Ángel Olavarría Téllez (reelegido). Vicepresidente: Iltre. Sr. D. José Manuel Vázquez Sanz. Tesorero: Iltre. Sr. D. Javier Lasarte Alvarez (reelegido). Secretario: Iltre. Sr. D. Francisco María Baena Bocanegra (reelegido). Los citados Académicos desempeñarán los cargos para los que han sido elegidos durante seis años, de conformidad a lo dispuesto en el arto 26 de los Estatutos sociales, mandato que finalizará el año 2005.

V. SESIONES PRIVADAS

Esta Real Corporación, dando cumplimiento a lo dispuesto en el arto 40 de sus Estatutos, a lo largo del curso académico ha celebrado Sesiones Privadas, generalmente los primeros lunes de cada mes, con las obligadas excepciones de organización y vacaciones estivales.

Son de significar las siguientes intervenciones:

* El Ilustre Sr. D. Rafael Leña Fernández que desarrolló el tema «Multipropiedad. Comentarios a la Ley de 15 de diciembre de 1998» (1l-enero-1999); dado el interés suscitado el Sr. Presidente decidió la continuación del debate en la siguiente sesión, que se celebró efectivamente el 8 de febrero de 1999;
* El día 8 de marzo de 1999, el Ilustre Sr. Martínez Vares desarrolló su Ponencia sobre el tema «El Poder Judicial en España en el umbral del siglo XXI»;
* El día 10 de mayo de 1999 el Académico Electo D. Alfredo Flores dio lectura y sometió a la consideración del Colegio académico, su Discurso de Ingreso «Estado de Derecho y Justicia social. El Derecho Fundamental al proceso justo»;
* El día 14 de junio de 1999 el Académico Electo D. Manuel de Cossío y Martínez igualmente presentó ante el Pleno académico su Discurso de Ingreso, bajo el título «Common law y Derecho Civil. El derecho de los profesores y el Derecho de los abogados».

Las referidas conferencias se vieron enriquecidas con los coloquios que las seguían, con participación de todos los asistentes.

VI. JUNTAS DE GOBIERNO

La *Junta de Gobierno,* como máximo órgano rector de esta Real . Corporación, se ha reunido periódicamente, habiendo adoptado entre otros acuerdos y además de los de mero trámite y ordenación de la vida colegial, los siguientes:

* Designar y someter a la ratificación del Pleno académico el nombramiento del Excmo. Sr. D. Juan B. Valle de Goytisolo, Presidente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, como *Académico de Honor* (10-09-1999), nombramiento que se ratificó en Junta General Extraordinaria que tuvo lugar el día 5 de octubre de 1998 (10-09-98).
* Designar y someter a la ratificación del Pleno académico el nombramiento de los Excmos e Ilmos. Sres. D. Antonio Gullón Ballesteros, D. Federico Duran López, D. Alberto Bailarín Marcial y D. Rafael Porras Arroyo como *Académicos Correspondientes*, nombramientos que se ratificaron en Junta General Extraordinaria que tuvo lugar el día 5 de octubre de 1998 (10-09-98).
* Acordar que en la próxima edición de los Anales de esta Real Academia, en un solo tomo se comprendan las actividades de los Cursos 1996/97 y 1997/98 (10-09-98).
* Aprobar, a propuesta del Sr. Presidente, la celebración de un acto de reconocimiento y agradecimiento a la Comisión Gestora que en su día fue designada por la Junta de Andalucía para nombrar los primeros ocho académicos de esta Real Corporación (10-09-98).
* Aprobar la propuesta de cese del Ilustre Sr. D. Joaquín Salvador Ruiz Pérez como miembro de la *Sección Tercera*, y su pase a la *Sección Cuarta*, para cubrir la vacante dejada tras el fallecimiento del Sr. Martínez Gijón (10-09-98).
* Aprobar la designación del Ilustre Sr. D. Joaquín Salvador Ruiz Pérez como Vicepresidente de la *Sección Cuarta* de esta Real Academia (10-09-98).
* Aprobar la celebración de los siguientes Cursos y ponentes:
* Curso sobre la nueva Ley de lo Contencioso-Administrativo: en colaboración con el Ilustre Colegio de Abogados de Sevilla, y como Director el Sr. Clavero Arévalo; impartirán las conferencias los Académicos Numerarios Sres. Clavero Arévalo, Martínez-Vares y Serrera Contreras y como conferenciantes invitados el Presidente del Tribunal Supremo, Excmo. Sr. D. Javier Delgado Barrio, el Catedrático de Derecho Administrativo Ilmo. Sr. D.

José Ortiz Díaz y el Magistrado especialista de lo Contencioso-Administrativo perteneciente a la Sala III del Tribunal Supremo, Excmo. Sr. D. Mariano del Oro Pulido López (14-12-98).

* Curso sobre la reforma de la Ley Orgánica núm. 30/1992, por la Ley Orgánica núm. 4/1999, en colaboración con el LC. de Abogados de Sevilla y la Excma. Diputación Provincial, a celebrar los días 24 y 25 de junio de 1999, bajo la dirección del Académico, Ilustre Sr. D. Manuel Clavero Arévalo y en el que intervendrían como conferenciantes además del Sr. Clavero, los Académicos Numerarios Ilustres Sres. Serrera Contreras y Martínez- Vares, participando igualmente como conferenciantes invitados el Excmo. Sr. D. Pascual Sala Sánchez Presidente de la Sala III del Tribunal Supremo, el Excmo. Sr. D. Eduardo García de Entema, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense y, finalmente, el Ilmo. Sr. D. Alfonso Pérez Moreno Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Sevilla.

* Aprobar el calendario para la designación de Académicos Numerarios, según el siguiente detalle:

En el mes de noviembre de 1998 y previa convocatoria de la preceptiva *Junta General Extraordinaria*, se determinaran los candidatos a las plazas correspondientes a las Medallas núms. 26, 27 y 28.

* Aceptar la dimisión del Ilustre Sr. D. Guillermo Jiménez Sánchez como Vicepresidente de esta Real Corporación, como consecuencia de la incompatibilidad derivada de su designación y nombramiento como Magistrado del Tribunal Constitucional (11-01-99), aceptación que fue ratificada por el Pleno Académico en Junta General Extraordinaria celebrada el mismo día 11 de enero de 1999.

* Convocar para el día 10 de mayo de 1999 Junta General Extraordinaria para elección de los cargos de Presidente, Vicepresidente, Tesorero y Secretario de la Junta de Gobierno (12/4/99).

VII. CURSOS y CONFERENCIAS

En los meses de enero y febrero de 1999 y en colaboración con el Ilustre Colegio de Abogados de Sevilla, tuvieron lugar las Jornadas sobre la Nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, a las que se matricularon más de 1.000 asistentes.

Las sesiones se celebraron con extraordinaria brillantez y asistencia, con el siguiente calendario: Sesión de apertura el día 12 de Enero con la intervención del Excmo. Sr. D. Joaquín Delgado Barrio, Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial, quien dictó su conferencia sobre «Ámbito de la Jurisdicción Contenciosa»; día 19 de enero en que intervino el Excmo. Sr. D. Mariano del Oro Pulido quien disertó sobre «Órganos, competencias y Partes»; día 26 de enero, el Ilustre Sr. D. Pedro Luis Serrera Contreras, Académico de número de esta Real Corporación quien dictó su conferencia sobre «El Procedimiento Abreviado», día 2 de Febrero, con intervención del también Académico de número de esta Real Academia, Ilustre Sr. D. Santiago Martínez-Vares García, sobre «Procedimiento Ordinario y Procedimientos Especiales»; día 9 de febrero, siendo el conferenciante el Ilmo. Sr. D. José Ortiz Díaz, sobre «Medidas Cautelares y ejecución de Sentencias»; y, finalmente, el día 16 de febrero en que pronunció su conferencia el Ilustre Sr. D. Manuel Clavero Arévalo, Académico de número de esta Real Corporación, quien disertó sobre «Los recursos en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa», interviniendo seguidamente el Presidente de la Academia Ilustre Sr. D,. Argel Olavarría Téllez y clausurando las Jornadas la Excma. Sra. Dña. Margarita Mariscal de Gante y Mirón, Ministra de Justicia.

Durante los días 24 y 25 de junio de 1999 en colaboración con la Excma. Diputación Provincial de Sevilla y el Ilustre Colegio de Abogados de esta ciudad tuvieron lugar las «Jornadas sobre la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común; valoración tras su reforma por la Ley 4/1999» que tuvieron lugar en el Hotel Meliá Sevilla con numerosa asistencia de participantes. El día 24 de junio intervinieron el Excmo. Sr. D. Eduardo García de Enterría, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense de Madrid con el tema «Ámbito de aplicación de la Ley. Administraciones Públicas y Oréganos», el Ilustre Sr. D. Pedro

Luis Serrera Conteras, Académico de número de esta Real Corporación que explicó «Los interesados. La actividad de las Administraciones Públicas. Disposiciones y actos», el Ilmo. Sr. D. Alfonso Pérez Moreno, Catedrático de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de Sevilla, sobre «Procedimiento administrativo. Disposiciones generales» y el Ilustre Sr. D. Manuel Clavero Arévalo que dictó su conferencia sobre «Revisión de los actos en vía administrativa. Reclamaciones Previas»; el día 25 de junio intervino el Ilustre Sr. D. Santiago Martínez-Vares García, Académico Numerario de esta Academia, quien expuso «Modificaciones en el régimen de la potestad sancionadora» y el Excmo. Sr. D. Pascual Sala Sánchez, Magistrado especialista de la Sala III del Tribunal Supremo que disertó sobre «Nueva regulación de la responsabilidad de las Administraciones Públicas».

VIII. OTROS ASUNTOS DE INTERÉS

Igualmente esta Real Academia ha seguido manteniendo una fluida relación y colaboración con el Instituto de Reales Academias de Sevilla y con las Academias con sede en Andalucía y singularmente en Sevilla, aceptando las invitaciones que le han sido cursadas y asistiendo a las sesiones solemnes que las mismas han celebrado, designando la Junta de Gobierno las oportunas representaciones.

En el sentido indicado, esta Real Academia asistió el día 17 de Abril de 1999 en la ciudad de Cádiz al acto de celebración del Día del Instituto que anualmente convoca el Instituto de Reales academias de Sevilla, y que organizado por la Real Academia Provincial de Bellas Artes de aquella ciudad, se celebró en el Salón Regio del Palacio de la Excma. Diputación Provincial y en cuyo acto pronunció la lección magistral el Académico; Excmo. Sr. D. Javier de Navascués y de Palacio sobre e tema «Cádiz, la ciudad barroca y académica».

CONCLUSIÓN

Estas han sido a grandes rasgos salvo error u omisión, las principales actividades de la Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia durante el Curso 1998-99, siendo importante destacar el clima de mutuo entendimiento y colaboración entre los Académicos que integran este Colegio y con ello el progresivo fortalecimiento de la vida académica, como cabal expresión de la voluntad común de alcanzar y cumplir los fines que la inspiran.

Sevilla a 7 de febrero de 2000
El Secretario,
Francisco María BAENA BOCANEGRA

IV

PONENCIAS

LO DESECHADO Y LO RECIBIDO DE LAS CONCEPCIONES FILOSÓFICAS DE COMTE y DE HEGEL POR LA CIENCIA DEL DERECHO DEL SIGLO XX

JUAN B. V ALLET DE GOYTISOLO

Discurso pronunciado en el acto de ingreso en la
Academia como Académico de Honor
(25 de octubre de 1998)

SUMARIO: I.-Lo que queda en la ciencia del derecho del positivismo científico de Augusto Comte. l. La física-social de Comte. Sus carencias y sus hallazgos. 2. Aportaciones de la sociología a la ciencia del derecho. La adopción de los «tipos». 3. La sociología del derecho de Eugen Ehrlich, y la de Jean Carbonier. II.-Lo caducado y lo recibido como útil de la filosofía de Hegel por la metodología del derecho. 1. El ambicioso intento de Hegel. 2. Las aportaciones de Hegel que se mantienen válidas para la ciencia actual del derecho. 3. El neohegelianismo alemán de Binder y Schonfeld a Larenz.

Si la ciencia del derecho o jurisprudencia -según la definición de ULPIANO- requiere la noticia de las cosas divinas y humanas, no cabe duda que la filosofía se halla entre las cosas humanas que no pueden ser desconocidas por los jurisconsultos. Ese conocimiento está naturalmente influido por las diferentes direcciones, mejores o peores, que lo transmiten y que, casi siempre, se reciben de las corrientes dominantes en cada momento histórico, o bien por las orientadas para corregir los resultados no deseados producidos por ellas.

El fisicalismo social de COMTE, el hegelianismo, el pragmatismo, la fenomenología, el existencialismo, con mayor o menor intensidad, han repercutido en algunas corrientes de la ulterior ciencia de derecho, dejando una huella mayor o menor en el núcleo sólido de ésta. Otras corrientes han pasado temporalmente por momentos de gran actualidad pero, después, apenas han dejado rastro, o tal vez ninguno, que haya calado de un modo duradero.

Muchas veces estas nuevas orientaciones filosóficas se han combinado entre sí y, en otras ocasiones, han tenido engarces en reinterpretaciones o retornos a concepciones anteriores, incluso en algunas que habían sido desechadas por las corrientes hasta entonces dominantes. Otras veces han sido recogidos tan solo determinados aspectos de sus tesis, pero prescindiendo de sus prolongaciones filosóficas. Así ha ocurrido con las que conllevaban una nueva religión científica o la creencia en el mito de una síntesis final, como las filosofías de COMTE y de HEGEL.

I. LO QUE QUEDA EN LA CIENCIA DEL DERECHO DEL POSITIVISMO CIENTÍFICO DE AUGUSTO COMTE

1. La física-social de Comte. Sus carencias y sus hallazgos

Comenta GILSON[1] que COMTE, en su madurez, realizó el pensamiento de su juventud acerca de la filosofía, concebida como «una idea científica deslumbradora: no la matemática, ni la física, sino la sociología. La filosofía de COMTE iba a ser un "sociologismo"».

Según ha escrito el mismo COMTE[2], sobrepasados los estadios teológico, y metafísico, en el estadio positivo en el que creía hallarse, «el espíritu humano, reconociendo la imposibilidad de obtener nociones absolutas, renuncia a buscar el origen y el destino del universo, y a conocer las causas íntimas de los fenómenos para aplicarse únicamente a descubrir, por el empleo bien combinado del razonamiento y de la observación, las leyes efectivas, es decir sus relaciones invariables de sucesión y similitud».

Y en su primera lección de su Curso de filosofía positiva, dice COMTE[3] que «el carácter fundamental de la filosofía positiva es observar todos los fenómenos en tanto sujetos a leyes naturales invariables, el descubrimiento de las cuales y su reducción al menor número posible

[1] E. GILSON, *La unidad de la experiencia filosófica*, cap. X, cfr. en castellano, Madrid, Rialp. 1960, pág. 292.

[2] Auguste COMTE, *Philosophie premiere. Cours de philosophie positive*, leccción La; cfr. ed. Paris, Hermann Eds., 1975, pág. 20 Y sigs.

[3] COMTE, *op. cit.*, vol. 1, lec. 1ª, pág. 25 y sig.

constituye el objetivo de todos nuestros esfuerzos, considerando absolutamente inaccesible y carente de sentido para nosotros la búsqueda de lo que se denominan *causas*, sean primeras o finales».

Como vemos, COMTE recoge del nominalismo, y especialmente de Francis BACON, la negación de toda credibilidad a las causas formales y finales, que BACON había denominado «vírgenes estériles», e incluso sigue a HUME[4] en su escepticismo acerca de las causas eficientes.

Es de destacar que si, en su afán de razonar más allá de la física y de todas las demás ciencias, COMTE efectúa ese rechazo de la metafísica, en cambio asciende asombrosamente hasta la religión de *le Grand Étre*. Es decir, parte de un realismo sociológico circunscrito a lo que resulta de los datos positivos, pero cuando luego trata de razonar filosóficamente, recompone estos datos conforme criterios subjetivos. Opera idealmente, en lugar de ascender de la física la metafísica, como hizo ARISTÓTELES, que de ella se elevó hasta alcanzar el reconocimiento de Dios, como «causa del concierto y el orden universal y, al mismo tiempo, principio de los seres y la causa que les imprime el movimiento» [5].

Un siglo después de COMTE, ha cambiado la posición de las ciencias humanas respecto de las causas. STAMMLER[6] considera básica, en la ciencia del derecho, la *forma «fin-medios»*, siendo el *fin* la *rectitud*, como medida superior de la *idea del derecho*, tendente a un *resultado justo*. Es decir atiende a la causa final.

Además, la nueva física cuántica considera que *la forma* es lo que caracteriza el ser de las cosas. Precisamente Grichta BOGDANOV[7], doctor en astrofísica y física teórica, ha explicado que la mariposa y el guijarro, sobre el cual ella reposa, son idénticos en sus partículas más elementales, y

[4] David HUME, *Tratado de la naturaleza humana*, 93; cfr. ed. en castellano, Madrid, Tecnos 1992, pág. 157.

[5] ARISTÓTELES, *Metafísica*, I, III, *in fine*, donde recuerdo que HERMETINO DE CLEZÓMENES lo indicó primero y ANAXÁGORAS lo dijo después, mostrando que era «el único que estaba en pleno uso de la razón».

[6] Rudolf STAMMLER, *Tratado de filosofía del derecho*, 25; cfr. versión en casstellano, Madrid, Ed. Reus. 1930, pág. 73 Y sigs.

[7] Cfr. los diálogos entre Jean GITTON, Grichta BOGDANOV, Igor BOGDANOV (de I'Aeademie jram;aise el primero y doctores en astrofísica y física teórica los otros dos) en Dieu et la seienee, Paris, Grosset 1991, pág. 60.

que su diferencia radica en la estructura, que así viene a ser su causa formal, empleando la terminología escolástica, y que obedece a una causa final más *ordenada* en la mariposa que en el guijarro.

Y algo semejante viene a decir la más moderna biología. Jéróme LEJEUNE[8], que fue profesor de genética fundamental en la Facultad de Medicina de Paris, ha comparado «el modo como el escultor hace emerger la estatua, cincelando la piedra o modelando el barro según el material que escoge, con el modo cómo los genes del ser vivo ordenan, según sus leyes, los elementos que le rodean y los conforma de manera tal que todas las cualidades de cada individuo se encuentran ya inscritas genéticamente en las largas moléculas de los ácidos nucleicos». Podemos decir, pues, que esas largas cadenas de ácidos nucleicos son causa no solo genética, sino también formal y final, del ser que se gesta en cuanto lo contienen programado.

Pese a esas observaciones, ha de reconocerse, sin embargo, que las aportaciones debidas a COMTE han servido para reivindicar la cualidad científica de las que hoy son denominadas ciencias sociales y ciencias morales, rechazada por KANT, por no tener un objeto material sensible empíricamente cognoscible y apto para ser configurado objetivamente en nuestros conceptos mentales, mientras que, según él, nuestra libertad sólo puede estar sujeta a las leyes morales -que nuestro imperativo categórico nos impone a cada uno-, pero que son meramente subjetivas por considerarlas no comprobables por ninguna experiencia objetivamente demostrable[9].

COMTE trató precisamente de conseguir esa demostración objetiva, estimándola asequible con su *física social*, capaz de encontrar las leyes naturales de los fenómenos observados. Se trata -dice[10]- de hallar la «armonía social», con sus «correlaciones esenciales», de «considerar, siempre al abrigo de toda arbitrariedad, el orden artificial y voluntario como simple prolongación general de ese orden natural e involuntario, hacia el cual tienden necesariamente, sin cesar, en cualquier relación, las

[8] Jéróme LEJEUNE, «Mensaje de vida», *Verbo*, 133-134, marzo-abril 1975, pág. 511 Y sig.

[9] Cfr. mi *Metodología de las leyes* 123, Madrid, Edersa, 1991, págs. 304-307.

[10] COMTE, *op. cit*., lec. 48.ª, pág. 118 Y sig.

diversas sociedades humanas: de manera que toda institución política verdaderamente racional, para tener una eficacia social real y duradera, debe apoyarse constantemente en un exacto análisis previo de las correspondientes tendencias espontáneas, únicas que pueden suministrar autorizadamente raíces suficientemente sólidas. En una palabra, se trata esencialmente de contemplar el orden a fin de perfeccionarlo convenientemente y no de crearlo, lo cual sería imposible».

A su juicio, a este respecto la «solidaridad social» «es la idea madre», la «noción fundamental», «eminentemente de propia del estudio de los cuerpos vivos». Puede decirse -insiste- que «en todas partes donde haya un sistema cualquiera, debe desde luego existir cierta solidaridad. La astronomía en sus fenómenos puramente mecánicos, nos ofrece el primer esbozo real», al mostrar el juego de la orientación en la que un cuerpo influye y puede modificar la de otro. Esa solidaridad cuanto más perfectos son los organismos se muestra en fenómenos tanto más complejos y más eminentes. Así, en el animal es bastante más completo que en el vegetal; y «evidentemente se desarrolla más a medida que la animalidad se eleva al máximo en la naturaleza humana; finalmente en el hombre, el aparato nervioso se constituye, más que en ningún otro, el principal asiento de la solidaridad biológica». En fin, en el organismo social se da a la solidaridad una «preponderancia superior a la de todo organismo biológico, dado el incontestable incremento de complicación propia de este nuevo orden de fenómenos».

En cuanto al método, dice[11]: «La exploración científica, tanto en biología como en sociología, emplea conjuntamente tres modos fundamentales», «la observación pura; la experimentación propiamente dicha, y, finalmente, el método comparativo».

Esto constituye su aportación efectiva, la de su método que, partiendo de los datos de hecho, -*donées*- descubre las leyes naturales que gobiernan las relaciones sociales, y la del principio de la solidaridad social como noción fundamental del orden político.

Cierto es que las carencias del método positivo de COMTE son indudables. La primera dimana de prescindir de todo lo sobrenatural, de lo divino y de lo metafísico, y consecuentemente reducir la humanidad del

[11] Ibid, pág. 137.

hombre al *homo naturalis*. Con ello -como ha escrito mi maestro SCIACCA[12]-, nuestra perspectiva se acorta y estrecha. Una cosa es prescindir de argumentos teológico s y otra cosa, muy distinta, es encerrarse en lo demostrable empíricamente sin razonar sino sólo a partir de los datos suministrados por ese conocimiento empírico. Una cosa es rechazar las metafísicas idealistas y otra cosa es negarse a ascender desde el conocimiento de las cosas visibles al de las invisibles y de los efectos a las causas, por el camino de la metafísica realista, para alcanzar lo verdadero, o lo verosímil, como dice VICO[13], o lo probable y lo más probable, como dice MONTESQUIEU[14]. El objeto del entendimiento, según el AQUINATENSE, es el ser y la verdad, considerados en las cosas materiales, a través de las cuales llegamos a los conocimientos que nos son asequibles[15].

COMTE, mediante su enunciado método, trata de hallar las leyes que rigen el mundo social, sin apoyarse en argumentos metafísicos, ni tampoco en la determinación de sus causas partiendo de sus efectos. Únicamente observa los fenómenos y los compara, atendiendo a las relaciones normales de sucesión o similitud. Pero, si no determinamos y valoramos, aunque sea provisoriamente, las causas de los efectos de las acciones u omisiones humanas y sus fines -es decir su axiología y su teleología- no es posible determinar cual debe ser la conducta que ha de seguirse para el buen orden social, a fin de conseguir una solidaridad en la que todos participen del modo más conveniente, seegún sus aptitudes y posibilidades.

Mucho antes de COMTE, ya SANTO TOMÁS DE AQUlNO[16], VICO[17] Y MONTESQUIEU[18] habían tratado de hallar las leyes sociales

[12] Michele Federico SCIACCA, *La filosofía hoy*, versión en castellano de la 5ª edición italiana de *La filosofia oggi*, Madrid, Escelicer 1973, vol. 1, cap. IV, pág. 241.

[13] VICO, *Il metodo degli studi del tempo nostro, III*, *«Opere»*, ed. cuidada por Fausto NlCOLINI, Milán-Nápoles, Ricardo Ricardi 1953, pág. 176 Y sigs.

[14] MONTESQUIEU, *Mes Pensées*, 675, cfr. col. de la Pleiade, vol. I, Paris, Gallimar 1949, pág. 1181.

[15] SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologiae*, l.ª, 87, 3.

[16] *Ibid*, l.ª, 103, 5-8 especialmente.

[17] VICO, Scienza nueva, Conchiusione del/'opera, 1002-1006, «Opere», pág. 865 Y sigs.

naturales a través del examen de la realidad, pero sin las autolimitaciones das por COMTE- de prescindir de toda metafísica y de las causas de los efectos observados.

Ahora bien, con referencia al derecho, el retorno por COMTE a la consideración de los hechos, su observación, experimentación y clasificación, significaba una rectificación de KANT y del pensamiento de la filosofía racionalista de la Ilustración, que la Revolución quiso imponer, identificando el derecho como los mandatos abstractos de las leyes, expresión de la voluntad del pueblo representado por la Asamblea legislativa.

Pero esta rectificación de COMTE no constituía una novedad sino únicamente una restauración, e imperfecta por las deficiencias que hemos indicado.

La definición de jurisprudencia, es decir de la ciencia del derecho, recogida en el DIGESTO, formulada por ULPIANO[19], ya partía de la noticia de las cosas, divinas y humanas, previa y necesaria para distinguir lo justo Y lo injusto, lo equitativo y lo inicuo. En otro texto[20], ALFENO explica cómo, partiendo de los hechos, se determina el derecho. BALDO[21] lo comentaría: <<*Nota quod ius ex facto oritur, et quod ius est implicitum factu*».

He explicado en otro lugar[22], que indudablemente ALFENO tiene presente la *lex Aquilia*, pero no razona su respuesta basándose en las palabras de ella, sino en los hechos ocurridos examinados de conformidad con la naturaleza de las cosas y de los datos del hecho mismo. La naturaleza no puede ser contradicha por la ley, como dijo CELSO: «*Quae rerum natura prohibentur, nulla lege confirmata sunt*»[23].

---

[18] MONTESQUIEU, E. L. 1, 1, 1. Acerca de lo que MONTESQUIEU entiende por ley y por naturaleza de las cosas, cfr. mi op. cit., Montesquieu: Leyes, gobiernos y podeeres, caps. IV y V, págs. 143-196 ..

[19] ULPIANO, Dig, 1, 1,10,2.

[20] ALFENO, Dig, 9, 2, 52, 2.

[21] Baldo DEGLI UBALDIS, Comm. ad libro IX Dig., tit. Ad legem Aquilia, lex Si ex plagis, § In cliuo (Dig. 9, 2, 52, § 2).

[22] Contraste entre un texto de Baldo y otro de Hume, cit., 2, pág. 139 Y sigo 23

[23] CELSO, Dig. 56,17,188, l.

Ningún hecho es explicable, ni por lo tanto interpretable, sino en relación a un algo, con el cual nuestra mente lo contrasta y valora.

ALFENO contrasta el caso consultado con la naturaleza de las cosas, de la que, en su caso, juegan: el principio de gravedad, el desnivel de la cuesta Capitolina, el peso de la carga de los carros, la fuerza de las mulas, la actitud de los carreteros; y los principios formales de la lógica de 'as cosas -no de una lógica puramente abstracta y formal-; y atiende a cuales pueden ser las causas reales del hecho, que enjuicia con una lógica material realista -la lógica de las cosas.

Esta perspectiva clásica de la naturaleza de las cosas, es mucho más amplia, elevada y profunda que la de la física social de COMTE, y no tiene las carencias observadas en ésta. Así en el derecho romano se advierte una relación evidente, jurídicamente riquísima en consecuencias, entre *rerum natura* -expresión «clave», que comprendía «cosas y relaciones de las cosas, al mismo tiempo», «cosa y estado de cosas, ser y movimiento»[24]; *sensum naturale* -que percibe el orden de sus relaciones-; *naturalis ratio* -que, gracias a la experiencia humana, obtenida con el conocimiento repetido de los resultados producidos en un contexto de relaciones, abierto al conocimiento de la razón humana que lo somete a un razonamiento moral, que mediante su análisis puede alcanzar ese sentido que se desprende la naturaleza de las cosas[25]-, y *aequitas naturalis* -es decir, lo equitativo deducido de la naturaleza de las cosas-, relacionada íntimamente con la naturalis ratio, como advirtió PAULO[26]: «Quoties aequitatem desiderit naturalis ratio ... , iustis decretis res temperandam sit».

Ayudados con este y otros textos de los juristas romanos[27], supieron algunos autores del ius commune comprenderlo muy bien y expresarlo. Así PLACENTINO[28] y AZÓN[29] tradujeron el significado de la aequitas como

[24] De Theodor HAECKER lo recoge Schwars-Liebermann VON WALHENDORF, *Reflexions sur la nature des choses et le logique du droit*, Paris-La Haya, Monton 1973, *Nature des choses. Evolution historique et notion*, 14, pág. 15.

[25] *Ibid*, 9 y 10, pág. 13.

[26] PAULO, *Dig*. 50,17,2.

[27] V. gr., entre otros, GAYO, Dig 3, 5, 38 [39] Y PAULO, Dig. 50,17,10.

[28] Placentino DEL MONTPELLIER, *Summa [nstitutionum, De iustitia et iure*, líneas 137-139.

«*rerum convenientia*», y BALDO[30] diría: «*Aequitas vero est, rectitudo naturalem sequens rationem*», y, ya en la primera mitad del siglo XV, según comentó el gerundense Tomás MIERES: «*Aequitas est convenientia rerum*»[31] y «*est aequitas quod naturalis ratio suadet*»[32].

Por otra parte, en esa perspectiva, la naturaleza de las cosas (*rerum natura*) y la de cada cosa en particular (*natura rei*) contienen una *estructura ontológica* -constitutiva de su causa formal, en la terminología escolástica- con su *fundamento óntico*, y por ende vital, en constante devenir; o sea su propia *teleología y su axiología*[33].

Esto permitía a los juristas romanos clásicos elaborar principios y reglas, que, sin embargo, no aplicaban deductivamente sino que trataron siempre de confrontar, en cada caso, con la riquísima variedad de las cosas que se presenta en cada hecho, para ver si la regla se adecua bien o no en cada caso. Así pudo decir PAULO[34]: «*Non ex regula ius summatur, sed ex iure quod est regula fiat*». Estas reglas, o leyes de la relación general, no son fuente de conocimiento del derecho -ha comentado KASER[35]- sino que «vienen a reflejar únicamente el derecho tal y como se manifiesta en resoluciones casuísticas concretas». De ese modo, su «enfoque casuístico les salvaba a los romanos de sacrificar su elástica elaboración jurídica a las reglas»; y, sin titubear, sacrificaban éstas «cuando comprendían que su resultado iba a conducir a resultados injustos», según muestran numerosos textos del DIGESTO[36].

---

[29] AZÓN, *Ad summam Institutionum*, lib. 1, tit. «De iustitia et iure», donde repite casi literalmente lo dicho por Placentino.

[30] BALDO, *Super prima pars ff. veteris lectura*, tit. «De iustitia et iure», lex *Omnis populi*, 19.

[31] Tomás MIERES, *Apparatus*, II pars, coIl. VIII, cap. 1, 33; ed. cit., pág. 162.

[32] *Ibid*, 39, pág. 162.

[33] Cfr. mi *Metodología de la determinación del derecho*, II, «Parte sistemática», 28-30, Madrid, Centro Cultural Ramón Areces-Consejo Superior de Notariado, 1996, págs. 133-147, y 34-37, págs. 168-196

[34] PAULO, *Dig*. 50,17,I.

[35] KASER, *En torno al método de los juristas romanos*, 4, Valladolid, Publicaciones de los Seminarios de la Facultad de Derecho, 1964, pág. 25 Y sigs.

[36] Cfr. los que KASER cita, en su *op. últ. cit*., nota 43, pág. 28.

2. **Aportaciones de la sociología a la ciencia del derecho. La adopción de los «tipos»**

Un rápido repaso por el pensamiento sociológico de COMTE y, después de él, los de SUMMER-MAINE, SPENCER, LE PLAY Y DURKHEIM, a pesar de las insalvables diferencias que separan a estos autores entre sí, nos permite observar que con la sociología, descubierta por COMTE, surge una perspectiva de la ciencia radicalmente distinta de la kantiana, ya que parte de los hechos y no de las ideas abstractas; se separa del formalismo a la vez que de la pretendida dependencia del derecho de las creaciones arbitrarias del Estado; y vuelve la vista no sólo a los hechos de la vida social, sino al conocimiento de la sociedad, como hecho empírico objetivo. Más tarde, con Max WEBER[37] penetra en la «comprensión» -verstehen- de los fenómenos sociales.

Jean CARBONIER[38] ha analizado la repercusión que han tenido en el derecho la sociología positiva de COMTE y de los estudios sociológicos de LE PLAY.

De Auguste COMTE dice que su actitud hacia el derecho es «doblemente sociológica: 1.º Por el método legislativo, las leyes deben sacarse siempre de la experiencia y no de conceptos *a priori*, al revés de lo que habían hecho los legisladores de 1804 (espíritus metafísicos); 2.° Por el fondo de la doctrina (contra el atomismo del Código de Napoleón), hay que reconocer el primado de las realidades colectivas)>>.

Por lo que se refiere a Féderic LE PLAY -ingeniero, con gran formación, práctica en industria, y gran viajero por añadidura-, indica CARBONNIER que, su sociología recae sobre instituciones -la familia, las sucesiones, el testamento- pertenecientes al derecho civil, y que su método es normalmente de investigación monográfica. Su serie de monografías

---

[37] Max WEBER, *Wintscheft und Gesellochaft Grundriss der Verstehendem Sociologie*, Tubinga, 1922, I; cfr. la 1.ª reimpresión de la 2.ª ed. en castellano de la 4.ª en alemán, *Economía y Sociedad*, México, Fondo de Cultura Económica, 1969, «I Conceptos sociológicos fundamentales», pág. 5, donde acerca del concepto de «comprender» se remite primordialmente a JASPERS y a las observaciones de RICKERT.

[38] Jean CARBONNIER, *Sociología jurídica*, cap. I, 6 Y 9, cfr. versión en castellano de la ed. en francés, Paris, Ar. Colin, 1972, traducida por Luis DÍEZ-PICAZO, Madrid, Tecnos 1977, pág. 54 Y sigs.

acerca de los tipos de familia --dice- «conserva valor ejemplar dentro del género científico», «eficaz, hoy en día, a pesar del desarrollo de los métodos cuantitativos».

La sociología, pues, no ha podido menos que repercutir en la ciencia del derecho, en la que hizo de puente para la adecuación instrumental por éste, a efectos científicos, de la palabra *tipo*, profusamente empleada por LE PLAY y por DURKHEIM.

El vocablo *tipo*, de origen griego, en latín *typus*, fue empleado por PLINIO, en el significado de señal que hace el golpe o la impresión, y también significó molde, modelo, figura[39]. Tuvo su primer empleo científico en medicina; el médico COELIUS -dice FERRATER MORA[40]- lo usó probablemente en el siglo II de nuestra era. Después lo utilizó la psicología, en la teoría hipocrática de los temperamentos. TEOFRASTO describió tipos de caracteres humanos, atendiendo a sus manifestaciones externas. Ya en la Edad moderna, la palabra tipo sería muy utilizada por LA BRUYERE, especialmente referido a las actitudes sociales; y muchos otros autores, entre ellos el navarro Juan HUARTE DE SAN JUAN, en su *Examen de ingenios para las ciencias*, combinó los tipos de la teoría de los *temperamentos* y de la teoría de las *facultades*, donde clasificaba los tipos de ingenio atendiendo al predominio de un tipo de humor[41] .

Desde el siglo pasado, el empleo de la palabra «tipo» ha sido más frecuente en su significado de modelo *que abarca un número indeterminado de ejemplares pertenecientes a determinado género o especie y con cierta semejanza, mayor o menor*. Se habla de casos típicos, arquetipos, prototipos o tipos ideales. Max WEBER[42] habla de *tipo medio y de tipo ideal o puro*.

Después, la utilización por la sociología de la palabra tipo como instrumento explicativo y clasificatorio, se ha extendido a otras ciencias: la historia, la política y, como veremos, al derecho, donde permite una

---

[39] Cfr. Raimundo DE MIGUEL, *Diccionario latino-español etimológico*, voz «Typus».

[40] José FERRATER MORA, Diccionario de filosofía, voz «Tipo», ed. Barcelona, Círculo de Lectores, 1991, pág. 2356 Y sigs.

[41] *Ibid*, voz «Huarte de San Juan, Juan», *op. cit*., pág. 1562 y sig.

[42] Max WEBER, *op. y cap. cits.*, 11, pág. 16 Y sigs.

perspectiva más real, flexible y comprensiva que los conceptos abstractos en uso.

3. **La sociología del derecho de Eugen Ehrlich, y la de Jean Carbonnier**

La ciencia del derecho dio un importantísimo giro con la obra *Grundlegung der Soziologie des Rechts* de uno de los fundadores y máximos puntales del movimiento del derecho libre, Eugen EHRLICH.

El derecho venía siendo confundido con la ley positiva como norma impuesta por el Estado. GÉNY reaccionó observando que la ley no comprende todo el derecho, por lo cual 'debe completarse con la costumbre y con la *libre rechérche scientiphique*, indagando la razón práctica, en perfecta línea comtiana, los *donées*, o datos de hecho, y recomponiéndolos en todos sus elementos, conforme la *naturaleza de las cosas*. Esta viene a constituir así otra fuente material del derecho, que la investigación científica filtraba[43].

EHRLICH dio otro peso más. El derecho no nace de fuente formal alguna, sino que se encuentra en la vida, es el derecho vivo, que, después, se formula.

La «observación» -enuncia[44]- es el punto de partida de la sociología del derecho. En esto no difiere de COMTE ni de DURKHEIM. Pero, advierte: «Entre ciencia y arte no hay antítesis. Toda verdadera ciencia es también una obra de arte, y quien no es un artista es un pobre hombre de ciencia. Una obra científica requiere, para ser producida, los mismos requisitos de una obra de arte: sensibilidad espiritual, imaginación y capacidad para dar forma a las propias intuiciones». Todo investigador «debe crearse su propio método, como todo artista original debe crearse una técnica propia».

A juicio de EHRLICH[45], la sociología del derecho debe conocer el *derecho vivo*; «no formulado en proposiciones» pero que, «sin embargo,

---

[43] Cfr. mi cito *Metodología de la determinación del derecho,* vol. I, «Perspectiva histórica», 286-287, Madrid, Centro Cultural Ramón Areces 1994, págs. 1044-1053. 44

[44] Eugen EHRLICH, *Grundlegung der Sociologie des Rechts*, cap. XX, 2; cfr. ed. en italiano *I fondimenti della sociologia del diritto*, Mi1an, Guiffre, 1976, pág. 570 Y sigs.

[45] *Ibid*, 3, pág. 592 Y sig.

regula la vida social. La fuente de conocimiento de ese derecho es: en primer lugar, el moderno documento jurídico; en segundo lugar, la observación directa de la vida social, de los cambios, de las costumbres, de los usos de todos los grupos, no solo de los reconocidos jurídicamente, sino de aquellos ignorados o descuidados por el derecho, y, en fin, de los hechos condenados por éste».

Ese derecho vivo lo buscó EHRLICH[46], en primer lugar, en la jurisprudencia judicial. Pero, pronto, concentró su atención, más que en lo contencioso, en los acontecimientos reales que se hallan en su base. Y, en un segundo tiempo, constató que esto no es del todo suficiente. «Sólo una pequeña parte de la vida real es llevada ante los tribunales o a otros órganos de autoridad». Además, «las mismas relaciones jurídicas que son llevadas a lo contencioso muestran sus trazos alterados», cosa que no ocurre en las relaciones jurídicas no controvertidas.

Por eso, EHRLICH[47] acude al documento negocial, como testimonio del derecho vivo.

La moderna ciencia jurídica -explica- «deberá, ante todo, examinar los documentos teniendo en cuenta aquella parte de su contenido que generalmente es importante, típica y siempre recurrente; deberá considerado de un modo técnico jurídico y valorarlo bajo todos los aspectos desde el punto de vista de la sociedad, de la economía y de la política legislativa».

A su vez, CARBONNIER[48] considera que la sociología jurídica «engloba todos los fenómenos de los cuales el derecho puede ser causa, efecto u ocasión, incluidos los fenómenos de su violación, inefectividad o desviación». Y, de ese modo, la sociología sirve para el mejor conocimiento del derecho.

«Así, contra la afirmación dogmática según la cual la leyes la expresión de la voluntad nacional o del interés colectivo, la sociología

---

[46] *Ibid*, 2, pág. 593 Y sig.

[47] *Ibid*, 3, pág. 594 *in fine* y sigs.

[48] Jean CARBONNIER, *Flexible droit. Textes pour une sociologie du droit sans rigoeur*; cfr. 2.ª ed. revisada y aumentada, Paris, Libr. Grale de Dr. et Jurispr. 1971,I,I, pág. 5 y sigs.

jurídica ha mostrado -dice- las intrigas y las presiones particulares que actúan hoy sobre la legislación, los *bobbies*, los despachos y capturadores de decretos subrepticios y obrepticios. Tras el legislador jurídico, la sociología ha desenmascarado al legislador sociológico y, al mismo tiempo, ha introducido en la regla de derecho una saludable modestia», al revelar que, con frecuencia, las leyes «pueden quedar en letra muerta».

Considera CARBONNIER que la *función práctica de la sociología jurídica*[49] es mucho más necesaria incluso que en la sociología general, porque, «forzada por el hecho de encontrarse al lado de los juristas, cuya ciencia está enteramente volcada hacia la acción, tendría que ruborizarse de ser un puro lujo del espíritu».

En este punto, CARBONNIER difiere radicalmente de DURKHEIM, quien, como principio, reduce la sociología a pura ciencia y quiere preservarla del arte.

Como aplicaciones prácticas de la sociología al arte del derecho considera CARBONNIER: los artes de legislar[50], juzgar[51], interpretar[52] y contratar[53]. A su juicio, la sociología aplicada que corresponde al arte de contratar, «cubre en parte lo que los civilistas llaman la práctica extrajudicial, de los notarios y asesores jurídicos».

II. LO CADUCADO Y LO RECIBIDO COMO ÚTIL DE LA FILOSOFÍA DE HEGEL POR LA METODOLOGÍA DEL DERECHO

Tanto a HEGEL, como a COMTE -genios los dos, aunque más genio HEGEL por su perspectiva más elevada y más total- les ha ocurrido algo parecido en cuanto a su influjo en el derecho. Hoy, solamente permanecen vivos y actuante s ciertos elementos de su método, pero no su más elevada filosofía, ni, en COMTE, la religión positiva de la humanidad,

---

[49] CARBONNIER, *Sociología jurídica*, cap. IV, seco n, 1; cfr. ed. en castellano, Madrid, Tecnos, 1976, pág. 217 Y sigs.

[50] *Ibid*, 10-17, págs. 232-249.

[51] *Ibid*, 6, pág. 223 Y sigs.

[52] *Ibid*, 7-9, págs. 225-231.

[53] *Ibid*, 3, pág. 219 Y sigs.

ni, en HEGEL, la del absoluto, Dios, que se hace en la historia, en un panteísmo dinámico.

Uno de los filósofos del derecho nehegelianos más prestigiosos del segundo tercio y primera mitad del tercero de este siglo XX, Karl LARENZ, ya de regreso de su antiguo fervor, ha confesado, en la edición de 1979, la definitiva, de su *Metodología de la ciencia del derecho*[54] , que, desde la distancia de casi una generación de la aparición de uno de sus libros, *Rechts und Staatsphilosophie der Gegenwart* (2.ª ed. 1935), «en base a las experiencias habidas desde entonces, veo hoy muchas cosas, lo que en verdad apenas necesita subrayarse, muy diversamente que entonces. Mi concepción del Estado, entonces orientada a la estimación demasiado optimista de HEGEL, de la racionalidad y moralidad del Estado de su tiempo, la he revisado ya al final de mi estudio *Moralidad y derecho* (1943). Hoy considero la filosofía del Estado de HEGEL la más intensamente condicionada por el tiempo y, por ello, la parte más débil de su ética y de su filosofía del derecho. El marco del sistema hegeliano y su pretensión de ser la plenitud del espíritu que se conoce a sí mismo han sido contradichos por el propio curso de la historia. La aportación grandiosa de HEGEL sigue siendo, por un lado, su lógica del "concepto concreto"; por otro, el desarrollo de la ética y la doctrina de la libertad de KANT hacia una doctrina de valores jurídicos materiales, particularmente en la primera parte de su Filosofía del derecho. En estos puntos sigo considerando hoy que el [neo] hegelianismo de los años veinte no ha sido todavía "superado"».

1. **El ambicioso intento de Hegel**

Me parece, no obstante, conveniente echar una ojeada al ambicioso intento que, con su sistema, coronó HEGEL.

FICHTE, al desarrollar las ideas de su maestro KANT -como ha explicado WILSON[55]-, quiso resolver el problema de cómo el mundo del sentido y del entendimiento, creado por el Yo, puede ser el mismo para

[54] Karl LARENZ, *Metodología de la ciencia del derecho*, edición definitiva 1979; cfr. en castellano, Barcelona, Ariel 1980, parte 1, cap. IV, nota 2, pág. 105.

[55] Etienne GILSON, *op. cit*., cap. IX, pág. 282 Y sigs.

todos nosotros; y su respuesta fue que del acuerdo de los productos de las voluntades individuales resulta *Una -Eterna- Voluntad infinita*, que crea el mundo en nuestras mentes y por nuestras mentes. Lo que -según GILSON- es «un spinozismo de la voluntad», con el cual KANT no podría hallarse de acuerdo. Y SCHELLING, hasta entonces discípulo favorito de FICHTE, quiso saber -sigue GILSON- por qué la voluntad siente la inclinación a limitarse a si misma con un obstáculo material, y dio la contestación de que la voluntad es un artista cuyas ideas inteligible s necesitan encarnarse en una realidad material.

HEGEL -razona GILSON- «era el hombre que iba a poner un poco de orden en ese caos. Había escrito un tratado *Sobre las diferencias entre el sistema de Fichte y el de Kant* (1801); estaba, pues, perfectamente enterado de ambos sistemas y era razonable que esperase hallar un camino fuera de estas contradicciones», camino que «descubrió y reveló al mundo en su *Fenomenología del espíritu*».

Para ello, primero, «procedió a demostrar que hay en filosofía actitudes típicas susceptibles de ser descritas objetivamente, como fenómenos mentales y cuya exclusiva auto afirmación es la raíz del daño. Cada una de estas actitudes típicas tiene que afirmarse como verdadera, y, sin duda, lo es, pero no es la verdad. "La verdad es el todo", y el todo es la naturaleza, que alcanza "su plenitud a través del proceso de su propio desenvolvimiento"». A su vez, la naturaleza «es la manifestación externa de una Idea absoluta y eterna que se expresa en el espacio y en el tiempo, según una ley dialéctica».

Por otra parte, al enfocar el derecho, HEGEL se halló con otra contradicción entre el derecho natural racionalista y el derecho positivo impuesto por el Estado. En esta tesitura HEGEL -como ha dicho WELZEL [56]- «evita el error, evidente ya desde THOMASIUS, de desgarrar el derecho en dos especies contradictorias entre sí; no quiere construir un derecho ideal y un Estado ideal, sino concebir el Estado real como algo racional en sí». Es así, porque como ha dicho, muy bien Elías DE TEJADA

[56] Hans WELZEL, *Derecho natural y justicia material*, IV, 3, cfr. en castellano, Madrid, Aguilar 1952, pág. 223.

[57]: «En la sólida membración del sistema de HEGEL el derecho positivo es el mismo derecho como Idea con independencia de los conceptos y de las intenciones de quienes lo establezcan, sin que quepa contraposición entre ellos, porque equivaldría a apuntar lo que HEGEL hubiera considerado tan descomunalmente absurdo como contraponer el concepto a la realidad y escindir la idea de su realización dialéctica. Para él, «tan derecho es el natural como el positivo, la "*Idea*" como la realización de la "*Idea*"» Ni el derecho natural ni el positivo son «el derecho entero como tal, sino facetas parciales de la afirmación de Espíritu objetivo, sucesivamente como persona, como familia o como Estado».

Esto conduce a las tres cuestiones más llamativas que ha suscitado el sistema de HEGEL: la fusión dialéctica de la razón y la historia en el Estado en camino hacia el triunfo de la Idea en la historia universal[58]; la consecuente estatalización de un derecho cambiante en un Estado totalitario[59], y la dialéctica del «historicismo» hegeliano[60].

Es de notar, ante todo, que HEGEL no funde totalmente lo fáctico y lo racional, sino que sólo considera real lo fáctico que es racional; pues, advierte[61]: «Toda realidad que no es realidad puesta por el concepto mismo, es existencia pasajera, contingencia exterior, opinión, apariencia superficial, error, ilusión, etc. La forma concreta del concepto se da realizándose y en el conocimiento del concepto mismo, en el segundo momento, distinto de su forma de puro concepto».

Sólo es real lo racional que se realiza, no todo lo fáctico, pues éste solo es real cuando, además, es racional. Tiene, pues razón JHERING al ironizar[62]; «Cuando haya constituciones o normas con las que no me pueda declarar conforme, apelaré sencillamente a mi razón; y si mi adversario invoca su *existencia* divergente con la mía, la rechazaré diciendo, que

---

[57] Francisco ELÍAS DE TEJADA, *Tratado de filosofía del derecho*, cit., lec. 5.ª, gl. 23, pág. 555.

[58] *Metodología de las leyes*, 80, pág. 188 Y sigs. 59

[59] *Ibid*, 89, pág. 190 y sigs.

[60] *Ibid*, 82, pág. 192 y sigs.

[61] W. HEGEL, *Principios de la filosofía del derecho* (1821), Introducción, § 21, cfr. versión en francés, Paris, Gallimard 2." oo. 1943, pág. 33.

[62] R. VON JHERING, «En el cielo de los conceptos», en *Bromas y veras en la jurisprudencia*, Madrid, Civitas, 1987, pág. 260 Y sig.

verdaderamente ni existen. La verdadera existencia es aquella que coincide con la razón».

El segundo problema, en cuya solución HEGEL ha sido contradicho por el curso de la historia de este siglo -como hemos visto que ha reconocido LARENZ-, es el de la veracidad de su tesis de que el Estado «es la realidad en acto de la idea moral objetiva».

Como ha advertido WELZEL[63] su «"presuposición frente a la historia" de que "la razón rige al mundo" y de que, "por lo tanto, también la historia se desarrolla racionalmente" es una premisa infundada de HEGEL», pues «su validez se reduce a la pura facticidad de las concepciones culturales y políticas en cada momento».

Esa «razón» -ha advertido mi maestro SCIACCA[64]- viene a ser lo que se ha dicho de la unidad indiferenciada de SCHELLING, «la noche negra donde todas las vacas son negras», en la cual «todo se hunde en la razón, todo es reabsorbido por ello, todo se pierde en ella».

Subsumida la moral objetiva en el derecho positivo, no es de extrañar que, por ello, Hitler, desde el poder, proclamara, al clausurar en 1933 un congreso jurídico, que derecho y moral eran la misma cosa[65]. Claro está que -como ha escrito BODENHEIMER[66]- en tal sociedad el derecho «pierde su precisión, su racionalidad y su estabilidad, es decir, sus características más esenciales. No cumple ya su finalidad de definir y aclarar derechos, poderes y obligaciones del individuo. So capa de realizar una idea moral, se somete y da paso al ejercicio de un poder autocrático por parte de los gobernantes de la sociedad totalitaria».

En su concepción dialéctica de la historia, considera HEGEL que cada aspecto de lo real, no es más que un momento del proceso dialéctico: los datos de la experiencia se resuelven en el devenir del espíritu; éste está

---

[63] H. WELZEL, op. cit., IV, 3, pág. 230.

[64] Michele Federico SCIACCA, *Reflexiones «inactuales» sobre el historicismo hegeliano*, Madrid, Fundación Universitaria Española 1975, pág. 17.

[65] Cfr. José CORTS GRAU, *Curso de derecho natural*, 3.ª ed. Madrid, Ed. Nacional 1964, pág. 269, nota 10, en la que recuerda que esta confusión la mantuvieron allgunos de los juristas considerados portavoces de la ideología oficial nacionalista, como A. MEZGER y H. MAIER.

[66] Edgar BODENHEIMER, *Teoría del derecho*, V, 16, cfr. su 3." ed. en castellano, México, Fondo de Cultura Económica 1966, pág. 101 Y sigs.

todo en la concreción de sus determinaciones, de modo tal que lo racional y lo real se adecuan, como se adecuan el espíritu y la naturaleza.

El futuro, a partir de ahí, queda abierto a toda clase de utopías, y el proceso hacia ellas se configura por un *facere*, mediante una *teckné*, «científicamente» organizada de acuerdo con el modelo poéticamente propugnado, y, ante todo, por la necesaria destrucción de cuanto resulte un obstáculo o una rémora para la construcción ideada y planificada.

Todo lo ocurrido significa la victoria de una forma de vida de un pueblo superior. Toda la historia es así el «tribunal del mundo», donde el «Espíritu del mundo» juzga los «espíritus de los pueblos». La historia se autojustifica, como una especie de «cosa en sí».

Como expuso SCIACCA[67], con HEGEL «no hay posibilidad de "connservar" una autonomía para los individuos. No es por azar que HEGEL mata a la persona humana en el Estado y en la Historia -los hombres se conservan destruyéndose como individuos en el Estado, y los Estados se conservan destruyéndose como Estados individuales en la Historia-, matándola después definitivamente en el Yo absoluto. En la filosofía hegeliana no hay lugar para el problema del hombre como persona».

Ni siquiera los conceptos de bien y mal, de persona y derecho, famiilia, etc., tienen ninguna realidad autónoma, sólo una realidad dialéctica, todo vive deviniendo, todo se conserve destruyéndose. El mismo arte y la misma religión no son más que dos momentos conservados y destruidos en la síntesis que es la filosofía; ni es válido decir que cada momento vive eternamente el proceso dialéctico El espíritu absoluto, en efecto, se realiza a través de los tres momentos del *Arte*, de la *Religión* y de la *Filosofía*.

«En el dialectismo hegeliano -concluye SCIACCA[68] vive únicamente la dialéctica, la omnívoca dialéctica "de los tres estómagos", como dirá KIERKEGAARD, a través de la cual se realiza la Idea».

De ese modo, según ha observado GILSON[69], «el relativismo doggmático» de HEGEL enseña «que ninguna cosa particular, tomada por

---

[67] M. F. SCIACCA, *op. últ. cit*., pág. 14 Y sigo
[68] *Ibid*, pág. 16 Y sigs.
[69] GILSON, op. y cap. últ. cits., pág. 287 *in fine* y sig.

sí, puede afirmarse debidamente sino destruyendo a la otra, hasta ser a su vez destruida por otra. La guerra -dice HEGEL- "no es un accidente" sino un elemento "por el cual recibe el carácter ideal de lo particular su derecho y realidad" (*Hegel Selections*, recogidas por J. LOEWINGER, Scribeners, Nueva York, pág. 464). Se trata de ideas real y verdaderamente asesinas; aún no se ha vertido toda la sangre de que son responsables. Pero son, en verdad, la última palabra del hegelianismo, como también la conclusión necesaria de una escuela que, al confinar la razón en la esfera de la pura ciencia, hizo a la filosofía esclava de la ciega tiranía de la voluntad».

Cree HEGEL -como HERÁCLITO- que todo es movimiento, no hay nada estable. En cambio, SANTO TOMÁS DE AQUINO[70] entendía que en el orden de todas las cosas «hay algo permanente (*stabile*)>> y «también algo sujeto a movimiento (*aliquid ad motum pertinens*)>>.

Además, la historia según HEGEL se dirige inexorablemente al *triunfo de la Idea*. No considera, como VICO[71], que, depende de como los hombres usen de su libertad, de modo tal que la historia humana «viene a ser, al mismo tiempo, una historia ideal y eterna, en la que discurren, en el tiempo, las historias de todas las naciones, en su surrgimiento, progresos, estabilidades, decadencias y finales».

La ciencia del derecho -según HEGEL[72]- «es una parte de la filosofía. Tiene, por tanto, por objeto que desarrollar, a partir del concepto, la Idea, porque es la razón del objeto». Vale la pena -pienso- traer comparativamente aquí unos incisos del primer texto del Digesto, donde, ULPIANO[73] concluye su proemio con estas palabras: «*ut eleganter CELSUS definit, ius est ars boni et aequi*»; y, en el inmediato párrafo 1, explica: «Por cuyo motivo alguien nos llama sacerdotes, pues cultivamos la justicia, profesamos el conocimiento de lo bueno y equitativo, separando lo justo de lo injusto, ... , buscando con ansia, si no me engaño, la verdadera filoosofía, no la aparente» -«*vera, nisi fallor, philosophiam non simulatam affectantes*»- como concluye el texto latino.

---

[70] SANTO TOMÁS DE AQUINO, S. *Th.* L.ª, 103, 1 *ad* 2.
[71] Giambattista VICO, *Scienza nuova*, 349, en «*Opere*» cit., pág. 489.
[72] HEGEL, *op. cit.*, § 2, pág. 32.
[73] ULPIANO, *Dig*, 1, 1, 1, pro y 1.

De este fragmento me he ocupado especialmente[74], pero creo de interés recordar aquí unos comentarios que le ha dedicado el romanista Biondo BIONDI[75]: «Los juristas romanos consideran la filosofía no como una ciencia *altior* en la que se debe enmadrar el derecho, sino más bien en función del derecho»... «y precisamente de esa filosofía, refundida en función del derecho, los juristas se proclaman cultivadores». El referido texto de ULPIANO, «no supone insertar un elemento especulativo en el ámbito del derecho, sino más bien separar la filosofía de la jurisprudencia, a la que, sin embargo, se quiso calificar de filosofía. La filosofía jurídica que cultivamos, precisamente la de la justicia, que coincide con la *iurisprudentia*, no es la filosofía que se elabora con categorías y símbolos (*simulta*), sino, por el contrario, la filosofía de la realidad (*vera*); es decir, la filosofía que no se pierde en lo abstracto sino que ve la realidad concreta de la vida. Sólo en este sentido la jurisprudencia es filosofía y los juristas romanos se consideran a si mismos como filósofos».

La concepción romana del *ius* se completa con la definición de *iurisprudentia: «Divinarum atque humanarum rerum notitiae iusti et inuisti scientia»*[76]. El arte práctico del derecho, requiere su ciencia práctica a la que, a su vez, es imprescindible y previa la noticia de todas las cosas divinas y humanas. La realización de la justicia tiene su lugar en la vida real, en contacto con ella, conociéndola; y consiste en la continua realización de actos de justicia que anudan las relaciones sociales, formando un lecho, sobre el cual deben descansar y continuar depositándose nuevos actos de justicia[77].

---

[74] «Derecho y filosofía (A propósito de un inciso del primer texto del Digesto)>>, A.R.A.J. y L., 25, 1955, págs. 201-212.

[75] Biondo BIONDI, «Objeto y método de la jurisprudencia romana (1943»> en *Arte y ciencia del derecho*, cfr. en castellano, Barcelona, Arie11953, pág. 66 y sig.

[76] ULPIANO, *Dig*., 1, 1, 10,2.

[77] Esos actos de justicia no son solo de justicia conmutativa y de justicia distributiva, sino también de justicia general, ya que -como ha escrito lucidamente Marcel DE CORTE (*De la justice*, Jarzé, Dominique Martín Morin Eds., 1973, pág. 9 y sigs.)- lajusticia general, que es la guardiana del bien común, «se manifiesta también en la multiplicidad casi infinita de modos de unión que ligan entre sí a los miembros de una sociedad viva en el espacio y en el tiempo. y cuya sedimentación milenaria constituye el bien común ... » «El conglomerado social no solo está constituido de partículas sino de su actividad. el número. la variedad y las interferencias de las cuales desafían todo análisis

Este poso, sin duda, puede ser arrastrado por las avenidas del río de la historia, pero quien por ellas lo es inexorablemente es Ícaro, funndidas por los rayos del sol sus alas de cera por haber querido volar, con ellas, demasiado alto[78].

Este último es el drama de la filosofía de HEGEL, con su razón objetivada, que conduce a la *macrojusticia*, al *panlegalismo* y al *monopolio estatal del derecho*[79], Hoy, aunque todavía estas tendencias aún están pujantes, se hallan en constante revisión[80], e incluso se pregunta por lo qué vendrá después de Leviathan [81].

Sin embargo aunque el sistema filosófico de HEGEL haya fracasado, sigue siendo útil abundante material del fabricado y empleado por el neohegelianismo jurídico alemán, la utilización del cual supone un notable avance respecto del formalismo kantiano, del positivismo leegislativo y del fisicalismo social de COMTE.

2. **Las aportaciones de Hegel que se mantienen válidas para la ciencia actual del derecho**

---

exhaustivo. Todo acto que se inspira en la justicia general se cumple *hic et nunc*, rodeado de tantas circunstancias que otro acto emanado de la misma persona, nunca le resultará idéntico. El bien común se constituye por esos innumerables aluviones o. si se prefiere otra metáfora, de esas minúsculas madréporas que. con el transcurso de los siglos, concluyen por construir la inmensa barrera de coral de los mares cálidos del Sur. .. » «las relaciones de los hombres en el decurso de las generaciones sucesivas anudan las inmensurables *realidades* que, más allá de su breve existencia, su vida en sociedad amasa».

[78] Cfr. mi comunicación «Revolución, historicismo y tradición en el hallazgo. conservación y progreso del derecho 1», en *Revolución, conservadurismo y tradición*, Madrid, Speiro. 1974, pág. 175 Y sig .• reproducido en mis *Estudios sobre fuentes del derecho y* ...• pág. 891 Y sigo

[79] *Ibid*. 15. pág. 193 y sig., o en los *Estudios*, cits., pág. 910 y sigs.

[80] Esta revisión es patente en quienes claman «¡demasiado Estado!» como Jean Paul BOLUFER, «¡Demasiado Estado!. ¿menos Estado?». *Verbo* 231-232, enerozo 1985, pág. 111 Y sigs. Así como en las diversas posiciones en el neocontractualismo angloamericano. representado especialmente por BUCHANAM, NOZICK y RAWLS. al que me he referido en *Metodología de las leyes*. 113. págs. 268-275.

[81] Miguel AYUSO TORRES *¿Después del Leviathan? Sobre el Estado y su signo*, Madrid, Dykinson, 1986.

El idealismo objetivo de HEGEL contiene unos valores morales objetivos del que carece el formalismo kantiano, que, en éste, necesariamente debe suplidos el Estado imponiendo el derecho, y de los que también carece la sociología de COMTE, que los quiso suplir con su religión del *Gran-Etre*. En cambio, HEGEL, al oponer dialécticamente su Idea -en la que se incluye la idea de justicia- a la realidad fáctica, mantiene vivo y actuante el elemento moral del derecho; y esto, de por sí, implica un progreso relativo. Sólo relativo porque sigue considerando que se hallan en mundos separados la *res cogitans* -con su idea y sus valores de verdad y justicia- y la *res extensa* -comprensiva del mundo real meramente material-; y, aunque los pone dialécticamente en contacto con sucesivas síntesis, éstas no son sino meros «momentos» de fusión, a los que inevitablemente, después de repetidas antítesis, siguen otras indefinidamente; pues tampoco hay naturaleza de las cosas sino un perpetuo devenir de ellas, en esa dialéctica sin fin[82].

Pero, por lo menos -y esto ha sido y es útil y valioso-, según el neohegelianismo jurídico, en la síntesis de la idea del derecho con la realidad, mostrada en el derecho históricamente existente, adquiere validez práctica el postulado ético, que trata de realizarse constantemente al informarse, en cada contenido fáctico, con las irradicaciones de esa idea.

Todavía existe otra tesis de HEGEL que merece ser destacada y teenida en cuenta, la del denominado «concepto concreto».

KANT elaboraba sus conceptos mediante una *abstracción sustractiva generalizadora*, que elimina todo lo diferente de los singulares considerados, quedándose únicamente con lo que les es común a todos. En cambio, según HEGEL, el concepto general-concreto [83] es «la verdad del ser y de la esencia» en el «aparecer de la reflexión»[84]; «es totalidad», pues, comprende «cada uno de sus momentos», que son «puestos con él en

[82] Compárese esto con lo que, poco antes, hemos dicho del realismo aristotélico-romano-tomista, en el texto correspondiente en las notas 265 y 266.

[83] Cfr. mi comunicación «En torno a los modos de conocer y de explicar lo conocido y su reflejo en el razonar. Abstracción integrativa y abstración sustracctiva», IV, en A.R.A.C.M. y P., 74, 1997, pág. 49 Y sig.

[84] W.F. HEGEL, Filosofía de la lógica, §159; cfr. ed. en castellano, Buenos Aires, Ed. Claridad, 1969, pág. 136. 85

unidad in separada»[85]. Este concepto, «como tal», contiene no sólo «los momentos de la universalidad»[86] sino también los «de la individualidad, cómo reflexión en sí de las determinaciones de la universalidad y la particularidad»[87].

En cambio, lo que se suele llamar -advierte-, por ejemplo: un hombre, una casa, un animal, etcétera, «son simples determinaciones y representaciones abstractas; abstracciones que del concepto sólo toman el momento de la universalidad y dejan a un lado las particularidades e individualidades, que así no son desarrolladas en sí mismas y se abstraen [se separan] precisamente del concepto»[88].

He ahí contrapuestos el concepto general abstracto de KANT --que HEGEL critica[89]- y el concepto general-concreto, que considera un concepto universal-individual-completo.

La común diferencia que, tanto el universal aristotélico-tomista como el general-concreto hegeliano, presentan con respecto a los conceptos generales abstractos en uso, radica en que éstos van perdiendo contenido a medida que adquieren mayor generalidad; pues, al hacerlo, van esfumándose progresivamente gran número de datos individuales; y, en cambio, el universal aristotélico-tomista y el general-concreto hegeliano no prescinden de esas diversas particularidades contenidas en los individuales sino que las asumen en su variedad y pluralidad de momentos históricos -el concepto concreto hegeliano-, y en las particularidades de todo grupo, ya sean geográficas o bien funcionales -el universal aristotélico-tomista-, integrándolas en una conexión dialéctica -aquél- o formal -el segundo. Esto tiene lugar en la dialéctica hegeliana porque un momento exige otro, bien sea porque uno se desprende del-otro o por resultar de una conversión de ese otro, producida en el constante devenir que tiene siempre inmanente cada concepto general, o bien porque resulta en cada universal de la adaptación al medio físico, económico o social envolvente y a sus peculiares circunstancias. –

[85] *Ibid*, § 160, pág. 139.
[86] *Ibid*, § 163, pág. 140.
[87] *Ibid*, § 164, pág. 140.
[88] *Ibid*, pág. 141.
[89] *Ibid*, § 165, pág. 141 *in fine* y sig.

El universal es una representación que contiene, en su imagen, todo cuanto en concreto se halla en cada uno de los singulares que él refleja y que representa en la universalidad de su perspectiva. Por eso, no puede concebirse plenamente un universal sin considerar toda la posible variedad y riqueza de matices de sus singulares. En suma, el universal no separa ni excluye particularidades, ni «abstractiza», sino que abstrae sin uniformizar.

Por otra parte, el concepto general-concreto de HEGEL se diferencia del universal aristotélico-tomista, no tan solo por la concepción idealista de aquél, sino muy especialmente por la perspectiva historicista hegeliana, conforme la cual conserva la profusión de formas en cada momento del devenir, siempre en sucesivo cambio; mientras, que el universal realista no solo abarca las variaciones producidas por el discurrir del tiempo, en su devenir -es decir, debido a la tensión entre potencia y acto, en la terminología escolástica-tomista, y a su encadenamiento causal, sea este eficiente o final-, sino que, además, comprende la multiplicidad de variedades simultáneas, debidas generalmente a una adaptación teleológica al respectivo medio geográfico, social político o económico. En suma, el universal incluye todos los singulares -tanto los hoy existentes como, además, los desaparecidos y los futuribles- con todas sus particularidades.

El concepto general-concreto ha sido aplicado a la ciencia del derecho por los neohegelianos y, también, después por otros autores alemanes y, además, ha repercutido en el razonamiento jurídico[90].

3. **El neohegelianismo alemán de Binder y Schonfeld a Larenz**

Narra Karl LARENZ[91] que, en 1921 apareció la *Kritik der Neuukantischen Rechtsphilosophie* de Erik KAUFMANN, quien advertía que el neokantismo, después de haber sido relevado en la filosofía general, . desde hacía tiempo, por otras direcciones como la «fenomenología» de HUSSERL, la «ética material de los valores» de Max SCHELER y la «ontología» de HARTMANN, también le había pasado su punto álgido en filosofía del derecho. A juicio de Erik KAUFMANN, el neokantismo

[90] Cfr. mi discurso de apertura «El razonamiento jurídico: la analogía y la equidad», 8, Madrid, RAJ. y L., 1997, pág. 32 y sig.

[91] Karl LARENZ, *Metodología,* 1, cap. IV, 3, pág. 123 y sig.

filosófico-jurídico había equivocado su meta de «asegurar la existencia de un reino de valores absolutos por encima de la realidad como su punto de apoyo y pauta», porque «no se atrevió a contraponer una metafísica positiva al positivismo empírico», y por su actitud básica de efectuar «una huída de la infinita diversidad, opresiva y aplastante, de la realidad, contra la cual, como último refugio», ofrecía «la formación de conceptos meramente abstractos, meramente formales y unidimensionales, que eliminaban todo lo material y perceptible».

Tras esa crítica, se produjo, el mismo año, un retorno a la filosofía de HEGEL, que se inició con la aparición del primer volumen de la obra *Von Kant vis Hegel* del filósofo Richard KRONNER[92]. A ella, en los años inmediatos, siguieron una serie de exposiciones del pensamiento de HEGEL y la publicación de sus obras completas.

Los dos puntos principales en los que el neohegelianismo jurídico utiliza materiales hegelianos para superar el idealismo y el formalismo neokantianos, son: a) el intento de objetivización y de realización efectiva de la idea ética en la vida real, y b) el concepto general-concreto, gracias al cual la subsunción de los hechos en la ley ha sido sustituida por la idea de la «individualización», «determinación», concreción o «concretización» del derecho en los hechos.

a) Por lo que se refiere al primer punto, el «portavoz del neoheegelianismo» -dice LARENZ[93]- fue Julius BINDER, en su *Filosofía*

[92] Richard KRONNER (1884-1975) natural de Breslau, profesor de la Universidad de Kiel (1925-1935), y que, emigrado a U.S.A., lo fue después en la Unión Theological Seminary, de Nueva York (1941-1952), y en Temple Universitary de Filadelfia. Fue primero seguidor de la escuela neokantiana sudoccidental alemana o de Baden, en espeecial de RICKERT, y en su itinerario intelectual, como el título de su obra *Von Kant vis Hegel* (ler. volumen 1921; 2.° volumen 1924), fue de KANT a HEGEL. Esta nueva orientación le llevo -dice FERRATER MORA, *op. cit*., voz «KRONNER, RICHARD», pág. 1883- en otra obra, *La autorrealización del espíritu. Prolegómenos para una filosofía de la cultura* (1928), a que desarrollase una «filosofía del sentido», en cuanto filosofía del espíritu y de su autorrealización a través de las formas culturales, en diversos grados, que son, a la vez, «grados de sentido», en un proceso dialéctico en el cual el sentido va absorbiendo al ser, sin suprimido jamás por completo. En U.S.A. se dedicó especialmente a los problemas de la filosofía de la religión, en la que estudió el papel desempeñado por la religión en el pensamiento filosófico.

[93] LARENZ, loc. ú1t. cit., pág. 124 Y sig. y 128 Y sig.

del derecho, aparecida en 1925, quien denominó «idealismo objetivo» a la concepción de HEGEL, que no solo considera la «idea», como un principio «trascendental» de la conciencia, sino también y al mismo tiempo como principio inmanente del ser, y éste no sólo como un principio «formal» del pensamiento, sino como «la propensión de sentido que se desarrolla constantemente en el derecho, entendido como un proceso vivo, espiritual e histórico», necesariamente «lleno de contenido en sus irradiaciones y momentos».

El otro impulsor del neokantismo fue Walter SCHÓNFELD, quien, según LARENZ[94], tuvo el propósito, igual que BINDER, de superar la ideología del positivismo kantiano, tanto en la teoría como en la práctica jurídica -en su obra *Uber der Begriff einer dialektischen Jurisprudenz* (1929)- que, basándose en HEGEL, tuvo un planteamiento decididamente ético-metafísico y teleológico.

b) En cuanto al segundo punto, tanto BINDER como SCHÓNFELD utilizarían el concepto general-concreto hegeliano, en lugar de los conceptos generales abstractos en uso y, además, el segundo acudiría a la «individualización» para expresar la tensión entre lo general y lo especial y único. Esta operación individualizadora excede de la simple subsunción lógica, en cuanto ésta impone la superioridad de lo general sobre lo individual, inadmisible en la individualización que debe tener en cuenta todo lo particular, que queda fuera del concepto general abstracto[95].

LARENZ ha sido quien ha puesto mayor énfasis en mostrar el giro radical que la filosofía y la lógica de HEGEL ha impuesto al conceptualismo, echando por los suelos su dogmática. Así -observa[96] que en modo alguno es comparable el método de la jurisprudencia de conceptos con el de HEGEL.

El conceptualismo dogmático parte del presupuesto de que la ciencia del derecho puede «subsumir bajo conceptos jurídicos fijos todos los fenómenos jurídicos», y «asignarles, de una vez para siempre, su puesto inamovible, su "lugar lógico" en el casillero de los conceptos claramente delimitados unos de otros». Para HEGEL, el concepto general concreto

---

[94] *Ibid*, pág. 130 Y sigs.
[95] Cfr. LARENZ loc. últ. cit., pág. 126 *in fine* y sig.; y pág. 132 Y sig.
[96] *Ibid*, I, cap. II, pág. 44.

obtiene un contenido más rico para la conciencia, que permite se produzcan múltiples variaciones en el avance y retroceso de cada momento. Así «desarrollado ("concreto") no puede reducirse a una definición (mediante la indicación de las notas distintivas fijas)>>, ni «puede ser "subsurnido" bajo un concepto clasificatorio, ni, en modo alguno, en reglas jurídicas».

En otras palabras, como la filosofía hegeliana del derecho «en la figura del "concepto concreto" no expresa cuál es el contenido de sentido del derecho y de las instituciones jurídicas necesarias», resulta que, para traducirse «en reglas jurídicas y resoluciones», precisa «una nueva configuración, que no es sólo subsunción lógica, sino un actuar referido al sentido y que, como tal, ocurre en el tiempo y, por tanto, dentro de la historicidad».

Ese concepto general-concreto hegeliano ha sido conectado con el de tipo, traído de la sociología, al que ha dotado de flexibilidad y de fluidez.

Parece que, a principios de la década de los cincuenta, la palabra tipo fue traída por H. J. WOFF[97] a la ciencia del derecho, donde, al recibir el influjo del concepto general concreto de HEGEL, se ha aproximado al universal aristotélico-tomista.

Como ha dicho ENGISCH[98], aunque el tipo es una construcción mental, se halla «saturado fundamentalmente de realidad»; es «un *universale "in re"*, inmanente a la realidad, como la "entelequia", o "plano", "estructura" o "tendencia estructuradora real" o "principio dinámico". No es, por tanto, un simple residuo de la consideración de cosas similares ni simple síntesis mental, ni mero *universale "post rem*" o *"in mente"»*.

Mientras que, en un sistema conceptual abstracto, el concepto «no conoce ningún "más o menos", sino solo un "o esto o aquello"», en cambio

[97] Cfr. Karl ENGISCH, *La idea de concreción en el derecho y en la ciencia juríídica actual*, cap. VIII, A; cfr. ed. en castellano, Pamplona, Ed. Universidad de Navarra, 1968,1, pág. 418 Y sigs.

[98] *Ibid*, VII, pág. 415 Y sigs.

-como indica LARENZ[99]- ese «más o menos» es integrado en la consideración tipológica»; pues los tipos son «fluidos», «a causa de la variabilidad de sus elementos», y, por ello, «pueden transformarse unos en otros», en unas transiciones que a su vez, son «fluidas».

El tipo es observable desde la perspectiva de la naturaleza de las cosas, como ha hecho notar Arthur KAUFMANN[100]: «El pensamiento desde "la naturaleza de la cosa" es un pensamiento tipológico» ... «El tipo, constituye un punto medio entre lo particular y lo general, es comparativamente un concreto, un *universale in re* ... Así se diferencia, por un lado, del concepto general abstracto que es "definido" (esto es, limitado) por un número reducido de características aisladas». En cambio: «El tipo, con su mayor objetividad, comprensibilidad y vecindad a la realidad, no es, a diferencia de aquél, definible sino sólo "explicable". Es cierto que tiene un núcleo fijo, pero carece de fronteras. Por eso puede faltar uno u otro de sus "rasgos" caracterizados sin que la tipicidad de una situación de hecho sea puesta en duda o necesite serlo». Mientras «el pensamiento conceptual es siempre "un pensamiento divisorio"», el tipo «se acomoda al "más o menos" de la variada realidad. El tipo une, da a conocer conexiones de sentido, y lo general es en él concebido comprensiva y "totalmente". De ahí que bajo un tipo tampoco se puede "subsumir" como bajo un concepto».

El tipo dice KAUFMANN[101], -apoyándose en dos citas, que comenta, de Ernst JUNGER (*Tipus, Name*, Gestald, 1963, págs. 28 y 63)- «existe "solo en el ámbito de lo comparable"; "presupone lo comparable" y, con ello, lo diferenciable». Y esto muestra la riqueza del «carácter ana16gico que el tipo posee». En suma, podemos concluir que de algunas teorías filos6ficas, inaceptadas en su más alto nivel filos6fico, la ciencia del derecho ha podido utilizar, y está utilizando, elementos metodológicos con resultados muy provechosos, que llevan a su enriquecimiento y a su progreso, incluso práctico.

---

[99] Karl LARENZ, *Metodología de la ciencia del derecho*, ed. definitiva, 11, 111, 3; cfr. en castellano, Barcelona, Ariel 1980, págs. 481, 483 Y sigs.

[100] Arthur KAUFMANN, *Analogía y «naturaleza de la cosa». Hacia una teoría de la comprensión jurídica*, VII, cfr. en castellano, Santiago de Chile, Ed. Jurídica de Chile 1976, pág. 94 Y sigs.

[101] *Ibid*, pág. 95 *in fine* y sigs.

APROXIMACIÓN CRÍTICA AL NUEVO DERECHO DE APROVECHAMIENTO POR TURNO DE BIENES INMUEBLES (LEY 42/1998)

RAFAEL LEÑA FERNÁNDEZ

Ponencia presentada
en la Sesión Privada de la Academia
(Enero de 1999)

SUMARIO: I.-Antecedentes. 1. El nacimiento. 2. La expansión. 3. Ventajas e inconvenientes de la figura. A. Ventajas. a) Para el adquirente. b) Para el propietario-promotor. B. Inconvenientes. 4. Las distintas soluciones ante la falta de regulación específica. A. La solución societaria. B. La constitución de un derecho real de disfrute. C. La multipropiedad o propiedad indivisa. 5. La posición adoptada por la DGRN. 6. La Directiva Comunitaria de 26- Octubre-1994. 7. La regulación en los países comunitarios. II.-La nueva Ley. 1. Itinerario. 2. Ámbito. A. Objetivo. B. Subjetivo. C. Jurídico. D. Territorial. 3. Entrada en vigor. 4. Juicio crítico. A. Crítica de técnica jurídica. B. Crítica de fondo. III.-Requisitos Previos. 1. La previa inscripción del edificio, con su obra nueva, a nombre del constituyente. 2. La previa obtención de una serie de licencias. 3. La previa contratación, con una empresa, de la prestación de los servicios. 4. La previa contratación de unos determinados seguros

I. ANTECEDENTES

1. El nacimiento

La mayor parte de los tratadistas estiman que la nueva figura se originó en Europa, el año 1965, en una estación de esquí de los Alpes franceses llamada «Super Déevoluy», cuando Louis Poumier, ejecutivo de la Sociedad Gran Travaux de Marsella, ante la crisis de ocupación de plantas hoteleras y de alquiler y venta de los apartamentos del complejo, se

decide a utilizar un nuevo eslogan publicitario: «No alquile la habitación, compre el hotel: es menos caro». El sustrato del slogan comportaba una nueva relación contractual: la compraventa del derecho a usar una habitación de hotel o un apartamento del complejo durante una o dos semanas determinadas al año. El 20 de Abril de 1967 queda registrada en el Instituto Nacional de la Propiedad Industrial francés, la denominación dada a la nueva figura: «*Multipropieté*».

Casi a la vez se crea en Suiza la firma Hapimag, que ofertaba a la venta el «timesharing» o tiempo compartido, utilizando la forma societaria, ofreciendo a los accionistas un derecho temporal de uso de una de las propiedades vacacionales de la sociedad.

Sin embargo, la expansión de la figura se frena al comienzo de los años setenta con la crisis del petróleo y la recesión económica que se produce.

2. La expansión

La expansión de la figura está íntimamente relacionada con algo que se le incorpora en Estados Unidos, en la segunda mitad de los años setenta, y que no es otra cosa que el intercambio. En esta materia destacan las bolsas de intercambio de las empresas «*Interval Intemational*», que nace en Miami en 1976, y «*Resorts Condominium Intemational*» que lo hace en Indianápolis en 1979, siendo Florida el primer Estado en dictar una normativa específica en 1976, que fue objeto de sucesivas reformas y luego imitada por otros Estados Norteamericanos con suficiente potencial turístico como para albergar grandes complejos inmobiliarios a los que poder aplicar el régimen de multipropiedad.

A partir de este momento, la propiedad por periodos comienza a tener una importante expansión en los países comunitarios más eminentemente turísticos como Francia, Italia y España y también en otros como Bélgica y Gran Bretaña. Baste con señalar un dato de 1990: en ese año el número de titulares de multipropiedad era de 1.796.000 Y el total global del negocio de treinta mil millones de dólares.

Por lo que se refiere a España y como señala la Exposición de Motivos de la nueva Ley, «a pesar de que el 6 de Julio de 1960 se inscribió en el Registro de la Propiedad Industrial una patente de invención de las

llamadas pólizas de verano, que atribuían a sus titulares el derecho a disfrutar de un alojamiento vacacional por periodos fijos, este sistema de explotación turística de inmuebles era desconocido en España hasta tiempo relativamente reciente». En realidad, puede decirse que la nueva figura de la multipropiedad no llega a nuestro país hasta la década de los setenta, aunque, ciertamente, con poca aceptación. Es en la década de los ochenta cuando, como señala MUNAR BERNAT[1], conoce un espectacular incremento, originado por la inversión de capital extranjero en inmuebles (4.200 millones de Enero de 1986 a Junio de 1987), al extremo de que, según los datos de la Secretaría de Estado de Turismo, a finales de 1987 existían en España 132 complejos (21 de ellos en las Islas Baleares) explotados en régimen de multipropiedad y en 1990 el número de complejos en España se elevaba a la cifra de 161. El año 1994[2] el número de complejos en España, se había mas que duplicado alcanzando la cifra de 407 (4.145 en el mundo).

En el momento actual, España, según recoge la Exposición de Motivos de' la Ley 42/1998 de 15 de Diciembre sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias, es el segundo país del mundo en número de complejos inmobiliarios explotados de esta forma, aunque, todo hay que decido, la mayoría de sus titulares son extranjeros (el año 1994 de los 327.000 titulares de derechos de multipropiedad en inmuebles existentes en España, solo 51.000 eran españoles).

En un seminario que, en el mes de Enero de 1999, poco tiempo después de entrar en vigor la nueva Ley, reunió en Marbella a 300 participantes en tomo a la multipropiedad o tiempo compartido, se aportaron las siguientes cifras por el presidente de la Asociación Andaluza de Tiempo Compartido, D. Miguel Rifá: en 1998 se registraron en España operaciones en este sector por importe de 97.500 millones de pesetas de los que 35.000 millones se realizaron en Andalucía; fueron usuarios de tiempo

[1] Pedro A. MUNAR BERNAT, «El derecho real de aprovechamiento por turno, la nueva opción legislativa en materia de multipropiedad», R. C. D. I., núm. 647, Julio-Agosto 1998, pág. 1210.

[2] Informe de RAGATZ ASOCIATES, sobre «El tiempo compartido en Europa», agosto 1995. Dato tomado de la *ob. cit.* de Pedro A. MUNAT BERNAT.

compartido en España dos millones de personas, de los que 800.000 lo fueron en Andalucía, con 450.000 propietarios en España, de los que 175.000 lo son en Andalucía y se estima que el sector ha creado 12.000 puestos de trabajo directos y 24.000 indirectos.

3. Ventajas e inconvenientes de la figura

A. *Ventajas*

Las valoraremos desde un punto de vista distinto, según las contemplemos desde el punto de vista del adquirente o desde el punto de vista del propietario promotor.

a) Para el adquirente

Son fundamentalmente dos: una primera, de orden económico, cual es la de no tener que realizar una gran inversión en la compra y amueblamiento de un apartamento o chalet que solo va a utilizar en el periodo vacaciones y no tener que soportar los gastos de su conservación ni los impuestos y contribuciones que conlleva la propiedad durante todo el año; en cuanto a la segunda, es de orden turístico y consiste en no tener que estar «amarrado» a un solo lugar de veraneo y poder acceder, mediante las bolsas de intercambio, a los mejores lugares de turismo de todo el mundo con poco desembolso.

b) Para el propietario-promotor

Las ventajas son de orden económico: la obtención de un mayor precio de venta por cada apartamento o chalet, que es soportable por los adquirentes al ser muchos a repartir ese precio, y una mayor facilidad de venta al multiplicarse el campo de los posibles compradores por descenso del nivel adquisitivo exigido al no tener que realizar estos un gran desembolso.

B. *Inconvenientes*

Hasta ahora, prácticamente todos los inconvenientes tenían su origen en la falta de una regulación específica de la figura lo que ha propiciado fraudes y abusos que han producido y siguen produciendo recelos en la clientela, y ello juntamente con la falta de garantías en cuanto a la continuidad de la empresa encargada de la administración de los edificios y de la prestación de los servicios y de la empresa encargada de proporcionar los cambios, lo que, en definitiva, suponía una inseguridad para el adquirente en cuanto al completo y efectivo disfrute de su derecho.

Es posible que con la nueva regulación legal se haya puesto fin a esos inconvenientes, aunque, desde mi punto de vista, se han creado otros nuevos que la harán, en la práctica, poco utilizable.

4. **Las distintas soluciones ante la falta de regulación específica**

Han sido muchas y muy variadas las fórmulas jurídicas adoptadas en los distintos países para configurar la multipropiedad, entre ellas el «*club-trustee*» muy arraigado entre los británicos, el multiarriendo griego y el derecho periódico de habitación portugués.

En España han sido varias las soluciones que, desde el campo jurídico, se han auspiciado para la figura. Casi todas han tenido su base en la práctica notarial y registral lo mismo que ocurrió con la propiedad horizontal o con las sociedades de responsabilidad limitada. Todas estas figuras jurídicas comenzaron a tener vida propia en las escrituras públicas y, solo después de algunos años, recogidas ya las distintas experiencias positivas y negativas, fueron abordadas por el legislador para darles una configuración jurídica determinada y una regulación específica.

Vamos a contemplar las tres soluciones más utilizadas en nuestro país y a las que hacía referencia el Borrador de Anteproyecto de Ley de Conjuntos Inmobiliarios del Ministerio de Justicia, publicado en el Boletín de Información de 25 de Septiembre de 1992.

A. ***La solución societaria***

El promotor constituye una sociedad anónima, con acciones nominativas, y la sociedad compra el solar y construye el edificio o el complejo inmobiliario. Cuando comienza la construcción, el promotor,

titular de todas las acciones, procede a transmitidas y, en los estatutos de la sociedad, se hace constar que, cada una de ellas, identificadas por su correspondiente número, concede a su titular un derecho a disfrutar de una estancia en uno de los apartamentos o chalets del complejo durante un periodo determinado del año. Estamos aquí en presencia de un derecho personal de disfrute temporal concedido al titular de una acción. Por supuesto la sociedad contrata con una empresa de servicios la prestación de los concertados a los usuarios, siendo el pago de estos, normalmente de cuenta de los titulares mediante el abono de una cuota anual. De igual modo puede contratar con una empresa de intercambios la prestación de éste servicio específico que abonarán igualmente los titulares del derecho.

B. La constitución de un derecho real de disfrute

Al amparo del sistema de *númerus apertus* que predica para nuestro ordenamiento jurídico el arto 7 del Reglamento Hipotecario, se constituyen y transmiten simultáneos derechos de disfrute temporal, con distribución del tiempo entre ellos, sobre un mismo apartamento o chalet de un edificio o complejo urbanístico.

Los servicios y el cambio son prestados por empresas profesionalizadas con los que contrata el propietario promotor, cediendo luego el contrato a los titulares del derecho de disfrute que, por supuesto y si lo prefieren, pueden, extinguido el contrato, contratar con otra empresa.

C. *La multipropiedad o propiedad indivisa*

Se vende a cada uno de los adquirentes una cuota indivisa de propiedad de un apartamento o chalet de un edificio constituido previamente en propiedad horizontal y, en los estatutos de la comunidad, se hace constar que, cada una de esas cuotas, dará derecho al copropietario titular a utilizar el apartamento o chalet durante un periodo perfectamente definido, quedando prohibido el ejercicio de la acción de división y pactándose la renuncia al derecho de retracto en caso de transmisión de la cuota por sus respectivos adquirentes. Lo normal es que se divida la propiedad del inmueble en cincuenta cuotas, cada una de las cuales dará derecho a la utilización del mismo durante una semana determinada, por lo

cual, cada adquirente podrá adquirir una o más cuotas. Las cuotas se suelen dividir en cuatro periodos: verde, rojo, azul y blanco, correspondientes a las cuatro estaciones del año, correspondiéndoles distintos precios. El promotor o propietario se reserva normalmente dos cuotas (que, sumadas a las cincuenta que se transmiten, dan las cincuenta y dos semanas del año) correspondientes a la época peor, para realizar, durante el tiempo de ambas, las reparaciones y arreglos anuales pertinentes.

En cuanto a los servicios y la gestión del cambio, son prestados por empresas profesionalizadas con las que se sigue el mismo procedimiento señalado en el apartado anterior.

5. La posición adoptada por la DGRN

La Resolución de 4 de Marzo de 1993 admitió la figura de la multipropiedad y su inscribilidad -dado que el arto 392 en su párrafo segundo «permite alterar por pacto el contenido típico de la copropiedad»- bajo la fórmula de constitución de una comunidad específica por cuotas, de naturaleza distinta a otros tipos de comunidad, al conllevar la adscripción a cada copropietario de un turno de disfrute concentrado y medido en el tiempo, y considerando la exclusión de la acción de división y del derecho de retracto de comuneros como un efecto «connatural a la figura» de la misma forma que lo es respecto a la propiedad horizontal.

Admite incluso, que este régimen de multipropiedad, con creación de una comunidad especial, sea constituido por el propietario de un piso o apartamento, sin que pueda decirse que tal constitución implique una alteración o modificación del régimen de propiedad horizontal al que estaba afecto dicho piso o apartamento «puesto que lo que se hace en el régimen estipulado en la escritura es acotar el destino del apartamento concreto sin rebasar los márgenes que el régimen del edificio permite en relación con las actividades que pueden desarrollarse en él».

La constitución del régimen de multipropiedad, en doctrina de la resolución, ha de realizarse con independencia de las transmisiones de las cuotas y con carácter previo a tal transmisión. La constitución del régimen, que ha de realizarse en escritura pública para su inscripción, debe contener unos requisitos mínimos que habrán de expresarse en la escritura, tales como «el régimen de la comunidad especial que se constituye y de las

unidades inmobiliarias que lo integran», las porciones de semanas que no serán enajenables, el porcentaje de cada uno de los periodos de utilización «a efectos de que sirva de módulo para determinar las cargas y beneficios por razón de la comunidad», «la referencia al mobiliarios destinado al uso sucesivo» y la solución dada «a la necesidad de asegurarse de que se prestarán los servicios mínimos necesarios para los sucesivos disfrutes periódicos del apartamento»[3].

6. La Directiva Comunitaria de 26-0ctubre-1994

El Parlamento Europeo, ante la falta de regulación legal de la figura en los países miembros, dictó una Directiva sobre la materia en la fecha indicada. Dada la multiplicidad de formulas jurídicas adoptadas en los distintos países comunitarios, optó por no definir jurídicamente la figura, sino por establecer una serie de limitaciones a los efectos de evitar abusos y perjuicios a los adquirentes y por recomendar a los países miembros su pronta regulación legislativa. Y es que, en definitiva, el Parlamento Europeo estimó que el problema, en palabras de la Exposición de Motivos de la reciente Ley española, «no era tanto de configuración jurídica como de garantizar el efectivo disfrute de cada derecho».

Al tratarse de un sector donde el consumidor estaba especialmente desprotegido la Unión Europea optó por elaborar una Directiva que estableciese una normativa de carácter excepcional y que limitara, en este ámbito, la autonomía de la voluntad hasta donde fuera aconsejable.

En esencia, las medidas que la Directiva ordena establecer a los Estados miembros en sus respectivas legislaciones reguladoras de la materia, son, en esencia, las siguientes:

1.ª) Conceder al adquirente un derecho de desistimiento durante los diez días siguientes al contrato, sin necesidad de alegar ningún motivo.

[3] Para un mas extenso estudio de la Resolución, ver Francisco-Javier GARCÍA MAS, «En tomo a la multipropiedad (Análisis de la Resolución de la D. G. R. N. de 4 de Marzo de 1993 relativa en su esencia al tema de la multipropiedad)>> en R. C. D. I. num. 623, Julio-Agosto 1994, págs. 1665-1684.

2.ª) Imponer al vendedor unas obligaciones de información muy extensa y de forma muy estricta obligándole a tener a disposición de los clientes un documento informativo y a hacer constar en el contrato expresamente una serie de menciones.
3.ª) Conceder al adquirente un derecho de resolución del contrato, dentro de los tres primeros meses de celebrado, en el caso de que el mismo no contuviere todas las menciones imperativamente prescritas.
4.ª) Establecer la resolución automática del préstamo concertado para la compra en los supuestos de desistimiento o resolución del contrato antes señalados.
5.ª) Prohibir el pago de anticipo s por parte del adquirente antes de que finalice el plazo para el ejercicio del derecho de resolución que se le atribuye.
6.ª) Determinar la no vinculación para el adquirente de las cláusulas contractuales por las que se produzca la renuncia de los derechos concedidos a su favor por la Directiva o la liberación del vendedor de las obligaciones derivadas de la misma.
7.ª) Regular que la lengua en que debe redactarse el contrato deberá ser la oficial o una de las oficiales del Estado miembro en que resida el adquirente o bien la lengua o una de las lenguas del Estado miembro de que éste sea nacional, aunque en la legislación reguladora del Estado miembro podrá imponerse que necesariamente haya de ser redactado en su lengua.

7. La regulación en los países comunitarios

Antes de la Directiva referenciada, solo cuatro países europeos habían legislado sobre la materia: Portugal, Francia, Grecia e Inglaterra.

Portugal dio a la figura el carácter de un nuevo derecho real, el derecho de habitación periódica, en dos Decretos-Leyes de fecha 3l-Diciembre-1981 y 4-0ctubre-1983. Posteriormente, esta regulación fue objeto de modificaciones por otros dos Decretos-Leyes de fecha l8-Abril-1989 y 5-Agosto-1993. Después de la Directiva no ha dictado ninguna norma de adaptación por entender que su regulación está perfectamente de acuerdo con el contenido de la Directiva.

Francia, acogió la fórmula societaria en su Ley de 6- Enero-1986 de Sociedades de Atribución de Inmuebles en Régimen de Disfrute a Tiempo Compartido derogando regulaciones anteriores de la figura y rechazando la configuración anterior como condominio o multipropiedad.

En cuanto a Grecia, dio al derecho de utilización por turnos de un apartamento el carácter de derecho personal, como un derecho de arrendamiento a tiempo compartido. Su Ley de l4-0ctubre-1986 fue objeto de desarrollo por Orden Ministerial de 15 de Diciembre de 1987[4].

Finalmente Inglaterra legisló sobre la materia en el *Timeshare Act* de 16- Marzo-1992, aunque en realidad su norma vigente es posterior a la Directiva ya que la anterior ha sido modificada por la *Timeshare Regulation* que entró en vigor el 29 de Abril de 1997.

El resto de países europeos que han legislado sobre la materia lo han hecho con posterioridad a la Directiva y siguiendo el mandato de su obligatoria trasposición en el plazo de treinta meses a partir de su publicación en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas, plazo que vencía el 29 de Abril de 1998.

Así, Alemania, en su Ley sobre la transmisión de derechos de disfrute a tiempo parcial de 20- Diciembre-1996; Holanda, en su Ley de 26-Marzo-1997 que desarrolla, en lo referente a las disposiciones sobre la compra de derechos a tiempo compartido, el Título 7-1 de su C.c. que se ocupa de la compraventa y la permuta, (Ley posteriormente desarrollada en dos Decretos de 25-Junio-1997 y en otro de 3 de Julio del mismo año); Austria en su Ley Federal de 27-Marzo-1997 sobre la adquisición de derechos de uso a tiempo parcial de bienes inmuebles; Irlanda, en su European Comunities Regulations y Statutory Instrument, número 204 de l3-Mayo-1997 y, finalmente, Suecia en su Ley 218 de 1997 sobre protección a los consumidores en la adquisición de bienes a tiempo compartido.

Pedro A. MUNAR BERNAT pone de manifiesto que así como en las normas anteriores a la llegada de la Directiva (las de Portugal, Francia y Grecia) se configura la institución con perfiles completamente divergentes

[4] Para un estudio detallado de estas tres legislaciones ver Pedro A. MUNAR BERNAT, Regímenes Jurídicos de Derecho Comparado, Ministerio de Justicia, Madrid 1991.

-nuevo derecho real limitado en Portugal, derecho personal derivado de una determinada situación interna societaria en Francia y derecho personal de arrendamiento especial por su duración en Grecia- a partir de la norma británica se produce una marcada falta de definición en torno a la naturaleza jurídica de la figura en las legislaciones que la regulan. Así, tanto las normas británica e irlandesa, como la alemana, la austriaca, la sueca y la holandesa, más preocupadas por la protección al adquirente que por los perfiles de la figura, establecen una cláusula abierta donde cabe cualquier estructura jurídica, autorizando su configuración bien como derecho real o bien como condición derivada del carácter de miembro de una sociedad o asociación.

A juicio del autor citado este fenómeno tiene dos posibles explicaciones. La primera es que se trata de legislaciones que, de forma más o menos apresurada, han intentado cumplir la obligación impuesta por la Directiva a todos los Estados Miembros, de trasponerla a sus ordenamiento s internos, con lo que se han limitado a incorporar sus previsiones normativas. La segunda hace referencia a un importante detalle que aparece recogido en la Memoria que acompañaba al Proyecto de Ley español y es que se trata de Estados que no son explotadores de este negocio, sino mas bien exportadores de adquirentes, lo cual, evidentemente, les permite una despreocupación mayor por la configuración jurídica del derecho que se atribuye, conformándose con procurar proteger al máximo a los adquirentes que, probablemente, si pueden ser nacionales suyos[5].

II. LA NUEVA LEY

El Boletín Oficial del Estado del miércoles 16 de Diciembre de 1998, publicó, bajo el número 28.992, la Ley 42/1998, de 15 de Diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias. Hay que tener en cuenta que el plazo para la tras posición de la Directiva Comunitaria había finalizado el 29 de Abril de ese mismo año.

[5] Pedro A. MUNAR BERNAT, *ob. cit. El derecho real de aprovechamiento por turno, la nueva opción legislativa en materia de multipropiedad*, pág. 1213.

La Exposición de Motivos de la Ley, después de poner de manifiesto que la nueva figura era desconocida en España hasta tiempos recientes, enumera una serie de «fórmulas similares de explotación en otros ámbitos, como son, por ejemplo el régimen jurídico de dulas, tradicional en Canarias, que consiste en dividir temporalmente la explotación del agua entre sus titulares, o las comunidades pro diviso con la concurrencia de los derechos dominicales de invernadero, agostadero, pastos y de labor (cada dos, tres o seis años), propios de Extremadura, así como en nuestro Derecho histórico, la dula de aprovechamiento de pastos y la división temporal del uso y disfrute de una finca por razón de diversos cultivos».

1. **Itinerario**

Como pone de manifiesto Pau Pedrón[6], «El largo y sinuoso prooceso regulador de la multipropiedad (palabra que hay que ir olvidanndo) ha resultado ser circular. El primer texto elaborado en el Minissterio de Justicia (1988) solo admitía una única fórmula -y de carácter real- para configurar el aprovechamiento por turno de bieenes inmuebles. La nueva Ley establece también una modalidad báásica, y de carácter real, del aprovechamiento por turno».

En efecto, desde ese primer texto antes aludido, los distintos proyecctos han ido configurando el aprovechamiento por turno de las siguientes formas: como una cuota de condominio en el de 1988 (elaborado por la DGRN); en el 1989 (elaborado también, dentro de la DGRN, por una coomisión) como una propiedad por periodos; en el de 1991 (elaborado en el seno de la Comisión General de Codificación) bien como una cuota de coopropiedad, bien como una cuota de derecho reallirnitado o bien como un derecho personal; y en el de 1994 (elaborado por una nueva comisión denntro de la DGRN) bien como multipropiedad, bien como una comunidad de aprovechamientos por turno de carácter real, o bien como derecho personal.

[6] Antonio PAU PEDRÓN, «El derecho real de aprovechamiento por turno en la Ley 42/1998», en la obra colectiva *El aprovechamiento por turno de bienes inmuebles en Europa*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999, pág. 79.

Pues bien, en la Ley 42/1998 se condenan las fórmulas de copropiedad y multipropiedad, hasta el punto de prohibirse la utilización, en la denominación del derecho de aprovechamiento por turno, de cualquier fórmula que contenga la palabra propiedad (art. 1.4) queedando configurado este derecho, bien como un derecho real o bien como un derecho personal de arrendamiento por temporada (art. 1.1).

2. Ámbito

Haremos referencia, en este apartado, a los ámbitos de aplicación de la Ley que en la misma se concretan. Estos ámbitos son: el objetivo, es decir a qué materia se concreta; el subjetivo, es decir a qué personas obliga; el jurídico, es decir, en qué campo del Derecho se encuadra su regulación; y, finalmente el territorial, en qué territorio se aplica.

A. ***Objetivo***

El arto 1 de la nueva Ley se ocupa del ámbito objetivo de ésta.

Según el referido articulo, la Ley tiene por objeto la regulación de un derecho concreto al que bautiza como «*derecho de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles*» así como del derecho, anejo a éste, a la prestación de los servicios complementarios.

Esta regulación abarca, según el artículo citado y en relación con el nuevo derecho, su constitución, ejercicio, transmisión y extinción.

Este ámbito objetivo, expresamente declarado por la Ley, tiene no solo carácter exclusivo (la Ley no se ocupa de ninguna otra cosa) sino también carácter excluyente (ninguna otra norma será apta para regular el nuevo derecho u otro similar). En este sentido, el arto 1-7 de la Ley declara lo siguiente:

«El contrato por virtud del cual se constituya o transmita cualquier otro derecho real o personal, por tiempo superior a tres años y relativo a la utilización de uno o más inmuebles durante un periodo determinado o determinable al año, al margen de la presente Ley, será nulo de pleno derecho, debiéndole ser devueltas al adquirente o cesionario cuales-quiera

rentas o contraprestaciones satisfechas, así como indemnizados los daños y perjuicios causados».

Correctamente, a mi juicio, ha sido suprimida en el texto legal la frase contenida en el último borrador, que añadía, después de declarar la nulidad del contrato: «y podrá ser resuelto en cualquier momento por el adquirente o cesionario». Evidentemente, no es propio de una normal técnica jurídica predicar, a la vez y por la misma causa, la nulidad del contrato y su posible resolución.

La redacción del precepto podría sumimos en una serie de perplejidades respecto al ámbito objetivo de la Ley a la hora de determinar los supuestos en los que la misma, por utilización de la regla interpretativa «*inclusio unus exclusio alterius*» no les sería aplicable. Dentro de estos casos excluidos podría pensarse, por ejemplo, en aquellos derechos de utilización que no se ajustaran a los plazos señalados en la Ley o que no se constituyeran sobre el mínimo de alojamientos establecidos en ella, o que se constituyeran no como derechos independientes de naturaleza real o personal sino como mera facultad incluida en el haz de derechos del socio, si así viniera regulado en los estatutos de la sociedad propietaria del inmueble, o que estuviesen constituidos sobre alojamientos que no tuviesen incorporado permanentemente un mobiliario adecuado (requisito esencial establecido en el arto 1-1) o que los inmuebles sobre los que recayesen no pudieran calificarse como de uso turístico (requisito esencial recogido en la propia denominación de la Ley).

Y, sin embargo, entiendo que, ante las dudas que puedan presentar estos supuestos y otros parecidos, la Ley ha establecido una cláusula de cierre, en su disposición adicional segunda, por virtud de la cual sus disposiciones serán aplicables a todos aquellos supuestos dudosos en que por el objeto, el sujeto, la forma, la naturaleza o el contenido del derecho, éste no se ajuste a los preceptos legales. En efecto, dice así la disposición adicional segunda bajo el título Imperatividad de la Ley: «*Todos los contratos que se refieran a derechos relativos a la utilización de uno o más inmuebles situados en España durante un periodo determinado o determinable del año quedan sujetos a las disposiciones de esta Ley, cualquiera que sea la fecha y lugar de su celebración*» La Ley, en esta disposición adicional, exige pues, solo tres requisitos muy genéricos para

imponer imperativamente la regulación que establece: 1.º) Que se trate de derechos «*relativos a la utilización*», es decir que no hace ningún hincapié en la naturaleza de estos derechos sino en su resultado: que impliquen una utilización; 2.°) Que esa utilización recaiga «*sobre uno o más inmuebles*» y aquí la Ley parece que se pasa porque no exige que se trate de apartamentos dentro de esos inmuebles, a no ser que la denominación de inmueble la refiera esta disposición adicional al propio apartamento, aunque fuese uno solo, lo que constituiría, a mi juicio, una aplicación de la Ley inconcebible; 3.°) Que los inmuebles «*estén situados en España*» sin ninguna exigencia añadida de que estén ubicados en una zona turística o que los mismos tengan la calificación de turísticos (art. 1-2 y 4-l-b); y 4.°) Que la utilización se pacte «*para un periodo determinado o determinable del año*» y aquí entiendo que la Ley ha tenido un gravísimo defecto de redacción (luego hablaré de otros) porque lo que debe decir es «para un periodo determinado o determinable *por* año» que es lo que constituye la esencia del turno (la utilización del inmueble durante un periodo de tiempo cada año, o sea más de uno) y, en este sentido, el arto 4-b-párrafo segundo dice «durante un periodo de tiempo al año», lo que es mucho más correcto porque implícitamente se está refiriendo a varios años. Lo contrario, y en pura interpretación literal de la disposición adicional segunda, nos llevaría a aplicar la Ley a un arrendamiento de temporada por un año de un chalet, y ello, porque se darían en este caso todos los requisitos establecidos en ese precepto, al tratarse de un contrato relativo a la utilización de un inmueble situado en España por un periodo determinado del año.

Hay que entender que la Ley predica la nulidad de pleno derecho del contrato en cuestión, por contravenirse en éste una prohibición expresa (art. 6-3 C.c.). La consecuencia es que la acción de nulidad, expresamente determinada en la norma, al ser de nulidad absoluta, no prescribirá y gozará de legitimación activa, para su ejercicio, cualquier interesado, aunque sea tercero.

Por su parte, la Disposición Transitoria primera-l vuelve a poner de manifiesto este carácter excluyente del ámbito objetivo de la Ley, al decir:

<<A partir de la entrada en vigor de la presente Ley, la promoción de cualquier derecho relativo a la utilización de uno o más inmuebles

construidos o en construcción, durante un periodo determinado o determinable del año, quedará sujeto a lo prescrito en ella».

Aquí, la palabra promoción parece tener un carácter omnicommprensivo, englobando cualquier tipo de operación o negocio jurídico relativo al derecho de que se trata.

B. Subjetivo

La Ley contempla en su articulado, dos tipos de personas, los profesionales de una actividad turística y los que no lo son. Entiendo que los primeros son los únicos que pueden ser constituyentes del régimen y realizar la primera transmisión del derecho, bien sea como propieetarios, como promotores o como comercializadores de los derechos. Los no profesionales solo pueden ser adquirentes del derecho y, en tal concepto, transmitentes derivativos del mismo.

En efecto, la Ley, en su arto 1-5 establece que «*Lo dispuesto en la presente Ley se aplicará al propietario, promotor y cualquier persona física o jurídica que participe profesionalmente en la transmisión o comercialización de derechos de aprovechamiento por turno*». Consecuente con este criterio, el arto 4-b, exige, para poder ser constituyente del régimen, la licencia necesaria «*para ejercer la actividad turística*», si bien matiza que ello «*solamente será exigible en aquellas comunidades autónomas donde la comercialización de derechos que impliquen la facultad de disfrute de un alojamiento durante un periodo de tiempo al año tenga, con arreglo a su legislación, la calificación de actividad turística sometida a licencia*».

Por su parte el arto 8 en sus apartados 2, 3 y 4 impone ese mismo ámbito respecto a la persona, física o jurídica, que vaya a iniciar la transmisión de los derechos de aprovechamiento por turno. En esos tres apartados la Ley repite la misma exigencia subjetiva de profesional de la actividad (<<*El propietario, el promotor o cualquier persona física o jurídica que se dedique profesionalmente a la transmisión de derechos de aprovechamiento por turno*»). La misma exigencia se contiene en el arto 9-1-párrafo primero (<<*el contrato celebrado por toda persona física o*

jurídica en el marco de su actividad profesional») y en el 9-3-párrafo tercero («*Los propietarios, promotores o cualquier persona física o jurídica que se dedique profesionalmente a la transmisión de derechos de aprovechamiento por turno*»). Sin embargo, no se hace ninguna referencia a la profesionalidad y se habla solo de «*propietario o promotor*» en los artículos 9-1-9.º-subapartado a); arto 5-3-segundo párrafo; arto 16 (con tres referencias); y disposición adicional primera; mientras que, igualmente, sin esa apelación a la profesionalidad, hablan solo de «*propietario*» los arts. 6-3; 7-párrafo primero y 13-1-2-3 (con cuatro referencias) y disposición transitoria tercera; y de «*transmitente*» los arts. 9-1-9.º-b); 11; 12 Y 15-3.

Muchas son las conclusiones a que podría llegarse a través de las distintas interpretaciones a que esa defectuosísima técnica legislativa podría conducimos. Por poner un ejemplo: podríamos pensar que la Ley solo predica la profesionalidad del intermediario en la transmisión de los derechos, pero no del propietario o promotor si así interpretamos gramaticalmente la frase «*El propietario, el promotor o cualquier persona física o jurídica que se dedique profesionalmente a la transmisión de derechos de aprovechamiento por turno*» y que, precisamente por eso, cuando habla de propietario o promotor o solamente de propietario ya no hace referencia alguna a su profesionalidad. La interpretación gramatical de la frase antes referida, en la variante que utiliza el arto 1-5, también nos llevaría a esa misma conclusión ya que su texto separa claramente al propietario y promotor por un lado y al intermediario o comercializador por otro (<<*Lo dispuesto en esta Ley se aplicará al propietario, promotor y a cualquier persona física o jurídica que participe profesionalmente en la transmisión o comercialización de los derechos de aprovechamiento por turno*»). El «*ya*» separador de los dos primeros sujetos (propietario y promotor) respecto de los dos segundos (el que participe profesionalmente en la transmisión o comercialización) parece determinar que la exigencia de profesionalidad solo afecta a estos dos últimos, es decir que parece decir que los preceptos de la Ley se aplican al propietario y promotor que no sean profesionales y a cualquiera de ambos (participantes en la transmisión) y al comercializador que lo sean.

Sin embargo y precisamente por entender que las precisiones técnicas -tanto las gramaticales, como las lógicas o sistemáticas- brillan por su ausencia en el texto legislativo, entiendo que la *mens legislatoris* (el

batiburrillo de «mentes» legislativas) ha querido realmente llevar el tema de la constitución y transmisión del derecho al campo de la profesionalidad para poder llevar su transmisión, decididamente, al ámbito protector de los derechos de los consumidores, ya que la protección de los adquirentes es lo que realmente le preocupa, como pone de manifiesto la Exposición de Motivos al referirse a «*un sector donde el consumidor estaba especialmente desprotegido*». A esa misma conclusión se llega ante la dicción literal de la Disposición Adicional Primera: «*Las organizaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas tendrán derecho a recibir, a costa del propietario o promotor, copia de la documentación que, en cumplimiento de las normas de la presente Ley, haya elaborado el mismo, con objeto de verificar si éstas han sido observadas*».

¿Y quienes son esos profesionales? Pues entiendo que profesionalidad equivale a habitualidad en el ejercicio de esa actividad, pero con una particularidad y es presumir la actividad en el propietario o promotor que por primera vez la ejerce, al modo como hace la Ley del IVA respecto al que edifica y vende, aunque sea la primera vez que ejercita esa actividad. Lo contrario sería someter el supuesto a una serie de pruebas que haría inoperantes los preceptos de la Ley, máxime cuando, como hemos dicho, existe una cláusula de cierre -la antes comentada disposición adicional segunda- que prescinde, por completo, de ese requisito de profesionalidad al imponer, imperativamente, la aplicación de la Ley, sin distinguir quién los realiza, a «*todos los contratos que se refieran a derechos relativos a la utilización de uno o más inmuebles situados en España durante un periodo determinado o determinable del año*».

Pues bien, como dije al principio de este apartado, la Ley, a la hora de contemplar al transmitente del derecho, contempla, en su arto 15, apartados 1 y 2, los supuestos de que el transmitente sea profesional o de que no lo sea. El transmitente no profesional no queda obligado en la transmisión que realice más que a cumplir lo establecido en las leyes (Código civil y normas administrativas que, en su caso le sean aplicables) mientras que el transmitente profesional queda sujeto en las transmisiones que realice «*a lo dispuesto en los artículos 2 y 8 a 12 de la presente Ley*» Y ¿quién puede ser ese transmitente no profesional? Pues entiendo -dada la presunción de profesionalidad del constituyente del régimen que antes he defendido- que todos aquellos titulares del derecho no originarios sino

derivativos, es decir los que no son constituyentes del régimen sino que adquirieron de este o de los posteriores. Nada obsta sin embargo, a que estos transmitentes derivativos puedan ser también profesionales cuando adquirieron los derechos de aprovechamiento (parece que no uno solo) para revenderlos y entonces quedarán sujetos, en su posterior transmisión, a las obligaciones recogidas en los artículos 2 y 8 a 12 de la Ley, como antes se ha dicho.

C. Jurídico

La Exposición de Motivos de la nueva Ley, ubica a la misma y, por ende, a su contenido, dentro del campo propio del Derecho Privado Civil y Mercantil, lo que, evidentemente, tiene repercusión en la cuestión de competencia de las Comunidades Autónomas para legislar sobre la materia. Al respecto, al comienzo del apartado IV de dicha Exposición de Motivos, se dice expresamente que la Leyes «de ámbito estrictamente civil» y en uno de los párrafos de su apartado 1, se remacha con mayor amplitud esta ubicación dentro del ámbito jurídico del Derecho privado y se resaltan sus consecuencias, al decir:

«Todas estas cuestiones pueden encuadrarse dentro del Derecho privado civil y mercantil del Estado y, por tanto, la Ley se dicta al amparo de lo establecido en el arto 149-1-6.0-8. o y 14. o de la Constitución. Lógicamente, ello se entiende sin perjuicio de las competencias que la propia Constitución reconoce en cuanto a la conservación, modificación o desarrollo de los derechos civiles de las Comunidades Autónomas».

Habrá que entender, por tanto, después de la conocida interpretación extensiva que el Tribunal Constitucional efectuó de estos preceptos, que aquellas Comunidades Autónomas que tenían normas de derecho foral contractual propio al entrar en vigor la Constitución, podrán legislar sobre la materia.

En cuanto a las restantes Comunidades, solo podrán legislar sobre un aspecto conexo con la regulación de la Ley y que consiste en la posibilidad de dictar normas administrativas en materia de incumplimientos de la misma, que tendrán el carácter de infracciones

administrativas sancionables, «*cuando la actividad sea calificada como turística por las Comunidades Autónomas o mediante el desarrollo de la normativa autonómica en materia de protección a los consumidores y usuarios*».

Finalmente hay que señalar -dada la categórica expresión de la Exposición de Motivos, que, como ha quedado dicho, encuadra la Ley dentro del ámbito del Derecho Privado- que hubiera sido más correcto predicar ese encuadramiento solo respecto al Título I de la Ley, ya que el Título 11 está bajo la rúbrica de «*Normas tributarias*» y se encuadra evidentemente dentro del campo del Derecho Público como reconoce, sin decido, el párrafo antes transcrito de la Exposición de Motivos al hacer referencia al arto 149-1-14 de la Constitución para justificar la competencia legislativa Estatal en las materias de que trata la Ley, siendo así que el artículo, en ese apartado, declara la competencia exclusiva del Estado en materia de «*Hacienda General y Deuda del Estado*».

D. Territorial

La Ley acoge el criterio de «*lex rei sitae*» en su Disposición Adicional Segunda, al decir que:

«*Todos los contratos que se refieran a derechos relativos a la utilización de uno o más inmuebles, situados en España, durante un periodo determinado o determinable del año, quedan sujetos a las disposiciones de esta Ley, cualquiera que sea el lugar y la fecha de su celebración*».

Pero no solo es que no podrá aplicarse a los contratos sobre derechos de aprovechamiento por turno relativos a inmuebles sitos en España otra ley que la española, sino que tampoco será posible que las partes se sometan contractualmente a una jurisdicción que no sea la española. En tal sentido, el apartado VI de la Exposición de Motivos señala que la Disposición Adicional citada soslaya «*la posibilidad de que el contrato se someta a la jurisdicción pactada por las partes*».

La Exposición de Motivos de la Ley, en su apartado VI, trata de justificar esta rígida posición, contraria a los principios de Derecho

Internacional, señalando que «*En definitiva, se trata de evitar los posibles fraudes de Ley, los llamados fraudes de ley internacionales, que se pueden dar amparándose en la existencia, dentro de un espacio común, de Estados donde la Directiva Comunitaria no haya sido traspuesta por no haberse sentido la necesidad de hacerlo, al no comercializarse en los territorios esta clase de derechos*».

La Directiva a que se refiere la Exposición de Motivos es la antes citada de 1994 sobre protección de los adquirentes en los contratos de aprovechamiento por turno de inmuebles en régimen de tiempo compartido, pero sorprende la remisión a esa Directiva porque, ésta, mantiene, en la materia de que nos ocupamos, una posición distinta a la de la Disposición Adicional Segunda de la Ley. En efecto, la finalidad de la Directiva se expresa en su segundo considerando al hacer consistir dicha finalidad en la «creación de una base mínima de normas comunes que permita garantizar el buen funcionamiento del mercado interior y, a través de ello, la protección de los adquirentes». Es decir, parece que, en caso de conflicto entre los Estados miembros, la norma aplicable a esta materia, como norma básica, sería la propia Directiva. Pero nuestra Ley zanja la cuestión: para que no haya conflicto de leyes en España, lo mejor es que solo se pueda aplicar la ley española y por los Tribunales Españoles. Pues bien, si todos los países siguiesen esa posición en las distintas materias, no solo se habría acabado con los «llamados fraudes de leyes internacionales» y los conflictos internacionales de leyes, sino que se habría acabado con el mismo Derecho·Internacional.

Con arreglo pues a nuestra reciente Ley, si el contrato, en cualquiera de sus cláusulas, no cumpliese los requisitos establecidos en la misma, ¿sería nulo de pleno derecho, es decir con nulidad absoluta todo el contrato, por imperativo del arto 6-3 del C.c.? Creo que la Disposición Adicional Segunda lo que determina es la aplicación total de la Ley a todos los aspectos del contrato y, por ello, si, en algún extremo, ese contrato no se sujetase a ella, no se aplicaría lo previsto en el mismo sino lo previsto en la Ley española y lo mismo ocurriría respecto a la cláusula que contuviese la sujeción expresa de las partes a los Tribunales de otro país. Este sentido más benigno que propugno, estimo que es el que se desprende de la reciente sentencia de 10-Mayo-1999 que distingue entre actos proscritos por una Ley con prohibición directa y sanción de nulidad (vgr. la

disposición del arto 1-7 de la Ley respecto a la posibilidad de constituir un derecho real o personal distinto del de aprovechamiento por turno regulado) y los proscritos con prohibición indirecta, sin sancionar expresamente su nulidad (como ocurre en la disposición que comentamos), sino que se manda una determinada conducta, en forma positiva, con lo que, por contraste, se está prohibiendo cualquier actitud opuesta al mandato legal.

3. Entrada en vigor

La Ley no señala un plazo específico de «*vacatio legis*» por lo que su vigencia vendrá determinada por las prescripciones del C.c. que, en su arto 2-1 establece que:

«Las leyes entrarán en vigor a los veinte días de su completa publicación en el "Boletín Oficial del Estado", si en ellas no se dispone otra cosa».

Por ello, habida cuenta que el arto 5 del mismo Código establece que en el cómputo civil no se excluyen los días inhábiles y que el día a partir del cual hay que contar se excluye del cómputo, habrá que concluir que la Ley entró en vigor el 5 de Enero de 1998, como si de un regalo de Reyes se tratara.

4. Juicio crítico

En una primera aproximación a la Ley, como estoy haciendo, el juicio crítico no es demasiado favorable y ello, no solo por apreciarse errores, contradicciones y obscuridades en su redacción, sino, lo que es más importante, por las soluciones que adopta para resolver la problemática que el derecho de aprovechamiento por turno plantea.

A. Crítica de técnica jurídica

Voy aquí a señalar lo que me han parecido incorrecciones técnicas en la redacción de la Ley.

- Párrafos inconclusos. Así ocurre con el párrafo tercero del apartado V de la Exposición de Motivos. Comienza diciendo: «*De acuerdo con lo anterior y teniendo presente*», a lo que sigue una parrafada sobre lo que se tiene presente, pero sin concluir lo que pretende decir y que está «*de acuerdo con lo anterior*».
- Plazos imposibles. El plazo de resolución del arto 11-2, puesto en relación con el plazo previsto en el arto 10-4, es inaplicable en algún supuesto concreto: el de la resolución del contrato por anticipos prohibidos.
- Remisiones incompletas. Tal ocurre con la remisión que en el arto 4-2 se hace a «*los términos previstos en el arto 10*» y ello porque el plazo de resolución previsto en este último artículo (tres meses desde el contrato) no puede aplicarse a la resolución prevista en el primero (falta de conclusión de la obra en el plazo previsto o falta de incorporación del mobiliario descrito en la escritura).
- Afirmaciones incongruentes. Como la que contiene el arto 6timo párrafo de que «*Cualquier modificación que se realice en los contratos y documentos anteriores siempre que esté permitida en la Ley, no será válida mientras no se haga constar en el Registro de la Propiedad conforme a lo dispuesto en el párrafo anterior*». Se ha olvidado el legislador en este párrafo de que se suprimió el carácter constitutivo de la inscripción respecto al régimen que figuraba en el último Proyecto.
- Exclusiones absurdas. ¿Por qué se excluyen de la resolución de los préstamos a la adquisición los supuestos de resolución de contrato por el adquirente previstos en el arto 4-2 al no referirse el arto 12 más que a los supuestos de resolución previstos en el art. 10?
- Artículos incompletos que se completan en otro. Tal ocurre con el arto 9 que regula el contenido mínimo del contrato en una minuciosa y larga redacción y se olvida de un contenido mínimo del contrato cual es el fijado en el arto 10-3 párrafo primero: el domicilio del propietario o constructor a efectos de un posible desistimiento o resolución por parte del adquirente. Y enseguida la pregunta: ¿Puede este requisito no ser exigido por Notarios y Registradores a la vista de que el arto 14-3 se limita a prescribir la

exigencia por estos funcionarios de, solamente, los requisitos del arto 9?

- Técnicas jurídicas discutibles. Como es la posibilidad de la constitución del régimen sin la exigencia de la previa constitución del edificio en propiedad horizontal (art. l-4-párrafo tercero), mecánica tan criticable, al ser el apartamento el principal elemento real del contrato, que no me parece aventurado predecir que, en la práctica, se impondrá lo contrario, precisamente para que no tengan lugar las inconcreciones que la Ley misma trata de evitar. ¿Por qué para que pueda transmitirse un derecho de propiedad sobre un apartamento de un edificio se exige que este se haya dividido en propiedad horizontal y no se predica igual exigencia para que pueda transmitirse un derecho real limitado (como es el de aprovechamiento por turno) sobre el mismo? ¿Y cómo podrán saber los usuarios de los aprovechamientos cuales son los espacios de uso común (no confundir con los «servicios comunes») si no hay elementos comunes, al no haberse constituido la propiedad horizontal, y no exigir el arto 5 su precisión en la escritura? ¿Y cómo puede constituirse -jurídicamente hablando- un derecho real limitado sobre un determinado alojamiento, delimitado perfectamente pero que no tiene independencia jurídica como objeto de derecho específico? Lo contesta la Ley en el artículo mencionado: el derecho no gravará ese apartamento específico sino «*el inmueble en su conjunto*» y con ello consagra un remedio peor que la enfermedad porque ¿qué es lo que saldrá a subasta en el supuesto de que un titular de un derecho de aprovechamiento por turno ejercite su derecho a ejecutar un embargo, trabado en los casos de incumplimiento por el propietario de alguna de sus obligaciones que posibilitan el embargo y la ejecución referidas? Parece claro que el edificio en su conjunto. ¿Y qué interés tendrá en adquirido en esa subasta un tercero o el titular del aprovechamiento por turno que, en el caso de estar totalmente agotado el aprovechamiento del edificio con derechos de aprovechamiento enajenados, se convierte, no solo en un propietario en vacío (tendrá que esperar a que finalicen los plazos de los aprovechamientos) sino en un garante de la prestación de los servicios? Es tan falta de

lógica jurídica la postura de la Ley en esta materia, que la misma, a efectos prácticos, acaba saltándose la Ley Hipotecaria a la torera y permite la apertura de folio registral independiente a cada apartamento del edificio constituido en régimen de aprovechamiento por turno sin necesidad de que se haya dividido previamente el edificio en propiedad horizontal (art. 6-1 párrafo segundo), solución parecida a la de los garajes cuando se tiene una cuota indivisa sobre el local en que radican y se confiere a su titular el derecho de uso sobre un garaje concreto. Claro es que esta solución lo es solo a efectos adjetivos (información de terceros sobre turnos y demás circunstancias que habrían de constar en ese folio separado como exige el artículo citado) pero sin que éste folio pueda producir los efectos que produce el folio separado de la propiedad horizontal. Lo demuestra así, el que la propia Ley (art. 1-4-párrafo tercero) determina, como se dice antes, que, por mucho folio separado que se haya abierto para cada alojamiento, el gravamen del derecho de aprovechamiento no recae sobre el mismo sino sobre el inmueble total si no hubiera realizado su previa división horizontal.

- Expresión de propósitos que no se materializan. Tal ocurre en la Exposición de Motivos, donde se admite la extinción parcial del régimen (apartado II) sin que luego se recoja esta posibilidad en el texto articulado de la Ley.
- Contenidos de artículos que no se corresponden con su rúbrica. Así ocurre con el arto 5, cuya rúbrica es «*Escritura reguladora*», es decir, la escritura de constitución del régimen de aprovechamiento, y sin embargo en su número 3 se ocupa de regular un supuesto (la terminación de la obra) que se produce después de constituido el régimen. Lo mismo ocurre con el arto 2 cuya rúbrica es «*Límites y consecuencias del incumplimiento*» en tanto que su contenido nada tiene que ver con el incumplimiento de nada ni, por ende, con sus límites y consecuencias, sino que en él se establece la nulidad de ciertas cláusulas de renuncia y exoneración, así como de las cláusulas de arbitraje.
- Lagunas en la regulación. Como es la admisión de un derecho de aprovechamiento por turno de carácter personal, sin determinar los

preceptos que le son aplicables, realizándose solo en la Exposición de Motivos (apartado 1 párrafo 14) una referencia a que, a este derecho de carácter personal, le «resultarán aplicables el conjunto de disposiciones de la Ley, en cuanto no contradigan su naturaleza jurídica» lo que llevará indudablemente a dudas y debates jurídicos en una cuestión en la que el legislador ha pretendido evitarlos para dar seguridad al adquirente.

- Y, finalmente, omisiones inexplicables. Como ocurre con la ausencia de regulación de las empresas de servicios. La Ley, en el último párrafo del apartado 1 de la Exposición de Motivos dice <<*Además, la Ley contiene una expresa mención de la empresa de servicios, esencial para la vida del régimen y para el adecuado disfrute del derecho adquirido. Sin empresa de servicios, o si esta funciona incorrectamente, el derecho no podrá ser ejercitado en la práctica y de poco le servirá al adquirente que el contenido jurídico del mismo esté, en otros aspectos, perfectamente determinado*». Tan esencial es para la Ley la empresa de servicios que no se puede constituir el régimen de aprovechamiento por turno sin que previamente se haya celebrado el contrato con una de estas empresas (art. 4-1-c) contrato este que ha de incorporarse a la escritura reguladora (art. 5-2). Y sin embargo, después de haber resaltado ese carácter esencial y vital, no las regula, a diferencia de borradores anteriores que regulaban el régimen de obligaciones y atribuciones de este tipo de sociedades, su retribución por la prestación de los servicios que pertinentes y las consecuencias del incumplimiento en tal prestación.
- Omisión clamorosa es también la que hace referencia a la no exigencia de constancia en la escritura (art. 5), ni en el documento informativo (art. 8) ni en el contrato (art. 9), del posible mobiliario con que cuenten los espacios de uso común (entrada al edificio, rellanos, terrazas, jardines y zonas verdes) a diferencia del tratamiento dado al alojamiento.

Hasta aquí he hecho algunas referencias a la deficientísima técnica jurídica de la Ley, pero en el desarrollo de este trabajo pondré de manifiesto muchas más, lo que me hace abundar en mi pensamiento de que

poca aceptación va a tener -al menos entre los españoles- la figura que trata de regular.

B. Crítica de fondo

El sistema de multipropiedad (adquisición de una cuota indivisa en la propiedad del apartamento con asignación de uso por un periodo perfectamente determinado) había sido ya aceptado plenamente por los consumidores españoles, llevaba suficiente tiempo funcionando en el tráfico jurídico español, había obtenido carta de naturaleza con definición de sus perfiles jurídicos por la resolución de la DGRN antes citada y, además, -y esto debería ser de gran importancia para el derecho positivo- era el que se adaptaba mejor a la mentalidad española, fuertemente aferrada a un sistema de propiedad que garantiza el disfrute por tiempo indefinido y la transmisión hereditaria.

Pues bien, la nueva Ley, sin mediar ninguna explicación convincente, no solo abandona sino que proscribe este sistema -que la misma Exposición de Motivos (aunque refiriéndose al término) reconoce «*tenía la gran ventaja de haber calado en la opinión pública, hasta el punto de ser, con mucho, la forma más habitual de denominar entre nosotros a la institución*»- y lo sustituye por otro (la constitución de un derecho real limitado) que casi no ha tenido vida real en la práctica jurídica española. ¿Por qué? Para mi no deja de ser un misterio porque la justificación que da la referida Exposición de Motivos para abandonar ese sistema de multipropiedad, que reconoce tan arraigado, me deja sumergido en el ámbito de lo insondable. Hela aquí: «*Pero es precisamente ese carácter globalizador con el que normalmente se utiliza* (el término multipropiedad) *por un lado, y el hecho de hacer referencia a una forma concreta de propiedad por otro, lo que lo hacen un término inadecuado por equívoco*» Con terminología de un conocido humorista, al leer y releer ese párrafo, solo me sale una expresión: «¿Mande?». De verdad no entiendo nada. Quizás, si algún día llego a conocer la verdadera «fuerza subjetiva», que, directa o indirectamente y en el fragor de la lucha Ministerio de Justicia-Ministerio de Turismo, ha propiciado la adopción de esta solución, pueda encontrar una explicación. Desde mi punto de vista, lo lógico hubiera sido que la Ley aceptase el sistema, ya consagrado en la

teoría y en la práctica, y resolviese el problema pendiente del aseguramiento de la prestación de servicios por una empresa mediante la regulación detallada de este tipo de empresas y la imposición a las mismas de la obligatoriedad de tener contratado a favor de los usuarios un suficiente seguro de caución. Pero, desde hace algunos años, el legislador se propone «redimir» a los legislados de todos sus problemas. El lema es «contra el abuso, el bandazo». Es decir, si se detecta algún caso de abuso o algún problema en el funcionamiento de alguna institución jurídica, lo correcto no es tratar de modificar la regulación, en el extremo que sea, para que ello no ocurra, sino cambiar por completo la institución. Ocurrió así con la reforma de la tutela del año 83 (del sistema de tutela de familia se pasó al sistema de tutela de autoridad, sin precedente ni arraigo en España, y también con la reforma de la adopción del año 87 (introduciendo un sistema estatalista y burocratizado también sin arraigo ninguno en nuestro país)

Al respecto Javier GARCíA MAS señalaba ya, refiriéndose al primer Proyecto que abandonó ese sistema de multipropiedad acogido en Proyectos anteriores y cambiado ahora mediante la tipificación de un nuevo derecho real limitado -el derecho de aprovechamiento por tumo- que «Esta actitud, bastante incomprensible, pone en peligro la caracterización de la figura en nuestro sistema jurídico»[7]. Igualmente, en el Congreso Notarial celebrado en Granada el año 1993, se hacía constar en las conclusiones de la primera ponencia que «El Borrador no debiera admitir como única modalidad de aprovechamiento por turno con trascendencia real aquella que la configura como un gravamen sobre un inmueble. Resulta necesario que se regule, además, como propiedad, por ser la multipropiedad la que mayores facultades y protección confiere al adquirente y la que goza de mayor arraigo social». Quizás no sea ocioso señalar que el ponente de esa ponencia era Isidoro LORA TAMAYO, tal vez el autor que más y mejor haya estudiado la figura.

Por su parte MARTÍNEZ PIÑEIRO dice 10 siguiente: «Ya he escrito, y ahora lo reitero, que la primera reacción personal que me produjo

[7] Javier GARCíA MAS, «En tomo a la multipropiedad (Análisis de la resolución de la DGRN de 4 de Marzo de 1993 relativa, en su esencia, al tema de la multipropiedad)>>, R. C. D. J., núm. 623, Julio-Agosto 1994, pág. 1669.

la lectura de la nueva Ley fue el venírseme a la mente la clásica locución "*excusatio non petita, acusatio manifesta*". Tengo la impresión de que, a través de la larguísima Exposición de Motivos que precede a su corto articulado, el legislador trata de justificarse a sí mismo y autoconvencerse de la bondad de las decisiones adoptadas. No parece caminar sobre seguro. Así, por ejemplo, se excusa de no aceptar los términos más utilizados en la práctica para calificar a esta figura jurídica. No a la multipropiedad; palabra proscrita y declarada fuera de la Ley en los arts. 1.4 y 8.1, No a la fórmula tiempo compartido, traducción de la fórmula inglesa *Time-Sharing*, porque, entre otras razones, parece dar a entender que lo que comparten los titulares de los derechos es el tiempo, cuando es precisamente lo contrario, por cuanto lo son respecto de periodos diferentes y excluyentes. Se acuña así la expresión aprovechamiento por turno, por ser menos comprometida -uno, ingenuamente, siempre ha pensado que lo acertado es lo contrario- y porque se ajusta perfectamente a la regulación que se hace - lo que implica, a nuestro entender, una petición de principios»[8].

Por mi parte, entiendo, en primer lugar, que este nuevo sistema no va a beneficiar al consumidor que ha de pagar lo mismo por la adquisición de un derecho que se extingue con el tiempo, que lo que antes pagaba por la adquisición, para siempre, de una cuota de copropiedad.

En segundo lugar estimo, y la práctica dirá la última palabra, que este sistema ni se adapta a lo que es la mentalidad «propietarista» del consumidor español, ni tampoco a lo que es la mentalidad «liquidatoria» del constructor español que construye para vender, (¿cuantos en España construyen para arrendar?) recoger las ganancias del negocio y desvincularse del producto una vez efectuada la venta. Si no me equivoco, estas dos mentalidades, que, al confluir en una misma dirección, suman una gran potencia, conseguirán unir sus deseos, lo que podrán lograr acogiéndose a la burla del sistema que la propia Ley propicia al permitir que el propietario venda su propiedad a los titulares de los derechos reales de aprovechamiento por turno que gravan esa misma propiedad, supuesto

[8] Eduardo MARTÍNEZ-PIÑEIRO, «Derechos de aprovechamiento por turno. (Ley 42/98 de 15de diciembre»>, *Revista del Ilustre Colegio Notarial de Granada*, núm. 217, mayo 1999, págs. 2073-2074.

al que la Ley se refiere expresamente (art. 1-4) predicando del mismo un efecto que, en nuestro derecho, me atrevería a calificar como de prestidigitación: ¡que no se extinga, en este caso, el derecho real por confusión!

En tercer lugar, hay que traer a colación que la única razón esgrimida por la Ley para separar radicalmente el derecho de propiedad del nuevo derecho real limitativo constituido sobre la misma, es el «hallazgo» de lo que para la Ley pretende ser el pilar básico de este derecho: el propietario, como sujeto garantizador de una de las dos facultades que configuran ese nuevo derecho, y que no es otra que la facultad de exigir la prestación de unos determinados servicios (art. 1-1). A este respecto, en la Exposición de Motivos (Apartado II último párrafo) se dice lo siguiente:

«*Esta limitación de la duración del régimen es, además, la que permite que el propietario que lo ha constituido, siga, durante la vida de éste, vinculado al inmueble. Esta vinculación es deseable a partir del momento en que se considera que lo que ofrece el propietario no es solo una titularidad inmobiliaria sino también un servicio, durante la existencia del derecho, que es lo que explica la naturaleza necesariamente compleja de la relación entre el titular de un derecho de aprovechamiento por turno y el propietario del inmueble. Así pues el propietario debe garantizar que los titulares de los derechos reciban los debidos servicios implícitos en su titularidad. Esta garantía mínima exigible existe desde el momento en que el propietario sigue vinculado al inmueble, lo cual solo puede ser así porque los derechos por él enajenados no son plenos sino limitados. Y la limitación, en este caso, solo puede afectar a la duración del régimen*».

Parece que el «*durante la vida de éste*» se refiere a la vida del propietario, (aunque aclararía el sistema si se refiriese al régimen) pero no aparece demasiado claro porque, si así fuese, la corrección gramatical exigiría que la frase fuese «durante su vida». Pues bien, partiendo de la base de que se refiere a la vida del propietario, ¿donde está que exista una garantía para el titular del nuevo derecho real por el solo hecho de que el propietario inicial (propietario o promotor le llama muchas veces la Ley) haya de estar, durante toda su vida, vinculado al inmueble? Su muerte puede ser anterior a la extinción del régimen y también su insolvencia, con

lo que nadie le va a poder exigir la realización de una obligación de hacer (prestar los servicios). Pero es que, en el caso de propietario persona jurídica, la «muerte» de esta o su insolvencia de facto ocurrirá casi siempre: se constituirán sociedades con poco capital, se construirá con un préstamo que gravará el inmueble, los titulares de derechos de aprovechamiento se subrogarán en el préstamo -arto 12-párrafo tercero- y la sociedad será extinguida o quedará en vía muerta sin más patrimonio que la propiedad del inmueble. Naturalmente, en casos de muerte, extinción o venta, existirá un propietario que sucederá al anterior ya que la transmisión de la propiedad sigue siendo posible una vez constituido el régimen (art. 1-4-párrafo último). Pues bien, no se sabe si, como parece deducirse de la Exposición de Motivos, el primitivo propietario -si la transmisión de la propiedad es por acto intervivos- sigue teniendo la responsabilidad de prestar los servicios o esta responsabilidad pasa al adquirente de la propiedad del inmueble. Parece que en la estructura negocial que plantea la Ley (contrato complejo) esta subrogación de la obligación de prestar los servicios no sería tal sino que implicaría una cesión de contrato que no podría realizarse sin el consentimiento de los adquirentes de los derechos de aprovechamiento que son los beneficiarios de esa prestación de servicios. Pero si esto es así, es decir, si la Ley «condena» al primitivo propietario a ser durante toda su vida un empresario de servicios, principal unas veces y solidario o subsidiario (que no se sabe muy bien cual de las dos cosas) otras, ¿qué podrán hacer los titulares de los derechos de aprovechamiento contra él si no los presta y ya no tiene siquiera la propiedad para que esos titulares puedan embargarla? La Ley no aclara en su texto si quiere decir lo que la Exposición de Motivos dice (que el propietario inicial queda vinculado con el inmueble aunque no se sabe cómo al permitir la Ley su enajenación) o si el que queda vinculado con el inmueble y por ende obligado, a través de el, a realizar la prestación de servicios es el que, en cada momento, sea el propietario.

En efecto, mientras el arto 16 (y también e15-3-párrafo segundo, e19-1-9.º-a y el 10-3) hablan, de «el propietario o promotor», con lo cual parece que el arto 16 se está refiriendo a la misma persona (no dice «el propietario o el promotor») para imponerle la responsabilidad por la prestación de los servicios, persona que no es otra que el propietario

constituyente del régimen y que, por tanto es el promotor de las ventas, otras veces habla del propietario y del promotor como dos personas distintas, separándolos con una coma al nombrarlos (art. 8-2-3 y 4 y arto 9-3-párrafo tercero), y otras veces habla solo del propietario (art. 13 en todos sus párrafos y 7-párrafo primero). Pero cuando quiere hablar del propietario constituyente del régimen lo hace expresamente (art. 4-2). Ante este galimatías, que no se sabe si obedece a una utilización de propósito por el legislador de esta distinta terminología para cada caso, o bien solo se debe al cacao mental demostrado por el legislador sobradamente como se ha visto y se seguirá viendo, no se sabe a qué apostar. Se podría pensar que el propietario y el promotor son dos personas distintas, como aparecen cada vez que están separados por una coma, y que, cuando el legislador habla de «el propietario o promotor» como ocurre en el arto 16 se está refiriendo al propietario o el promotor, pero en este caso ¿a quién de los dos, si existen como personas independientes, le impone la Ley la obligación de prestar los servicios? Y si pensamos que, en este caso del arto 16 Y tal como antes interpretábamos, se está refiriendo a una sola persona que es propietario y promotor ¿qué ocurre si, en el supuesto concreto de que se trate, existen dos personas, un propietario y un promotor y, por tanto, no se puede hablar (repito, en ese caso particular) de propietario-promotor? ¿Y por qué si el arto 16 habla de propietario o promotor para imponerles la obligación de prestar los servicios, el arto 13 habla solo de propietario para resolver el contrato con los titulares de los derechos de aprovechamiento que no pagan las cuotas por los servicios? Ante esta caótica terminología, difícil de llevar a los supuestos concretos que pueden presentarse, creo que la Ley pretende imponer la obligación de prestación de los servicios al primer propietario, pero que, en la práctica, la obligación acabará siendo asumida por quien sea, en cada momento, propietario del inmueble, sobre todo en caso de insolvencia del primero, a fin de que siempre haya un propietario responsable de esa obligación. Pero no se crea que con ello termina el problema porque ¿qué ocurre si el propietario constituyente es insolvente o ya no existe y el segundo propietario (el que actua1mente tiene la propiedad) deja de prestarlos? Pues que los titulares de los derechos de aprovechamiento por turno podrán dirigirse contra ese propietario que, casi con toda seguridad, será una sociedad propietaria del inmueble con ese único activo. ¿Y con qué

resultado? Pues con el de embargar esa propiedad y adjudicársela posteriormente. Con todo ello se habrá conseguido la magnífica garantía de que los obligados a prestar los servicios resulten ser... ¡los mismos acreedores de ellos! es decir, los titulares de los derechos de aprovechamiento por turno.

En todo esto, he de confesar que hay algo que se me escapa: ¿por qué la Ley ha excluido en este supuesto las garantías normales que el derecho tiene previstas para los casos de incumplimiento de obligaciones, es decir, las de carácter real y las de personal? La más apropiada, de carácter real, sería la posibilidad de resolución del contrato de servicios con obligación de aseguramiento caucional de la devolución de las cantidades pagadas, como regula para otro supuesto el arto 4-2. ¿Por qué no la establece? Y en cuanto a la garantía personal ¿cual puede ser la razón de que se haya suprimido en el texto legislativo el seguro de prestación de servicios que proyectos anteriores obligaban a tener concertado a la empresa suministradora de los mismos? Porque ese seguro sí que podría constituir una garantía efectiva para los titulares de derechos de aprovechamiento. Esos proyectos anteriores contemplaban un obligatorio seguro de caución que la correspondiente sociedad de servicios debía tener concertado previamente y mantenerlo durante todo el tiempo de su contrato, siendo el objeto del mismo la cobertura del riesgo de incumplimiento de sus obligaciones y siendo sus beneficiario los titulares del derecho de aprovechamiento que podrían exigir el pago de la indemnización que, en su caso, les correspondiere, conforme a la proporción que supusiese su derecho y hasta cubrir los daños y perjuicios sufridos[9].

Claro que, inmediatamente, habría que apostillar que, si se hubiera conservado la obligatoriedad de ese seguro de caución por prestación de servicios, tendríamos que volvemos a preguntar la verdadera razón por la que no se haya conservado el sistema de multipropiedad con ese mismo seguro de caución a cargo de las empresas suministradoras de los servicios que, en definitiva, son quienes se lucran por esa prestación y quienes tienen que asumir la obligación de garantizarla.

[9] Pedro A. MUNAT BERNAT, ob. cit. pág. 1229.

Aparte o quizás, precisamente, por esa desaparición, la Ley se vuelca en una desmedida y prolija exigencia de publicidad como obligación del propietario constituyente del régimen. Con ello, posiblemente, se haya querido dar satisfacción a las asociaciones de consumidores que, a veces, dan la sensación de creer que en ese tema de la publicidad radica todo el problema de sus asociados, conformándose así con lo más fácil y más descomprometido. No nos gustaría que, en este punto, se acudiese al recurso fácil de la malinterpretación. Ciertamente la exigencia de una publicidad veraz y de una información suficiente es una conquista irrenunciable de los consumidores, conseguida gracias a la presión de sus asociaciones y a la sensibilidad de los poderes públicos. Pero muchos profesionales del derecho sabemos y comprobamos, día a día y caso por caso, cómo la prolijidad en la información produce los mismos efectos que el defecto de información, es decir, que no siempre la mucha información es la mejor información. En este sentido, la Ley llega a unas exigencias tan desmedidas que mucho me temo que el maremágnum del bosque pueda llegar a ocultar, a los ojos del consumidor, los árboles que realmente le interesan. La exigencia en la Ley de datos informativos, pasa por los que ha de contener la escritura de constitución del régimen, los que han de figurar en la inscripción, los que han de recogerse en el documento informativo obligatorio y los que deben constar en el contrato. La mayoría de estos datos, con algún que otro matiz, se reproducen en unos y otros de los documentos señalados, hasta lograr, por ejemplo, que el contrato de transmisión del derecho con su anexo se convierta en un auténtico «tocho» del grosor de un libro (véase el arto 9) Y que, por ejemplo también, el contrato con la empresa de servicios haya de figurar en la escritura de constitución del régimen como un anexo, en el Registro de la Propiedad y en las certificaciones que expida el Registrador, en el documento publicitario y, finalmente, en el contrato de transmisión al incorporársele ese documento publicitario. Los consumidores del nuevo derecho real de aprovechamiento por turno pueden dormir tranquilos. La Ley, aparte de toda esta sobre abundante, prolija, detallada y duplicada o triplicada publicidad, llega hasta la ridiculez de imponer al propietario la obligación de hacerle saber la dirección y los números de teléfono de los organismos oficiales y de los profesionales (notarios y Registradores) más próximos donde pueden recabar información gratuita. ¡Ah!, pero sigue dejándolos

desprotegidos de lo que realmente les interesa: el aseguramiento de la prestación de servicios.

III. **REQUISITOS PREVIOS**

La Ley, en su artículo 4, apartados 1 y 2, exige una serie de requisitos para poder constituir el régimen de aprovechamiento por turno sobre un inmueble. Veámoslos por separado.

1. La previa inscripción del edificio, con su obra nueva, a nombre del constituyente

La nueva Ley articula la regulación del nuevo derecho de aprovechamiento por turno de una forma parecida a como la Ley de Propiedad Horizontal articula la regulación de propiedad sobre un piso o elemento determinado: sobre la base de una previa constitución del régimen. De la misma manera que no se puede transmitir, con efectos registrales, un derecho de propiedad sobre un piso determinado de un edificio sin que previamente esté constituido el régimen de propiedad horizontal, tampoco se puede transmitir -ni siquiera sin efectos registrales- un derecho de aprovechamiento por turno sin que previamente esté constituido su régimen especial sobre el inmueble de que se trate.

El cumplimiento de este requisito previo lleva consigo la exigencia de que esté realizada previamente la declaración de obra nueva, bien como obra finalizada o bien como obra comenzada. Y no solo realizada, sino además que conste inscrita en el Registro de la Propiedad (art. 4-1-a). Obsérvese que la Ley exige este requisito como previo a la constitución del régimen y no, simplemente, como previo a la inscripción del mismo, por lo que la propia Ley establece (art. 4-4) que el Notario no podrá autorizar la escritura de constitución si previamente no se le acredita «*el cumplimiento de los requisitos establecidos en los apartados 1 y 2 de este artículo*» y, en consecuencia, la inscripción de la obra nueva. No cabe, por tanto, la posibilidad de realizar, en la misma escritura o en escrituras distintas pero en el mismo día, la declaración de obra nueva y la constitución en régimen de aprovechamiento por turno. Es decir que, en el momento de la constitución del régimen regulado en la Ley, debe constar inscrito, a

nombre del constituyente, el inmueble sobre el que se va a constituir con su descripción definitiva.

Sin embargo, como ya se puso de manifiesto en otro lugar (juicio crítico a la técnica legislativa de la Ley) no es requisito necesario la previa constitución del inmueble en régimen de propiedad horizontal, cosa que critiqué decididamente y que, a mi juicio, constituye un error grave del legislador. Pero, ante esa realidad legislativa, si se optase por realizar previamente la división horizontal, sí que ésta se podrá llevar a cabo en la misma escritura en que se constituya el régimen de aprovechamiento por turno, sin necesidad, por tanto, de esperar a la previa inscripción de aquella como ocurre con la obra nueva.

2. **La previa obtención de una serie de licencias**

La Ley exige (art. 4-1-b) que, previamente a la constitución del régimen de aprovechamiento por turnos, se hayan obtenido las licencias siguientes:

«*Las licencias para ejercer la actividad turística, las de apertura, las necesarias para la primera ocupación de los alojamientos, zonas comunes y servicios accesorios que sean necesarios para el destino y la correspondiente cédula de habitabilidad. En el caso de que la obra esté solo iniciada, bastará haber obtenido la licencia de obra y la necesaria para la actividad turística*».

Pienso que la práctica normal (lo mismo que ocurre con la constitución en régimen de propiedad horizontal) será la prevista en el último párrafo transcrito, es decir que el régimen de aprovechamiento por turno se constituya cuando la obra esté solo iniciada y ello por las exigencias bancarias respecto a los préstamos. En este caso, solo la licencia de obra y la necesaria para el ejercicio de la actividad turística serán necesarias.

Estoy seguro de que, respecto a las licencias previstas, se le planteará al notario, en muchas ocasiones, el problema de si puede otorgar la escritura faltando alguna o algunas de ellas con el compromiso de aportadas en un momento anterior a la inscripción. En una primera

impresión, podría entenderse que habría de aplicarse el mismo criterio que, hasta ahora, se está utilizando con relación a la licencia de obra, y ello porque el mandato imperativo de las leyes respectivas es idéntico: los Notarios no autorizarán la escritura mientras no se le acredite la existencia de la licencia correspondiente. En consecuencia el Notario tendría que negarse a la autorización de la escritura en tanto no se dé esa acreditación. A lo sumo, podría unir la licencia que faltase por diligencia posterior, pero siempre que la fecha de la misma fuese anterior a la del otorgamiento de la escritura.

Parece, sin embargo, que este criterio pudiese ser demasiado restrictivo, sobre todo si atendemos a dos circunstancias. La primera es que la Ley no exige, en ninguno de los apartados del arto 5 que las licencias se unan, originales o por testimonio, a la escritura de constitución del régimen de aprovechamiento por turnos, cosa que, sin embargo, sí que ocurre, con la licencia de obra en el otorgamiento de la escritura de declaración de obra nueva. Y la segunda es que el arto 553, para el caso de que se constituyera el régimen cuando la obra estuviese solo iniciada -y, en consecuencia, aun no procediese la concesión de las licencias a que nos venimos refiriendo- lo único que pide es que, para realizar la constancia en el Registro de la finalización de la obra, «*será necesario aportar* (hay que entender: al Registro) *las licencias a que se refiere el arto 4-1, letra b, y que no se aportaron al momento de inscribir la obra nueva en construcción*». Por tanto, si no es necesario que se acredite al Notario la existencia de estas licencias en el acta de terminación de obra, que es el documento pertinente para hacer constar esa finalización en el Registro, ¿por qué habría de sostenerse un criterio contrario en el supuesto de que la finalización de la obra se hubiese hecho constar directamente por no haberse realizado una previa declaración de obra nueva en construcción? Si se atiende a esta argumentación, creo que se puede conciliar la antinomia entre el arto 4-4 Y el 5-3 sosteniendo que la prohibición al Notario es de carácter indirecto, dado que su finalidad se puede lograr con una presentación posterior al Registro de la Propiedad y dado, también, que el artículo que la contiene (5-3) no establece expresamente la nulidad como sanción a su incumplimiento (Sents. 1O-Mayo-99 y 22-julio-97) Por ello la nulidad predicable, ante el silencio del Notario respecto a la existencia de alguna de esas licencias o su manifestación de que se acompañarán por el interesado

donde preciso fuere, no será la absoluta sino la relativa o anulabilidad, lo que hace posible la confirmación y, por ende, la calificación por el Registrador de este defecto como subsanable. Ello, sin perjuicio de la posible responsabilidad del Notario por el perjuicio que, en algún caso límite, pudiera haberse producido para el constituyente del régimen o para un tercero.

Finalmente, hay que hacer constar que, respecto a la licencia para el ejercicio de la actividad turística, el segundo párrafo del arto 4-I-b establece que «*tanto si la obra está terminada como si tan solo iniciada, solamente será exigible en aquellas Comunidades Autónomas donde la comercialización de derechos que impliquen la facultad de disfrute de un alojamiento durante un periodo de tiempo al año tenga, con arreglo a su legislación, la calificación de actividad turística sometida a licencia*».

Hasta la fecha, esas Comunidades Autónomas que regulan la comercialización de estos derechos como actividad turística sometida a licencia, son las siguientes: Canarias, en virtud de su Ley de ordenación del turismo de 6-Abril-1995; Galicia, en su Ley de promoción y ordenación del turismo de 21 de Agosto del 97; y Baleares por Decreto de 6 de Septiembre de 1997. En el momento presente, existe un proyecto de Ley de Turismo en Andalucía que también regula la materia en la forma exigida y cuya aprobación como Ley parece próxima[10].

3. **La previa contratación, con una empresa, de la prestación de los servicios**

El último párrafo del apartado I de la Exposición de Motivos señala lo siguiente:

«*Además, la Ley contiene una expresa mención de la empresa de servicios, esencial para la vida del régimen y para el adecuado disfrute del derecho adquirido. Sin empresa de servicios, o si esta funciona incorrectamente, el derecho no podrá ser ejercitado en la práctica y de*

[10] Con posterioridad a la fecha de presentación de esta ponencia en la Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia el proyecto ha pasado a ser la Ley 12/1999 de 15 de Diciembre.

poco le servirá al adquirente que el contenido jurídico del mismo esté en otros aspectos perfectamente determinado».

Es decir que, para la Ley, la piedra angular que sostiene todo el sistema ideado es la prestación de servicios, y la empresa que los preste será quien se encargue de que cada uno de los titulares de turnos disfruten de los mismos sin inconveniente ninguno y, en consecuencia, sin tener que relacionarse para nada ni con el propietario ni con los titulares de los otros turnos. Consecuentemente, su preocupación porque el titular del derecho de aprovechamiento tenga la seguridad de que estos servicios se van a prestar sin problema alguno y en todo caso, le lleva a colocar la responsabilidad de su prestación en el propietario o promotor. Éste a su vez podrá optar por prestados directamente o por contratar su prestación con una empresa dedicada a estos menesteres. Pobre garantía para los titulares de aprovechamientos, como hemos puesto de manifiesto anteriormente.

En ese sentido garantista anticipado en la Exposición de Motivos, el arto 4-l-c, impone al propietario constituyente, como requisito previo a la constitución del régimen «*Haber celebrado, de conformidad con lo establecido en la presente Ley el contrato con una empresa de servicios que reúna, en aquellas Comunidades Autónomas donde se establezcan, los requisitos que se exijan a estas, salvo que el propietario, cumpliendo los mismos requisitos, haya decidido asumirlos directamente él*».

En consecuencia, si se ha celebrado este contrato, el Notario tendrá que exigir su acreditación al tiempo del otorgamiento de la escritura de constitución del régimen. Sin embargo, parece claro que este requisito puede omitirse bastando con que el propietario manifieste en dicha escritura que los servicios serán prestados por él mismo durante el tiempo que no los haya contratado con una empresa adecuada, en cuyo caso podrá aportar ese contrato al Registro si contrata los servicios después de la escritura y antes de la inscripción. Lo que entiendo no podrá hacer el Notario, sin incurrir en responsabilidad, es permitir que en la escritura se omita toda referencia a la prestación de los servicios. Esa escritura no sería inscribible, y adolecería de un defecto subsanable, salvo que antes de la inscripción se aportase el contrato o el propietario hiciese constar por instancia su asunción de la prestación de los servicios.

4. **La previa contratación de unos determinados seguros**

La Ley prevé que, como requisito previo a la constitución del régimen, el propietario ha de tener concertados los siguientes seguros y avales:

- Un seguro que cubra la indemnización de daños y perjuicios que pudieran derivarse para terceros, durante el periodo de promoción y hasta la transmisión de todos los derechos de aprovechamiento, y que hubiesen sido causados por el propietario o por cualquiera de sus dependientes (art. 4-l-d en su remisión al art. 7 párrafo primero).
- Un seguro que cubra la responsabilidad civil en que puedan incurrir los ocupantes de los alojamientos derivada de la utilización de los mismos (art. 4-1-d en su remisión al arto 7 párrafo segundo).
- Un seguro de incendios y otros daños generales del edificio o del conjunto de sus instalaciones y equipos (art. 4-1-d en su remisión al arto 7).
- Un aval bancario o un seguro de caución a favor de futuros adquirentes de derechos de aprovechamiento por turno que garantice la devolución de las cantidades entregadas a cuenta para la adquisición del derecho si decide resolver el contrato de adquisición por no haber sido finalizada la obra en la fecha fijada o no haberse incorporado el mobiliario descrito en la escritura (art. 4-2).

A tenor de lo dispuesto en el arto 4-4, la contratación de todos estos seguros tendrá que acreditarse al Notario al otorgamiento de la escritura. Respecto a la falta de acreditación de alguno o algunos de ellos he de repetir lo señalado anteriormente respecto a la no nulidad absoluta sino anulabilidad, defecto subsanable por tanto, dada la posibilidad de confirmación, y ello sin perjuicio de la responsabilidad del Notario autorizante de la escritura.

EL PODER JUDICIAL EN ESPAÑA EN EL UMBRAL DEL SIGLO XXI

SANTIAGO MARTÍNEZ- VARES GARCÍA

Ponencia presentada
en la Sesión Privada de la Academia
(Marzo de 1999)

SUMARIO: I.-Democracia y Estado. II.-La división de Poderes. El papel del Juez en el nuevo modelo de Estado. La legitimidad del Poder Judicial. III.-La Independencia del Juez. Sus pilares y condicionantes. IV.-EI Poder Judicial en el Estado de las Autonomías. V.-A modo de conclusión. Un pacto por la Justicia

I. DEMOCRACIA Y ESTADO

Una de mis lecturas de adolescencia, que me marcó profundamente, comenzaba con este texto:

«*La democracia es hoy una filosofía, una manera de vivir, una religión y, casi accesoriamente, una forma de gobierno*»[1].

La democracia está indisolublemente ligada a la idea de libertad. Si democracia es el gobierno del pueblo por el pueblo, no adquiere su pleno sentido más que en función de lo que excluye: el poder de una autoridad que no proceda del pueblo. En democracia la autoridad, que sin duda subsiste, se ordena a hacerse compatible con la libertad. De este modo podría resumirse la democracia como la única forma de gobierno «que

[1] *La democracia. Ensayo sintético*. Georges BURDEAU, Biblioteca de Ciencia Política. Ediciones Ariel. Barcelona. 1.965.

propone como fundamento del orden político la dignidad del hombre libre»[2].

La vigente Constitución española en su preámbulo proclama el valor superior de la libertad como medio para establecer una sociedad democrática avanzada y refrenda como valor superior de su ordenamiento jurídico, en el marco de un Estado social y democrático de Derecho, la libertad y de ese modo lleva al artículo 10.1, como pórtico de los Derechos y Libertades fundamentales, «la dignidad de la persona, los derechos invio1ab1es que le son inherentes y el libre desarrollo de la personalidad». o, lo que es lo mismo, la dignidad del hombre libre, como fundamento del orden político.

Nuestro concepto de democracia poco tiene que ver con el que pudo ser el de la denominada democracia clásica y ni tan siquiera con la denominada democracia liberal. Sin embargo, siempre todas las manifestaciones democráticas tienen algo en común: la libertad del hombre.

Si un siglo ha visto avanzar la democracia, ese ha sido nuestro tiempo, el XX. De la democracia liberal hemos pasado a la democracia social, basada en la idea del bienestar para todos, que, finalmente, al menos hasta hoy, conduce a la democracia p1uralista. Nuestra Constitución, fruto del consenso entre las distintas fuerzas políticas, y compendio de los modernos textos constitucionales de occidente, así lo refleja en su artículo 1.1:

«*España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico, la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político*».

La noción o el concepto democracia camina en paralelo con la idea de Estado; son fuerzas correspondientes, pero no siempre convergentes. Se trata ahora de ver cómo se compaginan en nuestro texto consstituciona1 1as nociones de Democracia y Estado en ese artículo 1.1, al que antes nos referíamos.

Conviene destacar que la redacción final del precepto coincide con la fórmula con la que se diseñó inicialmente y ello pese a la preocupación

[2] *La democracia. Ob. cit.* nota 1.

que embargó a los Constituyentes al enfrentarse a ese artículo primero del que se dijo que iba a ser «la pieza básica de la arquitectura constitucional»[3].

La fórmula Estado social y democrático de Derecho, debe descomponerse en una doble proposición; Estado de Derecho, que, además, y a la vez, es social y democrático, pero antes que nada de Derecho.

Como es sabido, la sumisión del Estado al Derecho es un acontecimiento que se produce históricamente como consecuencia del triunfo de unas ideas y unas circunstancias determinadas. Frente a la afirmación de que donde hay Estado, hay ordenamiento jurídico y, por ende, hay Derecho, hay que afirmar la obvia idea de que el Estado puede no estar sometido al Derecho; y esto es lo que desgraciadamente ha ocurrido durante la mayor parte de la historia de la humanidad[4].

El Estado es Estado de Derecho cuando realiza la idea de Derecho limitando jurídicamente su actividad y el poder de que dispone para desarrollarla. Hasta el punto de que incluso para la teoría pura del Derecho en que Estado y Derecho se identifican, el Estado de Derecho debe aceptarse con un valor cualificado.

Simplificando la idea de Estado de Derecho, que nace en España sólo a partir de la Constitución de 1.812, podemos afirmar que la misma puede plantearse en un doble plano: consiste en un expediente técnico que combate la arbitrariedad e incorpora una idea de justicia que satisface las exigencias éticas que prevalecen un país y en un momento histórico determinado.

Evidentemente el primer plano es insuficiente; esa fórmula consagró el dogma del legalismo formal de la actividad administrativa a lo largo del siglo XIX. La arbitrariedad es la negación del Derecho en cuanto a su forma[5], lo cual es cosa distinta de la injusticia.

---

[3] *Diario de Sesiones del Senado*, núm. 39, pág. 1.570. Senador de Unión de Centro Democrático, Sr. Pérez Puga.

[4] GARRIDO FALLA, Fernando. *Comentarios a la Constitución*. Editorial Civitas. Madrid, 1980.

[5] LEGAZ LACAMBRA, Luis. Introducción a la ciencia del Derecho, pág. 466 Y sigs. 1.943.

Por tanto el Estado de Derecho exige además la realización de la Justicia, pero sin que ese concepto quede vinculado al cumplimiento de la Ley, identificando la esencia del Derecho con el simple respeto a las normas del ordenamiento positivo sino transcendiendo el concepto de Derecho a los valores suprapositivos en que la norma jurídica debe inspirarse.

Dos brevísimas referencias por razones obvias a los calificativos de social y democrático que el artículo 1.1 de la Constitución asocia al Estado de Derecho. Se trata de saber en palabras de Forsthoff[6], si una Constitución puede configurar un Estado que sea al mismo tiempo Estado de Derecho y Estado social. La necesidad del Estado social es ineludible, y ello obliga a encontrar los mecanismos que permitan conciliar ambas fórmulas[7]. La Constitución española contiene un evidente contraste estructural entre la constitución del Estado de Derecho y las obligaciones del Estado social. Si los derechos y libertades individuales que se reconocen en el artículo 14 y en la Sección Primera del Capítulo II del Título 1 de la Constitución pueden recabarse en cuanto a su tutela directamente de los Tribunales, en cambio, los preceptos que se contienen en el Capítulo III del propio Título 1, que configuran el Estado social «informan la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los Poderes Públicos», según expone el artículo 53.3, pero, y según el propio precepto, «sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las Leyes que los desarrollen». No son pues normas directamente aplicables.

En cuanto al calificativo «democrático» el mismo debe vincularse a la voluntad del Constituyente mostrada en el párrafo 3.° del Preámbulo de la Constitución: «Consolidar un Estado de Derecho que asegure el imperio de la Ley como expresión de la voluntad popular».

Pese a todo las nuevas tendencias, que vaya por delante caben sin ambigüedad en nuestro modelo constitucional, ponen de relieve lo que dijimos, es consustancial con la democracia, la libertad del individuo.

---

[6] La vinculación del Estado de Derecho a los principios materiales de la Justicia en la moderna «Administración, prestadora de servicios sociales» es una constante en la obra de Forsthoff, así en *Problemas actuales del Estado social de Derecho en Alemania*, Madrid, 1.966.

[7] La fórmula alemana que subraya Forsthoff, se ha logrado según él, mediante un mecanismo de redistribución de bienes fundamentalmente a través de los impuestos.

García de Enterría[8], cita a Alain Touraine en su libro *Qu' est-ce que la démocratie?*, cuando afirma «la idea democrática ha sufrido una transformación tan profunda que se ha invertido: de afirmar la correspondencia de la voluntad individual y de la voluntad general, es decir del Estado, defiende hoy la posición contraria y busca proteger las libertades de los individuos y de los grupos contra lo omnipotencia del Estado». La democracia es la subordinación de la organización social y del poder político en particular, a un objetivo que no es social, sino moral: la liberación de cada uno.

Giovanni Sartori[9] concluye que «el futuro democrático de una democracia depende de la convertibilidad de mayorías en minorías y, a la inversa, de minorías en mayorías; consecuentemente, el principio de la mayoría relativa resulta ser el principio de la democracia que funciona democráticamente».

II. LA DIVISIÓN DE PODERES. EL PAPEL DEL JUEZ EN EL NUEVO MODELO DE ESTADO. LA LEGITIMIDAD DEL PODER JUDICIAL

Toda la arquitectura del Estado de Derecho se desarrolló en torno a la división clásica de los Poderes. Basta examinar la estructura de la Constitución de 1.978 para convencerse de ello; así, en su parte orgánica, dedica los Títulos III a VI, a las Cortes Generales, al Gobierno y la Administración, a las relaciones entre el Gobierno y las Cortes Generales y al Poder Judicial, al que distingue, expresamente, con ese título.

Evidentemente no es este el momento para extendemos en consideraciones teóricas acerca de la necesidad de esa trilogía de Poderes ni de las relaciones recíprocas entre ellos. Al hilo de la exposición alguna atención concreta dedicaremos a esa cuestión.

Sin embargo, sí conviene recordar cual es el punto de partida. Para ello es imprescindible poner de relieve que cuando Montesquieu busca

[8] En su obra, *Democracia, Jueces y control de la Administración*, Editorial Civitas, cuarta edición ampliada, Madrid, 1.998.

[9] *Teoría de la Democracia*, Alianza editorial, 2 vols., Madrid, 1.988.

conseguir que «el poder frene al poder», somete a los Jueces al imperio de la Ley y dice de ellos que «no son sino la boca que pronuncia las palabras de la Ley, seres inanimados que no pueden moderar ni su fuerza ni su rigor».

Cierto que han tenido que transcurrir algo más de dos siglos desde que el Barón de la Brede expusiese esa idea, pero desde entonces la evolución ha sido incesante. Durante la vigencia del modelo de Estado liberal decimonónico el rol del Juez es el del servidor de la Ley al que poco a poco se le reconoce un estrecho margen de interpretación de la norma legal. El Juez en este periodo se convierte en un exégeta cualificado de los textos legales.

Hoy nadie duda del papel constitucional que juega el Poder Judicial como tal, y, desde luego, el Juez no es hoy, en tanto que depositario de un Poder difuso, y, por ello, diferente, un poder invisible y casi nulo, también en expresión de Charles de Secondant.

La transformación de las circunstancias económicas, sociológicas y técnicas han ido modificando el papel del Poder Judicial, de tal forma que uno de los fenómenos más característicos del Estado democrático constitucional es el ascenso del Poder Judicial a la categoría de auténtico Poder del Estado[10].

Con todo, el modelo de Juez Constitucional, de Juez de nuestros días, que es, desde luego, poderoso, aunque la manera en que ejerce sus facultades en el Estado de Derecho, le prive de peligro, nadie tema un Gobierno de los Jueces, no resulta de ninguna condición o circunstancia personal, sino del sentido que ha alcanzado la función jurisdiccional y la potestad de juzgar.

Con todo, el modelo de Juez Constitucional, del Juez de nuestros días, que es, desde luego, poderoso, aunque la manera en que ejerce sus facultades en el Estado de Derecho, le prive de peligro, nadie tema un Gobierno de los Jueces, no resulta de ninguna condición o circunstancia

[10] LOEWENSTEIN, Kart, *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona 1.970, pág. 67. Dado pues que el Juez ejecuta la Ley de forma parecida, aunque con diferentes técnicas, a como lo hace la Administración, la función judicial es fundamentalmente ejecución de la decisión política fundamental tomada anteriormente y que se presenta en forma de Ley.

personal, sino del sentido que ha alcanzado la función jurisdiccional y la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en todo tipo de procesos, a través de la que se manifiesta[11]. Las razones de ese cambio pueden resumirse del siguiente modo: ante todo, la entrada en escena de la Constitución como norma jurídica; en segundo lugar, la fuerza vinculante y expansiva de los derechos de las personas; por último, el concepto de ordenamiento jurídico que enmarca la tarea de los Jueces.

La razón, o, si se prefiere, las razones de ese cambio radical deben buscarse en esas ideas esenciales. Por un lado, la especial relación que se crea entre el Juez y el texto constitucional, dado el carácter vinculante de la Constitución como norma jurídica, artículo 9.1, Y su valor promocional o impulsor de transformaciones sociales que le otorga el artículo 9,2. Junto a ese valor promocional el texto constitucional confiere al Juez un papel progresista, en tanto que le encomienda, de acuerdo con el artículo 24.1, la tutela efectiva de los derechos e intereses legítimos de todas las personas, prohibiendo la indefensión.

La relación a la que nos referíamos, supera la vinculación del Juez al principio de legalidad, y le ancla a la Constitución, de modo que todo Juez es Juez constitucional, puesto que está vinculado por la Norma Suprema[12]. Esa supeditación impone al Juez una serie de obligaciones en relación con su tarea jurisdiccional que no vamos a desgranar pero que podemos resumir en el mandato que expresamente recoge el artículo 5 de la LOPJ.

Esta nueva postura del Juez ante el ordenamiento jurídico, que ha alterado el sistema de fuentes, hasta desplazar a la 1 de su lugar preeminente, entrega al Juez nuevas y distintas posibilidades de creación del Derecho hasta ahora desconocidas, y ha desatado, de inmediato, las naturales desconfianzas frente al riesgo de falta de seguridad jurídica y de arbitrariedad judicial que ese nuevo papel del Juez puede producir.

---

[11] DELGADO BARRIO, Javier, *El poder de los jueces*. Discurso de apertura del año judicial celebrado en el Palacio de Justicia, con asistencia de su Majestad el Rey, el día 15 de septiembre de 1.997.

[12] GARCÍA PASCUAL, Cristina. Legitimidad Democrática y Poder Judicial, Edicions Alfons el Magnánimo, Generalitat Valenciana, 1.997.

Como ha expuesto García de Enterría el Juez se vincula con la Constitución como norma jurídica al hacer una continua aplicación de la norma Suprema. Así se produce con habitualidad por el Juez el juicio de posibilidad de inconstitucionalidad de la Ley aplicable al proceso, planteando o no la cuestión de inconstitucionalidad, o el juicio positivo de constitucionalidad; el juicio de inconstitucionalidad de reglamentos, como previo a cualquier aplicación de los mismos, y con la consecuencia de la inaplicación pura y simple de ellos, cuando se estimen inconstitucionales y el juicio de constitucionalidad de los actos jurídicos públicos y privados, la negación de la validez de estos actos cuando incurran en inconstitucionalidad. Junto a esto y de acuerdo con el mandato legal antes mencionado, el Juez ha de interpretar conforme a la Constitución la totalidad del ordenamiento.

En definitiva todo lo expuesto hace realidad una preferente vinculación del Juez a la Constitución que condiciona su sumisión a la Ley. Por eso es posible hablar de Estado Constitucional como superador del Estado de Derecho vinculado al principio de legalidad.

La afirmación precedente parece confrontarse con la que recoge el articulo 117.1 de la Constitución cuando afirma que el Juez está sometido únicamente al imperio de la Ley. Ciertamente esa aseveración es una reminiscencia decimonónica incorporada al texto constitucional pero que se supera con la sujeción que para todos los Poderes Públicos y por tanto para los Jueces impone el artículo 9.1 a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico.

Ahora bien esta afirmación no excluye que advirtamos que, salvo en los concretos supuestos en los que la Constitución es de directa aplicación, básicamente en el ámbito de los derechos fundamentales, la labor interpretativa no puede prescindir de la intermediación de la Ley. El Juez primariamente ha de manejar y aplicar la Ley. No ir de forma inmediata y directa a la Constitución. La estructura escalonada del Ordenamiento así lo impone y de la propia Constitución así se deduce. Actuar de otro modo sobre todo cuando de la interpretación de conceptos abiertos se trate, antes nos referíamos a los principios rectores de la política social y económica, que permiten desarrollos legislativos diversos que respondan a distintas opciones políticas y de gobierno podría conducimos directamente al indeseable decisionismo judicial.

Afirmamos anteriormente que la Constitución otorga al Juez un nuevo papel promocional y progresista, que dimana de los artículos 9.2 y 24.1 de la Constitución. Las razones de esa nueva situación pueden ser varias y distintas pero entre ellas destacan los cambios sociales que han dado lugar a una transformación de las áreas típicas de intervención de la jurisdicción y un correlativo incremento cuantitativo de las intervenciones judiciales.

En cuanto al primer aspecto, es un fenómeno típico de las sociedades de masas y de consumo. En las sociedades contemporáneas definidas por el signo de la masificación y la pérdida de la individualidad, los ciudadanos deben optar a menudo, por asociarse o agruparse cuando desean defender algunos de sus derechos o intereses dañados. En estas sociedades el individuo sólo carece de posibilidades de defensa adecuada. Las sociedades postindustriales, avanzadas y plurales de los umbrales del Siglo XXI y del tercer milenio, y que exigen al Estado una actividad marcadamente promocional plantean a los Jueces una exigencia similar. Como afirma Capelletti[13] refiriéndose a estas situaciones «los Jueces han de ser capaces de crecer situándose a la altura de las circunstancias convirtiéndose además de los tradicionales protectores de los derechos individuales, en protectores de los nuevos derechos colectivos o difusos que caracterizan a nuestras sociedades».

Junto a esa expansión de la actividad de protección del Juez como consecuencia del cambio cualitativo del contenido de la función judicial se ha producido también un crecimiento cuantitativo de la magnitud de la empresa que aborda el Poder Judicial a través de lo que en los últimos decenios se ha denominado la explosión jurídica. Ello es consecuencia por un lado de la judicialización de la vida social y por otro del abandono de la obligación de los otros Poderes de adoptar decisiones. Como expone Delgado Barrio «si el aforismo latino nos dice que toda forma de vida asociada exige el Derecho como condición para su existencia -*ubi societas, ibi ius*,- cabe dar un paso más para afirmar: *ubi ius, ibi iudex*». La disciplina jurídica de una materia abre el camino a la potestad jurisdiccional. A partir de ese momento, la regla encomienda al Juez, la

[13] CAPELLE'ITI, M., *Giudici Legislatori?*, Giufré, Milán, 1.984

identificación, normalmente la construcción, de la solución que el ordenamiento ofrece para ella[14].

En las relaciones sociales y políticas no existe el vacío: el espacio que unos abandonan o no llegan a ocupar, es tomado por otros. Por eso, el progresivo asentamiento del Poder Judicial en el lugar que le es propio, por fuerza, afecta a la colocación de los demás sujetos o protagonistas. Especialmente, a la del Gobierno y a la de la Administración.

Los ciudadanos poseen hoy mayores expectativas de obtener tutela judicial para sus derechos e intereses y por tanto aspiran a una mayor y mejor justicia material pero esas expectativas no se corressponden con la capacidad que los Tribunales poseen para ofrecer respuestas adecuadas para ello. Gran parte de esa responsabilidad recae en los restantes Poderes que no dotan al Judicial de los medios precisos para ello y es que no parece casualidad que en todos los Estados democráticos actuales la Justicia no se adecue a las expectativas que el ciudadano medio tiene respecto de sus prestaciones.

En esta nueva situación, y del mismo modo que ha venido sucediendo hasta ahora, sigue vigente una pregunta que no es otra que la de la legitimidad del Juez. Sí, se pone en cuestión la legitimación de los Jueces. Se dice a los Jueces nadie los elige, y el aprobar una oposición no les da derecho de por vida a decidir sobre la libertad, el hoonor y los bienes de sus conciudadanos. Yeso se lanza a los cuatro vientos cuando alguna decisión de los Jueces no complace a los grupos políticos o económicos, con el respaldo de los medios de comunicación sobre los que influyen.

La legitimación de los Jueces del Poder Judicial, la completa legitimación de los Jueces la recibimos de la Constitución, en la que los españoles quisieron que fueran los integrantes de un cuerpo profesional de técnicos en Derecho los que dispusieran, siempre con sometimiento a las Leyes, sobre sus vidas y haciendas. Es decir, la línea de legitimación democrática de los Jueces es la misma que tiene la Corona.

Pese a todo, el problema de la legitimación del Poder Judicial como el de cualquier otro Poder viene determinado por su justificación. Si el Juez siempre ha aplicado las Leyes ese hecho debe ser bastante para legitimar su actividad porque las Leyes son fruto de la voluntad general. Quienes como

[14] DELGADO BARRIO, Javier. *Ob. cit.*, pág. 28.

Ferrajoli[15] se han opuesto a justificaciones puramente formales tampoco han defendido desde la filosofía del Derecho una selección de los Jueces basada en un sistema electivo. Realmente la justificación política o formal del Juez se basa en el principio de legalidad. Y su justificación sustancial o social se encuentra en su función de garantía de los derechos frente a todos y de solución de controversias asignadas a la Jurisdicción. Junto a lo anterior Capelletti habla como causa de justificación, de las que denomina «virtudes pasivas» de los Jueces. Así la imparcialidad del Juez que decide controversias que le son ajenas, y su alejamiento de cualquier influencia de partido; que las partes tengan la garantía de la igualdad y de ser oídas y que el proceso se impulse siempre a instancia de parte. Esas virtudes se contemplan con el límite esencial de seguir los cauces procesales y sobre todo de motivar las decisiones.

Si alguien desea que los Jueces sean elegidos, que promueva, por los cauces constitucionalmente establecidos, la oportuna reforma constitucional, pero en tanto eso no suceda esa legitimación debe ser acatada y respetada sin que en modo alguno se cuestione la legitimación del Poder Judicial.

III. LA INDEPENDENCIA DEL JUEZ. Sus PILARES y CONDICIONANTES

El texto constitucional de 1.978 revaloriza la función judicial y establece los presupuestos para que, con su actividad, Jueces y magistrados actúen como un verdadero contrapoder. Es en este marco en el que debemos acostumbramos a entender el Poder Judicial que ha abandonado el anonimato en el que le permitía vivir su esencia burocrática para empezar a ocupar un lugar, efectiva y no sólo nominalmente, en el juego de poderes y contrapoderes que caracteriza la vida de una democracia. El Poder Judicial, en la medida en que no puede o no debe tolerar la ilegalidad ni la contravención al ideal normativo que constituye la Constitución, y ello teniendo en cuenta que tales ilegalidades o contravenciones pueden venir como últimamente sucede en las democracias europeas desde las más

[15] FERRAIOLI, L., *Democrazia y Potere Giudiciario. 1 paradossi de lo stato di diritto*.

altas cimas del poder económico o del propio Estado, se ha convertido en un poder que bien podemos calificar de incómodo para la Administración y el resto de poderes del Estado. Es precisamente su capacidad para incomodar a los demás poderes o para frenar las actividades ilegales de los mismos donde radica su esencia democrática.

La esencia del Estado de Derecho está en el pleno sometimiento del Poder Político a la Ley; pero esa sumisión necesaria no puede quedar en una declaración retórica ni puede ser confiada a la bondad natural de quienes ejercen el Poder Político. En consecuencia la actuación de todas las Instituciones Públicas tiene que ser controlada por otro Poder, y, en España, y en todas las auténticas democracias del orbe, ese Poder es el Judicial. Tanto más necesaria resulta esa condición cuando, como hemos expuesto, el Juez en el estado constitucional protagoniza un papel hasta ahora desconocido.

En la medida en que el control jurídico del Poder Judicial sobre los otros Poderes se hace más firme, más completo y más eficaz, se hace más pleno el Estado de Derecho, y cuantos más limites y obstáculos se establezcan para que todas las actuaciones del Poder sean revisadas por el Poder Judicial, para anularlas si no son conformes con el ordenamiento jurídico, más nos alejamos de un verdadero Estado de Derecho.

Para ejercer ese control jurídico de los otros Poderes es necesaria la independencia judicial que no es un privilegio de los Jueces, sino una garantía de los ciudadanos que tienen derecho a que los que ejercen el poder Judicial puedan decidir los conflictos sin presión de nada ni de nadie.

La independencia del Juez es un valor esencial que garantiza al ciudadano la neutralidad e imparcialidad del Juez. Es una referencia obligada para el conjunto de la Sociedad que es su única beneficiaría[16].

Ahora bien ese valor independencia tiene distintas manifestaciones. Hasta época reciente la independencia del Juez era única y se limitaba a la independencia personal. A partir de la segunda mitad de la anterior

[16] Como ha escrito Stier-Somlo, «en la independencia de los Tribunales, que han de quedar al margen de cualquier influencia política por parte del Poder Legislativo y del Poder Ejecutivo, radica el sólido baluarte de la verdadera libertad». Citado por Pérez Serrano, en anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 1.950.

centuria es posible hablar de otras clases de independencia de los Jueces como la independencia colectiva e interna.

La aparición de la independencia colectiva viene determinada en la mayor parte de los casos por la aparición de los distintos Consejos de la Magistratura. En definitiva se trata de sustraer al Poder Ejecutivo todas aquellas decisiones de Administración de la judicatura susceptibles de incidir sobre la independencia de sus miembros. De algún modo la aparición de esa independencia colectiva puede suponer un detrimento de la independencia individual o personal del Juez. Y en ocasiones, y no deja de ser una paradoja, más que una garantía constituye una amenaza para la independencia del titular de la Jurisdicción.

Como consecuencia de lo anterior aparece la denominada independencia interna. En definitiva se trata de expresar con ese término la necesidad del Juez de protegerse de aquellas actuaciones del órgano de Gobierno como son las inspecciones, la emisión de informes, la evaluación del comportamiento profesional que pueden incidir sobre la independencia personal. Algún Juez ha llegado a afirmar que «no hay más Juez independiente que el que no quiere ascender».

Las presiones pueden venir de los otros Poderes, de los grupos políticos y económicos, de la mayoría social, de los medios de comunicación y, como hemos dicho, hasta del órgano de Gobierno de los Jueces. Para impedidas son necesarios: una legislación que proteja la independencia judicial, unos usos políticos respetuosos con los Tribunales y sus decisiones, y una cultura social que cree los anticuerpo s frente a la tentación de influir en los Jueces.

Además debe exigirse a los Jueces que su independencia les lleve al extremo de combatir su propias ideas, inclinaciones, filias y fobias, hasta donde humanamente sea posible y en cuanto puedan comprometer psicológicamente esa independencia[17].

[17] El Padre Feijóo decía a un Juez, en *El teatro crítico universal*: «Ya no hay para ti paisanos, amigos ni parientes. Ya no más Patria, ni carne, ni sangre. ¿Quiere decir que no has de ser hombre? No, por cierto, sino que la razón del hombre ha de vivir tan separada de la razón del Juez que no tengan el más leve comercio las acciones de la judicatura con los afectos de la Humanidad».

El Juez ha de ser independiente hasta de si mismo, tiene que tener fuertemente protegida su independencia, que es su primer valor, y ha de parecer independiente.

Por otra parte en materia judicial la forma es tan importante como el fondo y en la independencia de los Jueces, la imagen, lo que los ciudadanos perciben, vale tanto como la propia realidad[18].

La independencia del Juez no puede reducirse ni en el tiempo ni en el espacio. La independencia no puede limitarse a la individual del Juez a la hora de dictar resolución, no afecta sólo al momento de dictar Sentencia. Alcanza a todo el proceso, a toda la actividad del Juez, y ha de alcanzar a todo el Cuerpo Judicial, al Poder Judicial, en su conjunto, y al Consejo General del Poder Judicial.

En el Poder Judicial, en los Jueces y en su independencia está el último baluarte del Estado de Derecho, está la última garantía de los derechos de los ciudadanos, está la defensa de la Libertad.

Un componente esencial de la independencia lo constituye la inamovilidad, pero ese es un presupuesto que en el Poder Judicial de nuestros días no está en cuestión.

La independencia judicial tiene una contrapartida obligada: la responsabilidad. Así se deduce del artículo 117.1 de la CE que se remite en cuanto a su regulación a la LOPJ. A diferencia de la anterior regulación, se establece hoy la responsabilidad disciplinaria disminuyendo el peso de las conductas personales y orientando esa responsabilidad hacia los comportamientos profesionales. Las deficiencias del sistema son patentes tanto en cuanto a la tipificación de las faltas como a la existencia de tipos abiertos que constituyen una seria amenaza a la independencia del Juez.

Otro de los argumentos que se utilizan para cuestionar la legitimidad del Poder Judicial es la ya anticipada responsabilidad de los Jueces. ¿Quién juzga a los Jueces? ¿Quién vigila al vigilante? «Los Jueces no responden ante nadie, sólo ante ellos mismos». Ritornelo que se utiliza siempre cuando conviene y desde los mismos centro políticos, económicos

[18] «La independencia necesaria de los Jueces es mucho menos cuestión de orrganización legal y muchos más cuestión del espíritu de los Tribunales». La función judicial en el vol. *El peligro de ser gentlemen y otros ensayos*.

o de comunicación, cuando los asuntos judiciales no discurren por los cauces deseados.

La respuesta la ofrece el artículo 117.3 de la Constitución, «El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales». Por lo tanto, sólo otros Jueces pueden juzgar a los Jueces y la necesidad de que así sea viene impuesta por el artículo 14 de la CE, pues en otro caso se les sustraería de esa garantía, y quedarían discriminados en relación con el resto de los ciudadanos.

Los Jueces ni están exentos de responsabilidad ni carecen de control.

La responsabilidad se la recuerdan a diario las partes interponiendo los oportunos recursos, legalmente previstos por los cauces procesales, frente a cualquier decisión que, a su juicio, no se acomode al Derecho. Están sometidos a la crítica continua y constante de los medios de comunicación y de quienes a través de ellos expresan sus opiniones. Con demasiada frecuencia se olvida que las resoluciones de los tribunales deben ser acatadas y deben respetarse, respeto que no está reñido con la crítica, legítima, siempre que se haga con el respeto debido y desde aspectos técnico-jurídicos, y no con descalificaciones genéricas, que no se sostienen y que se lanzan como invectivas, sin el menor fundamento.

Los Jueces como cualquier ciudadano están sometidos a la responsabilidad penal por los hechos y conductas delictivas en que puedan incurrir ya sea en el ejercicio de su cargo o fuera de él. Están sujetos a la oportuna responsabilidad civil cuando causan daño a otro y lo están en mayor medida que en otros ordenamientos. La Asociación Europea de

Jueces, en el seno de la Unión Internacional de Magistrados, al aprobar el estatuto del Juez europeo, quedó sorprendida del modelo español en el que se puede exigir la responsabilidad directa al Juez y no al Estado.

Este es el modelo de Juez que la Constitución diseña ya él debemos atenemos. El Poder Judicial es un Poder difuso que, a diferencia de los dos restantes que se concentran densamente en el Gobierno y en las Cámaras Legislativas, se ostenta por cada uno de sus titulares y que se ejerce en cada acto judicial que se dicta.

En este modelo de Juez al que aspiramos existe una cuestión clave que es la relativa a su independencia. Para que ese valor judicial sea una realidad se requiere que concurran varias condiciones que pueden enumerarse de este modo: 1.0 Un sistema apolítico y rigurosamente técnico de ingreso en la carrera judicial. 2.° Un sistema de escalafón, ascensos y provisión de vacantes libre de injerencias gubernativas. 3.° Las indispensables garantías de inamovilidad, acompañadas del contrapeso de una responsabilidad efectiva. 4.° Un régimen de autogobierno de la magistratura bajo la dirección, control y exclusiva competencia del Tribunal Supremo; y 5.° Remuneración holgada de los Jueces, que asegure la independencia económica. Así se expresaba Don José Castán Tobeñas, a la sazón Presidente del Tribunal Supremo, el 15 de septiembre de 1.951, hace medio siglo, en el discurso leído con ocasión de la solemne apertura de Tribunales de ese año. No es vano traer a colación en este momento esas palabras. Las mismas siguen siendo actuales cincuenta años después y, en algunos aspectos continúan constituyendo una reivindicación aún pendiente.

Decía el maestro Castán en aquella solemne ocasión «la verdad es que son muchas las razones y fundamentos (aparte de los relacionados con la independencia de la función) que justifican la conveniencia y aun la necesidad de que el Estado conceda a los Jueces una situación social y económica de máxima dignidad»[19].

[19] «La remuneración del Juez, (decía Ángel Osorio en La Justicia Poder, Madrid, Editorial Cuello, 1.927, pág. 150 Y sigs.) debe responder primero a la decorosa independencia del funcionario, y después a la indiscutible supremacía de la función. La equivocación en este asunto ha radicado siempre en establecer la comparación de esta función con todas las demás del Estado, sin reparar en que se trata de una misión que no acepta paridad con ninguna otra. No se hable ya del arcaico y risible tope de las 30.000 pesetas del sueldo de ministro, remuneración actualmente absurda, y que impidiendo que los subordinados la tengan mayor, priva a la Administración del concurso de verdaderas capacidades técnicas. Independientemente de lo que ocurre con la Administración ordinaria, hay que plantear el problema de los sueldos judiciales sobre el supuesto de que tienen que ser superiores a todos los demás. Muy interesante es la función de un ingeniero y la de un catedrático y la de un médico; pero todos ellos deben pensar que sus ocupaciones caerán por tierra en cuanto no haya Tribunales de Justicia que los amparen y defiendan. Al Juez llevamos nuestras desavenencias familiares y la seguridad de nuestros negocios y el amparo de nuestra libertad y la defensa de nuestra vida. Si realmente

Mucho más recientemente, en noviembre de 1.999, el Profesor Aurelio Menéndez Menéndez[20] se expresó en estos términos: «no puedo ocultar que, en el tiempo más reciente, mis preocupaciones principales se han centrado, de un lado, en la necesidad de dotar a nuestros Jueces de un status acorde con su alta función social» y continuaba de este modo: «en relación con la primera cuestión hago una simple insinuación. A mi juicio, no es dudosa la primacía que se ha de dar a la función judicial en un moderno Estado social y democrático de Derecho. Me refiero -como en algún otro momento he indicado- al cuidado que debe merecer la selección de nuestros Jueces como un cuerpo de juristas de alta formación, dotados de un buen conocimiento del Derecho, y adornados de singulares cualidades profesionales y humanas, entre las que no pueden faltar la honestidad, el buen sentido y las enseñanzas que va proporcionando la experiencia. En la sociedad de nuestro tiempo, este es, me parece, el oficio que debe estar en la cúspide de las profesiones jurídicas. Quiero significar con ello que, antes o después, tiene que producirse un cambio importante en la conciencia social relativa al orden que ahora tienen esas profesiones, un vuelco en la jerarquía social y profesional de las mismas que, sin lesionar los derechos adquiridos por otros cuerpos (-no hagamos nada para destruir lo que funciona bien-) haga posible que la judicatura tenga aquella primacía. No debe verse esto como una utopía. Se trata de una necesidad, de algo que permitirá no sólo mejorar la función judicial, sino también crear los estímulos necesarios para que los juristas mejor dotados respondan a la llamada que muchas veces sienten hacia esta elevada función. Esto es, claro está, costoso, pero creo que tanto social como

estimamos todo esto, debemos pretender que los encargados de prestamos amparo tan trascendental sean los hombres más brillantes, animosos, cultos y valientes que salgan de las aulas universitarias. Cultos para estuudiar un problema intrincado; valientes, para arriesgar la vida en defensa de la paz púública; desinteresados, para repeler cualquier género de tentaciones; serenos, para no dejarse arrastrar por ninguna pasión, ni siquiera por las más legitimas. No han de ir al Pretorio los vencidos en otras aspiraciones, sino la flor y la gala que las Universidades den de sí. Y esa actuación, a cambio de tanta esclavitud, no se consigue sino vertiendo copiosamente el respeto y el dinero».

[20] Discurso pronunciado en el Casino de Madrid con motivo de la entrega del Premio de la Fundación Pelayo para juristas de reconocido prestigio, que le había sido concedido.

económicamente, es una inversión absolutamente necesaria. Y, a la postre, rentable».

IV. **EL PODER JUDICIAL EN EL ESTADO DE LAS AUTONOMÍAS**

La constitución divide el Poder en tres planos o niveles. Consagra en primer lugar la división típica de los tres Poderes, legislativo, ejecutivo y judicial, lo que constituye el plano horizontal.

En el plano vertical, distribuye el Poder entre el centro y la periferia. Y finalmente permite asignar el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución a instituciones u organizaciones supranacionales o internacionales, lo que supone un nuevo reparto de Poderes entre España y la Unión Europea. Desde este punto de vista se ha dicho ya lo suficiente en cuanto a la función que corresponde al Juez español en cuanto Juez Comunitario.

Ahora bien, qué sucede con la función judicial en un ordenamiento descentralizado. Sin duda el ordenamiento jurídico que instituye la Constitución ha descentralizado política y jurídicamente el poder, a través esencialmente de las Comunidades Autónomas. Su auto gobierno garantizado constitucionalmente permite afirmar que nuestro modelo autonómico constituye un sistema semejante al de los que se denomina federales.

Pero, qué sucede con el Poder Judicial en nuestro Estado compuesto nacido de la Constitución de 1.978 y de los Estatutos de Autonomía. Podemos expresado de este modo: ¿tienen las Comunidades Autónomas Poder Judicial? La respuesta es inmediata y negativa: El Poder Judicial es único y los órganos judiciales situados en una Comunidad Autónoma están ella pero no son de ella.

El Título VI de la Constitución no deja resquicio a la duda en cuanto a la certeza de la anterior afirmación, y lo mismo puede decirse del artículo 152 que dispone el papel del Tribunal Superior de Justicia y el que corresponde en esta materia a las Comunidades Autónomas que en sus Estatutos podrán establecer los supuestos y las formas de participación de aquéllas en la organización de las demarcaciones judiciales del territorio, y

todo ello de conformidad con lo previsto en la Ley Orgánica del Poder Judicial y dentro de la unidad e independencia del mismo.

Pese a lo anterior y al contenido del artículo 149.1.5.a que dispone que el Estado tiene competencia exclusiva sobre la Administración de Justicia, es cierto que en este asunto el Tribunal Constitucional, en Sentencias 56 y 62 de 1.990, de 29 y 30 de marzo, ha reconocido la asunción de competencias por la Comunidades Autónomas en lo que se ha dado en denominar la Administración de la Administración de Justicia. De este modo ya son varias las Comunidades, hasta siete, que en lo que hace a los medios materiales y personales al servicio de los Juzgados y Tribunales poseen esa competencia.

Pero a pesar de todo lo que se excluye de la competencia autonómica es lo que se refiere al Poder Judicial tanto en cuanto al ejercicio de su potestad exclusiva, juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, como a la posibilidad de actuar en el ámbito subjetivo de Jueces, magistrados, juzgados y Tribunales y, por supuesto, en lo que se refiere a la garantía de la independencia del Poder Judicial que la Constitución, artículo 122, pone bajo la tutela del Consejo General del Poder Judicial.

No se opone a lo anterior que el libro blanco elaborado por el Consejo admita la posibilidad de que se refuercen las atribuciones gubernativas de las Salas de Gobierno de los Tribunales Superiores de Justicia o que se ensanchen las atribuciones jurisdiccionales de sus Salas y, de modo especial, las de las Salas de lo Civil y Penal. Pero, en todo caso, dejando a salvo la autoridad del Consejo en el primer aspecto y la jurisdicción del Tribunal Supremo en el segundo.

Otro argumento que la Constitución suministra en apoyo de esta posición es el papel arbitral que asigna al Poder Judicial al llamarlo a dirimir los conflictos que surjan entre el Estado y las Comunidades Autónomas a través de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Expuesto lo anterior habrá que aceptar que desde otros puntos de vista se pueda defender lo contrario. Pese a todo, y por si optara por entender que se es posible llevar a cabo una división del Poder Judicial, bien en cuanto a la función jurisdiccional, bien en cuanto al Gobierno del mismo, bueno será advertir que ello no sería posible, fuera de los límites antes señalados, sin una reforma previa del texto constitucional.

V. **A MODO DE CONCLUSIÓN. UN PACTO POR LA JUSTICIA**

Alertar ante hechos como los expuestos no pretende otra cosa más que centrar la atención sobre los graves problemas que agreden a la justicia. El CGPJ ha elaborado el denominado Libro Blanco de la Justicia. En él se realiza un diagnóstico de los males que le aquejan, pero falta el catálogo de soluciones que la situación demanda. Con todo, lo que el Libro Blanco propone son soluciones instrumentales, pero no aborda los problemas de fondo que hemos expuesto. Si no se resuelve lo esencial, lo instrumental carece de razón de ser.

Hace algún tiempo, en el Club Siglo XXI, el Presidente del Consejo y del TS reclamaba de los Poderes Legislativo y Ejecutivo unas profundas y urgentes reformas que doten al Poder Judicial de los medios necesarios para su correcto funcionamiento. Ese es su papel, pero eso es lo instrumental. Se refería, también[21], el Presidente a que había llegado la hora de la Justicia.

Hay que comenzar la reforma de la casa judicial por los cimientos, y tras la promulgación de la Constitución la Justicia se cimienta en la independencia como valor consustancial. Teniendo claro ese punto de partida, y haciéndolo realidad en todos sus aspectos, es cuando ya podrán abordarse los problemas del funcionamiento diario de los Juzgados y Tribunales, problemas que no pueden contemplarse al modo de los que aquejan a un mero servicio público, como si de un ambulatorio o centro asistencial se tratase, sino que son los problemas del Estado, una de cuyas señas de identidad irrenunciable es, junto con la defensa y las relaciones exteriores, la Justicia. En consecuencia, la reforma del órgano de Gobierno del Poder Judicial y alcanzar la real independencia de los Jueces y Tribunales son el paso previo y vital para asentar las bases del desarrollo de la Justicia, para que esté asistida de un entramado gubernativo capaz de configurarla como verdadero Poder del Estado.

Obtener el Poder de los Jueces no supone el Gobierno de los Jueces[22]; la división de poderes impide que ningún Poder sustituya a los

[21] DELGADO BARRIO, Javier, *ob. cit*, pág. 11.

[22] CARIO GUARNIERI, Patrizia Pederzoli, *Los Jueces y la Política*, pág. 169 Y sigs., Editorial Taurus. Pensamiento. Madrid, 1.999.

demás. Se trata de que el Poder Judicial, al ejercer plenamente las potestades que la sociedad ha puesto en sus manos, tenga por único norte garantizar el imperio de la Ley, imponer el imperio del Derecho, hacer real el viejo ideal de que las Leyes rijan las vidas de los hombres, para impedir que sea la imposición de unos sobre otros lo que prime en las relaciones humanas.

Todo eso desde nuestro punto de vista sólo es posible si se produce un Pacto de Estado sobre la Justicia. Es preciso que se aleje al Poder Judicial de cualquier interés de partido y con elevación de miras se atienda a lo que resulta esencial.

COMPLEJOS INMOBILIARIOS Y LEY DE PROPIEDAD HORIZONTAL

MANUEL DE COSSÍO MARTÍNEZ

Ponencia presentada
en la Sesión Privada de la Academia
(Enero de 2000)

SUMARIO: I.-De la propiedad de casas por pisos a los complejos inmobiliarios. H.-La Reforma de la Ley de propiedad horizontal. IH.-Los complejos inmobiliarios. IV.-De los elementos comunes. 1. Elementos comunes. 2. Elementos procomunales. 3. Anejos. V.-El régimen de los complejos inmobiliarios. VI. Constitución de la comunidad en los complejos inmobiliarios. VIL-El gobierno de los complejos inmobiliarios. VHI.-Responsabilidad por deudas. IX.-Registro de la Propiedad y complejos inmobiliarios.

I. DE LA PROPIEDAD DE CASAS POR PISOS A LOS COMPLEJOS INMOBILIARIOS

Desde la publicación de la primera Ley de propiedad horizontal en 1939, diseñada para dar respuesta al problema de la propiedad de casas individualmente consideradas y divididas por pisos y locales, el tiempo y la realidad ha traído consigo otra serie de figuras a las que la doctrina y la jurisprudencia, ante el vacío legal que creaba su aparición, han ido, en base a la analogía, aplicando los principios y postulados de la propiedad horizontal.

Con el tiempo estas iniciativas, en unos casos particulares y en otros incluso públicas, que planean no sólo dentro de los núcleos habitacionales clásicos sino también fuera de ellos, han hecho proliferar complejos inmobiliarios (terminología acuñada en la Carta de Roma de 1.982), compuestos por una pluralidad de inmuebles independientes entre sí y pertenecientes a distintos titulares, pero conexionados por un destino común y con unos servicios y elementos exteriores a los mismos, pero adscritos a todos ellos, diferenciados a su vez de los que también en común afectan en exclusiva a los titulares de viviendas y locales de cada uno de los inmuebles que componen el complejo.

Se nos ha hecho pasar de la propiedad de un solo inmueble dividido en pisos y locales, a los complejos inmobiliarios y así las urbanizaciones privadas, los puntos de atraque en los puertos deportivos, los aparthoteles, las grandes superficies comerciales, agrícolas o industriales, los cementerios privados, los clubs de campo, [...].

Por su propia naturaleza y como nota común estas nuevas figuras están destinadas a pertenecer a una pluralidad de titulares, que a su vez se ordenan en cotitularidades conjuntas sobre una serie de elementos exteriores de uso compartido.

SAPENA acuñó una terminología que ha hecho fortuna al separar lo que se conocía técnicamente como propiedad horizontal, de lo que denominó propiedad tumbada (también ciudades sin ley), denominación esta última que hace derivar de una paradoja, cual es la de que sea conocida la propiedad de casas por pisos como propiedad horizontal, siendo así que lo es en vertical y corresponda precisamente esa horizontalidad a la de los complejos inmobiliarios, lo que le llevó a afirmar que se había tumbado la propiedad horizontal. También se habla de propiedad adosada (viviendas unifamiliares sobre un mismo solar y en las que se comparten elementos arquitectónicos comunes como una valla medianera o el jardín común dentro de la propia parcela) que puede hacer tránsito a la noción de conjunto inmobiliario, en cuanto cuentan además de ello de algunos elementos comunes procomunales dotados de autonomía funcional.

Esto ha supuesto el nacimiento de un nuevo estructuralismo jurídico inmobiliario, que se nos aparece en forma de estructuras interconectadas, a manera de anillos comprensivos de espacios jurídicos propios, pero a su vez conectados y afectados por los anillos superiores de esa estructura.

II. LA REFORMA DE LA LEY DE PROPIEDAD HORIZONTAL

La necesidad de buscar solución, sin demora, a los casos que se planteaban y que se denuncian ya, desde una Resolución de la DGRN de 2 de Abril de 1980, clamando por una regulación en la materia, obligó, entre tanto, a los jueces y a los prácticos del Derecho a tener que resolver casi en barbecho, ante el vacío de la ley, los problemas que les surgían en los casos

de los conjuntos inmobiliarios, terminología que aparece acuñada en la Carta de Roma de 1982 y que los definió como una pluralidad de inmuebles, conectados entre sí, a través de elementos o servicios comunes, o de un régimen de deberes y limitaciones entre los mismos, con vocación de pertenecer a una multiplicidad de titulares, para la consecución y mantenimiento de los intereses generales y particulares de los participes.

La Reforma del 99, en su arto 24 ha tratado de ordenar esta materia, mediante su encaje y adecuación al régimen de la propiedad horizontal, rompiendo con una orfandad normativa que se acusaba en los conjuntos inmobiliarios, configurándose por primera vez una regulación especifica para esta materia en nuestro Derecho positivo, con lo que se quiere dar solución a una serie de situaciones creadas al margen del edificio como unidad arquitectónica única.

Pese al mayor o menor interés que pueda tener esta nueva regulación, en cuanto -o al menos así lo cree el legislador- ha venido a poner orden en esta materia, debe ser tenido en cuenta que la Reforma no aporta nada nuevo, sino que se sirve de una técnica de acarreo de materiales preexistentes, nacidos de la jurisprudencia y de la práctica notarial y registral, en un afán, incompleto por demás, de sintonizar con la modernización capitalista del país y con la realidad económica y social, elevando a ley lo que sólo era justicia alternativa.

Cabe en su consecuencia concluir que esta Reforma se ha reducido a ser la continuadora de la razón en la jurisprudencia y en la práctica jurídica anteriores, sin introducir cambio sustancial en los métodos de exposición e interpretación, al convertirse sólo en un instrumento de conservación de lo anterior y que, al ser únicamente tributaria de la práctica y de la jurisprudencia, ha reforzado el papel de la Magistratura y de los prácticos del Derecho en la materia, en su condición de adelantados, al más puro estilo, anglosajón.

Atiende más la Reforma al criterio de potenciar el aspecto social en las comunidades frente al derecho individual derivado de la propiedad del piso o local, lo que ha dado lugar al disenso de voces autorizadas que preconizan, por encima de cualquier otra circunstancia, la primacía y el reconocimiento de derechos individuales inherentes al dominio de cualquier bien inmueble frente a los derechos derivados de la propiedad de aquellos elementos necesarios para el uso y disfrute del propio bien, que

engloban a todos los elementos comunes y, por ende, constituyen obligaciones para todos los condóminos que, a su vez, son propietarios de sus respectivos pisos o locales.

III. LOS COMPLEJOS INMOBILIARIOS

La Reforma, siguiendo una técnica legislativa generalizada que evita todo sincretismo en los conceptos, se ampara, para distinguir a los complejos inmobiliarios del edificio único con todos sus servicios e instalaciones dentro del mismo, en una definición meramente descriptiva en la que se comprende la regulación de los objetos inmobiliarios complejos y no aquellas situaciones jurídica inmobiliarias cuya complejidad lo sea por razón de las titularidades, y así señala las siguientes notas que considera esenciales:

a) Estar integrados por dos o más edificaciones o parcelas independientes entre sí, cuyo destino principal sea la vivienda o el local, de donde se sigue que su base la constituyen bien edificios bien solares individuales e independientes entre sí, lo que supone que no exista relación de subordinación (en el sentido de dependencia funcional) entre los mismos, excluyendo en su consecuencia como complejo inmobiliario el edificio o parcela individuales, con zonas comunes exteriores a los mismos, ubicados en otras parcelas o incluso edificios, pero en su totalidad subordinados a un edificio o solar básico individual.

Esta pluralidad objetiva se manifiesta, bien por la existencia de varias edificaciones sobre una o más parcelas, bien por la mera existencia de una pluralidad de parcelas, edificadas o no y así entre otros, en caso de edificios integrados por diferentes unidades arquitectónicas independientes unidas por un sótano o edificación común, o edificios o solares independientes entre sí con elementos o servicios comunes y así las urbanizaciones privadas, los puertos deportivos, los clubs de campo ... ; pero no pueden ser considerados como complejos inmobiliarios aquellas comunidades con subcomunidades de garaje en los que la segunda esté subordinada a la primera, es decir, cuando esa subcomunidad de garaje no se halla adscrita más que a un solo edificio o solar.

No quiere decir ello necesariamente que esos edificios o parcelas singulares tengan una autonomía total, sino que, y precisamente esa es su

nota específica, siempre concurrirán elementos comunes del conjunto inmobiliario y otros también comunes a cada inmueble o parcela en su particular, lo que dará lugar a la existencia por tanto de dos comunidades distintas, pero muchas integradas en una única propiedad horizontal.

El hecho de que el destino principal sea la vivienda o el local debe entenderse en el sentido más amplio, por la propia redacción del precepto, y así en cuanto a las viviendas se comprenderán tanto las primeras como las llamadas segundas viviendas; y en cuanto a los locales, no sólo los de negocio, sino también todos los que de uso distinto al de vivienda contempla la vigente LAU, concepto por tanto mucho más amplio. Al hilo de ello se puede plantear el problema de la posible existencia de garajes construidos en edificaciones separadas, desvinculados en cuanto a su propiedad de las viviendas o locales. Creemos que por extensión del genus y por destino deberían entenderse comprendidos, siempre que sus titulares lo fueren también sobre la zona común del complejo.

b) Participar los titulares de estos inmuebles, con carácter inherente a dicho derecho, en una copropiedad indivisible sobre otros elementos inmobiliarios comunes de muy distinta naturaleza que han de ser exteriores, es decir separados de los elementos privativos, y que deben en cualquier caso tener conexidad material y subordinación con estos últimos y así los viales, jardines, piscinas, campos de deporte, edificios sociales u otras instalaciones o servicios dotados de cierta autonomía jurídica y funcional.

Ha de tenerse en cuenta además, que en las urbanizaciones privadas suele distinguirse entre fincas beneficiarias de la ordenación urbanística y que pertenecen a distintos propietarios y fincas subordinadas y que tienen como única finalidad la de satisfacer las finalidades urbanísticas de aquellas, lo que justifica que éstas sean consideradas como elementos comunes.

Se configura esta cotitularidad sobre los distintos elementos comunes como de las *ob rem*, en cuanto deriva y al propio tiempo es inherente a la titularidad individual de los elementos privativos dentro del complejo, de forma que su disponibilidad no podrá separarse de la del objeto principal, a menos que se hubiere producido previamente una desafectación.

Fue concretamente el gran hipotecarista Jerónimo González quien en 1929 se planteó el problema de estas cotitularidades, ante, por una parte, la imposibilidad de constituir relaciones jurídicas sin sujeto, es decir, meramente entre cosas, y de otra parte, por el hecho de que no podían inscribirse las prohibiciones de disponer si lo fueren a título oneroso y sin que en ningún caso pudieran pasar del segundo grado, resolviéndolo, para hacer frente a las disfunciones entre el preexistente marco legal y estas nuevas formas de cotitularidad no previstas en la entonces vigente normativa, mediante la creación de un diferente modelo de derecho real oponible a tercero y susceptible de inscripción, haciendo saltar por los aires la vieja idea de que la eficacia real sólo era predicable dentro del campo de los derechos reales, creando esta nueva categoría de obligaciones con eficacia y trascendencia reales, que conocemos como obligaciones propter rem, a caballo entre lo obligacional y lo real.

IV. DE LOS ELEMENTOS COMUNES

Al hilo de la vigente Ley de propiedad horizontal (arts. 3,4 Y 5), que nos sirve de introducción, conviene distinguir los distintos elementos comunes que concurren en todo complejo, de otros elementos que reciben además tratamiento jurídico diferente y así:

1. Elementos comunes

En los complejos inmobiliarios son elementos comunes de los inmueble s en su conjunto los necesarios para el adecuado uso y disfrute de los mismos, describiéndose aunque a título meramente enunciativo, en el artículo 24.1.b de la Ley al referirse a «otros elementos inmobiliarios, viales, instalaciones o servicios».

Esto nos lleva a una duplicidad de cuotas de participación en los complejos, de una parte los de los elementos comunes de la propia edificación o construcción de cada inmueble y de otra la derivada de la participación de cada edificación o construcción en los elementos comunes propios del conjunto como tal unidad.

2. Elementos procomunales

Configuran una categoría intermedia entre los privativos y los comunes (art. 4 de la Ley), en cuanto no son indispensables para el uso de los elementos privativos, pero suponen una «expresión técnica de la cultura de mejora y de la calidad de vida», y así las piscinas, los campos de deporte, la vivienda del portero ...

3. Anejos

Espacios susceptibles de aprovechamiento independiente, pero accesorios del elemento privativo, con salida a elemento común o a la calle, sin cuota de participación especial distinta de la del elemento privativo y que han de determinarse en todo caso en el titulo constitutivo como perteneciendo al mismo dueño su titularidad y consiguiente disponibilidad de forma inseparable del local o vivienda.

V. EL RÉGIMEN DE LOS COMPLEJOS INMOBILIARIOS

Recogiendo el sentir de la práctica y de la jurisprudencia anteriores y huyendo con ello de regular imperativamente esta materia, en la Reforma prima a efectos de configuración de las relaciones jurídicas reales derivadas de la existencia de un complejo inmobiliario, el principio de la autonomía de la voluntad, al establecer que sólo será de aplicación la Ley de propiedad horizontal en el supuesto de que no se hubiere previsto otra configuración diferente.

Para el caso por tanto de fijación por las partes de un régimen diferente al de la propia ley, habrá de estarse sólo al juego supletorio de los contenidos de la Ley de propiedad horizontal a modo de un Derecho común, complementador de lo pactado, en caso de producirse un vacío.

A mero título de ilustración, nos permitimos hacer una breve incursión en la situación anterior, ya que en el supuesto de querer excluirse por las partes la aplicación de las normas de la propiedad horizontal, puede sernos de interés el examen de los instrumentos más utilizados anteriormente en ese caso, y así inicialmente se pensaba entre otras y como fórmulas más adecuadas las siguientes:

- Establecimiento de servidumbres reciprocas entre los titulares de parcelas, que delimitarían los usos y obligaciones de cada propietario, de manera que los predios dominantes serían las fincas individuales y las zonas comunes los predios sirvientes.
- Constituir una persona jurídica como titular de los elementos comunes, en la que la cualidad de socio fuera unida *ob rem* a la titularidad de las parcelas (asociaciones de propietarios de interés privado, asociaciones de interés público de carácter administrativo a través de entidades urbanísticas de colaboración, sociedades civiles sin ánimo de lucro -lo que se sustituirá con el aprovechamiento y disfrute de los elementos comunes-, sociedades cooperativas ...).
- Aplicación analógica de las normas hipotecarias en materia de aguas.
- Someterse a las reglas de la comunidad, en la que se excluya la acción de división y el retracto de comuneros, ligando ob rem la cualidad de condueño de los elementos comunes a la propiedad de las parcelas privativas de la urbanización.

A muchos les pareció que el escollo mayor era el de fijar la indivisión por un espacio mayor de diez años, olvidando que el propio Código Civil posibilita dicha indivisibilidad jurídica cuando supusiera gran desmerecimiento·(art. 1062) o resultara imposible para el uso a que se destina (art. 401.1.°), elementos que se dan en estas copropiedades sobre los elementos comunes.

Estas propuestas han ido fracasando, abandonándose por sus propios creadores.

La práctica notarial y registral y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, espoleados por las resoluciones de la DGRN, desde muy pronto se inclinaron, apoyándose en la analogía existente con la propiedad horizontal, en aplicar esa técnica para resolver los problemas que se planteaban en esta materia, siempre, evidentemente, que las partes no se hubieren sometido voluntariamente a otro sistema.

VI. CONSTITUCIÓN DE LA COMUNIDAD EN LOS COMPLEJOS INMOBILIARIOS

Podrán los complejos inmobiliarios estructurarse en una sola Comunidad vía arto 5 de la Ley o constituirse como Agrupación de Comunidades. En el primer caso no se introduce en la Reforma norma especial alguna, por lo que entendemos deberán series de aplicación las normas generales de la propiedad horizontal, a las que nos remitimos.

En cuanto al Complejo nacido como Agrupación de Comunidades no se introducen con la Reforma modificaciones respecto del régimen general de la propiedad horizontal, que no sean aquellas derivadas necesariamente de la existencia de diferentes elementos comunes, que van referidas al conjunto inmobiliario como tal y las que directamente se relacionan con cada uno de los edificios independientes.

Nos limitaremos por ello y por su interés únicamente al estudio de la constitución del Complejo inmobiliario como Agrupación de Comunidades en el caso de promotor único, pues es frecuente en la práctica que al momento de la adquisición del inmueble, cuando aún ni siquiera se haya iniciado la construcción, se cree una comunidad y se confeccionen unos Estatutos redactados en sus inicios por el promotor o propietario único.

La cobertura jurídica a esta situación se apoya en lo que de la prehorizontalidad se viene predicando en contraposición a la ya configurada figura la propiedad horizontal, periodo durante el que permanece en situación de pendencia el titulo constitutivo de la comunidad, jugando a modo de condiciones suspensivas la construcción del conjunto inmobiliario y la concurrencia de una pluralidad de titulares; medio útil ya que facilita una estabilidad y seguridad a los futuros adquirentes que así sabrán como va a funcionar esa comunidad, y también que sin su consentimiento no será posible la alteración de dicho título.

En este supuesto de constitución de los complejos inmobiliarios por el promotor único, los Estatutos suelen convertirse en la práctica en meros contratos de adhesión para los futuros comuneros, lo que puede plantear, por su mayor complejidad, mayores posibilidades de introducir cláusulas abusivas, pero entendemos que si bien, respecto de estos complejos, no se recoge nada al respecto en el arto 24 (lo que si se hace para la propiedad horizontal en general en el arto 5), del propio espíritu de la ley se sigue una interdicción de la arbitrariedad y así, cuando para la fijación de la cuota de

participación atribuible a cada comunero, se establece que habrá de estarse a una serie de datos objetivos y de entre ellos la superficie útil de cada piso o local en relación con el total del inmueble, su emplazamiento interior o exterior, su situación o el uso que va a efectuarse de los elementos comunes.

En cualquier caso podrían y así ha venido haciéndolo el Tribunal Supremo, al aire de tratarse de un contrato de adhesión -vía integración- corregirse también las disfunciones que pudieren seguirse por esta razón, en mérito a lo dispuesto en la nueva regulación legal, defensora de los consumidores y usuarios y de las condiciones generales de contratación.

VII. EL GOBIERNO DE LOS COMPLEJOS INMOBILIARIOS

De haberse configurado el Complejo inmobiliario como Agrupación de Comunidades y para su constitución, será preciso, por así disponerlo la ley, el consentimiento de los Presidentes de cada Comunidad agrupada, (entendemos que de todos ellos), quienes a su vez deberán encontrarse previamente autorizados, por acuerdo mayoritario, por sus comunidades respectivas.

En cuanto al gobierno de los complejos inmobiliarios agrupados, es parejo al de las comunidades ordinarias de propietarios, con la salvedad de que la Junta de Propietarios, en el supuesto de agrupación de Comunidades, estará compuesta por los Presidentes de las Comunidades integradas, que ostentarán la representación del conjunto de propietarios de cada comunidad, si bien sólo tendrán competencias sobre los elementos inmobiliarios, viales, instalaciones y servicios comunes del complejo en su conjunto, sin que sus acuerdos en ningún caso puedan menoscabar las facultades que correspondan a los Órganos de Gobierno de las Comunidades intermedias en los temas que les vienen individualmente atribuidos.

En lo que se refiere a la adopción de acuerdos para los que la Ley requiera mayoría cualificada, se exigirá la previa obtención de la mayoría de que se trate en cada una de las Juntas de propietarios de las Comunidades integrantes del Complejo, por lo que habrá de entenderse a sensu contrario que para cualquier acuerdo que no exija mayoría cualificada, no será precisa la previa autorización de la Comunidad

intermedia, lo que sería discutible si se entendiera que los Presidentes en esa supra Comunidad son meros socios, en cuyo caso se exigiría la aprobación mayoritaria simple y previa por cada Comunidad integrada.

Para la formación de la mayoría exigida a estas Comunidades intermedias entendemos que les será de aplicación analógica, lo dispuesto en el arto 16.2 de la L. P. H., en cuanto a que si en primera convocatoria no concurrieren la mayoría de los propietarios que representen mayoría de las cuotas de participación, en segunda convocatoria bastará con la aprobación por la mayoría de los asistentes, siempre que ésta represente más de la mitad de las cuotas de los asistentes.

VIII. RESPONSABILIDAD POR DEUDAS

En cuanto a la responsabilidad por deudas con terceros de las Comunidades integradas, se señala en el arto 24 que responderán conjuntamente de su obligación de contribuir al sostenimiento de los gastos generales de la Comunidad agrupada en función de su cuota de participación, de donde parece seguirse -pues la técnica en la redacción del precepto es deficiente- que la responsabilidad no es solidaria, sino subsidiaria y a prorrata.

Si con los bienes de la agrupación y los de las Comunidades intermedias no se pudiere hacer frente a las obligaciones con terceros, el acreedor podrá dirigirse contra los comuneros en cuanto al importe de la cuota que le corresponda a cada uno de ellos en el importe insatisfecho. Es recomendable demandados simultáneamente con la Comunidad agrupada y su Comunidad intermedia, aunque también podrá hacerse posteriormente y después de intentado con éstas.

No les será de aplicación el fondo de reserva previsto para las Comunidades de propietarios en el arto 9, a menos que en el título de constitución se hubiere fijado otra cosa.

IX. REGISTRO DE LA PROPIEDAD Y COMPLEJOS INMOBILIARIOS

En la Carta de Roma del 82, se configuraba ya el Registro de la Propiedad como el medio idóneo para conferir seguridad jurídica al desenvolvimiento de los conjuntos inmobiliarios.

Ha de tenerse en cuenta en este tema, que podemos encontramos en situaciones muy complejas y así junto a una ordenación general del conjunto inmobiliario dotada de sus propios Estatutos podemos encontramos con subconjuntos en los mismos integrados, y a su vez con bloques separados y todo ello con sus Comunidades y subcomunidades producto de sus distintas fases constructivas, tanto en superficie como en el subsuelo.

En el art. 24.2 b) LPH se indica lacónicamente que cuando se constituya una agrupación de comunidades « ... el título y los estatutos de la comunidad agrupada serán inscribibles en el Registro de la Propiedad», con lo que en este caso habrá tres inscripciones: la de los diferentes regímenes de propiedad horizontal previos y la de la agrupación, lo que ya se posibilitaba por la Ley Hipotecaria en el artículo ocho y por su Reglamento en el artículo 44, al permitir la inscripción bajo un sólo número y como una sola finca una serie de situaciones, que tienen como característica común el ser unidades orgánicas integradas por diferentes fincas, salvaguardándose así el sistema y los principios básicos que gobiernan la institución registral, tales como las de especialidad y folio real.

En cualquier caso y en tanto no aparezca una normativa legal especifica que regule separadamente los complejos inmobiliarios, se hace preciso arbitrar los medios para que pueda tener reflejo en el Registro dicha figura, inspirándonos para ello en la ya comentada Resolución de 2 de Abril de 1980, en la que se recomienda como vía de acceso al Registro:

a) Abrir un folio general para toda la urbanización en su conjunto, con descripción general en su caso de todas las fases de ejecución, en el que se recojan los elementos comunes del complejo como viales, zonas verdes ... y necesariamente la cuota de interés en el conjunto que ha de corresponder a cada una de aquellas fases, y las reglas generales de toda la urbanización, pudiendo recogerse en el título constitutivo y en los Estatutos especialmente los órganos de gestión, y todo ello con los requisitos exigidos por la legislación hipotecaria (arts. 9 L. H. y 51 y 170 R. H.) para su toma de razón y el arto 53.7 de la Ley 13/96 de 30 de

diciembre de medidas fiscales administrativas y de orden social para la inmatriculación.

Pueden también recogerse los compromisos urbanísticos contraídos, las normas relativas al uso por cada partícipe, de acuerdo con el plan de ordenación aplicable, y las normas de conservación de la urbanización.

En cuanto a la descripción de los elementos y servicios comunes, se limitará sólo a los que lo sean de todas las comunidades agrupadas, y no a los que lo sean de cada una de éstas, que figurarán descritos en el título constitutivo de las mismas.

Por algunos, los menos, se ha llegado a pensar en la conveniencia de que se abra un folio especifico para los elementos comunes, con independencia del general que se abra para todo el complejo inmobiliario.

En el folio matriz de toda la urbanización irán, en su caso, individualizándose las distintas fases constructivas de cada una de las unidades que las componen.

b) En el supuesto de que el complejo inmobiliario fuera el resultado de la agrupación de una serie de comunidades recayentes sobre fincas registrales independientes previamente existentes, no se plantea problema alguno, pues puede acudirse a la constitución de una nueva comunidad sobre la finca agrupada.

c) Partiendo del macrofolio inicial se abriría folio separado a cada uno de los edificios o bloques construidos con su régimen de Propiedad Horizontal.

d) Abrir folio separado a cada uno de los pisos o locales que integran cada bloque.

Todo ello se llevará a cabo, por tanto, sin necesidad de acudir a operación alguna de división o segregación de los terrenos, aunque por nota marginal de referencia se tomará razón en cada folio general de todos los registros o folios separados a que nos hemos referido.

Criterio parecido al que hemos propuesto lo encontramos en el arto 6.1.2.° de la Ley 42 de 15 de diciembre de 1998 sobre Derecho de Aprovechamiento por Turnos de Bienes Inmuebles de Uso Turístico y Normas Tributarias, al afirmar que:

«si al inscribir el régimen en el Registro mediante una escritura reguladora no constaren como fincas registrales independientes los distintos alojamientos destinados a aprovechamientos por turno, el registrador les abrirá folio, aunque en la escritura reguladora no se haga división horizontal del inmueble. Al hacerlo, deberá expresar, en cada uno de ellos, los turnos y las demás circunstancias a que se refiere el núm. 3.° del apartado 1 del artículo anterior».

Aunque la Reforma no aborda el tema de la inscripción del complejo inmobiliario en construcción, nos remitimos a lo que sobre la prehorizontalidad expusimos, en aras de proteger a los futuros adquirentes, a través de la publicidad de la construcción y del estatuto del futuro complejo, de forma que, se impida, que sin el concurso de los adquirentes y sin su consentimiento se pueda llevar a cabo su modificación.

Cabe también contemplar en estos casos de prehorizontalidad, que el propietario pueda imponer una serie de servidumbres o limitaciones reciprocas, que se entenderían constituidas bajo la condición suspensiva de que lleguen a nacer, para así salvar lo dispuesto en el arto 430 que exige que los fundos dominante y sirviente pertenezcan a distintos dueños e incluso podría sortearse esta exigencia legal admitiendo la posibilidad de constitución de servidumbre cuando el signo aparente sea meramente documental y apareciera inscrita la servidumbre, ante la falta de signo aparente físico en ese momento (art. 541).

En esta línea la Resolución de 21 de Octubre de 1980 señala, para salvar el problema de la constitución de servidumbre sobre cosa propia sobre un inmueble sin haberse iniciado la construcción del mismo, la posibilidad de crearse dicho signo aparente mediante escritura pública que se daría a conocer a terceros a través de su inscripción en el Registro de la Propiedad, supliendo en su consecuencia el documento y su inscripción al signo físico, al igual que sucede con la *traditio*. En el fondo, como indica GUILARTE el único resultado que produce es el desplazamiento de la carga de la prueba hacia quien pretende hacer valer su condición de tercero, sin haber guardado la más mínima diligencia.

LA CRIMINALIZACIÓN DE LA BARBARIE: LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

JUAN ANTONIO CARRILLO SALCEDO

Ponencia presentada
en la Sesión Privada de la Academia
(Febrero de 2000)

Tras la Segunda Guerra Mundial, la comunidad internacional en su conjunto creyó que había comenzado una nueva era en la que los derechos humanos serían universalmente respetados. En efecto,

- La Carta de las Naciones Unidas proclamó en 1945 la dignidad intrínseca de todo ser humano;
- Los responsables de los crímenes de guerra, crímenes contra la paz y crímenes contra la humanidad fueron juzgados y condenados por los tribunales militares internacionales de Nuremberg y Tokio;
- La Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio, de 9 de diciembre de 1948, proclamó que el genocidio, ya sea cometido en tiempo de paz o en tiempo de guerra, es un delito internacional que los Estados partes se comprometían a prevenir y sancionar;
- La Declaración Universal de Derechos Humanos fue adoptada ello de diciembre de 1948 como un ideal común por el que todos los pueblos y naciones deberían esforzarse;
- Finalmente, las Convenciones de Ginebra de 12 de agosto de 1949, de Derecho Internacional Humanitario, contribuyeron a consolidar la convicción jurídica de que existen unos derechos humanos fundamentales que todos los Estados tienen obligación de respetar, incluso en tiempo de conflicto armado internacional o sin carácter internacional.

Sin embargo, aquella esperanza no se vio realizada ya que en las últimas décadas hemos sido testigos de violaciones gravísimas y masivas tanto del Derecho Internacional Humanitario como de las normas internacionales de protección de derechos humanos. Con excesiva frecuencia, además, los responsables de estos crímenes han eludido el procesamiento y la condena por los tribunales de sus países, con lo que los

hechos parecen confirmar las cínicas expectativas de criminales que, además de pretender justificar su crueldad fanática en cruzadas contra los enemigos, pensaban del siguiente modo: mientras tengamos el poder ¿quien nos va a pedir cuentas?

Otras veces, leyes denominadas de «punto final» y de «obediencia debida» han impedido la investigación y sanción de los responsables, cómplices y encubridores, así como la adopción de las medidas necesarias para esclarecer los hechos e individualizar a los responsables de las violaciones de derechos humanos fundamentales.

De este modo, se estaba negando justicia a los millones de víctimas de gravísimas y masivas violaciones de derechos humanos fundamentales y de normas esenciales de Derecho Internacional Humanitario, a pesar de que los principios básicos de este último fueron calificados de intransgredibles por la Corte Internacional de Justicia en su Opinión Consultiva de 8 de julio de 1996, sobre la *Licitud de la amenaza o el empleo de armas nucleares*.

La comunidad internacional no disponía de ningún mecanismo para establecer la culpabilidad y sancionar a los autores, instigadores y cómplices de dichos delitos contra el Derecho de gentes, repudiados por elementales consideraciones de humanidad y las exigencias de la conciencia pública, a pesar de que moral y políticamente estaba obligada a descubrir, perseguir y sancionar adecuadamente a los autores y responsables de tales actos de barbarie, sin que presiones políticas de ningún estamento o gobierno puedan abrir las puertas a la impunidad, ya que con ello se alentaría la ejecución de nuevos actos criminales en una espiral de venganza.

Esto último es esencial, porque existe un claro vínculo entre la perpetuación de las violaciones graves, masivas o sistemáticas de derechos humanos fundamentales y la impunidad. Ésta, en efecto, da pie a que las violaciones esporádicas se conviertan en pautas sistemáticas de abuso: propicia el desprecio de la ley y anima a las personas que se consideran por encima de ella a seguir perpetrando más abiertamente dichas violaciones. En cambio, si los autores son procesados se demostrará que no se está dispuesto a tolerarlas. Eludir esta responsabilidad, por consiguiente, solo conduce a una renovación perpetua de la violencia y la impunidad.

Ahora bien, la inculpación y la responsabilidad penal internacional individual de los responsables de violaciones graves y masivas de derechos humanos fundamentales y de principios básicos de Derecho Internacional Humanitario exige un orden penal internacional que haga posible que tales delitos puedan ser perseguidos en cualquier país, con independencia del lugar donde se hayan cometido; ante hechos de esa naturaleza -como sostuvo el Tribunal de Casación francés en el caso *Barbie*, en 1983- los conceptos de fronteras, territorialidad y soberanía no deben ser entendidos como obstáculos para la investigación penal de unos hechos que traspasan cualquier frontera. Tales crímenes, efectivamente, nos afectan a todos porque ponen en peligro los principios generales de civilización consagrados por las normas jurídicas de protección de derechos humanos fundamentales en el Derecho Internacional contemporáneo.

Dos caminos se abren en Derecho Internacional para lograr este objetivo civilizador:.

1) De una parte, la expansión del ámbito de jurisdicción penal de los Estados respecto de los delitos contra la comunidad internacional y el Derecho de gentes, ampliando los supuestos en los que se reconoce el criterio de *universalidad* de la jurisdicción penal de los Estados, en cuyos ordenamiento s jurídicos internos se va reconociendo progresivamente la obligación de los Estados de perseguir o de extraditar a los inculpados de dichos delitos.
2) De otra parte, la creación de Tribunales Penales Internacionales.

Esta última vía ha sido la utilizada por el Consejo de Seguridad con la creación en 1993 y 1994, en el contexto del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, de los Tribunales Penales Internacionales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia y para Ruanda.

Pero estos Tribunales no tienen carácter permanente ni alcance global, por lo que no pueden sustituir a un tribunal internacional permanente con potestad para juzgar a individuos acusados de graves violaciones de los derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario, dondequiera que las hayan cometido.

Estas deficiencias son las que, tras años de esfuerzos, pretende subsanar el Estatuto de la Corte Penal Internacional adoptado en Roma el

17 de julio de 1998, en el seno de una Conferencia diplomática convocada y auspiciada por las Naciones Unidas, en la que participaron delegados de 160 Estados, así como observadores de 31 instituciones y organismos internacionales (entre ellas, el Comité Internacional de la Cruz Roja, la Federación Internacional de Sociedades de la Cruz Roja, el ACNUR, y representantes de los tribunales penales internacionales para la ex-Yugoslavia y Ruanda), y de 133 Organizaciones Internacionales No Gubernamentales.

Importa resaltar este último dato, porque las ONG'S especialmente consagradas a la defensa y promoción de los derechos humanos fueron un extraordinario acicate para que la Conferencia llegara a un resultado positivo. Estuvieron presentes en la mayor parte de las sesiones oficiales y de trabajo, tuvieron ocasión de intervenir en algunos debates, presentaron numerosos estudios y propuestas sumamente útiles en la elaboración del Estatuto, e hicieron en todo momento campaña cerca de las delegaciones gubernamentales en favor de sus aspiraciones.

La tarea de la Conferencia no era sencilla ni fácil pues -como acertadamente puso de manifiesto el Embajador Juan Antonio Yánez-Barnuevo en una conferencia pronunciada en Sevilla en noviembre 1998, en el marco de un ciclo organizado por la Fundación «El Monte» para conmemorar el cincuentenario de la Declaración Universal de Derechos Humanos- se trataba de articular en un mismo instrumento jurídico lo que en cualquier país sería materia propia de varias leyes: un Código Penal, una Ley orgánica judicial, y una Ley de enjuiciamiento criminal. Para lograr ese objetivo resultaba necesario, además, utilizar adecuadamente principios, reglas y técnicas procedentes de varios sistemas o tradiciones jurídicas, muchas veces difíciles de combinar.

El complejo proceso de negociación consistió básicamente en la búsqueda de un texto de consenso, en torno a un compromiso sobre el que se fue conformando una amplia mayoría. Al final, sin embargo, el consenso no fue posible por la que la Conferencia adoptó el Estatuto mediante una votación en la que ciento veinte delegaciones votaron a favor (entre ellas todas las de la Unión Europea), siete en contra (entre ellas, la de Estados Unidos de América), y veintiuna se abstuvieron (en su mayoría, países árabes e islámicos).

El Estatuto entrará en vigor cuando alcance sesenta ratificaciones o adhesiones. Nacerá entonces una Corte Penal Internacional, permanente, complementaria de las jurisdicciones penales nacionales, y con jurisdicción obligatoria respecto de los Estados parte que, conforme dispone el artículo 1 del Estatuto,

«estará facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional».

La competencia de la Corte se limitará pues a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto; en concreto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3 del Estatuto: a) el crimen de genocidio; b) los crímenes de lesa humanidad; c) los crímenes de guerra; y, d) el crimen de agresión (una vez que, más adelante, se adopte una definición de esta última).

La Corte Penal Internacional podrá ejercer su competencia mediante tres mecanismos de activación o puesta en funcionamiento:

1) La denuncia remitida al Fiscal por un Estado parte en el Estatuto de una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de los crímenes sobre los que la Corte puede ejercer su competencia, pidiendo al Fiscal que investigue dicha situación a fin de determinar si procede acusar a una o a varias personas determinadas de la comisión de un crimen de genocidio, de lesa humanidad o de guerra.
2) El inicio por el Fiscal de una investigación por iniciativa propia, sobre la base de información acerca de un crimen de competencia de la Corte.
3) Por iniciativa del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, actuando de conformidad con lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta, remitiendo al Fiscal una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de los crímenes sobre los que la Corte puede ejercer su competencia.

En los dos primeros supuestos antes señalados (iniciativa de un Estado parte o del Fiscal), el Fiscal analizará la información recibida y

podrá recabar más información de los Estados, los órganos de las Naciones Unidas, las organizaciones intergubernamentales o no gubernamentales u otras fuentes fidedignas que considere apropiadas, así como recibir testimonios escritos u orales.

Si el Fiscal llegase a la conclusión de que existe fundamento suficiente para abrir una investigación, no podrá hacerlo, sin embargo, hasta no recibir autorización de una Sala especial de la Corte (Sala de Cuestiones Preliminares).

En los supuestos antes señalados, por otra parte, la Corte no podrá ejercer su competencia más que si uno o varios de los siguientes Estados son parte en el Estatuto, o han aceptado la jurisdicción de la Corte sin ser parte en el Estatuto:

- El Estado en cuyo territorio se haya cometido la acción u omisión presuntamente delictiva, o
- El Estado de que sea nacional la persona objeto de la investigación o enjuiciamiento.

En todo caso, es preciso insistir en que el ejercicio de la competencia de la Corte para conocer de los crímenes previstos en el Estatuto (genocidio, crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad, y crimen de agresión) únicamente tendrá lugar respecto de situaciones en las que parezca que han sido cometidos dichos crímenes cuando alcanzan el umbral necesario para ser calificados como «*crímenes más graves de trascendencia internacional*» (artículo 1, antes citado, y párrafo cuarto del Preámbulo del Estatuto de la Corte Penal Internacional).

El significado político y jurídico de todo ello es claro e inequívoco: como a menudo los gobiernos nacionales no quieren, o no pueden, investigar dichos crímenes ni procesar a los responsables, es imprescindible un Tribunal Penal Internacional -permanente y con jurisdicción obligatoria- para reforzar el Derecho Penal Internacional y alcanzar los siguientes propósitos:

1) Poner a disposición judicial a los perpetradores de tales crímenes, a quienes se transmite un mensaje claro: que no se van a tolerar las violaciones graves, masivas o sistemáticas de

derechos humanos y que quienes las cometan habrán de rendir cuentas;

2) Reforzar el respeto del Estado de Derecho, tanto en el plano nacional como en el internacional, ya que aquél no puede mantenerse si no se pone a disposición de la justicia a los individuos que vulneren las normas básicas de la conducta civilizada;
3) Hacer comparecer ante la justicia a quienes cometan graves violaciones de derechos humanos, a fin de que no puedan salir beneficiados de sus crímenes y, de este modo, poner fin a la impunidad;
4) Hacer posible, por último, que tanto las víctimas como sus familiares, y la sociedad en conjunto, conozcan la verdad, como deben y merecen, ya que sin justicia y sin verdad no puede existir una reconciliación duradera y eficaz.

¿Por qué entonces la oposición de siete Estados, en particular la de los Estados Unidos de América, así como la abstención de otros veintiuno?

El senador Jesse Helms, Presidente de la Comisión de Relaciones Exteriores del Senado de los Estados Unidos, publicó en el *Financial Times* de Londres, en su edición del 31 de julio de 1998, un rotundo artículo contra la Corte Penal Internacional, con el siguiente título, bien significativo: «*We must slay this monster*» («Tenemos que aniquilar este monstruo»). Para el senador Helms, los Estados Unidos deben intentar acabar con la Corte, e impedir que nazca, porque dicho Tribunal «pretende someter a juicio la política de seguridad de los Estados Unidos». «¿Pueden ustedes imaginar, pregunta el Presidente del Comité de Relaciones Exteriores, lo que hubiera ocurrido si este tribunal hubiera estado ya en funcionamiento durante la invasión estadounidense de Panamá, o de la de Granada, o el bombardeo de Trípoli?» En ninguno de estos casos, escribía el Sr. Helms, los Estados Unidos:

«Solicitaron el permiso de las Naciones Unidas para defender nuestros intereses. Y mientras yo siga respirando, los Estados Unidos nunca permitirán -y repito, nunca- que sus decisiones sobre seguridad nacional sea juzgadas por una Corte Penal Internacional».

Son explicables, aunque criticables, las pretendidas razones de Estados asiáticos, como la República Popular de China, o de Estados islámicos, ardorosos defensores del viejo y caduco dogma de la soberanía nacional. Mucho más criticables, e incluso inexplicables, resultan sin embargo los argumentos esgrimidos por un gran país occidental, los Estados U nidos de América, que a pesar de sus tradiciones ignora a las Naciones Unidas, desprecia la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia -órgano judicial principal de las Naciones Unidas-, y confunde el orden internacional con una especie de *pax americana*, arrogante e imperial, impuesta unilateralmente.

Lo que irrita al senador Helms es que la Corte Penal Internacional pueda un día declarar que un ciudadano norteamericano está sujeto a su jurisdicción, sin importar lo que diga el Gobierno de los Estados Unidos. En la Conferencia diplomática de Roma, sostuvo, la mayoría «incluyó un tipo de *jurisdicción universal* en el Estatuto de la Corte, lo que se traduce en que, incluso si los Estados Unidos nunca firman el Tratado, o si el Senado se niega a ratificado, los países parte en el Tratado seguirán afirmando que los soldados y ciudadanos americanos están bajo la jurisdicción de la Corte».

Desde esta perspectiva, que confunde el orden internacional con el orden americano, el senador Helms concluía que esto es un ultraje que tendrá graves consecuencias en las relaciones de los Estados Unidos de América con cada país que firme y ratifique el tratado. De ahí que, refiriéndose a las palabras de un delegado de los Países Bajos, que en la votación final dijo «no diré que hemos creado un monstruo, pero la criatura tiene algunos defectos», el senador Helms concluyera su artículo afirmando que dicho delegado estaba equivocado porque:

«La Corte es de hecho un monstruo y tenemos la responsabilidad de descuartizado antes de que crezca y acabe devorándonos».

Frente a tan radicales manifestaciones, y a pesar de las imperfecciones del Estatuto -muchas de ellas derivadas del esfuerzo negociador dirigido a alcanzar el apoyo del mayor número posible de Estados participantes en la Conferencia diplomática, entre ellos tres de los

miembros permanentes del Consejo de Seguridad: Francia, Reino Unido y Rusia-, la verdad es que el Secretario General de las Naciones Unidas, Kofi Annan, tenía razón cuando en la sesión de clausura de la Conferencia afirmó que:

«La adopción de las bases para la creación de un Tribunal Penal Internacional para juzgar, con independencia e imparcialidad, a los responsables de genocidios, crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra y crímenes de agresión era un momento histórico, un momento de gran esperanza».

Con la criminalización de la barbarie, las nociones de humanidad y comunidad internacional han encontrado definitivamente un lugar en el Derecho Internacional, en la medida en que han dejado de estar en el mundo de los mitos y en el imaginario de los pueblos y de los hombres, para entrar por fin en la historia humana.

Nunca antes se había avanzado tanto en el camino de una justicia penal internacional digna de ese nombre. Ciertamente, la Corte Penal Internacional no será una panacea, pues su competencia no abarcará todos los casos de violaciones de los derechos humanos y habrá muchas ocasiones en que, por una u otra razón, política o de técnica jurídica, no podrá actuar; es innegable, además, que por sí sola la Corte no impedirá que sigan ocurriendo atrocidades y fechorías. Pero con su creación y efectivo funcionamiento se habrá dado un gran paso para combatir la impunidad. Todos los Estados, además, como proclama el párrafo sexto del Preámbulo, tienen el deber de ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales.

Se afirman así, en interés de las generaciones presentes y futuras, unos fines a cuya consecución contribuirá muy positivamente el establecimiento de una Corte Penal Internacional de carácter permanente, independiente, vinculada con el sistema de las Naciones Unidas y complementaria de las jurisdicciones penales nacionales, con competencia para juzgar a los individuos, sin distinción alguna basada en el cargo oficial que hubieren podido tener, responsables de crímenes contra la comunidad internacional que, por su misma gravedad, son imprescriptibles.

Al valorar este «paso de gigante», como Kofi Annan ha llamado a lo logrado en la Conferencia de Roma, deben ser cuidadosamente evitados, sin embargo, tanto el optimismo ciego como el tono triunfalista, ya que se impone más bien una prudencia vigilante teñida de una brizna de «pesimismo de la inteligencia», el mejor compañero del «optimismo de la voluntad» por decido con palabras de Antonio Gramsci.

Sin duda alguna, queda mucho por hacer. Por otra parte, la creación de la Corte Penal Internacional no descarga a los Estados de su responsabilidad primordial y fundamental en materia de represión de los crímenes internacionales de los individuos. Cada Estado, en efecto, tendrá que adaptar su ordenamiento jurídico interno al Estatuto, lo que en parte es una confirmación, siquiera sea indirecta, del principio de universalidad de jurisdicción respecto de todos los crímenes internacionales, y no sólo con relación a los crímenes de guerra en el sentido de los artículos 49/50/129 y 146 de las Convenciones de Ginebra de 1949.

En todo caso, la Corte Penal Internacional supondrá un condicionamiento sin precedentes de la soberanía de los Estados, ya que el Estatuto es el único instrumento convencional de vocación general en materia de Derecho internacional humanitario y de Derecho internacional de los derechos humanos que prevé un mecanismo jurisdiccional con competencias para adoptar decisiones obligatorias. De ahí que quepa preguntarse si el Estatuto llegará a alcanzar los sesenta instrumentos de ratificación o de adhesión requeridos para su entrada en vigor, así como acerca de la influencia que en este proceso ejercerá la actitud de los Estados Unidos de América.

Pero incluso si hay que esperar largo tiempo, la adopción del Estatuto es en *sí misma*, con independencia de su entrada en vigor, un acontecimiento de alcance excepcional pues define por vez primera, de modo sistemático, los grandes crímenes internacionales de los individuos, codificando y desarrollando el Derecho preexistente que se encontraba disperso en diversos tratados adoptados en épocas diferentes y en normas consuetudinarias de contornos muchas veces inciertos y controvertidos.

En este orden de cosas, creo que todo destina al Estatuto de la Corte Penal Internacional -en particular sus artículos 7, crímenes contra la humanidad, y 8, crímenes de guerra- a ser percibido en el futuro por los legisladores internos, la jurisprudencia interna e internacional, la práctica

diplomática, y la doctrina como la consolidación o cristalización del Derecho internacional general actualmente vigente, incluso en la hipótesis extrema, y no deseable, de que no llegara a entrar formalmente en vigor como tratado.

FEDERALISMO, AUTONOMÍA Y DESCENTRALIZACIÓN

JUAN ANTONIO CARRILLO SALCEDO, PEDRO
LUIS SERRERA CONTRERAS Y
MANUEL CLAVERO ARÉVALO

Ponencia presentada
en la Sesión Privada de la Academia
(28 de noviembre de 2000)

Esta ponencia fue presentada al IV Congreso
de la Conferencia Iberoamericana de Academias
de Ciencias Jurídicas y Sociales,
celebrado en Valencia

SUMARIO: I.-Federalismo. II.-Autonomía. 1. El caso de España. 2. La organización territorial del estado desde 1977 al año 2000. A. Las preautonomías. B. La organización territorial del Estado en la Constitución. C. El modelo de organización territorial del Estado surgido tras la vigencia de la Constitución. D. Características de dicho modelo. E. El ingreso de España en Europa y el modelo de organización territorial. F. ¿Crisis del modelo de organización territorial del Estado de las Autonomías? III . -Descentralización.

I. FEDERALISMO

El federalismo es una filosofía de la sociedad humana globalmente considerada que expresa la aspiración a una organización política mundial que trascienda a los Estados soberanos, a la manera de la que postulara Kant en su opúsculo sobre la paz perpetua y su idea de la *civitas gentium*.

Este pensamiento encontró en el proceso de integración europea la ocasión propicia para una de sus más importantes manifestaciones históricas, incluso en el período entre guerras y antes, por consiguiente, de la creación de las Comunidades Europeas. Baste con evocar en este orden de cosas la propuesta de Aristides Briand en la Sociedad de Naciones, en 1929, sobre la creación de una federación denominada «Unión Europea».

Como ha señalado el profesor Truyol Serra, el federalismo:

«ha sido·y es para los europeístas la única fórmula que permite una unión europea, mejor aún, una Europa unida realmente tal, es decir, que esté dotada de poderes propios relativos a los asuntos de interés común, y al mismo tiempo asegure la conservación de las diversidades nacionales que hacen la riqueza cultural de Europa, entendiendo por diversidades nacionales no sólo las de las naciones constituidas más o menos plenamente en Estados independientes, sino también, gracias a la

descentralización del poder y su estricta derivación de abajo arriba inherente al federalismo, las diversidades nacionales en el sentido más amplio, referido a aquellas nacionalidades o aquellos pueblos que no se han constituido históricamente o no están hoy constituidos en Estados» (La integración Europea. Análisis histórico-institucional con los textos y documentos. I Génesis y desarrollo de la Comunidad Europea (1951-1979), Editorial Tecnos, Madrid, 1999, pág. 34).

Durante la Segunda Guerra mundial los movimientos federalistas de vocación específicamente europea cobraron extraordinario auge: así, el Movimiento Federalista Europeo (Milán, 1943), con Ernesto Rossi y Altiero Spinelli, o el Comité Francés para la Federación Europea (jun, 1944), con Henri Frenay, etc.

Fruto de la colaboración de los movimientos federalistas fue el *Manifiesto de las Resistencias Europeas*, redactado en Ginebra en la primavera de 1944, en el que aparecen afirmaciones como la siguiente: los fines perseguidos «sólo pueden ser alcanzados si los diversos países del mundo aceptan superar el dogma de la soberanía absoluta de los Estados, integrándose en una única organización federal».

Los años de la inmediata posguerra presenciaron el despliegue de un europeismo enfervorizado con amplio apoyo popular, expresión de corrientes de pensamiento animadas por las ideas federalistas que simbolizaban prestigiosos europeístas como Henri Brugmans, Alexander Marc, Denis de Rougemont, Salvador de Madariaga, etc. En este contexto, una reunión de federalistas celebrada en 1946 en Hertenstein (Suiza), muy influida por Henri Brugmans y los militantes holandeses y suizos, puso los cimientos de la Unión Europea de Federalistas, constituida oficialmente en París en diciembre del mismo año.

Poco antes, el Comité de coordinación de los Movimientos para la Unidad Europea convocó la Conferencia de La Haya, que se celebró del 7 al 10 de mayo de 1948, en la que se puso de manifiesto la oposición entre los «unionistas», cuyo núcleo eran los británicos, y los «federalistas», especialmente numerosos en las delegaciones francesa, italiana, belga y holandesa, así como entre los sindicalistas.

De la Conferencia de La Haya salió la transformación del Comité internacional de los Movimientos para la Unidad Europea en el Movimiento Europeo (octubre, 1948). En el plano oficial, el resultado más inmediato de la Conferencia de La Haya fue la firma en Londres, el 5 de mayo de 1949, del Estatuto del Consejo de Europa que, por su carácter interestatal y la naturaleza consultiva de su Asamblea (consecuencia de la hostilidad británica a una estructura más firme), no satisfizo a los federalistas. De ahí que éstos propugnasen una organización supranacional, de ámbito geográfico reducido (*la pequeña Europa*), origen de un proceso de unificación en el que, sin embargo, el centro de gravedad no ha sido el del federalismo político sino la integración supranacional montada sobre la base de un federalismo «funcional» y expresada en varias Organizaciones Internacionales de integración, y no de cooperación, aunque de naturaleza especializada: la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, primero, en 1951, y más tarde, en 1957, la Comunidad Económica Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica (Tratados de París y de Roma, respectivamente).

Esta es la razón por la que, en la búsqueda de acciones decisivas pero concretas y limitadas, el Ministro francés de Asuntos Exteriores, Robert Schuman, propuso en su Declaración de 9 de mayo de 1950 colocar el conjunto de la producción franco-alemana de carbón y acero bajo una autoridad común en una organización abierta a la participación de los demás países de Europa, y sostuvo que:

«Europa no se hará de golpe ni en una construcción de conjunto: se hará mediante realizaciones concretas, creando primero una solidaridad de hecho».

No obstante, la integración europea ha mantenido siempre una cierta dimensión política, presente entre otros en el Informe Tindemans sobre la Unión Europea; en la Declaración sobre la Unión Europea, adoptada por el Consejo Europeo de 1983 en Stuttgart; en el proyecto de Tratado de la Unión Europea, adoptado por el Parlamento Europeo e14 de febrero de 1984 (proyecto Spinelli); en los Proyectos de Constitución Europea elaborados por el Parlamento Europeo en 1993 (Informe Oreja) y 1994 (los dos Informes Hermann); etc.

El Acta Única Europea de 1986, en vigor desde el 1.0 de julio de 1987, fue el primer tratado que recogió expresamente el objetivo de la Unión Europea, al afirmar en el primer párrafo de su Preámbulo que los Estados miembros estaban:

«*animados por la voluntad de proseguir la obra emprendida a partir de los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y de transformar el conjunto de las relaciones entre sus Estados en una Unión Europea*».

Poco más tarde, la decisión de constituir una Unión Europea cobró realidad en el artículo A del Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992 y entrado en vigor el 1 de noviembre de 1993. Este Tratado fue concebido no como una meta en sí mismo sino, por el contrario, como «*una nueva etapa en el proceso creador de una Unión*».

El Tratado de Maastricht reconocía por tanto la dimensión política del proceso de integración y en él es innegable la presencia de la vocación federal de la Unión. En efecto, el Tratado modificó ampliamente los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas (en especial el de la antigua Comunidad Económica Europea, que vio modificadas más de 160 de sus 248 disposiciones, y que perdió la adjetivación de Económica y pasó a denominarse *Comunidad Europea*, con el propósito de dotar a esta Organización de una responsabilidad y un papel político en el proceso de integración), y representa sin duda un salto cualitativo en el proceso de integración abierto en 1951. Pero no mantuvo en su artículo A la «vocación federal» de una Unión cada vez más estrecha entre los pueblos europeos, tal como aparecía expresamente en el proyecto de Luxemburgo y Holanda, aparte de que ni el título del Tratado ni su articulado recogían la expresión «Unión Política Europea», a pesar de que éste había sido el título de la Conferencia intergubernamental para la reforma de los Tratados.

Como han señalado los profesores Mangas y Liñán, la Unión mantiene la vieja retórica de una «unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa», pero sin definir su naturaleza política, federal. Ahora bien, escriben, hay que reconocer, por un lado, «que esa calificación no se hubiera correspondido con el sentimiento general de los pueblos de los Estados ni con una realidad social europea que aún dista mucho de estar

cohesionada y de ser solidaria. Por otro, esa definición política no hubiera sido más que un fino ejercicio retórico que encubriría una realidad cada vez más librecambista y en la que la Unión Europea quizás esté siendo un señuelo para defender intereses nacionales» (Araceli Mangas y Diego J. Liñán: *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 1.ª edición, Madrid, 1996, pág. 43).

Los resultados alcanzados en Maastricht -que acaso fue más un Tratado sobre la Unión Europea que un Tratado de la Unión Europea-, aclamados como un notable éxito diplomático, despertaron en la calle sin embargo, como crítica y acertadamente señaló Weiler, sentimientos que fueron desde la hostilidad a la indiferencia (J.H.H. Weiler: «The Transformation of Europe», *Yale Journal*, vol. 100, n.º 8, 1991).

Se llega así al vigente Tratado de la Unión Europea (Tratado de Amsterdam), en cuyo texto final quedaron suprimidas las distintas propuestas referentes a un artículo que expresamente atribuyera personalidad jurídica a "la Unión", por lo que ésta, a pesar de los indicios que permiten sostener al menos implícitamente la existencia de personalidad jurídica, sigue careciendo formalmente de la misma tanto a nivel externo como interno.

Más relevante aún que este dato jurídico-formal (pues en la práctica la Unión Europea puede alcanzar y consolidar la personalidad jurídica que el Tratado no le reconoce expresamente, y es innegable que la Unión se comporta como un actor de gran relevancia en las relaciones internacionales contemporáneas, como en la doctrina española han puesto de manifiesto los estudios de los profesores Francisco Aldecoa Luzarraga y Esther Barbé), es el dato político y sociológico de la actual fase del proceso de integración, el que más cuenta porque, desde esta perspectiva, es innegable que falta un elemento de cohesión tan sustancial como «el sentimiento comunitario» o, como Jacques Delors prefería decir, la *affectio societatis*. Esta observación es importante porque es innegable que para que la Unión Europea alcance una legitimidad que nazca del consentimiento y la adhesión de los ciudadanos, es imprescindible que éstos se identifiquen con la identidad europea.

Resulta significativo en este orden de cosas la afirmación que se hace en uno de los más importantes libros que sobre el Tratado de Amsterdam han sido publicados recientemente en España, el dirigido por el

Dr. Marcelino Oreja Aguirre y coordinado por el profesor Francisco Fonseca Morillo (El Tratado de Amsterdan. Análisis y Comentarios, Madrid 1998). En él se reconoce que si bien es cierto que se ha producido en los países comunitarios un cierto debilitamiento de los sentimientos nacionales y que la identidad nacional está afectada por notorias corrientes debilitadoras,

«*la subsistencia de los sentimientos nacionales es muy superior al de adhesión a la ciudadanía europea, que ha de competir, además, con otras identidades profundas como la regional y la local*» (Vol. I, pág. 741).

En definitiva, la identificación entre los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea sigue siendo relativa y desigual, y hay que reconocer que es difícil que la identidad europea pase a ser algo más que racional y pragmática, lo que explica que el proceso europeísta haya sido asumido por grupos reducidos motivados o por élites económicas, políticas y culturales y, en cambio, sólo haya sido seguido con cierta inercia por la gran mayoría de los ciudadanos.

Incluso la elección de los miembros del Parlamento Europeo por sufragio universal directo no ha mejorado esta situación; estas elecciones, en efecto, son vistas como «primarias» o reflejo valorativo del comportamiennto de los gobernantes, o como lejanas por la escasa influencia operativa del Parlamento Europeo en los procesos políticos intracomunitarios.

La Comunidad Europea, en suma, es una realidad política específica, en la que las dimensiones de supranacionalidad se combinan con otras intergubernamentales o interestatales, pero que apenas contiene rasgos de federalismo.

Esta crisis de la concepción federalista del proceso de integración europea llama la atención porque en la comunidad internacional contemporánea los Estados se presentan con rasgos muy distintos de los que les venían caracterizando desde la Paz de Westfalia: en primer lugar, los Estados que pretendieron entonces la plenitud de soberanía e independencia, se encuentran hoy *subordinados* en razón de los límites que les impone la realidad de la interdependencia; en segundo lugar, tras haber proclamado su integridad territorial, tienen que admitir que sus fronteras

han perdido mucho de su carácter cerrado, pues los hechos les obligan a tomar conciencia de que se *hallan sumergidos en la transnacionalización de la vida*; por último, después de haber afirmado durante siglos su unidad política, que sólo excepcionalmente quedaba perturbada, muchos sufren las consecuencias de la *dislocación de tal unidad*.

Por otra parte, existen sectores de la realidad social transnacional que no están controlados y ni siquiera gestionados por los Estados, sino por entidades privadas que actúan exclusivamente en función de sus propios intereses (con tal éxito que muchas veces desplazan a los Estados, colocándolos ante hechos consumados) e imponen sus propias «reglas» en sectores no regulados, o sólo de modo muy precario, por el Derecho internacional. Así, por mencionar dos ejemplos concretos, el funcionamiento del mercado continuo de capitales en el contexto de la mundialización de los flujos financieros, o el de la criminalidad organizada internacional (la sociedad internacional *incivil* o *no civilizada*, de la que ha hablado con insistencia el Secretario General de la Organización de las Naciones Unidas), hacen que los Estados, sobrepasados por fenómenos transnacionales que no controlan, queden a veces reducidos a intentar defenderse de la dinámica de actores paralelos que les privan de parcelas importantes de su soberanía e independencia.

Los Estados, pues, se ven puestos en cuestión al comprobarse que son incapaces para resolver por sí mismos problemas que exigen un esfuerzo de cooperación internacional, y al verificarse que existen otras entidades no estatales (Organizaciones Internacionales económicas, financieras y comerciales como el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional o la Organización Mundial del Comercio; corporaciones o empresas transnacionales; Organizaciones Internacionales No Gubernamentales; etc.) que operan con creciente relevancia en la vida internacional.

¿Por qué entonces la escasa vigencia de las ideas federalistas en una situación en la que, en los hechos, la soberanía de los Estados aparece debilitada y puesta, en cuestión?

Las dificultades culturales y políticas a las que se enfrenta la idea federalista en el mundo contemporáneo, y no sólo en Europa, tendrían que ser consideradas para su mejor comprensión a la luz de los grandes

cambios acaecidos en la comunidad internacional tras el fin de la guerra fría y el hundimiento del imperio ruso-soviético.

Entre las transformaciones más relevantes que diferencian profundamente el mundo contemporáneo del existente en el pasado, destacan las siguientes:

1. Los Estados parecen demasiados pequeños respecto de los grandes problemas, y demasiado grandes con relación a los de la vida cotidiana, con lo que asistimos a un debilitamiento de la centralidad del Estado en las relaciones internacionales, a pesar del paralelo y espectacular crecimiento del número de Estados, puesto de manifiesto en el actual número de Estados miembros de las Naciones Unidas frente a los cincuenta y un miembros originarios en 1945.
2. Heterogeneidad del sistema internacional, frente a la relativa homogeneidad que le había caracterizado a lo largo de la historia, cuando estaba constituido casi exclusivamente por Estados soberanos territoriales. La comunidad internacional, en efecto, ya no es exclusivamente interestatal pues los actores que en ella actúan son muy diversos en su naturaleza, con lo que su estructura se ha hecho más compleja y diversificada. El orden internacional, sin embargo, todavía no ha dado una respuesta satisfactoria a esta realidad poli-céntrica, no exclusivamente es tato-céntrica, a pesar de la urgente necesidad de una adecuada regulación, que aún resulta más imperiosa si se tienen en cuenta las tendencias a la privatización y la desregulación, favorecidas por las exigencias de la globalización.
3. Creciente importancia en las relaciones internacionales de los factores económicos, científico-técnicos y culturales.
4. Proceso de difusión del poder, que implica cambios importantes tanto en la naturaleza del poder como en la

distribución del mismo entre los distintos actores de la vida internacional.

5. Progresiva difuminación, e incluso desaparición, de los límites entre el mundo interno de los Estados y el mundo internacional, esto es, entre la política interior y la política exterior.
6. Revalorización de lo humano y de lo humanitario como valores generalmente compartidos y como dimensión de las relaciones internacionales, y emergencia de un nuevo consenso internacional en torno a las nociones de derechos humanos y democracia como valores generalmente aceptados por la comunidad internacional.

La comunidad internacional, en definitiva, ha experimentado rápidos y hondos cambios que se resumen en una palabra: *globalización*, y resulta innegable que estamos ante un nuevo sistema mundial o planetario, cerrado espacialmente, profundamente fragmentado, heterogéneo y complejo, crecientemente transnacionalizado, interdependiente y políticamente no estructurado o integrado.

En la actual etapa de la globalización destacan tres aspectos:

A. En primer lugar, la vertiginosa mundialización de los flujos financieros y la universalización de las imágenes audiovisuales, dos procesos controlados por un pequeño número de gigantescas empresas;
B. En segundo lugar, la extensión geográfica sin precedentes de este proceso de mundialización, que ha sometido a su control incluso a países con una organización económica y social distinta de la del capitalismo, como es el caso de China, que no pueden desentenderse del funcionamiento de la economía mundial;
C. Por último, cambios en los instrumentos mediante los que se verifica esta expansión mundial del capitalismo:

la informática y las nuevas tecnologías de las telecomunicaciones.

Es preciso, sin embargo, distinguir los mitos de las realidades, y tomar conciencia de que en el actual discurso sobre la globalización hay mucho más de fantasía apologética que de objetividad ya que la globalización no tiene el alcance que le atribuyen los ideólogos neoliberales, aparte de que existen poderosas contratendencias que es necesario tener en cuenta. En este sentido, la multiplicación de conflictos internos, el colapso de muchos Estados ante la violencia interétnica, y los nacionalismos excluyentes confirman *la paradoja de una situación en la que la globalización corre paralela, en muchos supuestos, con una radicalización de lo local* (fenómeno éste que ha permitido hablar de *Glolocalization*, en un ingenioso juego de palabras entre los vocablos globalización y localización).

Esta compleja situación de la comunidad internacional contemporánea -en la que los conceptos clave parecen ser los de *globalización, privatización, desregulación, y descentralización*- tiene que ser tenida en cuenta para comprender mejor los obstáculos con que hoy tropieza la idea federalista que, a diferencia del ambiente que existió tras la Segunda Guerra Mundial e incluso en el período entre guerras (en el que en 1929 Aristides Briand propuso en el seno de la Sociedad de Naciones la creación de una federación denominada «Unión Europea»), hoy no tiene ni el empuje ni la vigencia de otros tiempos, como pone de manifiesto que *ni siquiera es mencionada* en la Declaración del Milenio, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de septiembre del presente año (Resolución 5512).

La cuestión clave parece ser hoy la de *gobernabilidad*, tanto si se trata de los Estados (la llamada «*good governance*»), mediante la que se exige de los Estados el establecimiento de las condiciones políticas, económicas y jurídicas necesarias para el buen funcionamiento del mercado, como de la compleja comunidad internacional de nuestro tiempo. Más pragmatismo y menos ideología, por tanto; por lo que no es de extrañar la menor relevancia de la idea federalista, que requiere una filosofía de la sociedad humana.

II. AUTONOMÍA

l. El caso de España

A. Las ideas que han de ser objeto de esta ponencia, federalismo, autonomía, descentralización, para ser aplicadas al caso de España requieren una previa aproximación a lo que ha sido en este sentido la vida política de nuestro país.

En cuanto a la base física, la unidad clara es la Península Ibérica. Perfectamente delimitada por todos sus lados, con cuatro ríos importantes comunes y también con prolongación de las principales cordilleras, la división entre España y Portugal no puede evitar esa sustancial unidad.

De hecho la Hispania de los romanos abarcaba la península entera y las divisiones o provincias que ellos introdujeron respetaban esa sustancial unidad. Primero fueron la Citerior y la Ulterior. Luego la Bética y la Lusitania, para dividirse después la Citerior y dar lugar a la Tarraconense, Cartaginense y Galecia. En la época imperial de máxima extensión del poder romano nuestra península constituía la diócesis de Hispania encuadrada dentro de la prefectura de las Galias.

Mas un poder político autonómico sólo surge con el reino visigodo. y éstos consiguen la unidad política de toda España, seguida después de la unidad religiosa tras la conversión de Recaredo. Aunque mejor sería decir precedida, pues sólo después de aquél reyes cuando pierden los bizantinos las últimas tierras que tenían en España y un rey godo puede decirse que reina en toda la península. Esa monarquía goda de tan corta duración relativa pero que tanto supuso como meta en el futuro.

Porque a principios del siglo VIII la invasión musulmana dio al traste con la monarquía goda y dio comienzo a una larga dominación en España. Con la peculiaridad de que casi desde el mismo principio comenzaría una larguísima guerra de reconquista que duraría 8 siglos y que marcaría tan profundamente nuestra historia. Porque difícilmente podrá encontrarse en la historia el ejemplo de otro pueblo en que casi durante 800 años la mitad de él estaría dedicada a conquistar la otra mitad.

Esa larga epopeya de la reconquista ofrece la peculiaridad de que no fue obra de un único núcleo de resistencia sino de varios que actuaron con autonomía y dieron lugar a sendos poderes públicos. Uno de ellos

Asturias, el otro Navarra y también Aragón, sin olvidar Cataluña que de marca hispánica de los francos llegó a ser también impulsora de nuestra propia reconquista.

En un momento histórico determinado llegó a hablarse de los 5 reinos de España y luchaban contra el Islam. Eran de oeste a este los de Portugal, León, Castilla, Navarra y Aragón.

Portugal, incluido en el territorio de los reyes de Castilla, alcanzó una independencia política a finales del siglo XI. León se une definitivamente a Castilla con Fernando III el Santo, y dan lugar a un poder verdaderamente hegemónico dentro de la conquista cristiana. Curiosamente las provincias vascongadas unen su suerte a esta corona de forma voluntaria y durante este largo periodo de la reconquista: Guipúzcoa con el rey Alfonso VIII el de las Navas; Alava con Alfonso XI el del Salado. Y Vizcaya que era un señorío quedó incorporada a la Corona en tiempos de Enrique II, con lo que los monarcas de Castilla pasaron a ser señores de Vizcaya.

Verdaderamente ejemplar resultó la institución de la corona de Aragón. Cuando la dinastía Catalana de Ramón Berenguer IV comienza a gobernar Aragón, se inicia un espectacular avance en la reconquista. Jaime I El Conquistador recupera el reino de Valencia. Y así se completa aquella Corona de Aragón formada por los reinos de Aragón y de Valencia y por el principado de Cataluña. Con la especialidad de que bajo un mismo monarca cada reino tenía sus propias Cortes y sus propias instituciones de auto gobierno.

Aún en el momento de coexistir los 5 reinos cristianos, el sentido de la unidad de España no estaba perdido. Por eso cuando Jaime I de Aragón ayuda en cierta ocasión al rey castellano lo hace para «salvar España». Y antes, en la trascendental batalla de las Ambas de Tolosa, junto al rey de Castilla aparecen Sancho el Fuerte de Navarra y tropas del rey de Portugal.

B. Las íntimas relaciones políticas y matrimoniales entre esos reinos culminaron con el matrimonio de los Reyes Católicos y la unión de Castilla-León con la Corona de Aragón. Porque aunque en ello hubo una unión personal en los monarcas, también algo más se gestó. El lema del «monta tanto» es buena prueba de esto. Y es que además Fernando reinó

en Castilla e Isabel en Aragón. El rey católico fue el segundo de ese nombre en Aragón y quinto en Castilla.

Esa poderosísima unión dio pronto sus frutos. Ahí germinaba la verdadera unidad nacional. Granada el reino nazarí fue definitivamente conquistado en 1.492, el mismo año en que Colón descubría América. Muerta ya la reina Isabel, se produce la anexión del reino de Narrara que Fernando incorpora al de Castilla.

De ahí que cuando Carlos I de España y V de Alemania sucede a sus abuelos es ya verdaderamente el rey de toda España. Felipe 11 su hijo será también el primer príncipe de España y después, por causa de aquellas uniones matrimoniales, rey asimismo de Portugal. Unidad peninsular esta que se prolonga hasta su nieto Felipe IV.

Mas esa unidad de la monarquía era compatible con que en los diversos reinos siguieran subsistiendo sus instituciones de autogobierno. En realidad el rey de España lo era de Castilla, de León, de Aragón y así un largo etc. donde se iban desgranando los reinos, ducados, marquesados, condados y señoríos de que era titular.

Tal autogobierno era sobre todo predicable de Navarra y de los territorios de la Corona de Aragón. Persistían las cortes de esos tres reinos y principado y el poder del monarca se hacía visible en ellos por la persona del virrey. Luego el monarca tenía Consejos Consultivos que le asesoraban sobre su gobierno en esos reinos; pero el poder inmediato estaba en las propias instituciones de dichos territorios.

Esa amplia autonomía de estos reinos, no tanto ni mucho menos en Castilla, y ese régimen foral de las provincias vascongadas no fue con todo algo totalmente pacifico. Hay que referirse en especial al caso de Cataluña que ya estuvo en situación de conflicto con el monarca Juan 11 de Aragón, el padre del rey católico, en el siglo XV, y que mantuvo igual confrontación bélica con Felipe IV en la mitad del Siglo XVII. Conflictos que evidentemente dejaron una honda huella.

Antes de pasar a etapas posteriores y trascendentales, cabe una mención de otros dos importantes territorios de nuestra patria que hasta ahora se han mencionado.

Por lo que se refiere a Galicia su lengua propia le confiere una singularísima personalidad. No puede olvidarse que la primera poesía medieval de los reinos de Castilla lo fue en lengua gallega; y ahí están las Cantigas del rey sabio para atestiguarlo. Pero la tierra gallega, unida al reino de León y después al de Castilla, no tuvo instituciones de autogobierno político. No había Cortes gallegas y hasta se daba el agravante de que entre las ciudades que tenían voto en Cortes en las del reino Castellano-Leonés no había ninguna de la región gallega.

También es peculiar el caso de Andalucía. No hubo aquí tampoco verdaderas instituciones de autogobierno. Nuestra región fue conquistada; aunque también es verdad que ella contribuyó y bien decisivamente a la definitiva conquista del reino de Granada. Los 4 reinos de Andalucía eran en verdad los musulmanes que sucesivamente fueron objeto de reconquista. Eso sí, sus ciudades cabeceras (Sevilla, Jaén, Córdoba y Granada) sí que tenían voto en cortes, en las de Castilla-León. De todas formas Andalucía por su historia, extensión y población tiene una poderosa individualidad. Hasta cierto punto es un tanto representativa de toda nuestra nación, puesto que en bastantes ocasiones cuando ésta ha sido contemplada desde el exterior lo ha sido bajo el prisma de Andalucía.

C. El panorama hasta aquí descrito de rancia raigambre medieval sufre un tremendo impacto con el advenimiento de la dinastía borbónica y con la guerra de sucesión que abre el Siglo XVIII. Frente a Felipe V, los territorios de la Corona de Aragón se manifiestan a favor del pretendiente austriaco. Se da pues una verdadera guerra civil que en el caso de Cataluña se prolonga durante bastantes años.

La reacción del vencedor se manifiesta en los llamados Decretos de Nueva Planta. Aragón, Cataluña y el Reino de Valencia pierden sus más típicas instituciones de autogobierno, desaparecen sus Cortes privativas y los virreyes. El gobierno pasa a estar en manos de las Audiencias y del Capitán General. Eso sí, Cataluña y Aragón conservan su derecho foral civil.

Asistimos con los Borbones a una fuerte centralización política. Las Cortes de Castilla pierden importancia, los antiguos Consejos también, se está en vías del sistema ministerial. Carlos III en la segunda mitad de ese siglo XVIII lleva a la cima esa política centralizadota y reformista. Aun así, en este tiempo siguen vigentes las instituciones políticas propias de

Navarra y los fueros de las provincias vascongadas, que en aquella guerra de sucesión estuvieron en el bando borbónico.

El principio del Siglo XIX fue también terrible en España. La guerra de la independencia frente a las tropas napoleónicas que dio paso a la creación de entidades de resistencia como las distintas juntas y que dio lugar a que ciudades de la antigua corona de Aragón, como Zaragoza y Gerona, se cubrieran de gloria en sus heroicas resistencias.

Mas lo peor estaba por llegar y por tal cabe considerar las guerras carlistas que atraviesan buena parte de ese Siglo XIX. Su origen en 1833 al fallecer Fernando VII puede estar en una ambición personal de quien como D. Carlos no estaba conforme con la sucesión por línea femenina. Pero mucho más hubo detrás de ello. Había un fondo político de descontento en ciertas clases: en la Iglesia se dio en grado acusado y también en estamentos de baja posición económica, pequeños agricultores y otros, a quienes las reformas de un incipiente liberalismo habían perjudicado.

Las tres guerras carlistas cubren primero los años 30 del siglo, después a los 40, para terminar en los 70. Curiosamente ese movimiento tradicionalista prende en zonas muy concretas del territorio nacional, como eran las provincias vascongadas, Navarra, Cataluña y la zona levantina del Maestrazgo, territorios ciertamente de fuerte foralidad. No hay que olvidar el lema de los fueros.

La derrota carlista y los convenios tras el abrazo de Vergara tuvieron una honda repercusión en las instituciones políticas de Navarra y las Vascongadas. Ciertamente que se respetan sus fueros, pero ello era dentro de la unidad constitucional de la monarquía. En Navarra dejan de existir sus Cortes primitivas y desaparecen aquellas figuras del virrey.

Pero sobre todo esa unidad fundamental de la monarquía se traducía en dos puntos fundamentales. Tales regiones estaban obligadas a aportar quintas para la necesaria prestación del servicio militar y tenían también que contribuir a las cargas económicas de la Nación mediante el correspondiente cupo o dotación. Salvadas esas exigencias fundamentales, pervivía una importante foralidad en la que las diputaciones de esas cuatro provincias tenían importantísimos cometidos y amplia autonomía.

D. Antes de referimos al Siglo XX una alusión siquiera al tema federal. Este tuvo verdadera plasmación en nuestra patria con ocasión de la Primera República al final del Siglo XIX. Presidentes de ella fueron

eximios federalistas. Con todo no llegó a cuajar el proyecto de constitución federal de 1873, en la que por cierto salía malparada la unidad de la región andaluza.

En verdad que en esos finales del Siglo XIX aparece un sentimiento federal, esta vez panibérico, en el sentido de llegar a una unión de ese tipo entre las naciones de España y Portugal. Estaban aquí en el fondo muchos siglos de historia común y aquellas afinidades geográficas indicadas al principio.

Ese iberismo tuvo oportunidades políticas cuando el destronamiento de Isabel II y manifestaciones literarias en toda la segunda parte del siglo XIX, con creación de revistas Iberia y hasta con la aproximación al mismo de pensadores catalanes, ya al principio del siglo XX.

Frente a ello, la Constitución de 1931 de la Segunda República trazaba el diseño de un estado regional. Además éste no era de implantación obligatoria sino dejándolo a la voluntad de las distintas provincias. De hecho la realización práctica de ese sistema quedó reducida a pocas zonas de nuestro territorio como Cataluña y el País Vasco.

Poca extensión geográfica y poca duración temporal. Porque en ese fenómeno, como en tantos otros, incidió la terrible guerra civil de 1936-39. Consecuencia de ello fue la privación del régimen foral de que disfrutaban a las provincias de Vizcaya y Guipúzcoa. Lo conservaron en cambio Alava y Navarra. Y ello fue verdaderamente peculiar dentro del régimen anterior que en lo político-administrativo se caracterizó por una fuerte centralización. En materia local la disciplina central era especialmente rigurosa. Desaparecen los Estatutos de autonomía de Cataluña y el País Vasco.

Con la transición política el panorama cambia radicalmente. Con respecto a aquellas dos provincias vascas, primero se deroga la parte hiriente de la Exposición de Motivos de la disposición que las privó de su régimen foral. Después se pasa a la restitución de aquél. Por supuesto que en esas provincias vascas y en Cataluña existía un fuerte impulso de autonomía política. Cultura, lengua y tradición empujaban a ello. Y con todos estos retos iba a enfrentarse la nueva Constitución Española de 1978.

2. La organización territorial del estado desde 1977 al año 2000

A. *Las preautonomías*

La muerte de Franco en noviembre de 1975, la sucesión en la Jefatura del Estado del Rey D. Juan Carlos 1, el triunfo del referéndum de la Ley para la Reforma Política, en diciembre de 1976, y la celebración de las elecciones generales del 15 de junio de 1977, abren una nueva etapa política en nuestro país. Durante la campaña electoral los diferentes partidos proponen la elaboración de una nueva Constitución y autonomía para las Regiones. En el primer Gobierno democrático, nombrado el 5 de julio, figura un Ministro Adjunto para las Regiones y el Presidente Suárez ya tenía decidido el restablecimiento provisional de la Generalidad de Cataluña y el retorno de su Presidente en el exilio José Tarradellas. Consciente el Presidente Suárez de los problemas que creó Cataluña con la proclamación de la 2.ª República en 1931, consiguió que el advenimiento de la democracia fuera pacífico y sin sobresaltos en 1977, para lo que jugó un importante papel el Presidente Tarradellas.

Por Real Decreto-Ley 41/1977, de 29 de septiembre, se restableció provisionalmente la Generalidad de Cataluña, hasta la entrada en vigor del régimen de autonomía que pueda aprobarse en Cortes. El Real-Decreto-Ley, al igual que los que habían de seguirle, era corto, se reconocía la personalidad jurídica de la Generalidad, su territorio, los órganos de gobierno, que eran el Presidente y el Consejo Ejecutivo, el nombramiento de aquél por Real Decreto y la composición del Consejo Ejecutivo. También se determinaban las competencias de la Generalidad que eran las de integrar a las cuatro Diputaciones y coordinar su funciones, manteniendo éstas su personalidad, y realizar la gestión y administración de las funciones y servicios que le transfiriese la Administración del Estado y las expresadas Diputaciones, pudiendo proponer medidas que afecten a los intereses de Cataluña. También le correspondía aprobar sus normas reglamentarias de régimen interior. Al Gobierno se le atribuía establecer el procedimiento para realizar tales transferencias. Los acuerdos y actos de la Generalidad serían recurribles ante la jurisdicción contencioso-administrativa y en su caso podrían ser suspendidos por el Gobierno quien podría disolver a los órganos de gobierno de la Generalidad por razones de Seguridad del Estado.

Estas normas fueron consensuadas por el Gobierno, por el Presidente Tarradellas y por los parlamentarios de las cuatro provincias catalanas.

La operación fue un éxito, el Presidente Tarradellas vino primero a Madrid donde saludó al Rey, al Presidente del Gobierno y demás altas autoridades del Estado y luego fue a Cataluña cuya llegada se celebró con un acto multitudinario y pacífico.

Tras el encuentro que celebraron en Madrid los Presidentes Suárez y Tarradellas se emitió un comunicado en el que se proclamaba que el sistema provisional establecido para Cataluña, podría extenderse a otras Regiones españolas.

Se produjo entonces un fenómeno de singular importancia política que fue la constitución en Asambleas Regionales integradas por los diputados y senadores de los respectivos territorios. Estos además de sus tareas parlamentarias en el Congreso y en el Senado, se reunían en las Asambleas Regionales y pedían autonomía.

El Gobierno negoció y consensuó con todos los grupos políticos que se integraban en cada una de ellas, un sistema provisional de autonomía, de contenido semejante al de la Generalidad de Cataluña. En el plazo de un año quedó cerrado el mapa de las preautonomías con los siguientes Reales Decretos-Leyes: 1/78, de 4 de enero (País Vasco), 2/78, de 4 de enero regulador del procedimiento a seguir en Narrara para su posible integración en la País Vasco; 7/78, de 16 de marzo (Galicia); 8/78, de 17 de marzo (Aragón); 9/78, de 17 de marzo (Canarias); 10/78, de 17 de marzo (País Valenciano); 11/78, de 27 de abril (Andalucía); 18/78, de 13 de junio (Baleares); 19/78, de 13 de junio (Extremadura); 20/78, de 13 de junio (Castilla-León); 29/78, de 27 de septiembre (Asturias); 30/78, de 27 de septiembre (Murcia); 32/78, de 31 de octubre (Región Castellano-Manchega).

Este mapa iba a coincidir, casi al cien por cien, con el resultante de los Estatutos de autonomía, aprobados con posterioridad a la Constitución, salvo los casos de Cantabria y La Rioja que en las preautonomías estaban integradas en Castilla y León. El caso de Madrid quedaba prevista en el Real Decreto-Ley de Castilla-La Mancha, con la posibilidad de incorporarse a ésta o de permanecer en solitario.

Los problemas territoriales que presentaron más dificultad, fueron, en primer lugar el de Navarra, en relación con el País Vasco, regulándose en el Real Decreto-Ley 2/78, un procedimiento que luego se convertiría en la disposición transitoria 4.a de la Constitución; el de A1bacete que prefirió incorporarse a la Región Castellano-Manchega; el de Madrid a cuya incorporación a dicha Región, ofrecían resistencia los parlamentarios de ésta; hubo que frenar la tendencia a las preautonomías uniprovinciales; al final la mayoría de parlamentarios andaluces decidió que Ceuta y Melilla no se integraran en Andalucía y no faltó quien intentara que hubiera dos Andalucías.

El fenómeno de las preautonomías fue de gran importancia para el futuro modelo de organización territorial del Estado ya que, antes de promulgarse la Constitución, existía un mapa autonómico de España, gestado por consenso de los grupos políticos al mismo tiempo que aquélla se elaboraba. Esta circunstancia permitió que, resueltos los problemas territoriales, se facilitara el cumplimiento de los requisitos de acceso a la autonomía, una vez promulgada la Constitución.

Durante el proceso preautonómico hubo tensiones que habrían de reproducirse en el posterior proceso autonómico. Una vez lograda la preautonomía de Cataluña (septiembre de 1997) y del País Vasco (enero de 1998), hubo un intento de cortar el reconocimiento de otras preautonomías. No fue posible porque ya se habían iniciado, con la autorización expresa del Presidente del Gobierno, negociaciones con otras Asambleas Regionales y porque en el comunicado hecho público en 1977, tras el encuentro de los Presidentes Suárez y Tarradellas, se declaró que podrían reconocerse otros sistemas provisionales de autonomía antes de la Constitución. Por su parte en la declaración programática del Gobierno que tomó posesión el 5 de julio de 1977, se indicó que la institucionalización de las Regiones en régimen de autonomía, constituía uno de los objetivos y que incluso el Gobierno, antes de la Constitución, estaba dispuesto a dar pasos transitorios, en dicho sentido. Por ello, tras unos meses de tensión, en marzo de 1978, se aprobaron los regímenes preautonómicos de Galicia, Aragón, Canarias y País Valenciano, en abril el de Andalucía y en los meses siguientes todos los demás.

El régimen de preautonomías no otorgaba competencias legislativas y permitió estudiar e iniciar el proceso de las transferencias a las entidades

creadas, en aquellas materias que ofrecían menos dudas desde el punto de vista de la futura Constitución.

Dicho régimen tuvo reconocimiento constitucional y así la disposición transitoria l.ª permitió que los entes preautonómicos sustituyeran la iniciativa autonómica que el artículo 143 atribuía a las Diputaciones o a los órganos interinsulares; la 2ª. atribuyó un proceso acelerado de acceso a la autonomía, a petición de los órganos preautonómicos, a los territorios que en el pasado hubiesen plebiscitado afirmativamente el proyecto de Estatuto de autonomía y cuenten al tiempo de promulgarse la Constitución con regímenes provisionales de autonomía (Cataluña, País Vasco y Galicia); la 7.ª regulaba la disolución de los organismos provisionales autonómicos.

Con las preautonomías, el Gobierno encauzó en base al consenso y a la negociación, las aspiraciones generalizadas de autonomía que se habían exteriorizado antes de la Constitución, a través, en muchos lugares, de manifestaciones populares multitudinarias y peticiones de las Asambleas de parlamentarios. El profesor García de Enterría dijo de él que «tampoco es hazaña pequeña haber sabido encauzar el griterío y la irracionalidad con que el proceso autonómico se inició, hacia dos debates circunscritos y perfectamente racionalizados» («Sobre el modelo autonómico español y sobre las actuales tendencias federalitas», Cuenta y Razón, n.º 30, Octubre 1987).

B. La organización territorial del Estado en la Constitución

El artículo 137 de la Constitución estableció que el Estado se organiza territorialmente, en Municipios, en Provincias y en las Comunidades Autónomas que se constituyan. Todas estas entidades gozan de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses.

En este modelo había una gran diferencia y es que los Municipios y las Provincias estaban ya constituidos y en pleno funcionamiento mientras que las Comunidades Autónomas tenían que constituirse, sin que la norma fundamental estableciera ni su número, ni sus territorios, ni su capitalidad, ni siquiera la obligación de erigirse en tales.

La Provincia, para la Constitución, además de ser una entidad local con personalidad jurídica propia, seguía siendo división territorial para el

cumplimiento de las actividades del Estado. Cualquier alteración de los límites provinciales habría de ser aprobada por las Cortes Generales, mediante Ley orgánica, tal como establecía el artículo 131.

La Constitución garantiza la autonomía de los Municipios que tendrán plena personalidad jurídica, correspondiendo su gobierno y administración a sus respectivos Ayuntamientos, integrados por los Alcaldes y Concejales, éstos elegidos por los vecinos mediante sufragio universal, libre, directo y secreto. Los Alcaldes serán elegidos por los concejales o por los vecinos.

Por el contrario, la organización autónoma territorial de las Comunidades Autónomas, era un derecho al auto gobierno reconocido en el artículo 2 de la Constitución, a las Nacionalidades y Regiones, que se ejercitaba a través de las Provincias limítrofes con características históricas, culturales y económicas comunes, de los territorios Insulares y de las Provincias con entidad regional histórica y de los Municipios que las integraban.

Con este modelo tan abierto e indeterminado podían darse hipotéticamente diversas alternativas; desde que no se constituyera ninguna Comunidad Autónoma, a que sólo parte del territorio nacional se constituyera en Comunidades Autónomas quedando el resto con la única capitalidad de Madrid o que el número de Comunidades Autónomas fuera uno u otro. Cabían desde Comunidades Autónomas uniprovinciales a otras integradas por diversas Provincias. Lo que no cabía era que parte de una Provincia perteneciera a una Comunidad y parte a otra o que se constituyeran en Comunidad Autónoma, Provincias que no fueran limítrofes. De ahí que sea fundamental analizar las causas que determinaron el modelo que se concretó después de la Constitución. Tampoco cabía la supresión de las Provincias que son instituciones garantizadas constitucionalmente, como tuvo ocasión de declarar el Tribunal Constitucional.

En el modelo de organización territorial de la Constitución, se establecieron diferencias entre las futuras Comunidades Autónomas y así la disposición transitoria 2.a posibilitó a las que en el pasado hubiesen plebiscitado afirmativamente proyectos de Estatuto de Autonomía, acceder de inmediato a la más amplia autonomía y elaborar el Estatuto, sin pasar por la iniciativa municipal, si así lo acordaran los órganos preautonómicos

colegiados supremos por mayoría absoluta. La autonomía sería la del artículo 151 de la Constitución e institucionalmente, el 152 les garantiza la existencia de una Asamblea Legislativa, elegida por sufragio universal por el sistema de representación proporcional, un Presidente, designado entre sus miembros por la Asamblea, un Consejo de Gobierno y un Tribunal Superior de Justicia. El Presidente, nombrado por el Rey, ostenta además la representación ordinaria del Estado en la Comunidad.

Las demás Comunidades, tendrían que seguir el proceso de iniciativa acordada por todas las Diputaciones o el órgano interinsular correspondiente y las dos terceras partes de los Municipios de cada Provincia o Isla que representaran, al menos la mayoría de cada Provincia o Isla; y ello en el plazo de seis meses desde la adopción del primer acuerdo y caso de no prosperar la iniciativa, sólo podría reiterarse pasados cinco años. Las competencias serían, en una primera fase, las limitadas del artículo 148, e institucionalmente nada se regulaba sobre los órganos de representación y gobierno, ni se establecía que tuvieran potestad legislativa. Las diferencias eran notorias con Cataluña, País Vasco y Galicia y la ambigüedad caracterizaba el régimen constitucional de las demás Comunidades.

Esta diferenciación entre unas y otras Comunidades no se dio en la Constitución de 1931 y respondía al objetivo de que sólo Cataluña, País Vasco y Galicia tuvieran una autonomía plena y a la creencia de que pasaría el fervor autonómico en las demás Comunidades, una vez promulgada la Constitución. Para sectores políticos importantes el título VIII de la Constitución debía servir para intentar resolver el problema vasco y catalán pero no para establecer un nuevo modelo territorial autonómico para todo el Estado. Como acercamiento entre ambas posiciones se redactó el artículo 151 que permitía llegar a la autonomía plena de competencias y con Asamblea Legislativa, Presidente de la Comunidad, Consejo de Gobierno y Tribunal Superior de Justicia a los territorios en que pidieran la autonomía todas las Diputaciones o los órganos interinsulares correspondientes, tres cuartas partes de los Municipios de cada una de las Provincias que representen la mayoría del censo electoral de cada una de ellas y que dicha iniciativa fuera ratificada mediante referéndum por el voto afirmativo de la mayoría absoluta de electores de cada Provincia, en los términos que estableciera una Ley

Orgánica. En el apartado siguiente analizaremos la importancia que este precepto tuvo para llegar a la generalización de las autonomías después de la Constitución.

Las competencias de las Comunidades Autónomas se regularon de forma distinta a como la hiciera la Constitución de 1931, con tres listas de materias, una de competencias exclusivas del Estado a nivel de legislación y ejecución, otra de competencias compartidas en las que al Estado correspondiera la legislación y a las Comunidades Autónomas la ejecución y una tercera en la que la competencia exclusiva en materia de legislación y ejecución correspondiera a las Comunidades Autónomas. Se prefirió ahora un sistema de doble lista de competencias de las Comunidades Autónomas (art. 148) y otra de competencias exclusivas del Estado (art. 149), pero ésta con muchos matices, excepciones y distingos, de no fácil interpretación en no pocas ocasiones.

La Constitución reguló el procedimiento de elaboración y modificación de los Estatutos de autonomía y su contenido, posibilitando que establecieran circunscripciones territoriales propias, mediante la agrupación de Municipios limítrofes.

Se dedicó especial atención a la Hacienda de las Comunidades autónomas, bajo el principio de solidaridad y se creó un Fondo de Compensación para gastos de inversión con el fin de corregir desequilibrio s económicos interterritoriales. Es un tema que continúa polémico ya que las Comunidades llevan sus cuentas de lo que aportan y reciben del Estado.

La Constitución creó la figura del Delegado del Gobierno en el territorio de las Comunidades Autónomas que se constituyeran y sus funciones serían las de dirigir la Administración del Estado en el territorio de la Comunidad Autónoma y coordinada, cuando proceda, con la Administración propia de la Comunidad. Sin embargo la Constitución no impuso que los servicios periféricos del Estado se acomodaran a los territorios de las Comunidades Autónomas. La Provincia siguió siendo la circunscripción periférica de los servicios del Estado y así la concibe la Constitución y, en la mayoría de las Comunidades Autónomas es también la demarcación periférica de los servicios de éstas. La Provincia es también circunscripción electoral para el Congreso y el Senado.

El hecho de que el Senado, siendo Cámara de representación territorial, no se configurara como Cámara de las Comunidades

Autónomas, se debió, en buena parte a la incertidumbre de cuál sería el modelo final de organización territorial nacido de la Constitución. También se echa de menos en la Constitución la creación de instituciones y órganos de colaboración, cooperación y coordinación entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Su omisión se debe también a la referida incertidumbre. Sin embargo tanto la pendiente regulación del Senado como la de otros órganos de colaboración favorecedores del funcionamiento del nuevo modelo de organización territorial, no merecen prioridad a los partidos nacionalistas que rigen Comunidades Autónomas, en cuanto prefieren las relaciones bilaterales con el Gobierno.

Ninguna Constitución ha prestado tanto interés al tema de los derechos históricos de los territorios forales, como la de 1978. Además de amparados y respetados, la disposición adicional 1.ª se refirió a su actualización general en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía. La elaboración y debate de dicha disposición en el Congreso y en el Senado fue muy polémica y aparece reflejada en los libros de Tomás Ramón Fernández (*Los derechos históricos de los territorios forales*, Civitas, Madrid 1985, pág. 129) Y Miguel Herrero de Miñón (*Derechos Históricos y Constitución*. Taurus. Madrid 1998. pág. 73). La disposición transitoria 4.ª regulaba el procedimiento de una posible incorporación de Navarra al Consejo General Vasco y la disposición derogatoria, derogaba, en cuanto pudieran tener vigencia, las leyes abolitorias de 25 de octubre de 1839 en lo que pudiera afectar a las Provincias de Alava, Guipúzcoa y Vizcaya y la de 21 de julio de 1876.

El texto constitucional que regula la organización territorial del Estado hay que juzgado en un plano político y en un plano jurídico. En el primero hay que reconocer que en un tema enormemente complicado, tuvo un amplio consenso de los partidos políticos y que incluso los nacionalistas vascos que formularon reservas a determinados aspectos del mismo, asumieron y protagonizaron el Estatuto nacido del texto constitucional. También desde el punto de vista político mereció un amplio consentimiento popular en el referéndum constitucional.

Desde un punto de vista jurídico al texto se le ha achacado ambigüedad, inconcreción, establecer un sistema abierto difícil de cerrar, dejar aspectos que se concretarían con la dinámica política y con la jurisprudencia constitucional etc. etc. Todo ello es cierto pero hay que

matizado, ya que un texto jurídicamente perfecto difícilmente hubiera logrado un consenso político y además la finalidad más que lograr una obra digna de un seminario académico entre juristas, era conseguir un texto que sumara el más amplio consenso político, compatible con los principios consagrados en el artículo 2 de la Constitución y en su propio Preámbulo.

Parada Vázquez en su trabajo «España ¿una o trina?» criticó el nuevo modelo de organización territorial y afirmó que «la Constitución de 1978 hizo con el Estado de las Autonomías el gran esfuerzo político de abjurar del elemento esencial en su organización territorial, el centralismo, desorganizando y encareciendo al límite el simple, eficaz y barato modelo de Estado afrancesado que nos legaron los liberales del pasado siglo».

Esa organización territorial centralista, uniforme y afrancesada nunca fue aceptada en importantes partes del territorio español y buena prueba de ello son las guerras carlistas y las reivindicaciones estatutarias de Cataluña. Las dos Dictaduras del siglo XX derogaron las instituciones autonómicas y la segunda también los Conciertos Económicos de Guipúzcoa y Vizcaya. Una organización territorial centralista y uniforme puede ser eficaz, pero la eficacia se pierde ante el rechazo de buena parte del país y ante una realidad pluricultural. La Transición no hubiera sido posible manteniendo el sistema centralista y uniforme que no sólo era un legado del liberalismo sino que había sido potenciado por el régimen anterior.

En cuanto al coste del nuevo sistema de organización territorial, debe recordarse que España ingresó en la moneda única cumpliendo las exigencias del Tratado de Maastricht, que tanto afectaban al gasto público, gracias a la colaboración de las Comunidades Autónomas.

C. El modelo de organización territorial del Estado surgido tras la vigencia de la Constitución

Ha quedado expuesto cómo de la regulación constitucional de la materia, dado su carácter abierto, podían surgir diversos modelos. Con la Constitución de la República de 1931, a los cinco años de su vigencia sólo Cataluña y el País Vasco habían visto promulgados sus respectivos Estatutos. El resto del territorio nacional mantenía el modelo territorial de Provincias y Municipios sin que entre aquéllas y el Estado existiese

ninguna entidad territorial. Con la Constitución de 1978, a los cinco años de su vigencia, diecisiete Comunidades Autónomas habían logrado su Estatuto de autonomía, estableciéndose así, por vez primera, un modelo de organización territorial en el que cualquier parte del territorio del Estado, pertenecía a una Comunidad Autónoma, una Provincia y un Municipio. Sólo Ceuta y Melilla quedaron durante mucho tiempo sin configurarse como Comunidades Autónomas, no obstante contemplar tal posibilidad la disposición Transitoria 5.a de la Constitución.

Las causas de la generalización fueron varias y entre ellas están, en primer lugar que a la aspiración popular de la democracia se unió, desde los primeros momentos, la de autonomía, y no sólo en Cataluña, País Vasco y Galicia, exteriorizada en infinidad de manifestaciones y actos reivindicativos; en segundo lugar que en favor de la autonomía generalizada actuaron la casi totalidad de los partidos políticos; en tercer lugar que el establecimiento de las preautonomías facilitó el posterior acceso a la autonomía, una vez promulgada la Constitución; y, en cuarto lugar, porque tras las primeras elecciones locales de 1979, las Corporaciones nacidas de ellas ejercitaron el derecho a la autonomía previsto en los artículos 143 y 151 de la Constitución.

Tras la promulgación prevista de los Estatutos del País Vasco (Ley Orgánica 3/79, de 18 de diciembre), Cataluña (Ley Orgánica 4/79 de 18 de diciembre) y Galicia (Ley Orgánica 1/81 de 6 de abril), surgió un hecho singular que iba a tener consecuencias en el futuro modelo de organización territorial. Me refiero a Andalucía que en el verano de 1979, consiguió que todas las Diputaciones y casi todos los Ayuntamientos de cada una de sus Provincias, ejercitaran el derecho a la autonomía por el procedimiento del artículo 151 de la Constitución y pidiera el referéndum de ratificación regulado en dicho precepto.

Tras no pocas tensiones hubo que aprobar la Ley Orgánica 2/80 de 18 de enero, Reguladora de las Distintas Modalidades de Referendums, convocándose el referéndum de ratificación de la iniciativa autonómica para el 28 de febrero de 1980. El voto afirmativo superó la mitad del censo en todas las Provincias menos en Almería, donde también fue ampliamente mayoritario. Tanto la Unión de Centro Democrático como Alianza Popular, recomendaron la abstención o el voto en blanco y ante hecho tan insólito y los malos resultados electorales de UCD en las elecciones de Cataluña y el

País Vasco, se formuló una moción de censura en mayo de 1980, en la que el tema de Andalucía mereció especial atención, llegando el Gobierno a declarar que si Andalucía accedía a la autonomía por la vía del artículo 143 de la Constitución, tendría también las instituciones autonómicas del artículo 152. Esta declaración vino a llenar el vacío constitucional sobre las instituciones de las Comunidades Autónomas del artículo 143. La fórmula no fue aceptada por los parlamentarios andaluces y nuevamente el tema de Andalucía fue el central en el debate de la moción de confianza presentada por el Gobierno en septiembre y aunque éste alcanzó mayoría para una fórmula por la que Andalucía accediera a la autonomía, al ser rechazada por la mayoría de las fuerzas con representación parlamentaría en aquel territorio, la cuestión quedó bloqueada. Ante tal situación el Gobierno y el partido que lo sustentaba, aceptaron que Andalucía accediera a la autonomía por la vía del artículo 151 y a tal fin se promulgaron las Leyes Orgánicas 12/80, de 16 de diciembre, que modificó el artículo 8 de la Ley Reguladora de las Distintas Modalidades de Referendums y la 13/80 de la misma fecha, de sustitución de la iniciativa autonómica en la Provincia de Almería. El Estatuto de autonomía de Andalucía, tras otro referéndum, se aprobó por Ley Orgánica 6/81 de 30 de diciembre).

El debate sobre Andalucía no sólo sirvió para decidir la forma de su acceso a la autonomía sino que dio lugar a unos pactos autonómicos, en julio de 1991, entre los partidos mayoritarios UCD y PSOE en los que se estableció la generalización de las autonomías y que las demás Comunidades accederían a la autonomía por la vía del artículo 143 de la Constitución y que tendrían las instituciones del artículo 152 de la misma, fijándose el año 1983 como fecha límite para la aprobación de los Estatutos de autonomía. Los pactos autonómicos fueron precedidos del informe de una Comisión de Expertos, presidida por el Profesor García de Enterría y de la que formaban parte los también Profesores Cosculluela Montaner y Muñoz Machado que además tenían la experiencia en el tema desde la creación del Ministerio para las Regiones.

Cuatro leyes fueron importantes para definir el modelo de organización territorial nacido de la Constitución, la Ley Orgánica 8/80, de Financiación de las Comunidades Autónomas, la Ley 7/84, de 31 de marzo, del Fondo de Compensación Interterritorial, la Ley 30/83 de 28 de diciembre, de Cesión de Tributos del Estado a las Comunidades

Autónomas y la Ley 12/83, de 14 de octubre, del Proceso Autonómico que recogió lo que quedó de la LOAPA, tras la sentencia del Tribunal Constitucional que le negó el carácter de Orgánica y de Armonización y que dejó más abierto el modelo de organización territorial del Estado.

Los trece Estatutos de autonomía de las demás Comunidades se promulgaron por el siguiente orden: Ley Orgánica 7/81, de 30 de diciembre para Asturias; la 8/91 de 30 de diciembre (Cantabria), 3/82, de 9 de junio (La Rioja); 4/82, de 9 de junio (Murcia); 5/82, de 1 de julio (Comunidad Valenciana); 8/82, de 10 de agosto (Aragón); 9/82, 10 de agosto (Castilla-La Mancha); 10/82, de 10 de agosto (Canarias); 13/82, de 10 de agosto (de Reintegración y Amejoramiento de Régimen Foral de Navaarra); 1/83, de 25 de febrero (Extremadura); 2/83, de 25 de febrero (Islas Baleares); 3/83, de 25 de febrero (Comunidad de Madrid) y 4/83, de 25 de febrero (Castilla y León). Ceuta y Melilla tuvieron sus respectivos Estatutos en tiempo mucho más reciente.

D. Características de dicho modelo

Las características del modelo de organización territorial que configuró al Estado desde la mitad del siglo a 1997, son muy diferentes a las del modelo surgido de la Constitución. Así frente al Estado unitario surge el modelo de Estado compuesto, frente al Estado centralizado surge el descentralizado y autonómico y frente al Estado uniforme surge un modelo de más diversidad.

El Tribunal Constitucional al definir nuestro modelo de Estado lo ha configurado como compuesto, es decir formado por varias Comunidades con importantes poderes legislativos y ejecutivos que, con el Estado, configuran el ordenamiento jurídico que no tiene como Leyes únicas las emanadas del Estado sino también de las Comunidades Autónomas. En este sentido responde a lo que dice el artículo 2 de la Constitución cuando afirma que la Nación española se integra por Nacionalidades y Regiones. Sin embargo esa composición no afecta a la indisoluble unidad de la Nación española en la que la Constitución se fundamenta. En el título preliminar de ésta existen elementos unitarios que configuran al Estado no como «*primus inter pares*», ni como una Federación sino como algo distinto que se asienta en la soberanía nacional

que reside en el pueblo español, del que emanan los poderes de aquél. En definitiva, la presencia del Estado en el territorio nacional es de naturaleza distinta a la de cada Comunidad en su territorio. El artículo 2.° de la Constitución excluye la idea de autodeterminación entendida como derecho a la segregación y también excluye el modelo territorial de Estado federal o confederal.

Una importante descentralización caracteriza al modelo de organización territorial que, además de posibilitarse en el título VIII de la Constitución, está expresa en el artículo 103 de la misma, al proclamar que la Administración Pública actúa de acuerdo con el principio de descentralización. Esta descentralización de las Comunidades Autónomas es muy amplia, por cuanto afecta a la potestad legislativa y ejecutiva y por el volumen de competencias y medios económicos que les han sido transferidos. Es una descentralización autonómica en cuanto el Gobierno carece de potestades para la elección de los cargos de las Comunidades y para el control de sus leyes y actos. El artículo 153 de la Constitución pone en manos del Tribunal Constitucional, de la jurisdicción contencioso-administrativa y del Tribunal de Cuentas, el control de las Comunidades Autónomas, correspondiendo el control al Gobierno, previo dictamen del Consejo de Estado, sólo en los casos en que haya delegado funciones en dichas Comunidades. El buen funcionamiento del modelo de organización territorial nacido de la Constitución, requiere el juego de los principios de lealtad constitucional, cooperación, colaboración y coordinación entre el Estado y las Comunidades Autónomas y entre éstas. Ello no impide que éstas puedan plantear sus reivindicaciones.

El Estado, no el Gobierno, tiene competencia para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales (art. 149.1.1 de la Constitución) y para dictar leyes de armonización en materia de la competencia de las Comunidades Autónomas, cuando lo exija el interés general, con apreciación de esta necesidad por mayoría absoluta de cada Cámara. Las competencias en materia económica son del Estado en lo principal en cuanto se pretende un mercado nacional único y el artículo 139 proclama que todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio.

La relación de descentralización es distinta entre el Estado y las Corporaciones Locales y su regulación está contenida más en la Ley 7/85, Reguladora de las Bases de Régimen Local, que en la Constitución, aunque ésta, en su artículo 137, proclama su autonomía y en el 140, se garantiza específicamente la de los Municipios. En el sistema actual ha desaparecido la designación de Alcaldes y Presidentes por el Gobierno, y también el excesivo control gubernativo de los actos de las Corporaciones Locales, manteniéndose el acceso directo a los órganos judiciales contra sus actos. Los servicios de estas Corporaciones son regulados, según las competencias, por el Estado o/y por las Comunidades Autónomas. En la actualidad se debate un denominado «Pacto Local», con el que quiere robustecer la vida de las Corporaciones locales, en el que subyace la idea de que su descentralización ha quedado en un segundo plano ante la de las Comunidades Autónomas. La descentralización se plantea también no sólo entre el Estado y las Corporaciones locales sino también entre las Comunidades autónomas y dichas Corporaciones.

El modelo de organización territorial nacido de la Constitución se caracteriza también por combinar los principios de uniformidad y variedad. Los Estatutos de autonomía son normas singulares que consagran diversidades para cada Comunidad dentro de la uniformidad que marcan los preceptos constitucionales. Sin embargo es evidente el parecido entre los diversos Estatutos por lo que se vuelve a una relativa uniformidad. A pesar de ello la Constitución consagra diversidades y diferenciaciones y entre ellas la que establece el artículo 2 entre Nacionalidades y Regiones, aunque queda sin concretar qué territorios se integran en uno y otro concepto, por lo que hay que remitirse a los Estatutos de autonomía que definen como Nacionalidades a otras Comunidades distintas de las de Cataluña, País Vasco y Galicia. Además la Constitución no establece un régimen distinto para unas y otras.

La Constitución establece distintos sistemas de acceso a la Autonomía que ya hemos analizado y diversos regímenes orgánicos y jurídicos para las que accedan por una y otra vía. Un gradualismo se ordena para las que lo hicieran por la iniciativa del artículo 143, en el sentido de que, según el artículo 148.2, transcurridos cinco años y mediante la reforma de los Estatutos, podrán ampliar sucesivamente sus competencias dentro del marco establecido en el artículo 149.

Transcurrieron más de diez años sin que se produjera la ampliación. En la actualidad se están elaborando los nuevos Estatutos. Canarias y las Comunidad Valenciana obtuvieron sendas leyes de delegación de amplias competencias del Estado.

El referido gradualismo tiende a igualar las competencias de las Comunidades Autónomas a fin de que, en lo posible, el Estado tenga también las mismas competencias en todas las partes del territorio. No obstante existe una importante diferencia entre los Estatutos del País Vasco, Cataluña, Galicia y Andalucía y los demás ya que sólo aquellos se sometieron a referéndum. En Andalucía hubo dos, el de ratificación de la iniciativa autonómica y el de aprobación del Estatuto. Los de las demás Comunidades no se han sometido a referéndum.

Evidentemente restringir la autonomía sólo a Cataluña, País Vasco y Galicia, hubiera producido más variedad en la organización territorial, pero esa solución difícilmente hubiera sido admitida por los demás territorios y ninguna Constitución entre nosotros consagró tal diversidad. Sería conveniente reflexionar cuál hubiera sido nuestra vida política y administrativa de haber sido ese el modelo de organización territorial.

La generalización de las autonomías no consagra una uniformidad absoluta y basta comparar las distintas Comunidades Autónomas para comprobar las diferencias existentes. El caso del País Vasco es significativo y así encontramos las siguientes: normalización de lengua propia, régimen especial de los Territorios Históricos que la configuran y de sus relaciones con los Municipios, Derecho Civil foral, Conciertos Económicos de cada uno de sus Territorios con el Estado, Cuerpos propios de Policía, derogación de las leyes abolitorias, norma constitucional sobre actualización de derechos históricos, regulación del procedimiento de incorporación de Navarra al País Vasco, régimen tributario en herencias entre padres e hijos, diferenciación de los territorios vascos en infinidad de leyes estatales, etc., etc.

Con independencia de las singularidades de cada Comunidad, hay que mencionar las que pueden producir las leyes de cada una de ellas en las materias de sus respectivas competencias. Materias como las de urbanismo, agricultura, servicios sociales, cultura, auto-organización, etc., etc., son susceptibles de una normativa autonómica creativa y adaptada a las singularidades de los respectivos territorios. En cualquier caso hay que

recordar que la variedad en sí es sólo un valor cuando responde a una realidad y a una necesidad o conveniencia debidamente justificada pero no cuando pretende consagrar privilegios improcedentes.

En España constituyen hechos singulares las Comunidades de los archipiélagos de Canarias y Baleares con el régimen de sus Cabildos insulares, extendidos a la segunda desde la preautonomía, con la denominación de Consejos Insulares. Canarias tiene además un régimen fiscal propio, consagrado en la disposición adicional 3.ª de la Constitución. Asimismo Navarra, Álava, Guipúzcoa y Vizcaya conservan su régimen de Conciertos Económicos y Ceuta y Melilla, en su singularidad de ciudades españolas en el norte de Africa, tienen sus respectivos Estatutos de autonomía, previstos en la disposición adicional 5.º de la Constitución y peculiaridades de carácter fiscal.

E. El ingreso de España en Europa y el modelo de organización territorial

La incorporación de España a las Comunidades Europeas va a afectar al modelo de organización territorial porque a Europa se traspasan no sólo competencias del Estado sino también de las Comunidades Autónomas y porque decisiones que afectan a éstas se van a adoptar en Bruselas, lo que les lleva a pretender participar en la representación española en las sesiones de los órganos comunitarios y en ejecutar en España los Reglamentos y Directivas, en materias de su competencia. El modelo de participación de los Landers alemanes se ha invocado para aplicarlo entre nosotros.

El Real Decreto 2105/96 crea la Consejería de Asuntos Autonómicos en la representación permanente de España en la Unión Europea, para informar a las Comunidades Autónomas, muchas de ellas con oficinas abiertas en Bruselas. La Ley 4/97, de 13 de marzo, crea la Conferencia para Asuntos Relacionados con las Comunidades Europeas, como órgano de colaboración y cooperación del Estado y las Comunidades Autónomas para la participación de las Comunidades en la formación de la voluntad del Estado y en la ejecución del Derecho Comunitario.

En el terreno político determinados sectores del nacionalismo vasco proclamaron que el País Vasco encontraba mejor su sitio en Europa que no

en España y que preferirían relacionarse con España a través de Europa que no a la inversa.

No hay que olvidar que la desaparición de aduanas interiores en Europa no haría perder el mercado nacional a los países que se escindieran del Estado al que pertenecen aunque tuvieran que ser admitidos como un nuevo Estado en Europa.

En este aspecto tanto la Unión Europea como los Estados que la integran, han mostrado lealtad hacia los otros Estados que forman parte de ella, al no fomentar los nacionalismos interiores existentes en dichos Estados y al combatir el terrorismo que desde sus territorios intentan desestabilizar a otros miembros de la Unión. La Comisión de Derechos Humanos del Consejo de Europa no admitió la reclamación del Parlamento Vasco, sobre presos etarras, basándose en la falta de legitimación y en no haberse agotado las vías judiciales internas.

Por otra parte, las Comunidades Autónomas y las Corporaciones locales han obtenido importantes cantidades de los distintos fondos europeos para financiar proyectos de su interés y las Comunidades Autónomas colaboraron con el Estado para superar los requisitos económicos de Maastricht que permitieron a España estar en la moneda única europea desde el primer momento, colaboración que habrá que mantener en el futuro.

Si el Tratado de Roma no establecía instituciones regionales, el artículo 198 A del tratado de Maastricht creó como órgano consultivo, el Comité de Regiones y Ciudades, en el que España cuenta con veintiún miembros.

F. ¿Crisis del modelo de organización territorial del Estado de las Autonomías?

En las dos últimas legislaturas los partidos ganadores no tuvieron mayoría absoluta ni suficiente para gobernar en solitario y tuvieron que hacerlo con la colaboración de partidos nacionalistas -CiD, PNV, Coalición Canaria- mediante pactos de gobernabilidad que ni constituyen coaliciones de gobierno, ni pactos de legislatura. Gracias a esa colaboración del día a día, han obtenido grandes beneficios para sus Comunidades, han tenido gran protagonismo en la vida nacional y han conseguido importantes

modificaciones legislativas, como la financiación autonómica, supresión de los gobernadores Civiles, legislación portuaria y del suelo etc., etc. Esta participación nacionalista en la gobernación del país y los horizontes de alguno de estos partidos, han llevado a algunos a pensar en un cambio en el modelo territorial de organización del Estado y a una segunda transición.

A partir del mes de julio de 1998, han venido celebrándose reuniones políticas y de trabajo, entre representantes de CiD, PNV y el Bloque Gallego, de las que han salido declaraciones en las que se manifestaba que todavía está pendiente la articulación, después de la Constitución, del Estado español como un Estado plurinacional. En otros documentos que, según se dijo, eran de mero trabajo se aludía a la naturaleza confederal del Estado, configurado por Cataluña, País Vasco, Galicia y España. También consideraban superado el modelo de organización territorial del Estado de las autonomías.

Coincidieron con estas reuniones hechos importantes en septiembre de 1998, como fueron el cese unilateral e indefinido del terrorismo por parte de ETA y el pacto de Estella de los nacionalistas vascos, con la clara reivindicación de autodeterminación e incluso independencia, para los territorios que actualmente forman la Comunidad Autónomas del País Vasco, Navarra y los Departamentos vasco-franceses.

En el tiempo que ha transcurrido desde el cese del terrorismo han sucedido importantes acontecimientos en el País Vasco. Las elecciones autonómicas, europeas y locales evidencian que Alava y Navarra no se sumarían a un Estado independiente de España y nada digamos de los Departamentos vasco-franceses en cuyos Municipios los votos nacionalistas son minoritarios. En la Asamblea de Electos de la denominada Euskalerría, constituida tras las elecciones municipales de 1999 en un total de 6.444 cargos sólo asistieron 1778, siendo minoritaria la representación de concejales asistentes de Alava (159 de 409 posibles), de Navarra (271 de 1681) y de los Departamentos vaco-franceses (24 de 2223). Tampoco asistieron los Alcaldes de Alava, Navarra y Guipúzcoa. HH ha anunciado que no se presentarán a las elecciones generales y ETA ha anunciado que vuelve al terrorismo.

ETA volvió a matar no sólo en el País Vasco sino también en otras partes de España, el pacto de Estella quedó paralizado, HB y HH se negaron a condenar la violencia y HH dejó en minoría al PNV en el

Parlamento vasco creando un problema de gobernabilidad. El PP Y el PSOE presentaron mociones de censura al Gobierno que obtuvieron mayoría de votos pero no los suficientes para triunfar y ambas formaciones han pedido el adelanto de las elecciones autonómicas, dada la situación de ingobernabilidad.

En todo proceso de autodeterminación y de independencia juegan tres voluntades, la de la población del territorio a independizar, la de la población del territorio del que pretenden independizarse y la de la Unión Europea y la Comunidad internacional. Por los resultados electorales no parece que Alava, Navarra y los Departamentos franceses se sumaran a un Estado independiente de España y de Francia sin que ello quiera decir que lo hicieran Guipúzcoa y Vizcaya. La población del resto de España y de Francia hay que pensar que sería contraria a la separación y a cualquier reforma constitucional que la posibilitara. La Unión Europea no parece tampoco interesada en el cambio de fronteras de los Estados que la integran. Sin entrar en otras consideraciones, no parece muy viable tal planteamiento de independencia.

Si examinamos las elecciones autonómicas catalanas de 1999 observamos que las dos fuerzas nacionalistas han perdido votos, porcentaje de votos y escaños y que CiU para constituir la Mesa del Parlamento y para formar el Consejo de Gobierno ha pactado con el PP, comprometiéndose a no promover una reforma del Estatuto en la próxima legislatura. Había expectación por estas elecciones, posteriores a la Declaración de Barcelona y posteriores reuniones de los partidos nacionalistas (PNV, CiD y Bloque Nacionalista Gallego). La abstención ha sido mayor que en las últimas autonómicas y mucho mayor que en las generales.

La Intelligence Unit del The Economist, al referirse, en un informe sobre España, al Estado de las Autonomías, dice textualmente: «En el plazo de veinte años el país se ha transformado de uno de los Estados europeos más centralizados en uno de los descentralizaados ... ». Al comentar este informe Emilio LAMO DE ESPIÑOSA (*El País* del 8-11-99), afirma que ello es cierto y la prueba de la alta legitimidad de que goza el Estado de las Autonomías la ofrecen los sondeos de opinión pública y que es estudiado por expertos extranjeros. Hoy las Comunidades Autónomas gestionan casi el 30 por 100 del gasto público y, en breve ese

porcentaje superará el 35 por 100. Ha sido un éxito -añade- y goza de notable legitimidad, que crece a medida que pasa el tiempo.

El citado autor se plantea la doble paradoja de que el País Vasco y Cataluña, que fueron los que más lucharon por la autonomía, consideren superado el Estado de las Autonomías y agotados sus respectivos Estatutos; y la no menor de que los votantes de esos territorios van dejando de creer en el victicismo y parecen estar cada día más satisfechos con lo que insatisface a algunos de sus representantes. Emilio LAMO DE ESPINOSA llega a preguntarse «¿a quién representan o para quién gobiernan esos nacionalistas que exigen soberanía (compartida o no), que declaran muertos los Estatutos gracias a los cuales gobiernan?».

El modelo de organización territorial que llamamos Estado de las Autonomías, es el resultado de un largo y difícil proceso de consenso, iniciado antes de la Constitución, profundizado durante su elaboración y mantenido en la dinámica posterior a su promulgación; y las encuestas ofrecen un alto grado de aceptación popular sobre el mismo. Cuando leo alguna de las escasas fórmulas que se nos ofrecen sobre el llamado Estado plurinacional, con modificación de la Constitución o con simple relectura de la misma, comprendo la enorme dificultad de que alcancen un grado de consenso parecido al que tuvo y tiene el actual modelo de organización territorial. Ni la vuelta al centralismo, ni el federalismo, ni las fórmulas confedérales, ni mucho menos la autodeterminación constituyen, hoy por hoy, alternativas de consenso frente al sistema de organización territorial que tenemos; y ello admitiendo que la Constitución tiene todavía posibilidades de resolver, en solidaridad, muchas de las cuestiones que se planteen.

El Rey, en el discurso conmemorativo del veinticinco aniversario de su reinado, ha dicho lo siguiente ante las Cortes Generales el 22 de noviembre de 2000: «En este último cuarto de siglo, España se ha enfrentado con ilusión de futuro, con valentía y madurez a la resolución de viejos problemas históricos. Y los ha superado. Particularmente el de su articulación territorial. España es una realidad histórica, cultural, económica y política en un constante dinamismo recreador que nace de la riqueza de la pluralidad. Entender la unidad nacional en la diversidad solidaria y justa ha sido el gran hallazgo de este último periplo histórico

que hace a España más auténtica, más vital y más creativa. También más compleja pero, desde luego, más libre y espontánea. La nación española añade a su realidad histórica y constitucional la realidad de un consenso de voluntades que conforman todo un proyecto actual de convivencia con enorme potencia y energía».

Sabemos que el terrorismo, expresión de un fanatismo cruel e irracional, pretende precisamente romper este modelo de convivencia, quebrar la continuidad del modelo constitucional y estatutario, romper la unidad de las fuerzas democráticas y la voluntad integradora de la sociedad española, poner a prueba nuestras convicciones y socavar la propia salud moral de nuestra sociedad.

En otra parte del discurso lanzó una idea que también afecta al futuro del Estado de las Autonomías. Dijo lo siguiente:

«Si hasta ahora buena parte de la energía política y social se ha volcado -y lo ha hecho con éxito- en la configuración autonómica del Estado, puede que haya llegado el momento de que las instituciones y la sociedad española desarrollen un serio esfuerzo de cohesión que sea consecuente con la realidad plural de España. La unidad nacional tiene que basarse en un proyecto de convivencia que profese similares valores morales y políticos. La solidaridad en los objetivos no busca imposiciones. Requiere más bien una voluntad permanente de diálogo presidido por la lealtad recíproca entre todas las instituciones».

Son palabras de enorme interés sobre las que todos debemos reflexionar.

III. DESCENTRALIZACIÓN

La descentralización hace referencia a las relaciones entre las Administraciones de ámbito superior con las de ámbito inferior. Fundamentalmente la descentralización afecta a las relaciones entre el Estado y las Corporaciones Locales y también entre las Comunidades Autónomas y las Corporaciones Locales de su territorio. En la Constitución española rige el principio de descentralización proclamado en el artículo 103 de la Constitución y el artículo 140 garantiza la autonomía de los municipios y el 141 reconoce personalidad jurídica a la provincia y también el carácter autónomo de su gobierno y administración. El concepto

de autonomía se refiere como dice Santi Romano a una entidad subordinada, no soberana y a un ordenamiento singular; o como dice Giannini, a un cierto poder autonormativo y a un poder de gestión consistente en la posibilidad de elegir entre alternativas diversas, con ausencia de controles externos.

La Carta Europea sobre la autonomía local, ratificada por España el 24 de febrero de 1989, exige para su existencia lo siguiente: a) que esté reconocida por la Constitución o las Leyes; b) que los órganos de gobierno estén elegidos democráticamente; c) que las Corporaciones Locales sean consultadas en los asuntos que les afecten; d) que el control sobre sus actos sea únicamente de legalidad y no de discrecionalidad o mérito; e) que dispongan de un recurso jurisdiccional para la defensa de su autonomía reconocido en la Constitución. También la autonomía local requiere que las Corporaciones tengan un núcleo importante de competencias propias, unas Haciendas suficientes y que sus actos sean directamente recurribles ante los Tribunales sin pasar por recursos administrativos ante órganos estatales.

En España una reciente Ley Orgánica 7/1999, de 21 de abril, pone en manos de los Ayuntamientos y Diputaciones, la posibilidad de impugnar ante el Tribunal Constitucional, las leyes del Estado o de las Comunidades Autónomas que vulneren la autonomía local constitucionalmente garantizada.

Si observamos la descentralización en el ordenamiento español, comprobamos que las ideas que puedan resultar problemáticas son la dudosa existencia de un núcleo de competencias propias y la suficiencia real de la Hacienda local, tal como proclama el artículo 142 de la Constitución.

En cuanto al núcleo de competencias propias de los entes locales, la Constitución no contiene una enumeración de las competencias municipales, ni provinciales. El artículo 137 consagra la autonomía para la gestión de los respectivos intereses. Existe un diferencia fundamental entre la forma en que la Constitución regula las competencias de las Corporaciones Locales y de las Comunidades Autónomas. Para aquéllas la Constitución deja al legislador la determinación de las competencias, mientras que para las segundas los artículos 148 y 149 contienen un marco

jurídico de las competencias estatales y de las Comunidades que tendrá que ser desarrollado y concretado en los respectivos Estatutos de autonomía.

El legislador, a través de la Ley 7/85, Reguladora de las Bases de Régimen Local, establece en el artículo 2 de ésta que la autonomía consiste en el derecho a intervenir en cuantos asuntos afecten directamente a sus intereses y en la atribución de competencias en función de la actividad pública de que se trate y capacidad de gestión de la entidad local.

Los artículos 25 y 36 de la Ley 7/85 enumeran una lista de competencias de los Municipios y Provincias y el 25 añade algo fundamental, cual es que el Municipio ejercerá en todo caso sus competencias en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas. Esta legislación sectorial, ajena en su elaboración a las Corporaciones Locales, favorece, en muchas ocasiones, a la competencia estatal y a las de las Comunidades en la regulación de las materias enumeradas en los artículos 25 y 36 de la Ley 7/85. La sentencia del Tribunal Constitucional 214/89 afirma que el sistema de competencias que diseña el artículo 2.1 de la Ley 7/85 resulta plenamente adecuado a la Constitución.

Mientras que las leyes sectoriales reguladoras de los servicios y competencias de las Corporaciones Locales no estén inspiradas en el principio de autonomía local, será muy difícil que ésta sea rigurosa. Junto a ello es fundamental la lista de competencias locales ya que sin esta garantía la autonomía local no existe. Una reforma auténtica del Régimen Local pasa por una reforma de la legislación sectorial, que esté inspirada en la autonomía municipal. Hoy con la tendencia a la pérdida de la competencia exclusiva (sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de febrero de 1991), con el desarrollo de las competencias supralocales y con la multiplicidad de las competencias compartidas, la autonomía local está en peligro.

Luciano Parejo nos ha hablado de la calidad de las competencias locales, en cuanto éstas no deben ser fragmentadas, ni dispersas, ni inconsistentes, sino por el contrario auténticos bloques de materias que implican una entrega de la competencia descentralizada.

EL ERROR QUE DETERMINA LA VOLUNTAD EN EL DERECHO CANÓNICO

ALBERTO BERNÁRDEZ CANTÓN

Ponencia presentada
en la Sesión Privada de la Academia
(8 de enero de 2001)

SUMARIO[*]**:** I.-Presentación. II.-Prenotandos. 1. El error de derecho en el Código canónico. 2. Simulación y acto positivo de voluntad. 3. Fundamento de la eficacia de la simulación. 4. La figura del error pertinaz. III-Status Quaestionis. IV.-Argumentos. 1. El sentido literal del c. 1099.2 La génesis de la norma. 3. El magisterio pontificio. 4. Exigencia del acto positivo de voluntad. 5. La jurisprudencia rotal. A. Tendencia afirmativa de la autonomía del error. B. Tendencia que imposibilita esta autonomía. C. Tendencia que reconduce el error determinante a la simulación. V.-Soluciones de las objeciones. 1. La voluntad sigue necesariamente al pensamiento. 2 La simulación supone elección entre concepciones distintas. 3. La exclusión es privativa de la simulación. 4. La disconformidad entre lo querido y lo establecido 5. El Código contempla el error sobre la sacramentalidad y no su exclusión. VI.-Escolio.

I. PRESENTACIÓN

La introducción, en materia de error de derecho (*error iuris*), de la cláusula «*dummodo non determinet voluntatem*» en el c. 1099, vino a constituir una novedad en el Código canónico promulgado el 25 de enero de 1983, que pronto captó la atención de intérpretes y comentaristas habiendo dado lugar a encontrados puntos de vista hasta el extremo de que

[*] Se han adoptado las abreviaturas comúnmente empleadas por los autores. En cuanto a las sentencias del tribunal de la Rota Romana, designadas por su fecha, es usual hace constar el nombre del auditor ponente precedido de la letra c (abreviatura de *coram*, preposición latina que significa ante, delante de). Su cita remite al volumen y página de la colección *Rotae Romanae Decisiones*

algún autor ha denominado «*crux interpretum*» al cometido de su comprensión doctrinal[1].

El hecho de que el Romano pontífice, en su alocución al Tribunal de la Rota Romana de 21 enero 2000, con motivo de la inauguración de su curso judicial, se haya referido a esta cuestión, desde luego sin pretender mediar en un debate doctrinal, sino más bien en el sentido de urgir y dirigir la aplicación del precepto por vía de magisterio, confiere a este debate una cierta y renovada actualidad.

La cuestión se centra en la relación existente entre este c. 1099, referente al error de derecho, y el c. 1101,2, relativo a la simulación del consentimiento matrimonial. Surgen diversos problemas en tomo a esta cuestión. En primer lugar, determinar en qué consiste la novedad de esta locución («*dummodo non determinet voluntatem*») en relación con el precepto equivalente del Código de 1917. En segundo lugar si el legislador quiso introducir con ello un nuevo capítulo de nulidad matrimonial autónomo y distinto de la tradicional simulación consensual. De ser así, y en tercer lugar, cuáles son los supuestos de hecho en que debe operar uno y otro capítulo de nulidad. En fin, si al dilucidar estos puntos jurídicos se está incidiendo en una cuestión nominalista y terminológica o, por el contrario, reviste verdadero interés y se ha de considerar jurídicamente relevante.

Trataremos de exponer éstas y otras materias conexas acogiéndonos al antiguo pero esclarecedor método escolástico consistente en señalar unos prenotandos o conceptos previos, precisar el estado de la cuestión, exponer los argumentos que abonan nuestra tesis, resolver las dificultades u objeciones que puedan contraponerse a ella y, por último, añadir algún escolio o grupo de consecuencias merecedoras de atención especial.

Para que no existan situaciones de incertidumbre, desde el principio conviene aclarar que, a nuestro entender, el c. 1099 del vigente Código no tiene por objeto introducir una causa de nulidad distinta de la simulación parcial recogida en el c. 1101,2, sino por congruencia legislativa, el de

[1] DE PAULIS, L., «L'errore che determina la volontà» en *Monitor ecclesiasticus* 120 (1995) pág. 69.

indicar la posibilidad del tránsito del error desde el ámbito del entendimiento al núcleo del acto voluntario[2].

II. PRENOTANDOS

l. El error de derecho en el Código canónico

Dice el actual c. 1099, en su versión española comúnmente aceptada: «El error acerca de la unidad, de la indisolubilidad o de la dignidad sacramental del matrimonio, con tal de que no determine a la voluntad, no vicia el consentimiento matrimonial». Enseguida vino a denotarse la diferencia con su antecedente inmediato, el c. 1084 del Código de 1917: «El simple error acerca de la unidad, de la indisolubilidad, de la dignidad sacramental del matrimonio no vicia el consentimiento matrimonial, aunque dicho error sea la causa del contrato». Se observan, de inmediato, las siguientes variantes: 1.° La omisión del calificativo «simple» que acompañaba al sustantivo «error». 2.° la elusión de la frase «aunque dicho error sea la causa del contrato». 3.° la incorporación, siquiera sea por vía adversativa o excepcional, de la cláusula «*dummodo non determinet voluntatem*».

En cuanto al punto primero se admitía pacíficamente, por una parte, que el calificativo simple venía a destacar lo característico del error en cuanto operación, o mejor, posicionamiento del entendimiento equivocado que no tiene por qué incidir de suyo en los actos voluntarios. Por otra parte, se entendía que era la situación general de quienes incurrían en estas posiciones erróneas con base en la presunción más común de que quien desea contraer matrimonio, sobre todo si se trata de matrimonio canónico, tiene la intención de contraerlo tal y como lo contraen los demás cristianos o como lo regula la iglesia o como fue instituido por Dios; es decir, quiere contraer verdadero matrimonio. La irrelevancia de estas situaciones distintas o disconformes con la regulación natural o canónica del matrimonio se basaba en la distinción entre error substancial y error accidental equivalente a la distinción civil de error obstativo y error en los

[2] En este sentido nuestro *Compendio de Derecho matrimonial canónico* 5.ª ed. (Madrid 1986) págs. 140-141 y 185-186.

motivos. Error substancial, por tanto, relevante, el que recae sobre los elementos identificadores de la institución matrimonial, error accidental e irrelevante el que recae sobre sus propiedades, que aunque deriven de su esencia son accidentales. Y estando la identidad o sustancia del matrimonio descrita en el actual c. 1096 (equivalente al anterior 1082) basta para contraer matrimonio «que los contrayentes no ignoren al menos que el matrimonio es un consorcio permanente entre un varón y una mujer ordenado a la procreación de la prole mediante una cierta cooperación sexual» puesto que el objeto de la voluntad es la identidad del negocio jurídico al que siguen necesariamente la aceptación de sus propiedades esenciales con tal de que éstas no se excluyan expresamente. Por tanto, el desconocimiento o posturas erróneas acerca de éstas caen bajo la regla general de que no vician la voluntad. Por supuesto que la supresión del término «simple» en el Código actual no altera la vigencia de esta regla general. Y su omisión viene a responder al sentido reduplicativo que en cierta forma ofrecía. Algún autor -de forma forzada, según creo- ha querido ver la pérdida de valor de las presunciones que latían bajo estos preceptos.

En cuanto al punto segundo, la normativa anterior advertía sobre la irrelevancia del error aunque fuese antecedente o *causam dans*. Se entendía, pues, que pese a la influencia de esta clase de error en la formación de la voluntad, no toma parte del objeto o contenido del acto voluntario en que consiste, sino que se sitúa en el momento precedente o deliberativo del acto voluntario porque lo que constituye y califica al acto voluntario es el objeto o efecto perseguido por la voluntad y no las motivaciones que lo suscitan. En definitiva, el error antecedente, como el concomitante, no vicia el consentimiento y de acuerdo con ello era irrelevante casarse con la convicción de que el matrimonio no es único, ni indisoluble, ni dotado de carácter sacramental o bien por la presencia de estas convicciones. Ahora bien, la supresión de esta previsión legal no puede significar que el error *causam dans* venga a obtener eficacia invalidante, sino sencillamente que ha dejado de ser contemplado por la obvia razón de serie aplicable el principio general de la irrelevancia del *error iuris* no substancial, salvo el caso que en el supuesto concreto pudiera estimarse que había determinado la voluntad. No obstante, algún autor entendió que el legislador sustituía ·la expresión «aunque sea causa

del contrato» por la expresión «con tal de que no determine a la voluntad» atribuyendo, de esta forma eficacia irritante al primero.

En cuanto al punto tercero, es decir, la inclusión de la cláusula «*dummodo non determinet voluntatem*» ha sido interpretada de diversas formas y ello constituye el objetivo de este trabajo. Nos limitaremos por el momento, a advertir que algún autor quiso entender que el texto promulgado daba lugar a distinguir dos categorías de error, a saber, el que no determina la voluntad y el que, por el contrario, la determina con la consecuencia de ser irrelevante el primero e irritante el segundo. Aunque sea cuestión de poca monta, parece más acertado afirmar que el tan citado c. 1099 contiene un principio general (el de la irrelevancia del *error iuris* y un supuesto excepcional (cuando el error determina la voluntad).

2. Simulación y acto positivo de voluntad

Dada la inevitable relación que surge entre el error determinante y las figuras de la llamada simulación parcial, se hace preciso traer a este lugar las características propias de dichas figuras. Dice el c. 1101,2 del vigente *Codex*: «pero si uno de los contrayentes o ambos, excluyen con un acto positivo de la voluntad el matrimonio mismo o un elemento esencial del matrimonio o una propiedad esencial, contrae inválidamente». Si ponemos en contacto los dos preceptos (dejando a un lado la exclusión del mismo matrimonio por interesar menos al caso) observaremos cierta diferencia terminológica puesto que el c. 1099 se refiere al *error* sobre la unidad, la indisolubilidad o el carácter sacramental mientras que el c. 1101,2 alude a la *exclusión*, mediante acto positivo de la voluntad, de las propiedades esenciales que no son otras que la unidad y la indisolubilidad (c. 1056). En cuanto a la presencia del carácter sacramental del matrimonio en uno, y su omisión en otro, nos referiremos a ello más adelante.

Especial interés reviste el concepto de acto positivo de voluntad el cual tiene lugar cuando la facultad volitiva o del querer se ejercita sobre un objetivo determinado con la intención de alcanzarlo y, por consiguiente, contiene una decisión firme y decidida de obtener un resultado concreto. De ahí que el acto positivo de voluntad se distinga de las ideas abstractas, de los conceptos más o menos rigurosos, de las preferencias o inclinaciones genéricas o de los hábitos o modos de actuar frecuentemente.

El acto positivo de voluntad se refiere a lo requerido real y específicamente, a lo deseado de manera resuelta, decisiva e inequívoca.

Ahora bien, es doctrina comúnmente admitida que el acto positivo de voluntad puede ser explícito o implícito, cuyas categorías no siempre se definen del mismo modo. A nuestros efectos es suficiente dejar constancia de algunas consideraciones de la jurisprudencia rotal. Así por ejemplo, la c. Staffa de 12 mayo 1948: «El acto positivo de voluntad puede ser explícito o implícito; es explícito si pretende como objeto directo o inmediato la exclusión de la esencia o de una propiedad esencial del matrimonio; es implícito si tiene como objeto directo e inmediato algo en lo cual se contiene la exclusión del matrimonio o su propiedad esencial» (v. 40, pág. 186). Una sentencia posterior c. Sabattani de 29 octubre 1963 dice: «el acto implícito permanece en el orden positivo porque, aunque su sustancia no aparezca directa e inmediatamente en la manifestación del agente, sin embargo allí mismo está contenido siempre ("*idemtidem*"), real y no presuntamente, positiva y no interpretativamente aunque como en los pliegues y en el interior ("*veluti in plicis seu in sinu*") de la misma manifestación» (v. 55, pág. 706). Una sentencia más reciente dice que el acto implícito tiene lugar «*si manijestatur in verbis adhibitis tamquam in plica tamquam effectus in causa conntinetur*» (c. Giannecchini 23 enero 1996, v. 88, pág. 43).

Con referencia concreta a la exclusión de la indisolubilidad, la c. Stankiewicz de 29 enero 1981 afirma que «la exclusión de la indisolubilidad tiene lugar explícitamente cuando uno al menos de los contrayentes se reserva el derecho o abriga la intención de cancelar el vínculo matrimonial para librarse de las obligaciones matrimoniales y, en su caso, poder contraer un nuevo matrimonio; tiene lugar implícitamente cuando el consentimiento se dirige a un objeto directo o inmediato contradictorio con la indisolubilidad, como la voluntad de contraer matrimonio disoluble, un matrimonio a término o un matrimonio experimental o a prueba» (v. 73, pág. 49).

En definitiva, la exclusión implícita se produce cuando la voluntad se dirige y acepta directamente una situación o conducta en abierta contradicción con una característica esencial la cual queda eliminada indirectamente en virtud del consabido aforismo de *inclusio unius exclusio*

alterius. Según Panizo, el acto explícito y el acto implícito vienen a ser la misma cosa, aunque presentada de diferente modo[3].

3. Fundamento de la eficacia de la simulación

También es interesante para el cometido emprendido reparar en el fundamento sobre el que radica la nulidad en el caso de la simulación parcial. Mientras que en la simulación total (--exclusión del matrimonio mismo-) se produce la disconformidad entre la expresión externa del consentir y la voluntad interna de no contraer, en la simulación parcial tiene lugar la disconformidad entre lo realmente pretendido y lo establecido por el ordenamiento sobre los elementos esenciales de la unión conyugal. En el primer caso, el matrimonio resulta nulo por el predominio de la voluntad sobre la manifestación contraria dada, la insustituibilidad del consentimiento matrimonial. En el segundo caso, el matrimonio deviene nulo por la inadecuación del objeto perseguido por la voluntad y las normas de derecho necesario configuradoras del instituto matrimonial (*ius cogens*). Como ejemplo traigamos una sentencia rotal c. Massala de 20 octubre 1971: «El consentimiento emitido es un acto de voluntad que recibe su naturaleza ("*formam*") del objeto al cual tiende; de donde una vez alterada la naturaleza del objeto, el contrato resulta ser distinto del matrimonio, así el consentimiento que tiende a un objetivo alterado no será consentimiento matrimonial» (citado por la c. Agostini de 28 febrero 1973 (v. 65, pág. 181). Más sucintamente lo expresa una c. Fiore de 26 febrero 1973: « ... *connsensus enim, qui solum matrimonium jacit, sic contrahentis, non in matrimonium, uti est, dirigeretur, sed in objectum a matrimonio substantialiter diversum*» (v. 65, pág. 148).

4. La figura del error pertinaz

En esta línea de nociones previas también es importante aludir a la doctrina, configurada especialmente por la jurisprudencia, referente al error pertinaz (*error pervicax*), es decir, aquel tipo de error que obedece a

[3] PANIZO, S., «Exclusión de la indisolubilidad del matrimonio» en VV. AA. *Simulación matrimonial en el Derecho canónico* (Pamplona 1994) pág. 231.

profundas convicciones de tal manera que se encuentra firmemente arraigado en la mentalidad del sujeto y difícilmente puede estar ausente del acto voluntario de contraer existiendo por ende cierta proclividad del sujeto para introducir el error en el acto voluntario[4].

Cupo al auditor rota1 Pericles Felici enuclear las líneas esenciales de esta teoría en varias sentencias de las que fue ponente. Una de las más citadas es la de 13 julio 1954 en que después de reafirmar el criterio de que el error radica en el entendimiento y que, de suyo, no invade la voluntad, abre una importante salvedad: «Sin embargo, si el error se encuentra tan enraizado en el ánimo del contrayente hasta el punto de que constituya algo así como una segunda naturaleza difícilmente se admite la distinción mencionada; en efecto, generalmente el hombre obra según siente profundamente en virtud del principio de la motricidad de las ideas y de las imágenes, según el cual la imagen y la idea con tanta mayor eficacia y tanto más fuertemente impulsa a la obra cuanto más vivas y profundas se encuentran, cuanto más ampliamente resuenan en el interior del ánimo»[5].

[4] PARISELLA, I., «De pervicaci seu radicato errore circa matrimonii indissolubilitatem» en *Ius Populi Dei* III (Roma 1972) págs. 511-540; GRAZIANI, E., «Mentalita divorcista ed exclusione della indissolubilita del matrimonio» en *Ephemerides iuris canonici* 34 (1978) págs. 18-40; GROCHOLEWSKI, Z., «Relatio inter errorem et positivam indissolubilitatis exclusionem in nuptiis contrahendis» en *Periodica 69* (1980) págs. 569-601; ALDANONDO, M. l., *Mentalidad divorcista y consentimiento matrimonial* (Salamanca 1982); DEL AMO, L., «Mentalidad divorcista y nulidad del matrimonio» en *Ius canonicum* 20 (1980) págs. 255-271; PANIZO, S. «Mentalidad divorcista y simulación conyugal» en *Revista de Derecho privado* 64 (1980) págs. 353-378.

[5] *Rotae Romanae Decisiones* v. 46, pág. 616. Consideraciones análogas en las sentencias del mismo ponente de 28 febrero 1950 (v. 42. pág. 103) Y 24 marzo 1953 (v. 45, pág. 227). En una posterior de 17 diciembre 1957 se dice: «*Fieri tamen potest ut error ita penetret et atrahat personalitatem, ut dicitur, conntrahentis, ut aliter ipse nolit quam cogitet, aliter non agat vel opetur, quam mente volutet. In hoc casu error dici potest inducere nullitatem coniugii non tam in se ipso quam potius propter voluntatem per se ipsum vitiatam. Haec mihilominus positiva voluntas non potest praesumi, sed probanda est validis argumentis rationibusque*» (v. 49, pág. 844).

La doctrina jurisprudencial del *error pervicax* puede resumirse en los siguientes puntos:

1. Cuando la mentalidad divorcista -y en general la adversa a la constitución del matrimonio- se encuentra ampliamente difundida y tenazmente profesada es difícil sostener que el error se reduce a una predisposición del intelecto y que no pasa a la voluntad[6].
2. De ahí que la clásica presunción de que en los casos de error sobre las propiedades esenciales del matrimonio prevalece la voluntad de contraerlo según fue instituido por Dios se debilita más fácilmente cuanto más maliciosamente el error invade la mente[7].
3. El error fuertemente enraizado en la mentalidad del contrayente puede actuar como causa remota de la simulación de tal manera que fácilmente pueda surgir una ocasión o causa próxima por la que la voluntad general se convierta en particular o la intención habitual se convierta en actual o virtual, quedando de esta forma aplicado el error al matrimonio concreto que se celebra[8].
4. La causa próxima u ocasión para aplicar al propio matrimonio la mentalidad adversa a su constitución natural y cristiana puede ser, ante todo, la duda en cuanto al feliz resultado de la unión así como las advertencias que en tal sentido puedan dirigirles los parientes, la incredulidad o el tedio a cualquier vinculo social, los deseos de libertad ilimitada, la afiliación a organizaciones contradictorias con la constitución cristiana del

---

[6] Sentencias c. Anné de 16 febrero 1965 (v. 57, págs. 156-157); c. Pallazzini de 12 marzo 1969 (v. 61, págs. 258-259); c, Lamversin 27 marzo 1981 (v. 73, pág. 203).

[7] Sentencias c. Anné de 2 abri1 1968 (v. 60, pág. 289) y 1 julio 1969 (v. 61, pág. 681); c. Pompedda de 23 enero 1971 (v. 64, pág. 54).

[8] Sentencias c. Fiore de 14 julio 1961 (v. 53, pág. 395); c, Anné de 27 octubre 1964 (v. 56, pág. 765); c. Pinna de 21 marzo 1968 (v. 60, pág. 229); c. Ewers de 28 julio 1969 (v. 61, pág. 896).

matrimonio, etc.[9]. Por ello también se admite como causa próxima de la simulación o exclusión la propia conformación ideológica del sujeto[10].

5. Este núcleo de presunciones no da lugar a la prueba plena de haber tenido lugar la simulación por parte del contrayente imbuido de una mentalidad contraria a la ordenación objetiva del conyugio, sino que siempre se ha de probar el acto positivo de voluntad por el que se transmitió al matrimonio concreto las particulares ideas especulativas, si bien este acto de voluntad puede ser -como ya se dijo- explícito o implícito[11].

III. STATUS QUAESTIONIS

Como quedó dicho, la aparición de la cláusula «con tal que no determine a la voluntad» en el Código canónico de 1983, daría lugar a diversas interpretaciones. Una de ellas, ya apuntada sería la de quienes pensaron que la mentada locución venía a sustituir la expresión del antiguo c. 1086 «aunque sea causa del contrato» definiendo con ello lo que se ha de entender por error antecedente o causante y otorgándole eficacia invalidante.

Otra teoría es la de quienes interpretan que la citada cláusula vendría a aplicar a la materia matrimonial lo preceptuado en el c. 126 que establece la nulidad del acto jurídico realizado por ignorancia o error cuando afecta a lo que constituye su substancia o recae sobre una condición *sine qua non*. De esta forma se vendría a superar la supresión del régimen concerniente a la condición sobre la substancia del matrimonio

[9] Sentencias c. Ewers de 6 de julio 1966 (v. 58, pág. 544); c. Anné de 25 octubre 1966 (v. 58, pág. 731); c. Palazzini de 16 julio 1968 (v. 60, pág. 806); c. Abbo de 6 noviembre 1969 (v. 61, pág. 978); c. Stankiewicz de 14 octubre 1978 (v. 70, pág. 438).

[10] Sentencias c. Anné de 7 noviembre 1972 (v. 64, pág. 684); c. De Jorio de 12 diciembre 1973 (v. 65, pág. 817); c. Felice de 17 marzo 1959 (v. 51, pág. 167).

[11] Sentencias c. Ewers de 24 febrero 1968 (v. 60, pág. 127); c. Parisella de 30 mayo 1968(v. 60, pág. 391); c. Pinto de 6 noviembre 1972 (v. 64, pág. 674); c. Roger de 27 noviembre 1973 (v. 65, pág. 794); c. Davino de 13 diciembre 1978 (v. 70, pág. 548); c. Ragni de 11 junio 1980 (v. 72, pág. 439).

contenido en el antiguo c. 1092,2° [12]. Sin dejar de ser interesante esta observación parece que la supresión de la condición contra la substancia (por ejemplo, contra la unidad o contra la indisolubilidad) puede explicarse por cuanto en fin de cuentas este tipo de condición venía a resolverse en un supuesto de simulación parcial en el que el acto positivo de voluntad, por su elevación a condición, era considerado de los más claros y decisivos.

Mención especial merece la postura doctrinal que contempla en la citada cláusula el establecimiento de un nuevo capitulo de nulidad independiente del supuesto de la simulación parcial. Debió ser Viladrich el primero, al menos entre los autores españoles, que quiso ver en el nuevo texto codicial la presencia de esta nueva figura innovadora como vicio autónomo del consentimiento. «El contrayente -dice este autor- por el influjo radical de aquel error, quiere un matrimonio privado positivamente y voluntariamente de unidad, de indisolubilidad o de la sacramentalidad. En tal caso, el error ha dejado de ser simple y al convertirse en determinante del contenido del acto interno de voluntad, ha provocado en ese acto de voluntad una ausencia objetiva y positiva de la unidad, de la indisolubilidad o de la sacramentalidad del verdadero y válido matrimonio. Incluso a continuación razona el autor que no es preciso el acto positivo de voluntad característico de la simulación»[13]. Esta visión del problema alcanza tal éxito que párrafos de este autor son reproducidos por sentencias del tribunal de la Rota Romana y en los escritos del renombrado auditor rotal A. Stankiewicz quien llega a afirmar que esta teoría constituye en la actualidad aunque sin demostrarlo, la opinión dominante[14]. A su vez, siguen las pautas de Viladrich, varios autores españoles[15].

---

[12] En este sentido NAVARRETE, D., «De sensu clausulae "dummodo non determinet voluntatem" c. 1099» en *Periodica* 81 (1992) pág. 490; GIL DE LAS HERAS, F. «El concepto canónico de simulación» en lus canonicum 33 (1993) pág. 256.

[13] Comentario al c. 1099 en *Código de Derecho canónico* Edición anotada (Pamplona 1983) Pág. 662. El mismo autor abunda en el mismo tema en VV. AA. «Comentario exegético al Código de Derecho canónico», v. III (Pamplona 1996) págs. 1293-1318.

[14] STANKIEWICZ, A., «L'errore di diritto nel consenso matrimoniale» en *Periodica* 83 (1994) págs. 655 y 665. Ver sentencia c. Ragni de 23 febrero 1988 (v. 80, págs. 130-131).

[15] LÓPEZ ALARCÓN, M., NAVARRO V ALLS, R., *Curso de derecho matrimonial canónico y concordado* (Madrid 1994) pág. 213; GARcíA FAILDE, J. J.,

Por nuestra parte ya en su día hicimos notar que las expresiones de Viladrich no eran otra cosa que la definición brillante del fenómeno de la simulación así como que la regla general de la irrelevancia del error, en estos casos, sería una fórmula superflua, pues una vez que el c. 1096 señala cuál es la clase de error jurídicamente relevante no hubiera sido preciso especificar cuál es la clase de error que no lo es (en virtud del principio «*Inclusio unius exclusio alterius*») y que el legislador habría formulado este precepto tanto por la fuerza paradigmática que sin duda en la elaboración del vigente Código habría desempeñado el Código derogado, cuanto por el valor funcional que puede significar este precepto, el c. 1099, en relación con el instituto de la simulación[16]. Según esto se llegaría a la conclusión de que el consabido c. 1099 al sustituir la expresión de «simple error» por la cláusula «con tal de que no determine la voluntad», por una parte estaría sustituyendo lo definido por su definición (o sea, es simple error el que no determina la voluntad) y, por otra parte, el error que determina la voluntad señalaría el tránsito del error puramente especulativo al error que por incidir directamente en el acto voluntario se convierte en un acto de simulación. Veremos los argumentos que militan en favor de esta tesis.

IV. ARGUMENTOS

1. El sentido literal del c. 1099

«La aplicación de algunos capítulos de nulidad matrimonial contenidos en el nuevo Código de Derecho canónico» en «Curso de Derecho matrimonial y procesal canónico» VIII (Salamanca 1989) págs. 138-139; PÉREZ RAMOS, A., «En torno a la simulación exclusión en el matrimonio canónico» en *Curso de Derecho* ... cit. págs. 201-202; J. 1. Bañares, «Simulación y error-ignorancia» en VV. AA. *Simulación matrimonial en el Derecho canónico* (Pamplona 1994) págs. 139-160; MAJER, P., *El error que determina la voluntad* (Pamplona 1997).

[16] *Supra* nota 2. Reconducen el error determinante a un supuesto de simulación AZNAR GIL, F., *El nuevo Derecho matrimonial canónico* 2.ª ed. (Salamanca 1985) págs. 223-224; REINA, V., MARTINELL, J. M., *Curso de Derecho matrimonial* (Madrid 1995) págs. 489-491.

Si atendemos al sentido literal de la norma (c. 17), de entrada resulta extraño que se formule una causa de nulidad de forma incidental, interrumpiendo la regla general de la irrelevancia del error y a modo de inciso. Esta extrañeza se justifica si comparamos esta cláusula con el estilo directo, claro e inequívoco con que se establecen las diversas causas de nulidad expresadas en el Código (Cfr. c. 10).

Pero mucho más decisivo es analizar la significación del verbo latino *determinare*, derivado del sustantivo *terminum*, y que puede significar bien poner *límites* a la voluntad o bien constituir el *término* al que se dirige la voluntad como a su objeto propio. Esto ocurre cuando el error incide en la voluntad a manera de limitación o restricción del consentimiento matrimonial (acepción de *terminum* como «limi te») o, lo que es equivalente, cuando el entendimiento presenta a la voluntad un modelo de matrimonio estructurado de acuerdo con las ideas erróneas para que ésta se dirija al mismo como término del acto de querer (acepción de la voz *terminum* como «destino»).

Fácilmente se advierte que esta forma de actuar es propia de la figura denominada simulación parcial, según señalábamos con anterioridad.

Todavía podríamos extremar el argumento aceptando la significación menos principal, del verbo determinar como motivar o impulsar y preguntándonos hacia qué o hacia dónde queda impulsada la voluntad. Desde el punto de vista lógico, sólo caben tres respuestas: o la impulsa a contraer, o la impulsa a restringir o la impulsa a contraer restringiendo. Si lo 1º, estamos en presencia de un error *causam dans*, que en principio es irrelevante o de una *causa contrahendi* que por tener un objeto lícito no supone desdoro para el matrimonio. Si lo segundo, el error es sencillamente causa de simulación (remota o próxima es indiferente en este momento). Si lo 3º nos encontraríamos con un raro factor que actuaría a la vez como *causa contrahendi* y como *causa simulandi* que aún admitida su viabilidad jurídica, nos conduciría de nuevo a la figura de la simulación parcial.

2. La génesis de la norma

En cuanto a la génesis del precepto, aunque sería prolijo traer a este lugar su evolución en la Comisión de Reforma del Código de Derecho Canónico, puede afirmarse que en ningún momento, al menos de manera directa, los debates versaron sobre la introducción o no de una nueva causa de nulidad. En resumidas cuentas estos debates versaron sobre la sustitución de la cláusula «*etsi det causam matrimonio*» del antiguo c. 1084 por la posterior «*dummodo non afficiat*» o «*dummodo non determinet voluntatem*»; sobre el mantenimiento de la presunción, en quienes se casan, de querer contraer un verdadero matrimonio, presunción que prevaleció sobre algunas opiniones minoritarias adversas, o bien sobre la mención, junto a las propiedades esenciales del matrimonio, de la dignidad sacramental de éste.

Si algo quedaba claro en estos debates era lo siguiente: «planteada expresamente la cuestión de si por esta mutación habría que dar otro sentido a este canon, casi todos los consultores respondieron que querían mantener el sentido que ahora tiene el canon según la interpretación común»[17]. Con esto quedaba claro que el nuevo precepto, el que llegaría a ser el actual c. 1099, no alteraba el fundamento del correspondiente anterior (a saber: que el error de suyo permanece en la entendimiento y que se ha de partir de la voluntad prevalente de contraer un verdadero matrimonio, salvo que la voluntad resultase determinada) y debería interpretarse según la opinión más común *ahora*, e sea, en ese momento, y en ese momento dominaba la tesis de la eficacia, con su virtualidad y sus limitaciones, del comúnmente llamado *error pervicax seu radicatus* en sus relaciones con la simulación parcial.

No en vano en la edición de fuentes del vigente Código, publicado por el Consejo Pontificio para la Interpretación de los textos legislativos, se inscriben como fuentes del actual c. 1099 una serie de sentencias rótales, siete en concreto, en las que se conformaba la figura del error pertinaz.

3. El magisterio pontificio

En cuanto al magisterio pontificio, entendemos que las referencias que el Romano Pontífice verifica, por vía de magisterio, en tomo al Código

[17] *Communicationes* 3 (1971) pág. 76

canónico, más que a resolver problemas de técnica jurídica, están encaminadas a prevenir sobre el peligro de prácticas desviadas o a ilustrar sobre su aplicación urgiendo el cumplimiento del recto sentido de las normas.

En dos ocasiones se ha referido el Papa al c. 1099. En la alocución a la Rota Romana de 29 de enero de 1993, decía «Se produciría una grave lesión a la estabilidad del matrimonio y por tanto a la sacralizad del mismo si el hecho simula torio no fuese siempre concretado por parte del supuesto simulante en un acto positivo de la voluntad (c. 1101,2) o si el llamado *error iuris* sobre una propiedad esencial del matrimonio o la dignidad sacramental del mismo no alcanzase tal intensidad que condicionara el acto de voluntad determinando así la nulidad del matrimonio (c. 1099)»[18]. Como decíamos no puede extraerse la consecuencia de que el Papa esté entrando en la polémica doctrinal y de técnica jurídica que estamos contemplando siendo así que la preocupación máxima es la de la estabilidad del matrimonio. Pero si quisiéramos traer estas palabras al terreno de la técnica jurídica no podría pasar inadvertido cómo se afirma que el error ha de alcanzar tal intensidad que «condicionara el acto de voluntad» expresión que vendría a apoyar la tesis de quienes ven en el consabiido precepto la condición contra la sustancia del matrimonio según el canon 126 o, incluso de quienes entendemos que la cláusula «con tal de que determine la voluntad» indica el tránsito del error arraigado a la simulación, habida cuenta de que la condición no es sino la forma más expresiva de manifestarse el acto positivo de voluntad. Y una prueba de que el Pontífice no se está moviendo en el terreno de la técnica jurídica la extraemos observando que en su discurso, lo que queda «determinado» es la nulidad del matrimonio mientras que la volunntad resulta «condicionada».

La otra referencia al c. 1099 la encontramos en la Alocución al Tribunal de la Rota Romana de 21 de enero de 2000, cuyo tema fundamental fue la re afirmación de la indisolubilidad del matrimonio rato y consumado[19]. Pero antes de adentrarse en ese punto, a modo incidental, el Papa va a advertir sobre la aceptación de la indisolubilidad por parte de

[18] *Acta Apostolicae Sedis* 85(1993) pág. 1259
[19] *Acta Apostolicae Sedis* 92 (2000) págs. 350-355

los contrayentes. Y a este propósito se alude a un ambiente social y cultural contrario a la indisolubilidad: «Pero esta dificultad real no equivale pura y simplemente a un concreto rechazo del matrimonio cristiano o de sus propiedades esenciales. Mucho menos justifica la presunción, desgraciadamente a veces formulada por algunos Tribunales, de que la intención prevalente de los contrayentes, en una sociedad secularizada y atravesada por fuertes corrientes divorcistas, es la de querer un matrimonio que se pueda disolver, en el que se exija más bien la prueba de la existencia de verdadero consentimiento». Interesante advertencia desde el punto de vista pastoral y de la práctica procesal y que, desde nuestro punto de vista, viene a iniciar el tema del «concreto rechazo del matrimonio cristiano o de sus propiedades esenciales». Pues bien, a continuación se añade:

«La tradición canónica y la jurisprudencia rotal, para afirmar la exclusión de una propiedad esencial o la negación de una finalidad esencial del matrimonio, han exigido siempre que estas tengan lugar con un acto positivo de voluntad, que supere una voluntad habitual o genérica, una veleidad interpretativa, una opinión equivocada sobre la bondad en algunos casos del divorcio, o un simple propósito de no respetar los compromisos realmente asumidos». Nadie dejará de ver reflejada en este párrafo la figura de la simulación («exclusión», «acto positivo de voluntad», superación de la «voluntariedad habitual o genérica» «que *siempre* se ha exigido») sin dejarse llevar por la falsa presunción denunciada con anterioridad.

Continúa la Alocución de Juan Pablo II: «En coherencia con la doctrina constantemente profesada por la Iglesia, se impone por ello la conclusión de que las opiniones que contrastan con el principio de la indisolubilidad o las conductas contrarias al mismo, sin el rechazo formal de la celebración del matrimonio sacramental, no superan los límites del simple error que según la tradición canónica y la normativa vigente no vicia el consentimiento matrimonial (cfr. CIC can. 1099) ». Parece que se continúa in mente con el supuesto de la simulación («doctrina constantemente profesada por la Iglesia», «rechazo formal de la celebración del matrimonio sacramental», «tradición canónica y normativa vigente»). Si por algo se cita el c. 1099 es para advertir que el simple error no vicia el consentimiento.

Continúa el discurso: «Sin embargo, en virtud del principio de la imposibilidad de sustituir el consentimiento matrimonial (cfr, CIC can. 1057), el error sobre la indisolubilidad de manera excepcional puede tener eficacia invalidante del consentimiento cuando determina positivamente la voluntad del contrayente hacia la elección contraria a la indisolubilidad del matrimonio (cfr. CIC can. 1099) ». Sin dejar de constatar que aquí se trata de un caso excepcional (introducido además por la conjunción «sin embargo») la Alocución matiza la expresión codicial: cuando el error determina *positivamente* la voluntad hacia *la elección contraria a la indisolubilidad*. Una vez más está planeando en este párrafo el espíritu de la figura de la simulación, pues estas matizaciones inclinan la voluntariedad en dirección a ésta.

Prosigue el discurso: «Ello se puede verificar sólo cuando el juicio erróneo sobre la indisolubilidad del vínculo influye de modo determinante sobre la decisión de la voluntad porque está orientado por un íntimo convencimiento profundamente enraizado en el espíritu del contrayente y profesado por el mismo con determinación y obstinación». Sacado de contexto, este párrafo se podría alegar en favor de la autonomía del error determinante como capítulo de nulidad. Pero puesto en contacto con los párrafos anteriores con los que guarda una íntima relación («Ello se puede verificar. .. ») se advierte enseguida que, por una parte, vuelve a referirse al error que influye de modo determinante sobre la *decisión* de la voluntad y que, por otra parte, define como causa lo que se viene denominando *error pervicax*.

4. Exigencia del acto positivo de voluntad

Hemos visto que mediante el acto positivo de voluntad, el simulador excluye un elemento o una propiedad esencial del matrimonio que se contrae «*hic et nunc*». Para los mentores de la autonomía del error determinante, o para algunos de ellos, no es preciso probar el acto positivo de voluntad pues una vez probada la posición arraigada en el espíritu contraria al matrimonio único, indisoluble o sacramental, se ha de tener por cierto que el matrimonio acaso contraído, estará viciado en su raíz ya que el consentimiento emanado de una personalidad conformada de esta suerte no puede versar sino sobre el único tipo de matrimonio anclado tan

firmemente en su mente. Incluso se ha llegado a decir, poniendo en peligro la misma libertad del sujeto, según creo, que quien no tiene más que una propuesta de vínculo conyugal conveniente se autodetermina necesariamente a él; que quien vive sumergido en el error no sabe hacer otra cosa. ¿No estaría el Papa refiriéndose a esta corriente doctrinal, cuando tras aludir a la práctica de algunos tribunales que más bien exigen la prueba del verdadero consentimiento, invocaba la tradición canónica y jurisprudencia que exige siempre la existencia del acto positivo de voluntad?

Efectivamente, el primer inconveniente de aquella teoría reside en suprimir la necesidad de que el consentimiento viciado lo esté mediante la intención actual, o al menos virtual, referida al matrimonio concreto que se celebra sin que sea suficiente la intención habitual, interpretativa u otras actitudes psicológicas distintas del acto positivo de voluntad. Algunos autores llegan a decir expresamente que éste no debe ser probado, contrariando con ello la tradicional insistencia en que la exclusión de los elementos esenciales del matrimonio tengan lugar mediante este tipo de acto voluntario.

Un segundo inconveniente de esta teoría radica en que viene a configurar el error arraigado y tenaz en una especie de incapacidad para contraer verdadero matrimonio y a abocar necesariamente al contrayente a un no matrimonio con lo que se le priva de la libertad precisa e irrenunciable a contraer, es decir, se la priva del *ius connubii* que es derecho a contraer matrimonio (y en forma alguna a contraer un no-matrimonio). Con ello tal teoría queda enfrentada con la regulación legal de las incapacidades del c. 1095 y se le viene a equiparar a ellas, a veces, cuando se pretende privar a la persona errada de la posibilidad de contraer verdadero matrimonio.

Un tercer inconveniente, derivado de los anteriores pero que conviene destacar, es que la referida teoría reconduce a lo imposible el que la persona errada pueda hacer dejación de sus hábitos mentales y de sus teorías particulares y a la vista del matrimonio concreto con persona determinada prescinda de aquellos y se disponga a contraer un auténtico matrimonio cristiano. Por una parte se aminora la libertad interna (por analogía con las incapacidades) y, por otra parte, se incurre en la anomalía denunciada por el Papa, de tenerse que probar la intención matrimonial

(algo así como el intervalo lúcido de las enfermedades mentales). Como es lógico no se puede partir de la imposibilidad de desistir de prejuicios ante un matrimonio inmediato; concretamente el amor profundo profesado a la comparte funda la presunción de querer el verdadero matrimonio[20].

Acaso para obviar estos inconvenientes P. Majer, destacado defensor de la autonomía del error determinante, verifica un laudable esfuerzo para denotar la presencia del acto positivo de voluntad en dicho error, pero sin advertido o sin admitido, incurre en descripciones propias del acto simulatorio y viene a reconocer que «en último término la voluntad del errante y del simulante son iguales: se dirigen al matrimonio privado objetivamente de alguna de las notas sin la que la voluntad deja de ser voluntad matrimonial». Supuesta esta identidad, no resulta decisivo argumentar, como hace el autor, que la simulación *se excluye* una propiedad esencial y en el error determinante *se quiere* un matrimonio *privado* de esa propiedad esencial[21] porque ambos supuestos caen bajo la categoría jurídica de la simulación bien mediante acto explícito bien mediante acto implícito.

Así las cosas, el acto positivo de voluntad se convierte en la piedra de toque para detectar la escasa coherencia de la teoría que propugna la autonomía del error determinante porque si no se exige se concede eficacia a un error que no se proyecta sobre el matrimonio concreto que se contrae hic et nunc con persona determinada y, si por el contrario, se exige aparece enseguida la figura de la simulación.

5. La jurisprudencia rotal

En lo concerniente a la jurisprudencia de la Rota Romana hay que denotar una apreciable variedad de criterios de modo que el tema de la autonomía del error determinante dista mucho de ser pacífico. Las sentencias que con mayor claridad y originalidad abogan por tal autonomía se deben al ilustre auditor A. Stankiewicz y, sin embargo, él mismo detecta que puede advertirse cierta vacilación en el dictamen jurisprudencial acerca de la configuración propia, o sea, «si tal error opera a modo de simulación

[20] Sentencia c. Pinto de 6 noviembre 1972 (v. 64, pág. 675).
[21] *Ob. cit.* pág. 193

parcial (c. Gianneccini de 14 junio 1988), o bien si debe determinar la voluntad y traducirse en un acto positivo de ésta totalmente necesario para suscitar la simulación (c. Funghini de 22 febrero 1989; c. Huot de 10 noviembre 1987) o bien si según la formulación de la nueva ley se debe considerar como una figura autónoma y distinta (c: Ragni de 23 febrero 1988), aunque unida con la simulación parcial por un nexo estricto (c. Pompeda de 17 julio 1989) » (sentencia c. Stankiewicz de 25 abril 1991, v. 83, pág. 283).

El análisis pormenorizado de las sentencias rotales que se pronuncian al efecto daría lugar a una exposición más allá de las pretensiones de este apartado concreto que más bien busca un apoyo en favor de la tesis mantenida en este estudio o bien los puntos débiles que presentan quienes mantienen la tesis contraria. Este cometido ha de ser necesariamente limitado y reducirse a la contemplación de algunas sentencias -sólo algunas, preferentemente las más recientes- que pueden considerarse emblemáticas de alguna postura. Quede consignado el deseo de no ser tachado de sesgar el significado de los textos, a fuer de resumidos, puesto que siempre queda a salvo la posibilidad de confrontarlos directamente.

Tres directrices pueden señalarse en la jurisprudencia que hemos seleccionado. a) la de aquéllas sentencias que propugnan abiertamente la autonomía del error determinante; b) la de aquéllas que parten de unos supuestos que hacen imposible dicha autonomía por negar toda trascencia al error, c) la marcada por aquéllas sentencias que reconducen el error determinante a una forma de simulación parcial.

A. Tendencia afirmativa de la autonomía del error determinante; su crítica

Según se ha dicho, en el primer grupo de sentencias destacan las del ponente Stankiewicz, siendo de gran interés la ya aludida de 25 abril 1991. Tomando pie de la doctrina del error pertinaz, afirma que «quienes están imbuidos de estos errores acerca del vínculo matrimonial de tal manera que por el dictamen de su conciencia errónea no obran de otra forma que como reflexionan en la mente y obran por error invencible no someten a la voluntad otra cosa que el matrimonio disoluble por lo que ya puede decirse

que el error ha inducido el asentimiento de la voluntad hacia el matrimonio disoluble y ha determinado a elegir solamente esta especie de matrimonio» (v. 83, pág. 283). Y más adelante añade: el error tan radicado y pertinaz sobre la indisolubilidad del matrimonio penetra en la voluntad y la determina viciando el consentimiento matrimonial puesto que debido al error sólo se propone ante la voluntad un objeto de elección (c. 1099, c. infrascrito ponente sentencia de 29 enero 1981). Todavía matizará esta sentencia que «dada la voluntad determinada por el error, puesto que no percibe conscientemente la divergencia con la realidad objetiva de la regulación matrimonial canónica, no tiende deliberadamente hacía la exclusión directa e inmediata de la indisolubilidad realizable mediante acto positivo». (Pág. 284) En resumen, para el ponente, la clave del error determinante radica en su carácter invencible y en que la voluntad queda necesariamente abocada al matrimonio disoluble, pero de forma inconsciente de manera que no es necesario el acto positivo de excluir.

Pues bien, la misma sentencia contiene algunas afirmaciones que no se avienen del todo bien con esta tesis:

1. En un apartado anterior se reconoce que la voluntad no sigue automáticamente las apreciaciones del entendimiento puesto que pueden prevalecer razones contrarias para que el agente contradiga a su mente. Más aún: la propia voluntad afectada por las opiniones erróneas puede permanecer en estado de mera disposición para obrar sin que realmente emita un acto contra la indisolubilidad del vínculo. En efecto, quien admite la convicción del divorcio ordinariamente no incurre en la previsión de aplicarla al propio matrimonio, puesto que en lo que respecta a un evento futuro situado lejos puede experimentar la previsión de un eventual divorcio por un acto de juicio especulativo pero no la intencional ejecución de la violación premeditada de la indisolubilidad del vínculo (con cita de la decisión del infrascrito ponente de 26 junio 1987) (pág. 283).
2. Propone como fundamento de la nulidad del matrimonio por error determinante el mismo fundamento que el de la simulación parcial, a saber, que sustituye el esquema objetivo del consentimiento matrimonial por el esquema conformado al antojo del simulante

(salvo que lo hace inconscientemente) (con cita del infrascrito ponente de 26 junio 1987) (pág. 84).

3. La voluntad, así determinada por el error, opera automáticamente mientras el error es invencible, pero cuando deja de serio aparece la divergencia consciente entre la voluntad interna y la realidad objetiva de la ordenación canónica del matrimonio de modo que las opiniones erróneas pueden convertirse en causa de simulación, próxima o remota, mediante acto positivo de voluntad, el cual puede ser explícito o implícito (págs. 284-285), cuya admisión ya hace inútil la existencia de un error determinante autónomo puesto que éste puede dar lugar a un acto de voluntad implícito.
4. Por último, en materia de prueba, pese a afirmar que se trata de dos capítulos de nulidad incompatibles entre sí, los equipara o confunde: aplica la presunción del c. 1101.1 a ambas figuras; afirma que en una y otra hipótesis tiene lugar el acto positivo de voluntad; mezcla ambas figuras cuando para especificar («*individuandam*») la naturaleza del error determinante se requiere una causa remota de simulación (creer que el matrimonio es disoluble en caso de fracaso matrimonial) y una causa próxima de simulación (estar persuadido del fracaso del matrimonio concreto) (pág. 285).

Mucho más concisa que la anterior, la c. Monier de 21 junio 1996, si bien no se plantea la naturaleza del error determinante traza un discurso jurídico inspirado en la jurisprudencia que acabamos de exponer que cita varias veces (v. 88, págs. 481-483).

Por el contrario, la sentencia c. Difillippi de 22 noviembre 1996 aborda con cierta amplitud la diferencia entre error determinante y simulación parcial. En un primer plano discurre sobre la simulación con base, como es natural, en el c. 1101,2. Destacaremos, por una parte, que pone el fundamento de la simulación en que «el contrayente quiere contraer y tiende al matrimonio tal y como lo concibe y no como es objetivamente según la doctrina de la Iglesia», citando la c. Ewers de 8 julio 1972 (v. 64, pág. 747) o, como dice seguidamente, el acto positivo de voluntad interviene determinando eficazmente el objeto del consentimiento conyugal de tal manera que éste se dirija a un objeto esencialmente

corrompido o substancialmente diverso que el definido por la Iglesia católica (pág. 748); por otra parte, advierte que el acto positivo de voluntad ha de ser expreso, si bien puede ser explícito o implícito aduciendo en este punto la c. Funghini de 14 octubre 1992 y la c. Sabattani de 29 octubre 1963 (pág. 748). Nada tendríamos que objetar a tan consabidas consideraciones si no fuese porque, de una parte, ofrece en el caso de la simulación el mismo fundamento que en el caso del error determinante y, por otra parte, la admisión del acto implícito hace innecesaria la autonomía de esta clase de error.

Para adentrarse en el terreno del error determinante parte de una interesante consideración del auditor Pompedda[22] según la cual quedarían reflejados los preceptos en cuestión, esto es, los cc. 1101,2 y 1099 (pág. 749). Recoge algunos episodios jurisprudenciales sobre el error que afecta a la persona como una segunda naturaleza o sobre la situación en que el sujeto no puede actuar sino como piensa, concluyendo con Stankiewicz (sentencia de 25 abril 1991) que «la voluntad determinada por error se dirige a lograr un objeto esencialmente diverso del objeto formal del consentimiento matrimonial, sustituyendo de este modo, aunque inconscientemente, en el lugar del esquema de las propiedades esenciales del matrimonio el propio esquema conformado según los dictados del error» (pág. 750). Como vemos se viene a insistir sobre el fundamento de

[22] Se refiere a la c. Pompedda de 17 julio 1989 (v. 81, pág. 508). Traduciendo lo más literalmente posible resultaría el siguiente texto: «la exclusión de la indisolubilidad o del bien del sacramento, como suele decirse, esto es, la "simulación parcial" del consentimiento desde el punto de vista psicológico ciertamente puede tener lugar y producirse de dos formas. En efecto, o el contrayente excluye positiva y directamente la perpetuidad aunque quiere contraer matrimonio o el contrayente positiva y directamente contempla para si y persigue el matrimonio sin indisolubilidad puesto que sólo reconoce a éste como instituto matrimonial o sólo a éste admite». Advertiremos que este fragmento ni es decisivo para contraponer error determinante y simulación ni en tal sentido es propuesto por el auditor Pompeda. En efecto: 1.º Aunque distingue dos hipótesis de consentimiento viciado, ambas se presentan como formas de excluir la indisolubilidad. 2.° Dichas formas de excluir se presentan como diferentes desde el punto de vista psicológico sin que se diga nada bajo el aspecto jurídico. 3.° Dichas modalidades actúan positiva y directamente, en un caso excluyendo la perpetuidad, en otro caso pretendiendo un matrimonio sin indisolubilidad. 4.° En el primer caso tendríamos un acto positivo explícito y en el segundo caso un acto de voluntad implícito.

la nulidad por error determinante haciéndolo coincidir plenamente con el de la nulidad por simulación parcial, sin más diferencia que el error hace que la voluntad se dirija a su objeto «*inscienter*», pero si el contrayente adquiere de alguna forma conocimiento de la indisolubilidad, en ese caso estaríamos en presencia de la simulación parcial cuya causa radicaría en el error o en la misma disposición mental del contrayente.

Nosotros argumentaríamos que la fuerza de la identidad entre el fundamento jurídico de ambas figuras no se desvanece por la diferencia psicológica de tener lugar inconscientemente la eficacia del error. Por otro lado no está tan claro que quien padece el error determinante actúe *siempre* inconscientemente y quien simula lo haga *siempre* conscientemente, como veremos más adelante. Por lo demás no deja de ser curioso el mecanismo de la conversión del error determinante en acción de simular mediante la adquisición de alguna noticia sobre la indisolubilidad. Con ello estaríamos suscitando la persuasión de que ambas figuras son psicológicamente distintas y jurídicamente idénticas, sin otra diferencia que la que media entre acto explícito y acto implícito. Y para terminar este análisis, se habría de advertir que raramente encontraríamos una persona con un desarrollo cultural aceptable que no tenga algún conocimiento del matrimonio indisoluble o al menos del consorcio permanente entre varón y mujer, que es lo necesario para que pueda haber consentimiento matrimonial (c. 1096).

B. Tendencia que imposibilita esta autonomía

Algunas sentencias, sin referirse de una forma directa al tema que venimos analizando, parten de supuestos totalmente incompatibles con la idea de un vicio de la voluntad, formado por vía de error distinto de la simulación por acto positivo de voluntad, de las que puede deducirse que entre el error irrelevante y la simulación *non datur tertium*.

Tal es el caso de la c. Burke de 2 de mayo 1991. En ella se nos dice que pese a la expansión del divorcio civil las convicciones íntimas no secundan fácilmente las leyes civiles: que los valores y normas propuestas por la ley natural están escritas en lo profundo del corazón de los hombres (cf. Rom. 15) para que las leyes civiles no las borren fácilmente; en las cosas que afectan a la naturaleza humana nadie alimenta sus convicciones

íntimas sólo de fuentes externas (v. 83, pág. 294). Ante la imposibilidad de transcribir el discurso de esta decisión nos limitamos a la última de sus consideraciones: Aunque se demuestre que los principios erróneos profesados corresponden a un enraizado error ideológico (y esto ha de ser probado plenamente) no se sigue que la persona que presta el consentimiento matrimonial quiso positivamente unirse por vínculo disoluble con el esposo que eligió; puesto que se ha de probar que la cualidad enraizada del error fue trasladada al acto positivo de voluntad y realmente aplicada al consentimiento prestado, cuya prueba no es fácil (v. 83, pág. 295).

Doctrina semejante encontramos en la concisa decisión c. Civile de 16 diciembre de 1992 la que -de entrada- afirma que el actual c. 1099 viene a ser la interpretación auténtica del antiguo c. 1084 y advierte que acto positivo no es sinónimo de explícito por lo que surte el mismo efecto el acto implícito de voluntad. La misma sentencia afirma que el consentimiento sólo se vicia cuando el contrayente, mediante acto positivo de voluntad, verdaderamente elícito y nunca revocado, se adhiere a las falsas opiniones o persuasiones de manera que tenga por confirmado el mismo error y lo reciba en su propia causa, aduciendo la c. Agustoni de 21 marzo 1986 (v. 84, pág. 700).

A la misma línea jurisprudencial puede hacerse referir la c. Huber de 16 junio 1994 según la cual, el error «*radicatus*» o «*pervicax*» de suyo no hace a la persona inhábil para prestar verdadero consentimiento sobre todo cuando haya verdadero amor esponsalicio. Cuando no se pruebe la falta de verdadero amor conyugal el error «*radicatus*» o «*pervicax*» no determina la voluntad a emitir un consentimiento de cuyo objeto se excluya la indisolubilidad. (v. 86, pág. 326).

Y para terminar con este grupo de decisiones citaremos la c. Defillippi de 27 julio 1994 -anterior por tanto a la del mismo ponente recogida anteriormente- la cual viene a concluir que el error enraizado puede actuar como causa remota de la simulación y se hace eco de una anterior c. Huot de 22 abril 1982 que previene de que no se prescinda nunca del acto positivo de voluntad puesto que el error no vicia el consentimiento a no ser que afecte a la voluntad (v. 86, pág. 414).

C. Tendencia que reconduce el error determinante a la simulación

La tercera de las líneas jurisprudenciales reconduce, sencillamente, el error determinante a un supuesto de simulación parcial. Tal es el caso de la c. Funghini de 18 diciembre 1991 según la cual para que el error irrite el matrimonio es preciso que determine la voluntad (c. 1099) y se rechace la perpetuidad del vínculo por acto positivo de voluntad, esto es, por la voluntad específica y expresamente ordenada a excluir una propiedad o elemento esencial del matrimonio de tal manera que no se dirija al verdero matrimonio. Añadiendo el conocido argumento de que en ese caso no se acepta el matrimonio como lo propone la Iglesia sino según el esquema propio conformado arbitrariamente; a la vez que, por otra parte, reitera la necesidad del acto positivo de voluntad (v. 83, pág. 846) Advierte también que cuando existe amor verdero difícilmente se aplican al propio matrimonio las ideas divorcistas (con referencia a una c. Huot de 7 junio 1979) y refiere la apreciación de una conocida sentencia (la c. Felici de 12 mayo 1959) la cual hace ver cuántas veces al obrar abandonamos nuestras íntimas convicciones para seguir otras más acomodaticias con la realidad. (v. 83, pág. 847)[23].

La c. Lanversin de 5 octubre 1994, un tanto compleja, recoge con amplitud conocidos pasajes jurisprudenciales relativos al error pertinaz y, a fin de cuentas, reconduce el error determinante a la simulación: «Pero si el error de tal manera penetra y conforma a la misma persona que provoque un genuino acto de voluntad, irrita necesariamente el matrimonio» (con cita de la c. Huot de 10 noviembre 1987) (v. 84, pág. 438). En otro momento la misma sentencia invoca la jurisprudencia rotal que declara que en tales casos tiene lugar la voluntad implícita de rechazar el matrimonio o sus propiedades o, al menos, la grave presunción de haber tenido lugar el acto positivo de voluntad excluyente (pág. 441).

El auditor Pompedda, que alguna vez ha sido invocado como partidario de la autonomía del error determinante, viene a confirmar la tendencia contraria en sentencia de 13 marzo 1995. Tras reemitirse a una suya anterior de 30 enero 1978 (en la que oponía graves reparos a una corriente que prescinde del acto positivo de voluntad) refiriéndose al error

[23] En parecidos términos la c. Funghini de 14 octubre 1992 (v. 84, pág. 468).

pertinaz o que invade a la persona afirma que «el error determina o informa o conforma la voluntad cuando se hace término pretendido por la voluntad la cual no puede tener un objeto distinto». Seguidamente se refiere a la simulación que requiere una causa remota y otra próxima (v. 87, págs. 203-204). Advierte, además, que las opiniones favorables al divorcio no tienen que ser necesariamente aplicadas al matrimonio singular añadiendo lo siguiente: «Los esposos pueden perfectamente sustentar el error y a la vez no contraer de acuerdo con éste; pueden considerar el matrimonio disoluble a capricho y a la vez optar y querer para ellos las nupcias que han de durar siempre; más aún, pueden prever la posibilidad de romper el vínculo y sin embargo quererlo de una vez y para siempre» (pág. 204)[24].

Otra sentencia claramente favorable a la simulación como única forma de rechazar las propiedades esenciales del matrimonio es la c. Giannecchini de 23 enero 1996. En efecto, el fundamento de la nulidad por simulación parcial es que la voluntad se dirige a un matrimonio que no es el matrimonio canónico y, por tanto, se destruye a sí misma. El «acto que determina la voluntad» es acto positivo, bien explícito (si se manifiesta por algún signo externo) bien implícito (si se manifiesta por la palabras empleadas) (v. 8, pág. 43). Ciertamente quien es contrario a la indisolubilidad está propenso a emitir un acto de voluntad excluyéndola. Pero -razona la sentencia- o acepta la indisolubilidad aunque le sea sumamente molesta, o se mantiene puramente pasivo, o bien positivamente establece infringir el vínculo con carácter absoluto o hipotético. Sólo en el tercer caso se excluye la indisolubilidad por acto positivo (con cita de la c. De Jorio de 13 julio 1966). Rebate esta decisión el que la voluntad siga siempre al entendimiento; de ser así -se afirma- donde rige el divorcio nadie podría contraer validamente salvo manifestación contraria (pág. 44). Como causa apta y grave del rechazo de la indisolubilidad se puede considerar el ser partidario de la absoluta libertad máxime si se acumula con el desprecio de la doctrina de la Iglesia y con estar imbuido de una vida hedonista y distante de la moralidad. En estos casos se ha de probar el tránsito de las convicciones abstractas al acto positivo de voluntad (con cita de la c. Pompedda de 23 abril 1985) (pág. 45). Como vemos, todo en esta

[24] Idénticas consideraciones en las c. Pompedda de 2 junio 1995 (v. 87, pág. 352) Y de 17 mayo 1996 (v. 88, pág. 401).

sentencia gira en tomo a la simulación parcial y en vano no afanaríamos por descubrir un dato favorable al error determinante por sí mismo de la voluntad, pese a que cita el c. 1099 y advierte que el consentimiento se invalida cuando el error determina la voluntad (pág. 449)[25].

V. SOLUCIÓN A LAS OBJECIONES

1. La voluntad sigue necesariamente al pensamiento

Uno de los argumentos invocados por los partidarios de la autoonomía del error determinante es que dada la unidad del ser humano, quien se encuentra aferrado a un tipo determinado de matrimonio (a un no-matrimonio) se encuentra en la necesidad de aceptar el matrimonio tal y como se lo representa la mente. Esta argumentación participa de lo dicho más arriba acerca del peligro de configurar una suerte de incapacidad así como de la imposibilidad de toda revocación o retractación de una postura equivocada. La sentencia rotal c. Giannecchini de 23 enero 1996 se enfrentaría concisamente a esta objeción: «y no se objete que la voluntad sigue necesariamente al entendimiento pues la jurisprudencia rotal, acaso recordando aquello de "*Video meliora proboque deteriora sequor*" (Ovidio, *Metamorfisis*, VII, 20,2; Cfr. Rom. 7,15) enseña que no repugna a la psicología del hombre cuantas veces obramos postergando nuestras Íntimas opiniones para seguir otras más acomodadas a la realidad» (c. Felici de 12 enero 1959) (v. 88, pág. 44). Y así en tan estrecho espacio se trae a colación, al respecto: a la cultura clásica (Ovidio), a la Sagrada Escritura (Carta a los Romanos), a la jurisprudencia en general y a una sentencia concreta del ponente Felici a quien precisamente se atribuye el origen de la eficacia del error pertinaz[26].

---

[25] La c. Giannecchini de 10 abril 1992, después de transcribir el c. 1099, añade: «Voluntas ex parte errantis est absolute necessaria ad hoc ut habeatur eius deterrninatio seu consensus, quin attendatur ad omnes alias formas seu expressiones quae actum positiyum yoluntatis non aequant» (v. 84, pág. 184).

[26] La cita de Rom. 7,15 es ésta: «Porque no sé lo que hago; pues no pongo por obra lo que quiero, sino lo que aborrezco eso hago» (Versión de Nácar-Colunga, Nuevo Testamento. BAC, Madrid 1968).

2. La simulación supone elección entre concepciones distintas

Se invoca también a favor de la pretendida autonomía la diferencia con la simulación alegando que en esta se produce una opción entre dos realidades conocidas (por ejemplo, el matrimonio disoluble y el indisoluble; el matrimonio sacramental y el no sacramental) mientras que en el error determinante la voluntad se ve impelida a aceptar el único matrimonio, falso por cierto, que conoce[27], Lo primero que hay que advertir es que en este orden de objeciones se está confundiendo el error radicado o pervicaz con el conocimiento único y equivocado del matrimonio. En efecto el error radicado no descarta el conocimiento de un tipo distinto de conyugio; lo que significa es que se adhiere apasionadamente a aquel tipo que más se acomoda a sus preferencias. Dicho esto habría que replicar: ni siempre la simulación supone un acto de elección u opción entre dos alternativas, ni siempre el error determinante se halla desprovisto de elección.

En efecto, puede haber simulación sin elección cuando el simulante lejos de contemplar especulativamente varias figuras de matrimonio (la verdadera y la falsa), se aferra pasionalmente a una de ellas (sin procreación, sin fidelidad, sin indisolubilidad) por motivos subjetivos como puede ser la aversión a la comparte, el temor a las cargas del matrimonio o el deseo de recuperar la libertad. En estos casos el simulador persigue un interés ajustado a sus conveniencias personales. De todas formas, la elección sería un acto previo al consentimiento matrimonial (como previo es el elegir entre contraer y no contraer o elegir la persona de la comparte) siendo así que la simulación se produce en el momento de contraer incidiendo en la voluntad con carácter actual o virtual.

Por otra parte, la elección entre dos opciones o soluciones distintas puede darse -y se dará por lo general- en el caso del error determinante. No es de suponer que quien yerra desconozca la existencia de lo contrario. Lo más fácil es que lo conozca sobre todo si se dispone a contraer matrimonio canónico. Como además no es lo error pertinaz que conocimiento de un

[27] En este sentido BAÑARES, J. l.: «quien yerra puede ver determinada su voluntad porque su intelecto no le presenta otra posibilidad; en cambio al simulador se le ofrece una alternativa y opta» (art. cit. pág. 153).

único matrimonio (según ya observado), será la ofuscación o apasionamiento el que hará elegir el matrimonio más arraigado en su mente hasta hacerlo presente en su matrimonio concreto (con lo cual ya estamos en el caso de la simulación). Incluso podríamos afirmar que el error arraigado y vivenciado supone el conocimiento de lo contrario y que cuanto más arraigado sea mayor será el rechazo de la opción opuesta. De consiguiente, también en el error determinante se da la elección previa. De donde la existencia o no de elección no puede ser criterio de distinción de estas dos figuras.

3. La exclusión es privativa de la simulación

No lejos de esta objeción se halla la de quienes proponen como diferencia entre ambas categorías el, que en la simulación *se excluyen* las propiedades del matrimonio mientras que en el error determinante el sujeto pretende un matrimonio *desprovisto* de las mismas[28]. Como ya se ha advertido con anterioridad, la diferencia entre «excluir del matrimonio alguna de sus propiedades esenciales» y «contraer matrimonio desprovisto de alguna de esas propiedades» se acerca mucho a un ingenioso juego de palabras dada su coincidencia substancial, máxime si tenemos en cuenta que en ambos casos ha de producirse la referencia positiva al matrimonio que se concierta.

4. La disconformidad entre lo querido y lo establecido

Otro argumento que se ha esgrimido para sustentar la autonomía del error determinante respecto a la simulación parcial es el de que el

[28] MAJER, P., insiste en el concepto de exclusión como criterio diferenciador entre simulación y error determinante (*ob. cit.* págs. 180-189). Esto le lleva a decir que la exclusión indica la actuación activa y dinámica del sujeto a diferencia del error determinante donde se puede hablar de una cierta «pasividad» del contrayente afectado por el error. .. en el error que determina la voluntad del contrayente éste ya no interviene positivamente en el objeto de la voluntad, etc. (pág. 183). Adviértase que estas aseveraciones pueden entrar en pugna con lo que el mismo autor afirma en cuanto a la necesidad del acto positivo de voluntad por lo que concierne al error determinante (págs. 187-200).

simulante es consciente y quiere la disconformidad entre su voluntad matrimonial y el matrimonio regulado por el ordenamiento canónico mientras que quien obra por error determinante no advierte necesariamente esa disconformidad. A este respecto hay que recordar que lo característico de la simulación parcial es dirigir la voluntad a un objeto distinto del propuesto por el ordenamiento y que precisamente en ello radica el fundamento de la nulidad del matrimonio contraído con base en esa disconformidad. Es esta disconformidad objetiva lo esencial en la simulación; en cambio el que sea pretendida y querida en cuanto tal disconformidad es un elemento psicológico que pasa a un segundo plano de tal manera que puede darse el caso -y quizás sea el más frecuente- en que el simulante excluya una propiedad o elemento esencial sin buscar esa disconformidad sino simplemente persiguiendo un interés que estima más acorde con su conveniencia. Parece, pues, que la cuestión puede expresarse en estos términos: quien simula percibe ordinariamente su discrepancia con el verdadero matrimonio, pero no es necesario que simule exactamente para discrepar sino para perseguir un interés que se le muestra como más conveniente. y en la persecución de este interés hasta puede ocurrir que no advierta que está rechazando el verdadero matrimonio.

Recíprocamente, cabe poner en duda que quien obra impulsado por un error determinante sea siempre inconsciente de su oposición al verdadero matrimonio o a aquél que contrae la generalidad de las personas. Primero porque el conocer un solo tipo de matrimonio (falso, además) no es lo general sino lo excepcional como hemos expuesto antes. Segundo porque la inevitable referencia al matrimonio concreto que celebra le hará advertir que está proyectando su mentalidad a ese matrimonio en concreto. Podríamos añadir que cuanto más arraigado se encuentre el error en esa persona mayor hincapié estará poniendo y con mayor interés estará persiguiendo el matrimonio deformado según sus creencias. Por lo tanto en esta hipótesis podemos hacer afirmaciones análogas a las expuestas a propósito de la simulación: lo decisivo para la nulidad del matrimonio es que la voluntad se dirige a un objeto diverso del propuesto por el ordenamiento; el que obra por error determinante también debe advertir que su voluntad discrepa de lo establecido por el ordenamiento o de lo aceptado por la generalidad de las personas en materia conyugal; el buscar la discrepancia como tal ni es lo principal ni lo más frecuente. En

consecuencia tampoco desde este punto de vista las diferencias entre las dos figuras son tan radicales como para sustentar su autonomía recíproca.

En definitiva, si el error pertinaz o enraizado bien se traduce indefectiblemente en un caso de simulación (cuando es aplicado al matrimonio concreto) o bien permanece en el plano irrelevante de lo genérico o habitual, tendríamos que «refugiamos» en el caso extraño de quien no conoce otra clase de matrimonio que el falseado por estar desprovisto de sus propiedades esenciales. Esta sería la hipótesis del puro error, del mero error: juntamente la hipótesis que más claramente cae bajo el ámbito de la norma conforme a la cual el error no vicia el consentimiento. Por tanto admitir que el desconocimiento de las propiedades esenciales del matrimonio, por parte de quien sólo tiene una imagen falseada del mismo, es un error que determina la voluntad y vicia el consentimiento equivale a dejar sin contenido la regla general formulada en el c. 1099 y elevar a regla general la excepción además de prescindir de lo establecido en el c. 1096.

5. El código contempla el error sobre la sacramentalidad y no su exclusión

En otro orden de consideraciones podría detectarse una diferencia importante entre el c. 1099 y el c. 1101,2 por cuanto en el primero se menciona el error sobre la sacramentalidad. Ahora bien dada la inseparabilidad entre el sacramento y el contrato (c. 1055,2) no se puede rechazar de forma autónoma e independiente la dignidad sacramental del matrimonio dejando intacta la intención de contraerlo tal y como fue instituido por Dios, por lo cual el rechazo formal y expreso de la sacramentalidad equivale a una simulación total o exclusión voluntaria del mismo vínculo matrimonial hasta el punto de que una manifestación en ese sentido provoca la inadmisión al matrimonio[29]. Una vez que la doctrina

[29] Puede verse VILADRICH, P. J., en *Comentario exegético al Código de derecho canónico* v. III (Pamplona 1996) págs. 1304-1313; RINCÓN PÉREZ, T., «La exclusión de la sacramentalidad como capítulo autónomo del nulidad matrimonial» en VV. AA. «Simulación matrimonial en el Derecho canónico» (Pamplona 1994) págs. 261-295 y trabajos citados en pág. 265 del mismo; GROCHOLEWSKI, Z., «Crisis doctrinae et iurisprudentiae rotalis circa exclusionem dignitatis sacramentalis in cotractu

más común reconduce la exclusión de la sacramentalidad a un supuesto de simulación total (ciertamente contemplada por el c. 1101,2) queda patente la armonía entre estos dos preceptos de forma que no contradicen nuestra opinión de que la salvedad contemplada por el c. 1099 denota el tránsito del error especulativo al acto voluntario de la simulación.

VI. ESCOLIO

Hemos tratado de fundamentar la opinión de que la famosa cláusula «*dummdo non determinet voluntatem*» del citadísimo c. 1099 ha de ser interpretada como el tránsito del error especulativo sobre la unidad, la indisolubilidad o la dignidad sacramental del matrimonio que de suyo no vicia el consentimiento, a la figura de la simulación por la que por la que se excluye una propiedad esencial (unidad e indisolubilidad según el c. 1056) o el matrimonio mismo (para el caso de la exclusión del carácter sacramental). En este sentido, los casos de error determinante de la voluntad son reconducibles a las correspondientes categorías de simulación y, más concretamente, a la simulación mediante acto de voluntad implícito. Esto lleva consigo el mantenimiento de los conceptos de simulación explícita o directa e implícita o indirecta sin que esta última deba ser rechazada como un subterfugio ingenioso ideado por los canonistas en tiemmpos en que no existía legalmente el error determinante, según pretenden algunos autores.

Alguien podría pensar que discutir sobre la autonomía del error determinante y discernir si en un caso concreto la nulidad del matrimonio se debe a un error determinante de la voluntad o a una simulación implícita del consentimiento matrimonial es cuestión puramente verbal y debatirse en el terreno del más puro nominalismo, habida cuenta del resultado práctico de la discusión (la nulidad del matrimonio por vicio de la voluntad en uno y otros caso).

---

matrimoniali» en *Periodica* 67 (1978) págs. 283-295 y «De errore circa matrimonii unitatem, indissolubilitatem et sacramentalem dignitatem» en *Periodica* 84 (1995) págs. 395-418; «L'esclusione della dignita sacramentale del matrimonio come capo autonomo di nullitá matrimoniale» en *Monitor Eclesiasticus* 121 (1996) págs. 223-239; PANIZO, S., «El valor del matrimonio ante un posible rechazo de la dignidad sacramenta»l en *Curso de Derecho matrimonial y procesal canónico* XV (Salamanca 2000).

Sin embargo la disquisición queda lejos de ser superflua o inoperante. Además del deseable rigor científico que reclama la depuración conceptual de los elementos que componen un sistema, hay razones prácticas que abonan el mantenimiento de nuestra opinión si queremos superar ciertos inconvenientes que conlleva la pretendida autonomía del error determinante.

En primer lugar el riesgo, ya apuntado, de considerar al error arraigado en el espíritu del contrayente como un vicio del entendimiento que lleve aparejado de forma inevitable la nulidad del matrimonio a modo de incapacidad psicológica lo que no deja de ser un error. Esta proclividad puede ser más o menos intensa según los autores y, por tanto, según el tribunal que conozca el procedimiento de nulidad. Proclividad o propensión que nos inducirá a posicionarnos más en el *favor nullitatis* que en el *favor matrimonii*. Tanto más cuanto que, como también hemos señalado, hay autores que sostienen abiertamente no ser preciso, en estos supuestos, probar el acto positivo de voluntad.

Una serie de inconvenientes desde el punto de vista procesal militan contra la certeza y la seguridad jurídica. En efecto, el mantenimiento de estas dos figuras jurídicas, como distintas, puede suponer una dificultad para la formación de la «cosa juzgada» que, como es sabido, en materia matrimonial, se produce mediante la conformidad de dos sentencias pronunciadas por tribunales distintos sobre la base de los mismos litigantes, la misma petición y los mismos motivos (c. 1641,1.°) y como el substratum argumental fáctico suele ser susceptible de ser configurado como error determinante o como simulación, bien puede ocurrir que un tribunal de primera instancia declare la nulidad por el primer motivo y un tribunal de segunda instancia lo haga por el segundo motivo, con lo que se plantearía el problema de si hay conformidad entre dos sentencias una de ellas pronunciada por error determinante y otra por simulación o si entre ellas se pudiera descubrir una conformidad equivalente, que es el concepto más flexible ideado recientemente para calibrar la identidad entre sentencias, e incluso si el Tribunal llamado a expedir el decreto de ejecución se sentiría autorizado para otorgado por considerar a su entender una discrepancia, digamos que substancial, entre ambas sentencias.

Análogos problemas surgirían si, para evitar situaciones de incertidumbre, el demandante acumulase cautelarmente las dos acciones

acusando la nulidad del matrimonio tanto por error determinante cuanto por simulación, sea cumulativamente sea subsidiariamente. Es de suponer las dificultades que se plantearían a la hora de admitir la demanda y de acordar la fórmula de las dudas en función de los esquemas técnicos-jurídicos profesados por el Tribunal de instancia y por el Tribunal de apelación.

Y en este orden de consideraciones no puede pasar inadvertida la posibilidad de que ante dos sentencias conformes denegando la nulidad del matrimonio, pongamos por caso por no haberse probado la simulación, el demandante intentará incoar ante el mismo Tribunal de primera instancia pleito de nulidad por error determinante en cuyo caso se plantearía la cuestión de si tal demanda debería ser admitida en cuanto planteada por un capítulo de nulidad no examinado o si por el contrario se habría de oponer la *exceptio rei iudicatae*, cuyas cuestiones habrían de resolverse según la opinión adoptada por el Tribunal en cuanto a la distinción o no entre error determinante y simulación.

Esta muestra de complicaciones procesales viene a constituir un argumento más de la inconveniencia de la admisión de la autonomía del error determinante y para concluir que éste desemboca en un supuesto de simulación, explícita o implícita.

DE LA ACCIÓN A LAS ACCIONES EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA

ANGEL OLAVARRÍA TÉLLEZ

Ponencia presentada
en la Sesión Privada de la Academia
(5 de marzo de 2001)

SUMARIO: I.- Siglo XVIII. II.-Siglo XIX. III.-Siglo XX. IV. Acciones privilegiadas. V.-Acciones sin voto. 1. Observación previa. 2. Antecedentes. 3. Ley de S. A. de 1989 y modificaciones posteriores. VI.-Acciones rescatab1es. 1. Concepto. 2. Derecho comparado. 3. Derecho español. A. Las acciones rescatables con anterioridad a la Ley 37/1998. B. Los requisitos de las acciones rescatables en la Ley 37/1998. VIII.-La acción de oro.

Con este título, tal vez un poco extraño, voy a referirme a la evolución de las modalidades de la acción en las Sociedades Anónimas, a partir del siglo XVIII hasta la actualidad.

I. SIGLO XVIII

En su muy documentado trabajo «Las Sociedades por acciones en el Derecho Español del Siglo XVIII» el Ilustre profesor, Académico Numerario que fue de esta Real Academia, Don José Martínez Gijón, afirmaba que en el Siglo XVIII se desarrollan en España las llamadas «sociedades por acciones»; sociedades que no han recibido una regulación general hasta el siglo XIX. Estas nuevas formas asociativas mercantiles fueron desconocidas por los textos legislativos durante el citado Siglo XVIII y, en gran parte, por la literatura jurídico-mercantil europea. Sin embargo, añade Martínez Gijón, un panorama distinto nos ofrece la literatura económico-mercantil española de dicho siglo, citando un buen número de autores que se ocuparon de la materia (en «Historia del Derecho Mercantil.- Estudios», Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, pág 575 Y sigs.).

Don José María González de Echevarri y Vivanco, catedrático que fue de la Universidad de Valladolid, afirmaba a su vez que las Compañías de Comercio creadas después del Siglo XVII es en las que por primera vez

se emplea la palabra acción (Tomo 1 de *Comentarios al Código de Comercio y Jurisprudencia Española Tercera Edición*, pág. 175).

En un trabajo publicado en los Anales de la Universidad de Sevilla en el año 1963, dos entonces alumnos, ambos hoy Catedráticos de Universidad y Académicos Numerarios de esta Real Academia, Don Guillermo Jesús Jiménez Sánchez y Don Javier Lasarte Álvarez, estudiaron con detalle la acción en las compañías privilegiadas del siglo XVIII. De este exhaustivo trabajo recojo lo siguiente: Puesto que en una Sociedad por acciones el socio no aporta sino capital, no colabora personalmente, ni con su trabajo físico, ni con sus consejos, ni siquiera con el aumento de crédito que implicaría para la Sociedad su responsabilidad subsidiaria, es lógico por ello que sus cualidades personales sufran un eclipse completo y sólo se atienda para la fijación de sus derechos sociales a la cuantía de su aportación. Y una obvia razón de equidad impone que, puesto que debe hacerse abstracción de las consideraciones de tipo personal, se emitan las acciones sin consideración a la calidad de quien vaya a adquirirlas mediante una operación de carácter masivo. De aquí se desprende el principio de igualdad de las acciones, entendido en el sentido de que a igual valor (y normalmente los valores de las acciones emitidas en una de estas operaciones que hemos calificado como masivas son iguales) las acciones deben conferir iguales derechos.

El escaso desarrollo económico español en el siglo XVIII, no reclama de ordinario la creación de diversas series de acciones. La práctica de la época no nos plantea el problema de emisiones sucesivas de acciones para ampliar el capital, sino que suele reflejar el opuesto de la falta de colocación de las acciones creadas. Por ello no se plantean problemas de los derechos de las diversas series de acciones, presentándose la igualdad en su aspecto más claro.

Una quiebra más profunda del principio de igualdad, se da en las Compañías que, como las de San Fernando, Granada o Filipinas, conceden derechos de voto preferente a los Directores o Fundadores, con lo que se introducen consideraciones personalistas que podrían conectarse con el régimen de los precedentes de las Compañías Privilegiadas.

De ordinario se considera por nuestra mejor Doctrina que en las grandes Compañías Coloniales de Europa, en los precedentes de la Sociedad anónima anteriores al siglo XIX, reinaba una profunda

desigualdad en los derechos que correspondían a los socios, atribuyéndose a una minoría las máximas facultades de orden político y administrativo y limitándose los restante a una actitud pasiva centrada en torno al goce de derechos económicos.

Parece que deben evitarse estas afirmaciones respecto a las Compañías Privilegiadas españolas del siglo XVIII.

En principio, puede apreciarse desde luego una fundamental diferencia de régimen entre la posición del Rey y la de los particulares que con él se integran en la Compañía, pero esta diferencia no se basa en el goce de un status de socio privilegiado, sino en su condición de Órgano Supremo del Estado.

La posición del Rey en las Compañías, más que destruir la igualdad lo que rompe es la libertad, en cuanto que no podrá actuarse en persecución de los fines y mediante los procedimientos que acuerden los accionistas por sí, sino que habrá que estar siempre sometido a la mediatización del Estado. La gran evolución del siglo XIX consiste precisamente en la quiebra de ésta, en la separación de ese Estado privado que es la Sociedad anónima de la esfera de intervención del Poder Público, mediante la atribución plena de las facultades de antegobierno a las Juntas de socios.

Concretamente se reducen a un derecho preferente de voto en las Juntas Generales de Accionistas en favor de Directores o Fundadores, e incluso este privilegio no es referible a todas las Compañías del momento, sino sólo a algunas de ellas.

La regulación en cada caso del Derecho de voto es muy varia. Los Estatutos exigen generalmente (con la excepción de la Real Cédula de Erección de la Compañía de Filipinas), la posesión de varias acciones para gozar del voto, con el fin de que «el excesivo número de votos no dificulten la deliberación y expedición de los negocios de la Compañía».

Se suele también limitar el número de votos de que puede gozar una sola persona (así ocurre en la de Filipinas, que acentúa de este modo un carácter más personal y menos capitalista que sus coetáneas), si bien también se regula el supuesto normal de aumentar el derecho de voto proporcionalmente al número de acciones poseídas.

Las acciones de las Compañías Privilegiadas pueden pertenecer a cualquiera de los tres grupos de la gran división de los títulos valores. Así, pueden ser nominativas directas, designando personal y exclusivamente a

su titular y no permitiendo la negociación sino a través de los complicados mecanismos del Derecho Común (cesión); nominativas a la orden, por lo que aunque designen personalmente a su titular no lo hacen exclusivamente, sino que permiten que por un medio propio del Derecho especial del comercio, el endoso, se transmita la cualidad de socio con gran facilidad; y por último, pueden ser al portador, en cuyo caso, cualquiera que se encuentre en posesión del documento será considerado como titular, sin necesidad de ningún otro requisito.

La simplicidad de las Compañías Privilegiadas conduce a que generalmente en cada una de ellas no exista sino un sólo tipo de acciones, perteneciente a una única serie.

II. SIGLO XIX

1. En el Código de Comercio de 30 de mayo de 1829 la única diferencia entre acciones de Sociedades anónimas parece radicar en su representación. El artículo 280 de dicho Código decía así: «Las acciones de los socios en las compañías anónimas pueden representarse para la circulación en el comercio por cédulas de crédito reconocido, revestidas de las formalidades que los reglamentos establezcan y subdividiéndose en porciones de un valor igual». Y el artículo 282 en su párrafo primero establecía: «Cuando no se emitan las cédulas de crédito indicadas en el artículo 280 para representar las acciones las compañías anónimas se establecerá la propiedad de ellas por inscripción en los libros de la compañía».

En la *Enciclopedia Española de Derecho y Administración*, se trata por Don Lorenzo Arrazola de las acciones de «capital» y de «industria», acciones «de pago» y «de no pago», «de renta» y «de usufructo», y «acciones de fundación» y «de prima». Pero el propio autor aclara que esta división se hace de este modo teniendo en cuenta la naturaleza del capital aportado a la sociedad por el accionista. También se dividen, añade, en acciones «al portador», «endosables» y «nominales» teniendo en cuenta la manera y forma de su transmisión (tomo 1.º, pág. 817 y sigs.).

2. La Ley de 28 de enero de 1848 sobre Sociedades Mercantiles por acciones, estableció en su artículo 12 que las acciones en que se divide el capital de la Compañía estarán numeradas y se inscribirán en el libro de

registro, que habrá de llevarse necesariamente a nombre de la persona o corporación a quien correspondan. El artículo 13, a su vez, dice: «los gerentes o directores de cada Compañía deberán tener en depósito, mientras ejerzan sus cargos, un número fijo de acciones cuyos títulos han de extenderse en papel y formas especiales». Desconozco, sinceramente, si se trataba necesariamente de acciones emitidas en dicha forma y si era posible que se adquiriese acciones de un socio, sustituyéndose el documento representativo de esas acciones en la forma prescrita.

3. En el mismo año 1848 se publica el Real Decreto de 17 de febrero por el que se aprueba el Reglamento para la ejecución de la Ley sobre Compañías Mercantiles por acciones, que en su artículo 2.° preceptuaba: «Será condición esencial y común en todas las Sociedades Mercantiles por acciones que los socios tengan iguales derechos y participación en los beneficios de la empresa, distribuyéndose estos proporcionalmente al número de acciones que posea cada socio. No podrá reservarse ningún socio a título de fundador, ni por otro alguno, el derecho de propiedad sobre la empresa en todo ni en parte, ni el de otras ventajas personales y privativas fuera de la remuneración y participación de que hablan los artículos 6.° y 7.°, ni el de la administración o gerencia irrevocablemente en las compañías anónimas».

4. Tanto la Ley como el Reglamento a que acabo de hacer referencia quedaron derogados por el decreto de 28 de octubre de 1868.

Nada sobre acciones en esta norma derogatoria. Sin embargo -aún salándome del tema- no me resisto a transcribir unas palabras de su preámbulo, reveladoras, a mi juicio, del más acusado papanatismo. Son estas «proclamado el principio de libertad de asociación, no fuera justo mantener por más tiempo las múltiples restricciones en que hoy están aprisionadas las Sociedades Anónimas y que impiden a estos grandes y fecundos instrumentos de trabajo ejercitar en el extenso campo de la industria y del comercio su poder organizador, el que se muestra con sobrada elocuencia en las mil y mil maravillas que la potente Inglaterra y la gran República de los Estados Unidos han realizado en el breve período de medio siglo». Añadiendo que «tomó en España, puede decirse, carta de naturaleza esta admirable invención del genio americano a la sombra tutelar del Código de Comercio». Me parece difícil decir más tonterías e inexactitudes en menos líneas.

III. SIGLO XX

Frente a esta acción única, nos encontramos hoy con múltiples clases de acciones, con específicas regulaciones para cada una de ellas, en especial después de promulgadas las leyes de 16 de Noviembre de 1998 y 30 de Diciembre del mismo año. En esta charla y siempre que ustedes lo resistan me referiré a las acciones privilegiadas o preferentes, a las acciones sin voto, a las acciones rescatables, y a la llamada «acción de oro».

IV. ACCIONES PRIVILEGIADAS

1. Observación previa: de conformidad con la terminología del artículo 50 de la Ley de Sociedades Anónimas utilizo el término de «acciones privilegiadas» como sinónimo de «acciones preferentes», utilizado también por el legislador (así en la Exposición de Motivos de la Ley 37/1998 de 16 de noviembre) y por la Doctrina. Y trataré con independencia las «acciones sin voto» a las que la Ley últimamente citada considera en su Exposición de Motivos como una subcategoría de las «acciones preferentes».

2. Si acudimos al derecho comparado, veremos que las acciones privilegiadas han sido, en general, admitidas.

En Inglaterra las «*preference shares*» fueron reconocidas por una Ley de 28 de agosto de 1907 que admite una amplia gama de privilegios: prioridad sobre los beneficios o sobre la cuota liquidativa, derecho de voto, etc.

En Alemania se permitieron las acciones privilegiadas por Ley del año 1887, regulándose posteriormente por textos legales de 1937 y 1965.

En Italia el Código Civil de 1942, artículo 2348, estableció que las acciones deben ser de igual valor y confieren a sus poseedores iguales derechos. Es posible, sin embargo, crear categorías de acciones provistas de derechos diversos tanto en el acto constitutivo como en sucesivas modificaciones de este.

En Francia el artículo 33 del Código declaraba todas las acciones de un valor igual. Es necesario llegar a las Leyes de 9 de julio de 1902 y 16 de

noviembre de 1903 para que, modificándose el artículo 34 del Código de Comercio se permitiese que las Juntas Generales puedan crear acciones de preferencia que gocen de ciertas ventajas sobre las otras acciones o que confieran derecho de prelación, sea sobre los beneficios, sea sobre el activo social, sea sobre ambas cosas; si los Estatutos no lo prohíben por una disposición directa y expresa la creación de acciones de esta naturaleza. La Ley de 1966 admite también las acciones de prioridad que gocen de ventajas con relación a todas las restantes acciones con determinadas limitaciones.

En su obra *Sociedades Anónimas Modelo 1998. Reforma (parcial) y crítica (total) de un texto legislativo reciente* (Madrid 1999), el profesor Sánchez Andrés indica la mínima importancia de las privilegiadas que cotizan en Londres, en Nueva York y en otros mercados globales. «Los intentos de reducción o recapitalización sobrevenidos por esas prerrogativas exorbitantes -añade- acaban pesando como una losa sobre la sociedad».

3. En el Derecho español, decía el Profesor Garrigues, ningún texto del Código de Comercio se opone a la creación de acciones preferentes, es decir de acciones que concedan algún derecho distinto a los propios de las acciones ordinarias, sea sobre el dividendo, sea sobre el voto, sea sobre el patrimonio social al tiempo de su división.

Esas acciones preferentes podrían ser en el régimen del Código de Comercio, añade el profesor Garrigues, de contenido diverso, pero fundamentalmente la preferencia versa o sobre el dividendo (se abona en primer término un dividendo fijo a las acciones preferentes y el resto de los beneficios se divide entre los demás) o sobre la cuota de liquidación (se establece que las acciones preferentes percibirán una cuota ante que las otras) o sobre ambas cosas a la vez.

Admitía también D. Joaquín Garrigues las acciones de voto plural, sobre las que el Código de Comercio no contenía precepto alguno, al amparo de la amplia libertad legal; afirmando que eran muchas las Sociedades anónimas con acciones de voto plural. (*Tratado de Derecho Mercantil* tomo 1.º, volumen 2.°, pág. 735 Y sigs.).

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo fue favorable a la admisibilidad de las acciones preferentes (Sentencia 22/2 1919) e incluso a las acciones de voto plural: «Ni el Código Mercantil, ni los estatutos

referidos contienen un precepto que prohíba que los beneficios sociales se distribuyan desigualmente entre los accionistas, ni que algunos de ellos ocupen un puesto preferente para cobrar la cuota de liquidación, ni, en fin, que del derecho de voto sea obligado participar a todas las acciones en proporción idéntica» (Sentencia 28.3/1936).

4. La Ley de 1951 reguló esta materia en los artículos 49 y 50.

5. Ley de Sociedades Anónimas de 1989.

En su artículo 49 establece que las acciones pueden otorgar derechos diferentes, constituyendo una misma clase aquellas que tengan el mismo contenido de derechos. Cuando dentro de una clase se constituyan varias series de acciones todas las que integren una serie deberán tener igual valor nominal.

El artículo 50, a su vez, establece dos prohibiciones:

No es válida la creación de acciones con derecho a percibir un interés, cualquiera que sea la forma de su determinación. El profesor Vicent Chuliá pone de relieve que los títulos que reconozcan el derecho a un interés no serán acciones y en consecuencia no podrán otorgar el derecho de voto ni otros «mínimos», es decir tipificadores de la condición de accionista.

Tampoco es válida la creación de acciones que de forma directa o indirecta alteren la proporcionalidad entre el valor nominal de la acción y el derecho de voto o el derecho de suscripción preferente.

Esta norma afirma Vicent Chuliá, prohíbe que los privilegios afecten a dos derechos concretos. Sin duda, parece recoger un principio general configurador de la Sociedad Anónima el repudio de privilegios en los derechos políticos en lo que afecta a la posición corporativa del accionista. No pueden crearse privilegios sobre el derecho de información, el de representación, el de voz o intervención en Junta General. Tiene que ser, añade, como admite la Doctrina sólo sobre derechos económicos (Compendio Crítico de Derecho Mercantil Tomo l, Volumen 1.º).

6. Ley 37/1998 de 16 de noviembre.

Añade un párrafo, el tercero, al artículo 50: Cuando el privilegio consista en el derecho a obtener un dividendo preferente la sociedad estará obligada a acordar el reparto del dividendo si existieran beneficios distribuibles.

Los Estatutos de las sociedades cuyas acciones coticen en bolsa, habrán de establecer las consecuencias de la falta de pago total o parcial del dividendo preferente, si este tiene o no carácter acumulativo en relación a los dividendos no satisfechos, así como los eventuales derechos de los titulares de estas acciones privilegiadas en relación a los dividendos que puedan corresponder a las acciones ordinarias. Estas no podrán en ningún caso recibir dividendos con cargo a los beneficios de un ejercicio, mientras no haya sido satisfecho el dividendo privilegiado correspondiente al mismo ejercicio.

El mismo régimen será aplicable a las sociedades no cotizadas, salvo que sus estatutos dispongan otra cosa.

Lo primero que hay que destacar de este nuevo precepto es la distinta regulación de las sociedades que cotizan en bolsa y las que no cotizan. Una distinción que parece constituir el motivo o finalidad fundamental de las Leyes 37/1998 y 50/1998. A este criterio de diferenciación me referiré también posteriormente.

Partiendo de esta distinción tenemos:

A. Sociedades cotizadas:

a) Como declaró la Sentencia del Tribunal Constitucional de 10 de octubre de 1996, «El derecho abstracto al dividendo se concreta con el acuerdo de la Junta General y el derecho de crédito del accionista contra la sociedad sólo nace con el acuerdo de la Junta; los beneficios no han de asignarse necesariamente y en su totalidad al reparto de dividendos». Pues bien, tratándose de sociedades cotizadas si hay beneficios distribuibles la sociedad debe pagar siempre el dividendo preferente.

b) En los Estatutos cuyo contenido mínimo regula con carácter general el artículo 9.° de la Ley S. A. deberán figurar, además, las circunstancias que establece el punto 3, párrafo 2.° del artículo 50 de la Ley reformada: Las consecuencias de la falta de pago total o parcial del dividendo preferente; el carácter acumulativo o no de los dividendos no satisfechos y los eventuales derechos de los titulares de las acciones privilegiadas en relación a los

dividendos que puedan corresponder a las acciones ordinarias.

B. Sociedades no cotizadas:

Entienden Vicent Chuliá y Salinas Adelantado que el párrafo último del apartado 3 del artículo 50 que establece que el régimen establecido en el párrafo primero del mismo apartado será aplicable a las sociedades no cotizadas salvo que sus estatutos dispongan otra cosa, no expresa con claridad en que sentido los Estatutos sociales pueden disponer «otra cosa»; entienden que el privilegio puede reducirse a una mera preferencia de cobro para el caso de que la Junta General acuerde voluntariamente distribuir dividendos. El párrafo 1.º a que se hace referencia, establece que cuando el privilegio consista en el derecho a obtener un dividendo preferente la sociedad estará obligada a acordar el reparto de dividendos si existieran beneficios distribuibles.

Esta reforma ha venido, sin duda, a endurecer el régimen de estas acciones por lo que respecta a las Sociedades cotizadas. Leopoldo José Porfirio Carpio pone de relieve la sorpresa que causa el hecho de comparar la redacción del artículo 50 «*in fine*», de la Ley S. A. con la intención del Legislador expresada en la Exposición de Motivos de la Ley 37/1998. Una de las pautas de la reforma era la flexibilidad del régimen jurídico de las sociedades cotizadas. Pero la flexibilidad en este punto pertenece a las sociedades no cotizadas ya que las cotizadas que pongan en circulación acciones privilegiadas no están facultadas para dejar de repartir, vía estatutaria, beneficios («Acciones privilegiadas y acciones sin voto tras las Leyes 37 y 50 de 1998» *Derecho de los negocios*, julio-agosto de 1999).

V. ACCIONES SIN VOTO

Afirma el profesor Illescas Ortiz que «el derecho de voto del accionista consagrado legislativa y estatutariamente es uno de los grandes elementos sobre los que se ha construido desde sus orígenes el Derecho de Sociedades». (Prologo al libro *Las acciones sin voto de la Sociedad Anónima* de Leopoldo José Porfidio Carpio).

1. Observación previa

Una observación previa, seguramente innecesaria: al referirme a las acciones sin voto estoy tratando de aquellas acciones que, independientemente de quien sea su propietario, carecen de voto en las Juntas Generales por disposición en tal sentido de los estatutos sociales.

Quedan fuera de esta categoría y no pueden calificarse técnicamente de acciones sin voto:

A. Acciones en que el derecho de voto corresponde a persona distinta de su propietario. Son los supuestos previstos en los artículos 67 (usufructo de acciones), artículo 72 (prenda) y 73 (embargo de acciones); todos de la Ley S. A.

B. Acciones privadas temporalmente del derecho de voto en determinadas materias. Es una posibilidad que puede darse en las mal llamadas «acciones de oro».

C. Acciones en que el propietario de la acción, sin desprenderse de esta, concede a un tercero los derechos políticos que aquella lleva consigo, a esta figura me referiré posteriormente, afirmando desde ahora su imposibilidad en nuestro vigente Derecho.

2. Antecedentes

A. En el trabajo de Don Guillermo Jiménez Sánchez y Don Javier Lasarte Álvarez, antes citado, estudiaron estos juristas con amplio detalle la acción en las compañías privilegiadas del siglo XVIII, afirmando que la existencia de la Junta General de Accionistas está regulada en todos los Estatutos de esas compañías con el derecho de voto que otorga la acción.

Sobre esta base, el profesor Olivencia Ruiz entiende que el principio mayoritario no fue una conquista democrática aplicada por el capitalismo a la S. A. sobre el modelo del Estado político. El capitalismo sólo transformó a sus fines y conveniencias lo que ya existía en las Sociedades por acciones («Algunas cuestiones sobre el derecho de voto en la sociedad anónima». Conferencia en la Academia Matritense del Notariado de 9 de junio de 1967).

B. A pesar de estos antecedentes, el Código de 1829 no contiene normas relativas a esta materia; como tampoco la Ley de 1869.

Sin embargo, afirma Bérgamo Llabrés, este silencio legislativo no fue obstáculo para que la práctica tradicional se inspirase ya en las corrientes europeas.

C. El Código de Comercio de 1885 no atribuye al accionista de modo expreso el derecho de voto, aunque estableció la sumisión al voto de la mayoría (art. 151). Por ello, los comentaristas, afirma el profesor Garrigues, concedían amplia libertad para que los Estatutos pudieran regulas esta materia: posibilidad de las acciones sin voto y de voto plural.

A su vez el profesor Olivencia Ruiz entiende que a la libertad de pactos en la escritura constitutiva se abandonaba el juego de un principio mayoritario, platónicamente formulado en ese artículo 151. El resultado de esta concepción liberal de nuestra codificación se pudo comprobar fácilmente en la práctica. A través de cláusulas estatutarias se amañaba el juego de la mayoría, de tal manera que pudiera consagrar una legitimación del mando de una minoría de socios con una minoría de participación en el capital. Ante la excesiva flexibilidad de las normas del Código fue la Jurisprudencia la que vino a establecer cuales eran los límites permitidos por el ordenamiento de la Sociedad anónima y así se declaró que el derecho de voto era un derecho fundamental del accionista, del que no podían privarle ni los estatutos ni los acuerdos de la junta. Pero, añade el profesor Olivencia, la Jurisprudencia no resuelve el problema de la medida de ese voto; siendo los fundadores o la propia junta en modificación estatutaria quienes podían establecer la medida del derecho de voto (Conferencia en la Academia Matritense del Notariado el día 9 de junio de 1967).

D. La Ley de 17 de julio de 1951 reguló esta materia en los términos siguientes:

a) Conforme al artículo 39 la acción confiere a su titular legítimo la condición de socio y le atribuye, entre otros derechos, como mínimo, el de votar en las Juntas Generales cuando se posea el número de acciones que los estatutos exigen para el ejercicio de este derecho.
b) El artículo 37 estableció que pudiesen existir distintas clases o series de acciones y que la diferencia pudiese consistir en el contenido de derechos.

c) El artículo 38 no consideró lícita la creación de acciones de voto plural, pero admitió que los estatutos exigiesen, con carácter general para todas las acciones, la posesión de un número mínimo de títulos para asistir a la Junta General y ejercitar el derecho de voto, así como para poder fijar el número máximo de votos que un mismo accionista pudiese emitir.

d) No regulaba las acciones sin voto.

E. El Texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989 no establece variaciones sustanciales respecto al régimen anterior, si bien admite ya las acciones sin voto, regulándola en los artículos 90, 91 y 92. (Sección quinta del Capítulo IV)

F. Derecho comparado

Derecho Inglés: en el brillante estudio del Profesor Portirio Carpio sobre las acciones sin voto sintetiza éste la regulación de las acciones sin voto (*No-voting shares*) en el derecho inglés en los términos siguientes: la emisión de estas acciones está permitida debido, de un lado, al respeto del viejo principio del laissez faire y de otro, a la no consideración del voto como derecho esencial del accionista. Las acciones sin voto pueden emitirse como ordinarias o como privilegiadas.

En los Estados Unidos el derecho de voto no es considerado como esencial de la condición de accionista. Debe existir, al menos, una clase de acciones de la sociedad con derecho de voto.

La Ley alemana de 1937, admite y regula en los artículos 115, 116 y 117 las acciones privilegiadas sin derecho a voto; y la Ley de 1965 preceptúa que «cada acción concede el derecho de voto. Las acciones preferentes pueden emitirse como acciones sin voto, de acuerdo con las disposiciones de esta Ley». (Art. 12.1).

El Código suizo de las Obligaciones las admite en el artículo 692. En el Derecho italiano se distingue entre las acciones de voto limitado y las acciones sin voto («*azioni di risparmio*») Las primeras aparecen reguladas en el artículo 2351 del Código Civil, que comenzó a regir el 21 de abril 1942. Las acciones sin voto se introducen por una Ley de 7 de junio de 1974 y priva del derecho de voto a tales acciones en las Juntas Generales Ordinarias y Extraordinarias, manteniéndolo en las Juntas especiales de

categoría. Sólo pueden existir en las S. A. y en las comanditarias que cotizan en Bolsa.

En Francia, el derecho de voto se ha venido considerando como derecho irrenunciable e incedible. El Decreto Ley de 31 de septiembre de 1937 establece que cualquier convención relativa a la renuncia de voto sería nula. Los Estatutos no pueden suprimir el derecho de voto, sino, todo lo más, regular su ejercicio. La Ley del año 1966 mantiene parecidos principios, pero establece algunas excepciones.

3. Ley de S. A. de 1989 y modificaciones posteriores

A. El Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas dedicó a esta materia tres artículos: el artículo 90 que regula la emisión de las acciones sin voto; el artículo 91 relativo a los derechos preferentes; y el artículo 92 regulador de otros derechos.

B. El Texto Refundido ha sido modificado por las Leyes 37/1998 y 50/1998.

C. Ley 37/1998 de 16 de Noviembre de Reforma del Mercado de valores: Modifica el apartado 1 del artículo 91 y el apartado 1 del artículo 92. Añade un apartado, el 4, al artículo 91.

D. Ley 50/1998 de 30 de Diciembre: Modifica los apartados 1 y 4 del artículo 91.

En consecuencia, los apartados 1 y 4 del artículo 91, tal como fueron redactados por la Ley 37/1998, sólo han tenido vigencia durante 44 días.

El redactor de la Exposición de Motivos de la Ley 50/1998, dice Portirio Carpio, no ha tenido a bien justificar o al menos explicar las razones de tan corta vida legal de esos apartados del artículo 91.

Nota característica de la nueva regulación es el distinto tratamiento de las acciones sin voto en las Sociedades no cotizadas y en las Sociedades cotizadas, con normas rígidas, imperativas, para aquellas, y más flexibles para estas.

E. Preceptos aplicables a todas las acciones sin voto son:

a) El importe máximo de estas acciones no será superior a la mitad del capital social desembolsado (Art. 90).

b) El derecho a percibir el dividendo anual mínimo o variable que establezcan los estatutos sociales (Art. 91.1). Habiendo desaparecido el mínimo del 5% que establecía el Texto de 1989; Las consecuencias de la falta de pago del dividendo son, sin embargo notablemente distintas para las sociedades cotizadas y las no cotizadas. La obligación de satisfacer este dividendo queda supeditada a la existencia de «beneficios distribuibles».

El derecho del accionista sin voto a que le sea satisfecho un dividendo mínimo o variable, según los casos, quedaría fácilmente violado si la sociedad, a pesar de obtener beneficios, no lo repartiese, llevando su importe a reserva.

La Ley sale al paso de esta posible artimaña, obligando a la sociedad a repartir ese dividendo mínimo o variable, caso de existir beneficio distribuible.

Pero este precepto también provoca algunos problemas.

Poco tiempo después de publicado el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas del año 1988, en un curso que organizó el Colegio de Abogados de Jerez de la Frontera, en mi intervención decía yo lo siguiente:

- Indudablemente debe quedar a salvo en primer término la obligación de constituir la reserva legal prevista en el artículo 214.1 del Texto Refundido. «En todo caso una cifra igual al diez por ciento del beneficio del ejercicio se destinara a la reserva legal hasta que esta alcance, al menos, el veinte por ciento del capital social».
- Más discutible pudiese ser la aplicación preferente de los beneficios a otras atenciones estatutarias. Parece que ello es admisible. Pero no lo sería la retribución de los administradores, si consistiese en una participación en beneficios, al no darse en tal caso los requisitos previstos en el artículo 130 de la Ley.
- Cabe preguntarse también si sería obligatorio para la sociedad el reparto del dividendo mínimo si no hubiese obtenido beneficios en el ejercicio correspondiente, pero tuviese en su patrimonio reservas de libre disposición suficiente para ello.

La solución afirmativa me parece sería justa. Y pudiera contar en su apoyo con la expresión «beneficios distribuibles» que emplea, por dos veces, el párrafo segundo del artículo 91.1, poniéndolo, al efecto, en relación con el artículo 213.2, que, sin utilizar precisamente esa expresión, considera beneficio repartible el integrado por el beneficio del ejercicio y las reservas de libre disposición.

c) Situación privilegiada respecto a las restantes acciones (acciones con voto) en el supuesto de reducción del capital social por pérdidas o de liquidación de la sociedad, en los términos previstos en los apartados 2 y 3 del artículo 91.

d) Gozan de los mismos derechos que las acciones con voto en todo lo no expresamente previsto en el artículo 91 (art. 92.1). Entre estos derechos considero que hay que incluir el derecho a pedir la convocatoria de Junta General y de asistir a ella.

En mi citada intervención en el curso del Colegio de Abogados de Jerez, decía yo respecto a este punto:

En el Anteproyecto de la Ponencia, se les negaba a estos accionistas ambas facultades como derechos individuales, pero se preveía el nombramiento de un representante común, entre cuyas facultades figuraba la de pedir la convocatoria de las Juntas y asistir a esta con voz y sin voto.

A mi juicio, a la vista del texto refundido y de la Leyes que lo modifican las acciones sin voto facultan a sus titulares, individualmente considerados, tanto para pedir la convocatoria de la Junta General como para asistir a ella con voz y sin voto.

Baso mi opinión en primer término en lo dispuesto en el artículo 92.1 de la Ley, conforme al cual las acciones sin voto atribuirán a sus titulares los demás derechos de las acciones ordinarias, salvo lo dispuesto en el artículo 91.

Por otra parte el artículo 100.2 ordena que los Administradores deberán convocar la Junta General cuando lo soliciten socios que sean titulares, al menos, de un cinco por ciento del capital social. Como no establece ninguna restricción y además como las acciones sin voto integran el Capital social, parece lo más ajustado a esta norma el concederles el derecho de pedir la convocatoria de la Junta; cuyas decisiones por otra parte, aunque no puedan contribuir a adoptarlas, pueden ser para ellos del mayor interés.

Tampoco, a mi juicio, existen razones para negar a estos accionistas la facultad de asistir a las Juntas Generales. Los artículos 102 y 103 de la Ley, fijan los quórums mínimos de accionistas asistentes con derecho de voto, pero ello sólo significa que esas acciones serán las únicas computables a efectos de estimar validamente constituidas las respectivas Juntas; no el que no puedan estar presentes los otros accionistas. En este punto cabe observar la diferencia con la norma contenida en el artículo 105 de la propia Ley antes citada, al permitir que los Estatutos exijan la posesión de un número mínimo de acciones «para asistir a la Junta General»; cualquiera que sea su «clase o serie». Y es terminante el artículo 111. 2 que al regular la formación de la lista de asistentes a las Juntas Generales, establece que se determinara el número de accionistas presentes o representados, así como el importe del capital del que sean titulares, especificando el que corresponde a los accionistas con derecho a voto. Norma que resultaría absurda, por innecesaria, si los accionistas con derecho a voto fuesen los únicos con derecho a asistir. Mucho menos correcto, por ambiguo, resulta el artículo 97.1, norma 4.°, del Reglamento del Registro Mercantil. Tampoco parece correcta la norma 7.a del artículo 97.1, al exigir que se consigne en el acta quien haya votado en contra, siempre que el accionista los solicite. Parece indudable que no sólo debe hacerse constar el voto en contra, sino también la oposición, sin voto, de los accionistas que carecen de este derecho si así 10 solicitasen. Al no consignarse en el acta la oposición del accionista sin voto, no se ve como este va a poder ejercitar la acción de impugnación de los acuerdos anulables, al no darse los requisitos previstos en el artículo 117.2 de la Ley. Respecto a los acuerdos nulos, si tendrá legitimación conforme al propio artículo 117.1. Habrá que entender que, a pesar de la defectuosa redacción del Reglamento, habrá que consignar en el acta la oposición de los accionistas sin voto. Un cierto apoyo reglamentario pudiera encontrarse, a falta de cosa mejor, en el repetido artículo 97.1, en su norma quinta.

También el artículo 112 al regular el derecho de información, se refiere a «los accionistas», genéricamente, reconociéndoles el derecho para solicitar verbalmente durante la reunión de la Junta los informes o aclaraciones que estimen precisos acerca de los asuntos comprendidos en el orden del día. Ello confirma no sólo que los accionistas sin voto tienen

derecho a asistir a la Junta, en concepto de oyentes, pudiera decirse, sino con la facultad de intervenir activamente («derecho de voz») en la Junta.

El hecho de haber negado estas facultades el citado anteproyecto de la Ponencia, creando un representante de la colectividad, y la desaparición de esta norma en el Texto Refundido, dejando sin «defensor», pudiera decirse, a los accionistas sin voto, lo considero un argumento más en orden a cuanto vengo sosteniendo.

En resumen, a mi juicio, a la vista del Texto Refundido, y de las Leyes que lo modifican, las acciones sin voto facultan a sus titulares individualmente considerados tanto para pedir la convocatoria de Junta General, como para asistir a ellas con voz y sin voto.

Aliado de este régimen común existen notables diferencias, como antes he indicado, entre las acciones sin voto en las sociedades cotizadas y en las no cotizadas:

1) Carácter imperativamente acumulativo del dividendo mínimo en las sociedades no cotizadas y quedando al arbitrio de los Estatutos en las cotizadas (arts. 91.1 y 4).

   La Ley de Sociedades Anónimas establecía en el texto de 1989 que, una vez acordado el dividendo mínimo -que como antes he indicado no podía ser inferior al 5% del capital desembolsado por cada acción sin voto- los titulares de estas acciones tenían derecho al mismo dividendo que correspondiese a las acciones ordinarias. La parte del dividendo mínimo no pagado debía ser satisfecha dentro de los cinco ejercicios siguientes.

   La Ley 37/1998 estableció el mismo régimen anterior, si bien la acumulación no tenía duración limitada, según resulta de la disposición adicional décimo-quinta.

   La Ley 50/1998 ha modificado de nuevo este régimen en dos puntos: por una parte, la acumulación en los términos dichos es imperativa para las sociedades no cotizadas, mientras que por el contrario en las cotizadas se estará a lo que dispongan los Estatutos (art. 91.4) Y se mantiene que la parte no pagada del dividendo mínimo deberá ser satisfecha dentro de los cinco ejercicios siguientes. Se trata de un plazo de caducidad y no de prescripción.

2) Adquisición o no del derecho de voto durante el tiempo en que no se satisfaga el dividendo mínimo.

La Ley de 1989 decía así: «de no existir beneficios distribuibles o de no haberlos en cantidad suficiente, la parte del dividendo mínimo no pagada deberá ser satisfecha dentro de los cinco ejercicio siguientes. Dentro de ese plazo, mientras no se satisfaga la parte no pagada del dividendo mínimo, las acciones sin voto conferirán ese derecho en las Juntas Generales y Especiales de accionistas». Sigue aquí nuestra Ley los precedentes de otras legislaciones estableciendo un plazo de caducidad en orden al dividendo mínimo. y como la contrapartida de la renuncia al voto reside fundamentalmente en ese dividendo preferencial, el accionista recupera automáticamente el voto mientras este no le sea satisfecho. Ello le permitirá, además, tomar o, en lo posible, influir, en que se adopten las medidas conducentes a la salvaguarda de sus derechos. Se trata de un plazo de caducidad, por lo que no será posible interponer reclamación alguna para interrumpir la pérdida del derecho. Como todo plazo de caducidad, responde a un principio de seguridad jurídica, cuya justicia intrínseca es más que discutible. Lo que si conviene tener en cuenta es que si transcurrido los cinco años, en el sexto tampoco se paga dividendo, el accionista seguirá con derecho de voto y comenzará un nuevo período de cinco años en orden a los dividendos.

Una duda se me presenta en este punto: Las cuentas anuales, en cuyo concepto se integran el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias y la memoria (art. 172.1) no tienen valor oficial, valor definitivo, mientras no sean aprobadas por la Junta General de accionistas, según resulta del artículo 212.1 de la Ley. Los administradores deberán formular tales documentos en el plazo máximo de tres meses a partir del cierre del ejercicio social (art. 171.1). Pues bien: Si de las cuentas anuales formulada por los administradores resultasen pérdidas o beneficios insuficientes ¿Deberán ser convocados reconociéndoles derecho a voto los socios titulares de acciones sin derecho a él a la Junta General a la que corresponderá aprobar tales cuentas? Me inclino por la

solución negativa, dado que hasta que las cuentas anuales no estén aprobadas, no son más que un mero proyecto o propuesta. La Junta General pudiera no aprobar la que formulen los administradores. Reconozco, sin embargo que ello dilata la intervención de los accionistas sin voto y, por lo tanto, la defensa de sus derechos.

La vigente Ley, con diferente redacción y con referencia a las sociedades no cotizadas, dice así: «Mientras no se satisfaga el dividendo mínimo, las acciones sin voto tendrán derecho en igualdad de condiciones que las acciones ordinarias y conservando, en todo caso, sus ventajas económicas».

La diferencia entre sociedades cotizadas y no cotizadas es también categórica en este extremo: para las no cotizadas, rige, sin paliativos la norma transcrita y para las cotizadas se estará a lo que disponga los estatutos.

3) Respecto al derecho de suscripción preferente se establece también la repetida distinción: a las acciones de sociedades no cotizadas le serán aplicables las normas generales reguladoras de ese derecho; mientras que en las sociedades cotizadas se estará a lo que dispongan sus estatutos.

VI. ACCIONES RESCATABLES

1. Concepto

Estas acciones se definen en esencia -señala el Catedrático Don Javier García de Enterría- por el hecho de emitirse para ser rescatadas o amortizadas por la sociedad en unas condiciones predeterminadas que han de establecerse de antemano en los Estatutos.

A su vez, la Catedrática Alonso Ledesma, en un detallado trabajo sobre «La reforma de la sociedad cotizada», indica que las acciones rescatables o acciones «*ad tempus*», a diferencia de las ordinarias, nacen con un carácter meramente temporal, en cuanto su destino es el de ser fatalmente redimidas o rescatadas.

2. Derecho comparado

Esta clase de acciones están reconocidas en el Derecho inglés bajo la denominación de «*vedeemable shares*» y reguladas por la «*Companies Act*» del año 1985. Su posibilidad está prevista y regulada en el artículo 39 de la Segunda Directiva del Consejo de la Comunidad Europea, de 13 de Diciembre de 1976, no con carácter imperativo para los Estados miembros, sino como mera posibilidad para aquellos. En las legislaciones cercanas a la española, sólo se encuentran reguladas en el reciente Código de Sociedades Portugués.

3. Derecho español

Las acciones rescatable han sido reguladas por primera vez en el Derecho español por la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley 37/1998 de 16 de Noviembre, de Reforma de la Ley 24/1988 de 28 de julio, reguladora del Mercado de Valores, que añade dos artículos al Texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 22 de Diciembre de 1988: los señalados con los núms. 92 Bis y 92 Ter.

A. Las acciones rescatables con anterioridad a la Ley 37/1998

La posibilidad de emitir acciones rescatables con anterioridad a la vigencia de la Ley 37/1998 ha sido discutida por la Doctrina mercantilista. Entre otros, defendió esta posibilidad Fernández del Pozo y se opone García Cruces. Modificada la Ley de 1988 y admitidas por la repetida Ley de 1998, carece hoy de interés esta cuestión.

B. Los requisitos de las acciones rescatables en la Ley 37/1998

a) Dentro de la tónica general de las Leyes 37/1998 y 50/1998 de establecer regímenes distintos para las acciones cotizables y las no cotizables, la primera de dichas Leyes limita su ámbito de regulación a las primeras, es decir, a las cotizables.

Los términos en que se pronuncia la Ley parecen impedir que las sociedades con acciones no cotizables puedan emitir acciones rescatables.

Queda así solventada, en sentido negativo, la cuestión antes planteada de la emisión de tales acciones al amparo de la Ley de 1988.

Lo muy discutible de ésta limitación resalta en algunos comentarios, como los del Profesor García Cruces González. Señala éste autor los riesgos que, a su juicio, presentan éstas acciones, y la limitación le parece de todo punto razonable, ya que como consecuencia del acceso a la negociación en un mercado secundario, el control a que se verá sometida la emisión de éste tipo de acciones será mayor y la posibilidad de los peligros se verá dificultada; pero considera, sin embargo, que no aparece suficientemente justificada la limitación.

Salvo el propósito de establecer dos campos fuertemente separados en el régimen de las sociedades anónimas, no creo existan serias razones para ese criterio negativo.

1) Si acudimos al Derecho comparado, observamos cómo en aquellos países en que las acciones rescatables son admitidas, no se establece tal limitación -así en Portugal- aunque puedan exigirse requisitos distintos para unas y otras.
2) Se señala que son las sociedades cotizadas las que más frecuente y especialmente pueden necesitar de éste tipo de financiación. ¿Pero qué obstáculo pudiera existir para que a las restantes Sociedades Anónimas no se les permitiese también acudir a él? Si se estimase que es más fácil que en éste tipo de sociedades, normalmente más pequeñas, se frustrasen con éste tipo de acciones las expectativas de ciertos inversionistas, por igual, o, tal vez, más acusadas razones, deberían prohibírseles los aumentos de capital, con ingreso de nuevos socios, o establecer respecto a tales aumentos mayores requisitos que los que establecen los artículos 151 y siguientes de la Ley de Sociedades Anónimas.

El tercero, es decir, el no accionista, que concurre a aumento de capital, deberá, si es consciente de lo que pretende, calibrar las posibilidades de éxito, que, a su juicio, ofrezca la sociedad; pero esto tanto

si se trata de acciones ordinarias como de acciones rescatables; y no digamos cuando se trate de los socios fundadores, si se admitiese la licitud de emitir acciones rescatables en dicho acto, lo que no parece posible con el régimen vigente, dado que la sociedad no podrá tener el carácter de sociedad cotizada. En éste sentido negativo se pronuncia Alonso Ledesma.

b) Dentro de las sociedades cotizadas, las acciones rescatables pueden ser acciones ordinarias (dentro de su especialidad), o acciones privilegiadas, dado que la Ley no establece distinción alguna al respecto.

Sin embargo, como pone de relieve el Profesor García de Enterría, es en las acciones preferentes cuando la posibilidad de rescate por decisión de la sociedad tiene mayor razón de existir cuando el dividendo de las acciones preferentes se sitúe por encima de los ofrecidos por las nuevas emisiones que accedan al mercado.

A éste respecto, cabe recordar que en el Reino Unido hasta el año 1981 sólo podían emitirse acciones rescatables como acciones preferentes.

En Portugal se limita la rescatabilidad a las acciones que se beneficien de algún privilegio patrimonial (art. 345.1 del Código de Sociedades Comerciales).

c) Son requisitos imprescindibles para emitir acciones rescatables:

1) Que su importe nominal no sea superior a la cuarta parte del capital social (art. 92 Bis de la Ley de Sociedades Anónimas). Como «capital social» debe entenderse el capital suscrito, no el capital desembolsado. Véase el arto 9 apdo. 1) de la Ley.
   De si se trata o no de un límite excesivamente riguroso, no voy a pronunciarme. Como en la mayoría de las limitaciones cuantitativas, hay, por lo menos, un abanico de opciones perfectamente aceptables: ¿mejor un 25%, un 35% o un 50%?
2) Las acciones rescatables deben quedar íntegramente desembolsadas en el momento de su emisión (art. 92 Bis.2). Es una exigencia de la antes citada norma comunitaria.
3) En el acuerdo de emisión se fijarán las condiciones para el ejercicio del derecho de rescate (art. 92 Bis.3). Me referiré posteriormente a ésta exigencia.

d) Indudablemente la posible existencia de acciones sin voto deberá figurar en los Estatutos de la sociedad emisora. Así resulta, sin especial referencia a éste punto, de los preceptos de la Ley de S.A. de 1988 y del Reglamento del Registro Mercantil.

Sin embargo, la posibilidad de emitir acciones rescatables no es preciso que esté prevista en los Estatutos con anterioridad a su emisión. El artículo 92 Bis de la Ley, no lo exige. Por ello, estimo que podrá hacerse constar en los Estatutos mediante una modificación de éstos simultánea al acuerdo de emisión.

Cabe preguntarse si éste régimen legal resulta contrario a lo previsto en la Segunda Directiva Comunitaria sobre el capital social, que condiciona la posibilidad de la emisión de éstas acciones a la circunstancia de que éste hecho esté previsto en los Estatutos o en la escritura de constitución. El artículo 39 de dicha Directiva Comunitaria, en efecto, dice así: «la recuperación deberá estar autorizada por los Estatutos o por la Escritura de constitución antes de la suscripción de las acciones rescatables», añadiendo que «las condiciones y modalidades de la recuperación serán fijadas por los Estatutos o por la Escritura de constitución».

A la vista de estos preceptos no falta autores que consideren que, a pesar del «olvido» del legislador español, debe completarse lo dispuesto en el artículo 92 Bis de la Ley de S.A., requiriendo el previo pronunciamiento estatutario acerca de la posibilidad de emitir éste tipo de valores, así como las condiciones y modalidades de su rescate.

Otros autores, como Sánchez Andrés, ponen de relieve que la previsión anticipada resulta crucial para asegurar la tutela de los diferentes intereses afectados: los acreedores sociales, los inversores potenciales y los propios accionistas cuyas acciones no sean redimibles.

En sentido opuesto, se manifiesta la Profesora Alonso Ledesma, que alega, esencialmente dos argumentos:

Primero: La Directiva lo único que exige es que la condición de rescatables de las acciones, así como la modalidad a través de la cual se va a llevar a cabo el rescate, figure en los Estatutos.

Segundo: La exigencia de que figure previamente en los Estatutos la facultad de emitir ésta clase de acciones llevaría -lo que califica de absurdo- a tener que admitir que las sociedades cotizadas existentes en

España en el momento de la aprobación de la Ley que quisieran realizar una emisión de acciones rescatables, tendrían que proceder a dos modificaciones estatutarias progresivas: la primera para admitir la emisión de éste tipo de acciones, y la segunda cuando se acuerde la efectiva emisión.

Cabe preguntarse si la exigencia de que conste en los Estatutos la posibilidad de emitir acciones rescatables tiene trascendencia practica. Porque si la sociedad que no tiene en sus Estatutos prevista esa posibilidad quisiera emitir ésta clase de acciones y se le exigiese aquél requisito, habría que plantearse el tema de si tendría el camino expedito mediante un mecanismo que pudiera calificarse de «en dos golpes»: una modificación de Estatutos para admitir la emisión de éstas acciones, y en una Junta General posterior la emisión con la necesaria modificación de Estatutos por segunda vez.

En principio no parece que ni los accionistas ni los acreedores puedan oponerse a tal acuerdo. Tampoco la Ley ha previsto un derecho de separación para los accionistas que no estuvieran conformes con la modificación y votasen en contra de ella; derecho que sólo se establece para los casos contemplados en los artículos 147 y 149.2 de la Ley de Sociedades Anónimas.

e) De conformidad con el repetido artículo 92 Bis de la Ley de Sociedades Anónimas, el rescate puede producirse a solicitud de la sociedad emisora, de los titulares de las acciones o de aquella y de estos. Conforme el mismo precepto, «en el acuerdo de emisión se fijarán las condiciones para el ejercicio del derecho de rescate».

Me refiero a continuación a las más importantes de dichas condiciones:

- Fijar a quien corresponde el derecho de rescate, dentro de las posibilidades que establece el artículo 92 Bis de la Ley de Sociedades Anónimas a que acabo de referirme.
- Plazo: Una sola norma establece la Ley 37/1998: Si el derecho de rescate se atribuye exclusivamente a la sociedad no podrá ejercitarse antes de que transcurran tres años a contar desde la emisión.

Fuera pues de esta limitación, queda al arbitrio de la sociedad emisora el fijar el plazo de rescate. Estimo que caben diversas posibilidades:

1) A fecha determinada.
2) A un término fijado entre un máximo y un mínimo. El artículo 92 Bis ordena que si el derecho de rescate se atribuye exclusivamente a la sociedad, no podrá ejercitarse antes de que transcurran tres años a contar desde la emisión. Aunque no existe limitación alguna para el supuesto de que el derecho corresponda al accionista, resultaría, a mi juicio, contrario a la naturaleza y finalidad económico-financiera de estas acciones que el accionista titular de ellas pudiera ejercitar el derecho de rescate indefinidamente y, más aún, que pudiera hacerlo inmediatamente después de la suscripción o en un término brevísimo.
3) No parece existir inconvenientes para establecer un régimen de amortizaciones progresivas. García de Enterria afirma que siempre que se haya previsto en las condiciones de la emisión, debe entenderse admisible esta posibilidad, de tal forma que sólo una parte de las acciones sea amortizada. Pero, añade, esta posibilidad debe condicionarse al establecimiento de algún mecanismo que garantice la paridad de tratos de los tenedores de las acciones, a menos que estos den su visto bueno a cualquier otro procedimiento a través de votaciones separadas.

f) Precio de rescate: La ley 37/1998 no establece norma alguna en cuanto al precio de rescate. Como antes indico el artículo 92 Bis.l se limita a ordenar que en el acuerdo de emisión se fijarán las condiciones para el ejercicio del derecho de rescate. Ante esta falta de norma, queda, a mi juicio, al criterio de la sociedad emisora el establecer ese precio.

Las posibilidades que parecen más lógicas son las siguientes:

1) Por el valor nominal. Parece indudable que, en principio, pocos atractivos tienen unas acciones que al ser amortizadas lo serán recibiendo su propietario la misma cantidad que pagó por ellas años antes.

Sin embargo esta falta de atracción puede quedar contrarrestada cuando estas acciones procedan incluidas dentro de la categoría de acciones privilegiadas, asignándoles unos dividendos superiores a los de las acciones no rescatables.

2) Por el nominal más una prima preestablecida en la misión. No existen dudas entre los comentaristas sobre la posibilidad legal e, incluso, pudiéramos decir, financiera, de emitir estas acciones estableciendo un precio de rescate superior al precio de emisión, prima determinante de la creación de tales acciones. El Código de Sociedades de Portugal establece como precio de rescate el nominal, salvo que en el acuerdo de emisión se haya previsto una prima.

3) En tercer término cabe que el precio de rescate se establezca en la emisión, refiriéndolo a determinados módulos o factores objetivos: el precio medio de cotización durante determinado plazo, la capitalización de dividendos, etc, etc.

g) Amortización de las acciones rescatables.

Regula esta materia el artículo 92 Ter de la Ley de Sociedades Anónimas, introducido en el texto de esta por la Ley 37/1998.

Son tres los supuestos de amortización contemplados en esta norma:

- La efectuada con cargo a beneficios o a reservas libres.
- Con el producto de una nueva emisión de acciones acordada por la Junta General.
- A falta de lo anterior, mediante el procedimiento legal establecido para la reducción de capital, mediante devolución de aportaciones.

En primer término hay que señalar que si bien a la reducción de capital sólo se hace referencia para esta tercera modalidad, tal reducción se produce también necesariamente en el primero de los supuestos contemplados, es decir cuando el rescate se hace con cargo a los beneficios o reservas libres. Es principio fundamental de nuestro derecho que el capital se encuentra dividido y representado por acciones (arts. 1.°,9.°,47,

etc ...), lo que podríamos representar por una sencillísima formula matemática: número de acciones por valor de la acción, igual a capital. En el momento en que el número de acciones disminuya por la amortización de las acciones rescatables (acciones estas que también integran el capital social), la fórmula exige para ser exacta una disminución en el producto, es decir, en el capital social. Recordemos que en nuestro Derecho no existen las llamadas «acciones de disfrute» que representan, junto a las acciones no amortizadas, una parte alícuota del capital social.

Por el contrario, el capital queda inalterado en el segundo de los procedimientos de rescate antes señalados, es decir cuando la amortización se produce mediante una emisión de acciones. Al producirse simultáneamente la llamada «operación acordeón»

Si la amortización ha de realizarse con cargo a beneficios o reservas libres la sociedad deberá constituir una reserva por importe del valor nominal de las acciones amortizadas (art. 92 Ter.2). Existe plena coincidencia entre los comentaristas al señalar lo incompleto de esta norma, por no regular el régimen de tal reserva. Así mismo, al considerar aplicable el artículo 167 de la Ley S. A. y la Segunda Directiva de la Comunidad Económica. Considero que la solución en esos términos es exacta; si bien estimo que el artículo 92 Ter no parece imprescindible tuviera que haber precisado más la materia. Me apoyo en lo siguiente:

- El artículo 92 Ter.2 se refiere a la amortización de esas acciones con cargo a beneficios o reservas libres; amortización, como ha quedado indicado que implica necesariamente una reducción de capital. El artículo 167, caso 3.° establece en términos generales que cuando la reducción de capital se realice con cargo a beneficios o a reservas libres o por vía de amortización de acciones adquiridas por la sociedad a título gratuito; el importe del valor nominal de las acciones amortizadas o el de la disminución del valor nominal de las acciones deberá destinarse a una reserva de la que sólo será posible disponer con los mismos requisitos que los exigidos para la reducción del capital social. Entiendo, por ello que de forma directa y sin necesidad de interpretaciones forzadas la cuestión está resulta por estos preceptos.

VIII. LA ACCIÓN DE ORO

Se entiende existe «acción de oro» cuando con una sola acción se puede ejercer en una Sociedad Anónima poderes sociales muy superiores a los que corresponderían a una acción ordinaria, marcando así una trascendental diferencia entre aquellas y estas.

Surgen históricamente las «acciones de oro» con motivo de las privatizaciones de determinadas empresas públicas: el Gobierno que privatiza se reserva el derecho de bloquear decisiones empresariales de carácter estratégico: ventas de activos, fusiones o concentraciones, cambio de objeto, etc.

En España afirmaba Fernando Díaz Moreno, Subsecretario de Economía y Hacienda en agosto de 1999, no existe «Acciones de oro» en manos del Gobierno: la finalidad buscada con esta clase de acciones se sustituye por un régimen de autorizaciones administrativas previas, reguladas por la Ley 5/1995 de 23 de marzo, cuyas notas fundamentales son las siguientes:

A. La entrada en juego de este régimen depende de la actualización de una operación de venta de la participación pública de entidad suficiente como para producir la inidoneidad de la nueva condición del propietario para salvaguardar el interés público.
B. La autorización se limita a determinados actos o acuerdos con ulterior determinación en cada caso concreto.
C. Exigencia de que mediante Real Decreto se establezca el régimen de autorización administrativa previa, antes de cada operación de enajenación, con dictamen preceptivo del Consejo de Estado.
D. Posibilidad de supresión total o parcial del expresado régimen en cualquier momento, es decir en cuanto se modifiquen las razones de interés público que la establezcan.

Planteada así correctamente la cuestión, el tema parece caer fuera del objeto de estas notas. Sin embargo, ello no es exactamente así. Y no lo es porque la aplicación de esta Ley puede llevar a la existencia, de hecho,

de dos tipos de acciones. En efecto en la Exposición de Motivos de la Ley de 23 de marzo 1995 se dice así: La excepción del «status» ordinario de las entidades mercantiles que supone la Ley conduce de suyo a un especial régimen de validez de los actos y acuerdos sociales sujetos efectivamente al régimen de autorización administrativa. El incumplimiento de éste se sanciona con la nulidad de pleno derecho tanto de los actos o acuerdos sociales que directamente lleven a cabo los negocios sometidos a aprobación, como de aquellos para cuya adopción haya sido preciso el cómputo de participaciones sociales adquiridas, de cualquier forma, en virtud de los aludidos negocios jurídicos. No obstante, y siempre para limitar en la mayor medida posible la intervención pública, se legitiman, en la parte correspondiente, las adquisiciones de participaciones sociales que rebasen los límites fijados, prohibiendo simplemente el ejercicio de los derechos políticos de las constitutivas del exceso, hasta tanto se regularice la situación de las mismas.

De interés es la Sentencia de 14 de octubre de 1999 de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, en Recurso Contencioso Administrativo interpuesto por la Federación Estatal de Transporte y Telecomunicaciones de UGT contra el acuerdo del Consejo de Ministros de 20 de diciembre de 1996 sobre oferta pública de venta de acciones del estado en la empresa Telefónica de España, S. A.

LA DEMANDA HISTÓRICA DE JUSTICIA

JOSÉ MANUEL VÁZQUEZ SANZ

Ponencia presentada
en la Sesión Privada de la Academia
(Junio de 2001)

«La búsqueda de la justicia es una tarea ímproba, una empresa titánica; pero su extravío, su pérdida, constituye un cataclismo, una catástrofe que inunda y asola el alma»

Se multiplican las teorías acerca de la antigüedad del Derecho. Son numerosísimos los autores que bien investigan, bien especulan sobre si la existencia del Derecho es común a los pueblos desde los albores de las sociedades, surge como una emanación de la naturaleza identificándose con el hombre o, por el contrario, ni es uniforme en sus orígenes ni en sus manifestaciones, sino una elaboración posterior, quizá necesaria para preservar el tejido social.

Con ser importante; no es esta cuestión la que desvela el interés del jurista. Claro es que si en alguna época el Derecho aparecía oculto, o mudo como una esfinge, y no extendía su manto protector sobre la sociedad de aquel tiempo, difícilmente sus miembros podrían demandar justicia y obtener satisfacción cuando sus derechos se conculcaban. La cuestión se despereza y despierta en toda su pujanza hasta desbordar todos los linderos cuando el hombre, sujeto de derechos ya reconocidos, precisa arbitrar fórmulas para restaurar los vulnerados.

Quizá sea utópico imaginar un Estado en que los súbditos, gracias al imperio de una normativa asequible, propicia y favorecedora, no encuentran dificultades ni entorpecimientos para la consecución de sus derechos todos; antes al contrario, que lo irregular y anómalo fuese descubrir algún ciudadano marginado de tales logros.

Cierto que, a medida que hombres y mujeres ganan en instrucción y mejoran sus saberes, los obstáculos se allanan, ofreciéndose esta vía como la mejor de las ensayadas, aunque, ¿cómo no? siempre hay opiniones disidentes. Se me viene a la memoria la afirmación de José Saramago, el premio Nóbel, el hombre más sabio que había conocido no sabía leer ni escribir.

«El Derecho existe por causa del hombre y para el hombre».

Pero, a la vez, el hombre es un ser social. No se basta a sí mismo y necesita de la sociedad, en la que está llamado a vivir. Sin ella no podría conservar su existencia ni alcanzar su desarrollo y perfección. El vivir humano-social requiere, así, una ordenación que es el Derecho. El Derecho existe porque el hombre es un ser social. *Ubi societas ibi ius*[1] (Castán).

Si el problema ha sido más de la concurrencia y aglomeración de dificultades y obstáculos para la realización de los derechos que de carencia de una regulación adecuada de los mismos (que también se dio), es cierto que el malestar general no siempre fue directamente proporcional a las ventajas del ejercicio de aquellos, tal vez porque al vivir «oprimido» largo tiempo le costó despertar del letargo y adquirir conciencia.

Se advierte cómo juristas, sociólogos, historiadores y filósofos se detienen a explicar el origen del Derecho y su necesidad, pero llama la atención como, muchas veces, se descuida, margina y hasta omite el análisis de cuestión tan relevante y principal como la justa realización de ese Derecho; dando cumplida satisfacción a la demanda de la sociedad. No basta la compleja instrumentación de fórmulas jurídicas, ni el estudio filosófico de su generación si, al mismo tiempo, no se acompaña de los útiles y herramientas que confieran el adecuado fruto de su aplicación práctica.

Francisco Carnelutti en su «Carta a los amigos»[2] escribió: «*Creo que pocos hombres hayan amado el Derecho más que yo. Si he sufrido un error, durante largo tiempo, ha sido el de amarlo con un amor exclusivo. Una de mis deficiencias, que era la limitación de mi cultura, ha derivado precisamente de ésto. No digo que el Derecho no me haya recompensado; pero ha sido una extraña recompensa la de revelarme, al fin, su propia miseria. Yo no lo he amado menos por ésto, ya que son los míseros, más que nadie, los que necesitan amor; pero he perdido, a su respecto, las ilusiones. El colmo de mi saber en torno al Derecho ha sido el de reconocer su necesidad y, al mismo tiempo, su insuficiencia*». En esta

[1] CASTÁN TOBEÑAS, José, *Discurso de Apertura de los Tribunales*. 15 de Septiembre de 1958, pág. 67.

[2] CARNELUTTI, Francisco, «Carta a los amigos». *Rivista di Diritto Processuale*, 1965, T. I, pág. 1 y ss.

sincera denuncia se pulsa la clave de la insatisfacción social de los derechos, pero sólo parcialmente, pues si el instrumento adolece de insuficiencias, mayores son las carencias cuando de la realización y ejercicio de los derechos se trata.

Si la teoría del Derecho, en su configuración más pura, continúa hoy siendo objeto de debate, no cabe extrañarse de que la realización de la justicia, el «*ius sum cuique tribuere*» presente tantas anomalías e irregularidades; por otra parte, las conmociones bélicas sufridas por nuestra sociedad, lejos de propiciar un clima benéfico, apto para la satisfacción de legítimos derechos, ensombrecieron y hasta eclipsaron el cultivo de éstos. Desde los umbrales de sus casas, en los más remotos pueblos, gentes humildes y otras que no lo eran tanto asistían paralizados al espectáculo, inermes y entristecidos, a la espera de tiempos mejores.

«*Desde los confines de la historia el hombre se ha preocupado por la duración de la vida, por la vejez y por el proceso de envejecimiento*» (Dr. Martínez Manzanares). Pero esa preocupación que acompaña a la vida misma no tiene siempre el mismo nivel, ni alcanza igual ámbito y perspectiva, porque vivir, en su significado lato, entraña tantos ingredientes, abarca tamaña variedad de situaciones y planteamientos que un entendimiento estricto de la vida pugna consigo misma.

En esta línea el hombre discurre por su itinerario con más pesadumbre que júbilo, aunque la presencia de ánimo le devuelve al escenario del mundo. Ahí, en ese paisaje, es donde el hombre desarrolla su personal papel con mayor o menor relieve, con un bagaje no exento de inquietudes y sobresaltos.

Ahí, el hombre, en su entera esencia, demanda el puesto que le corresponde y al que sólo el valor incólume de la dignidad personal le presta el necesario apoyo. Así, la vida, para que merezca el título de tal, exige prestaciones ineludibles y, en primer lugar, la posibilidad de defender sin mengua el cúmulo de derechos que componen e integran el patrimonio humano.

El hombre, desde épocas remotas, debió moverse dentro de unos órdenes de preferencias y aspiraciones que jugaban en función de situaciones y circunstancias. De modo que cuando las mayores inquietudes, preocupaciones, aflicciones y sobresaltos provenían de riesgos y acechanzas en el propio entorno, cabe pensar con racionalidad que,

entonces, vivía particularmente interesado en ponerse a cubierto del peligro, sin mucho tiempo que dedicar a otras cuitas.

Sólo cuando, no con mucha diligencia ni precipitación, a su pesar, emerge de tales tenebrosos tiempos, empieza a tener la justa y debida consciencia de su personal entidad, y da paso al reconocimiento de los elementos integradores de la dignidad humana; se constituye, por fin, en seguro sujeto de derechos que ya no son una mera entelequia, sino objeto de fruición y goce.

Lo grave es que en ese precioso y crítico periodo, lejos de consolidarse tan alta y venturosa conquista, el mecanismo de una dinámica, ya individual, ya social, no ajeno al propio signo de la naturaleza humana, comienza a clavarle sus dardos, sin coto, freno ni paliativo, convirtiendo su vida en una no placentera estancia.

«*El hombre desde su libertad (su libre arbitrio) pasa a ser, con ello, una conquista dinámica -progresiva y continuada-, es decir, histórica de la virtud y, a través de ella, de la dignidad.*

Y este proceso no es individual, es colectivo o social, pues la construcción de la moralidad y la dignidad humana es la historia de la construcción de una sociedad humana» (dice Luciano Parejo Alfonso).

El hombre camina por la tierra muchas veces como un menesteroso; en pocas cosas lo es en mayor medida que en ésta de demandar justicia, desoído apelante de dignísimas apetencias configurantes de su personalidad.

El oscurantismo jurídico de ciertas épocas, envileciendo las relaciones, individuales y sociales, frente a la luminaria de otros tiempos en los que el Derecho se proclamó como exponente máximo, viene a pronunciar su elocuente sentencia, cómo en este ámbito de la conquista y el progreso social no se edifica siempre y sucesivamente sobre estratos acumulados.

Hágase una reflexión: la sociedad en su conjunto, el individuo en particular, según la enseñanza de la historia ¿han tenido fácil acceso a la demanda de justicia? ¿las vías para su ejercicio han sido las adecuadas? ¿y la ley? En estrecha conexión con la cuestión planteada está la que concierne a la eficacia de las leyes. Cuanto más efectiva sea la ley y alcance una auténtica satisfacción de derechos, mayor éxito ha de atribuírsele. La perfección de una ley deviene de su propia e intrínseca

eficacia, de su acceso al sujeto de derechos hasta la última consecuencia de la ejecución.

Entiéndase que el hombre vive en una constante tribulación que, necesariamente, ha de afectar a su estabilidad y firmeza síquica y no es ajena a ella la desconfianza en la defensa de los valores espirituales que afectan e impregnan su propia dignidad, y materiales que vienen de algún modo a robustecer su independencia e integridad frente a la acechanza y aridez del entorno. La vida, así, se configura en una constante pugna, muchas veces difícil. Y escandaliza que, a través de los tiempos, no se hayan descubierto definitivamente los resortes, las claves que llevaran la paz al hombre desasosegado.

Ese Derecho, al que se han de ajustar los administradores de la Justicia, no sólo es un Derecho imperfecto sino que exige de trámites procesales en cuyas frondas tantas veces quedan prendidos jirones de aquél.

No obstante, inquieta pensar las diferencias entre las apetencias y los propósitos fundados en sus estrictos derechos de los campesinos, de no más allá principios del S. XX y los propios de los personajes de la «*Belle Epoque*» que describe José M.ª de Areilza en su libro «París». El contraste de un mundo de sombras, estrecheces, limitaciones y precariedades, con aquel otro de encendidas luminarias rendido al placer y al despilfarro.

El profesor Pérez Luño [3] afirma que «*La Justicia es un valor omnicommprensivo y fundamental. Platón se refiere a ella como virtud que compendia y resume todas las demás y Aristóteles la concibe como virtud absoluta. Comoquiera que todo valor y toda virtud tiene como punto de referencia último la persona humana, en la integridad de sus capacidades y necesidades, a medida que se profundiza en su consideración se tornan más convencionales e inciertas las fronteras que los distinguen. En el seno de esa radical unidad de virtudes y valores, la Justicia se pe1fila como el valor rector por excelencia de las proyecciones sociales del hombre*».

La paz, se ha dicho con reiteración, es una conquista, pero ¿qué precio se ha de pagar por ella?

---

[3] PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *La seguridad Jurídica*. Edit. Ariel, S. A., 1994, pág.141

Julián Marías[4] ha escrito: «*Salvo fases de especial opresión, la vida pública de los individuos ha sido relativamente cómoda. La marcha de las cosas estaba en manos de los gobernantes, reyes u otras magistraturas y las personas individuales no tenían demasiada parte en ello. Podían estar contentas o descontentas, quejarse o resignarse. No tenían "responsabilidad", no estaba en "sus manos" la conducción de los países*». Y Mario Vargas Llosa[5]: «*El equilibrio del terror es desde luego peligrosísimo, ya que no excluye ni los accidentes ni las iniciativas insensatas de algún dictador enloquecido y megalómano*».

Diego de Saavedra Fajardo[6] defendió: «*¡Oh cuan felices serían los reyes y cuan prósperos sus vasallos si, conformándose con su divina disposición, se mantuviese cada uno dentro de los límites de sus reinos, gozando sin ambición de los ajenos, del sosiego y bienes de la paz!*».

Rudolf van Ihering[7] sienta: «*Cuando un individuo es lesionado en su derecho, se hace irremisiblemente esta consideración nacida de la cuestión que en su conciencia se plantea, y que él puede resolver según le parezca: si debe resistir al adversario o si debe ceder. Cualquiera que sea la solución, deberá hacer siempre un sacrificio; o bien ha de sacrificar el derecho a la paz o la paz al derecho*».

Con ser importante, como es, la formulación jurídica del Derecho, a través de normas justas, para la regencia de la vida social, el fallo mayor que se aprecia en orden a la obtención de la tutela es que la sociedad como tal y cada individuo en particular, no se hayan aproximado lo suficiente a la justicia, y sigan apreciándola como un ente distante y opaco, confuso e ininteligible que hace incómodo el acercamiento.

Hay que buscar con ahínco las causas determinantes de que los poderes públicos dominantes, en todas las edades, no hayan articulado fórmulas aptas, hábiles, para que la sociedad descanse, satisfechas que sean sus imprescriptibles ansias de justicia.

---

[4] MARÍAS, Julián, «El peso de la responsabilidad». *ABC*, 3.ª pág., 17 febrero de 2000.

[5] VARGAS LLOSA, Mario, *El País*, 14 de Febrero de 1999.

[6] DE SAAVEDRA FAJARDO, Diego, «*Corona Gótica*». Daniel Cortezo y C.', Barcelona, 1887, pág. XI.

[7] VON IHERING, Rudolf, *Lucha por el derecho*. Edil. Civitas, S. A., Maadrid, 1985, pág. 72.

La tarea, seria cuanto ingente, se dirige a descubrir ese vector, que, a través de los tiempos y de las diversas escuelas filosóficas, representa cómo el Derecho ha sido incapaz de llenar el vacío de una justicia plenamente realizada.

Cualesquiera que hayan sido las razones por las que el hombre haya articulado sus derechos, tras constituirse en sociedad, parece elemental la apreciación, su origen debió estar en la necesidad de la defensa del bienestar, tanto común como individual; sólo en el supuesto de que aquélla hubiese sido fruto de fuerzas poderosas ajenas al individuo y con fines que no establecían la primacía de éste, cabe entender la distorsión existente a veces entre el propósito de su creación y los resultados en ese orden obtenidos.

Quizá el hombre no ha sabido interpretar y dar validez a sus derechos. Acaso no formuló con acierto los cauces correctos para obtener la realización de aquéllos. ¿A quién atribuir la culpa?

A través de la larga cadena de los tiempos, me temo que tal «*desideratum*», por múltiples motivos, no se ha logrado jamás. Acechanzas sin cuento, obstáculos sin límites, y hasta su propia y genuina torpeza han impedido que, a salvo los vaivenes políticos-sociales de cada época, las contingencias del momento, el hombre instrumente la fórmula jurídica apta para colmar su permanente sed de justicia. Es más, la historia del hombre se desenvuelve en un inacabado peregrinaje agotador, desorientado las más de las veces y ocasiones, hacia una meta inaccesible de reparaciones a las violencias sufridas, desde la más elemental y simple ofensa o ataque a su patrimonio material hasta la más elevada, envilecedora de la dignidad y el honor personal.

Cuitado, doliente, mísero, malvive su existencia afectado de angustias y torturas ancestrales, removido y tembloroso entre las ascuas del incendio de la vida, expuesto a los asaltos de encubiertos y solapados enemigos, preso de los instintos propios y de los ajenos, y cuando en un gesto no exento de grandeza y denuedo, dadas sus debilidades, sacude sus miserias y afronta la defensa de legítimos derechos, descubre cómo una maraña sutil, una red obstaculiza, si no imposibilita, el logro de positivos resultados.

Ese discurso «*per saltum*», agotador, extenuante, lleva las más de las veces al abandono y al delirio.

La naturaleza, la vida misma, con sus frenos y sus aptitudes, marca los itinerarios, las conquistas y derrotas, pero ésta, la de alcanzar el hombre por sus propios medios una abierta realización, se me antoja la más miserable de todas. Todos los esfuerzos baldíos, todas las cautelas inútiles traman un tejido en que hecha jirones se enzarza la entidad humana. En medio de tantas sombras me asalta la inquietante duda: ¿Ha sabido el hombre enderezar sus pasos con la corrección y habilidad necesarias para alcanzar, al máximo, sus metas?

Rudolf von Ihering[8] nos ha ilustrado: «*Si el sentimiento del derecho en los individuos está enervado, es cobarde y apático cuando se trata del derecho privado; si las trabas que oponen las leyes injustas o las malas instituciones, no le permiten moverse y desenvolverse libremente con toda su fuerza; si es perseguido cuando debiera ser protegido y considerado, si en su virtud se acostumbra a sufrir la injusticia, a considerarlo como un estado de cosa que no es posible cambiar, ¿ quién podrá creer que un hombre, en el que tan empequeñecido, menguado y apagado, se encuentra el sentimiento legal, haya de despertar tan súbito, sentir tan violentamente y obrar con energía cuando ocurra una lesión legal que no hiera al individuo, sino a todo el pueblo ...* ».

Ramón Soriano[9] advierte que «*El derecho es un orden normativo del comportamiento social, el más próximo a nosotros, el que podemos percibir con mayor inmediatez; es también el que nos ocasiona mayores preocupaciones e incluso, a veces, bastantes sinsabores*».

«*El derecho forma parte de nuestra realidad cotidiana; casi sin darnos cuenta vivimos inmersos en un mar de normas e instituciones; constituyen lo que llamamos derecho*».

Nicolás López Calera[10] nos descubre que la justicia no existe ni existirá jamás como orden perfecto de convivencia humana, capaz de reducir todo tipo de tensiones. El gran camino de la familia humana habrá

[8] VON IHERING, Rudolf, *Lucha por el derecho*. Edit. Civitas, S. A., Madrid, 1985, pág. 112.

[9] SORIANO, Ramón, *Sociología del Derecho*. Edil. Ariel, S. A., Barcelona, 1997, pág. 173.

[10] LÓPEZ CALERA, Nicolás M., «Mitificación y dialéctica en el Estado de Derecho». Anales de la Cátedra Francisco Suárez, n.º 11, fascículo 1, Universidad de Granada, 1971, págs. 115-116.

de aceptar esta dialéctica conflictiva y ver en la lucha por la justicia una tarea inacabada e inacabable. Esa tensión de buscar la perfecta justicia, aún a sabiendas de su imposibilidad, será la única gran justicia que pueda reinar entre los hombres.

En esta línea discurre seguramente Ortega[11]: «*Mas ocurre que la gente, unas por falta de cultura, otras por falta de poder reflexivo, otras porque no han tenido solaz, otras por falta de valor (ya veremos que también hace falta algún valor para pensar lealmente consigo mismo), no han podido ver claro formularse claramente ese su íntimo, hondo sentir*».

Y «*En épocas críticas puede una generación condenarse a histórica esterilidad por no haber tenido el valor de licenciar las palabras recibidas, los credos afónicos, y hacer en su lugar la enérgica afirmación de sus propios, nuevos sentimientos*».

Las opiniones de antropólogos, sociólogos, juristas e historiadores no son armónicas ni acordes acerca de si existió algún tipo de norma en las sociedades primitivas. Se habla del «pre-Derecho» o «Derecho rudimentario», del cual se van separando después normas religiosas o rituales y, por fin, de carácter jurídico.

El profesor Pérez Luño[12] en ocasión memorable, sentó en esta misma casa: « ... *nunca como hoy los contenidos del Derecho habrán sido tan instrumentalizados en contra de los ideales de Justicia. La coyuntura siniestra, tantas veces corroborada por la historia, de que en toda situación despótica se advierte la presencia junto al tirano de algunos juristas dedicados a dar una apariencia de racionalidad a lo que son meros designios arbitrarios del poder, se ha visto ampliado a otras esferas. Hoy no es sólo el déspota político, sino muchos pequeños déspotas sociales y económicos, quienes se sirven de leguleyos y rábulas para agredir los valores de la comunidad*».

Es por tanto, que no sólo el poder, bajo la careta de la racionalidad, ha sojuzgado a la comunidad, sino que, al abrigo artificioso de aquél, han proliferado personas o grupos que enmascararon el sentido de lo justo,

---

[11] ORTEGA y GASSET, José, *Vieja y nueva justicia*. Edit. Espasa Ca1pé, S. A. OBRA, Madrid, 1942, pág. 87.

[12] PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, «El desbordamiento de las fuentes del Derecho». (Discurso de ingreso R. A. S. L. J.), 12 de Diciembre de 1993.

beneficiándose inmisericordes de la situación y lesionando el común. Dígaseme, ante este estado de cosas, qué resortes o claves han de pulsar hombres y mujeres, con garantía de éxito sin perturbar en demasía el mentidero de su paz, para acabar con tan perturbador galimatías. Da grima muchas veces el silencio; peor resulta el escándalo y el alboroto demagógico.

Personalidades eminentes, instituciones ilustres, en ocasiones han mostrado su pesimismo y desconfianza acerca de tan arraigado problema, afirmándose que es vano cualquier empeño de traer de nuevo a la tierra el paraíso perdido. Por eso, si se pregunta por una solución para males que afligen a la sociedad, la Iglesia habrá de adelantarse, y se adelanta a decir con León XIII que no tienen solución[13].

Es lástima que sea así, pues ya Sófocles (Antígona) dijo:

«*Muchas cosas maravillosas y terribles he visto en el mundo, pero ninguna más maravillosa y terrible que el hombre mismo*».

Manuel Moix Martínez[14] entiende: « ... *el valor de la Justicia es un ideal que, como tal, nunca podrá realizarse plenamente en la práctica, por lo que, más que de "justo" o "injusto" en términos absolutos, debería hablarse de "más o menos justo" o "más o menos injusto ", ya que nunca podrán darse en la realidad la justicia o la injusticia absoluta, sino tan sólo a determinados niveles de justicia, en aproximación asintótica al ideal supremo e inaccesible de justicia*».

Es válida la aclaración de Ramón Soriano[15]: «*el derecho no es sólo expresión de la justicia, sino también de otra serie de valores como la libertad, la igualdad, la seguridad, etc. Ahora bien, estos valores suponen un desarrollo del valor primordial y genérico que la Justicia constituye*».

Quizá la implantación en el mundo de «lo justo», en una época de esplendores técnico-científicos, no se ha logrado porque como dice

[13] LEÓN XIII, *Doctrina Social Católica*, A. Martín Artajo, Máximo Cuervo, Edil. Labor 1939, pág. 13.

[14] MOIX MARTÍNEZ, Manuel, *De la justicia social al bienestar social*. Edit. Partenón, Madrid, 1976, pág. 145.

[15] SORIANO, Ramón, *Sociología del Derecho*. Edit. Ariel, S. A., Barcelona, 1997, pág. 175.

Alvarado Planas[16]: « ... *parece que, aparte de un mayor grado de técnica y especialización cultural, las diferencias entre el hombre primitivo y el actual no son tan abismales como en un principio podría pensarse. La capacidad intelectual, al menos potencial, del hombre de hace 400.000 años era muy semejante a la nuestra*».

Cómo no se han arbitrado, a lo largo de la historia, por el hombre fórmulas. más prácticas y propicias para allegar la justicia es un enigma imposible de descifrar. La impresión es que, lejos de alcanzarse el camino, se han multiplicado los obstáculos para arribar a la meta feliz y ansiada donde cada uno disfrute de una bien ganada paz. Cuando se piensa en la perfección inaccesible se recuerda a Aristóteles[17]: « ... *el Estado más perfecto es evidentemente aquél en que cada ciudadano, sea el que sea, merced a las leyes, practica lo mejor posible la virtud y asegura mejor su felicidad*».

Al ser la Justicia una virtud, la que nos hace ser justos, es comprensible la actitud de indignación, si no de cansancio y de hastío, propia de las sociedades que han vivido defraudadas porque no se les propició la justicia.

En épocas distintas, la percepción inmediata es esa multitud de individuos que, titulares legítimos de derechos bien definidos, jamás los ejercitaron, nunca los promovieron, por sentirse hastiados o torpes ante barreras que tuvieron por infranqueables, insuperables valladares sin acceso. Y así claudicaron, olvidándose en el mejor de los casos de sus derechos, antes que intervenir en la brega de lo que apreciaban como intrincados laberintos procesales.

Si la honestidad consiste, según Piero Gobetti[18], en tener ideas y defenderlas, es evidente que anchas zonas de población no harán profesión de honestidad, porque tampoco cabe ir demandando heroísmos solitarios por doquiera, máxime cuando los ciudadanos de los países democráticos cuentan con legítimas razones para estimar que, cumplidas sus

[16] ALVARADO PLANAS, Javier, *El pensamiento jurídico primitivo*. Edit. Nueva Acrópolis, 1986, pág. 73.

[17] ARISTÓTELES, *La Política*. Colección Austral, Edit. Espasa Calpé, Argentina, 1943, pág. 127.

[18] GOBETII, Piero, *Scritti politici*. Torino, 1950, pág. 87

obligaciones como tales, otros, los políticos, están conminados a patrocinar y velar por sus ideas.

Llegados a este espacio del camino, se hace un alto; no es que desfallezca el ánimo, sino que la mente hace uso de su derecho a recapacitar: quizá las cosas tengan que ser como son y no puedan ser de otra manera. Y, con Pascal y Paul Hazard, lo mejor sea que cada uno desde su asiento más cómodo vea desfilar los acontecimientos sin mayor protagonismo.

Es cierto que como mantiene Isidre Malas[19]:

«*Un uso constante de la fuerza sería demasiado costoso para cualquier sistema social, por otra parte, en la mayoría de los casos, los integrantes de una sociedad coinciden en hacer de forma voluntaria aquello que está mandado.*

Todos los sistemas políticos, se basan poco o mucho, en un cierto grado de consentimiento, en una cierta aceptación de su autoridad. Sea por hábito, sea por creencias arraigadas, sea simplemente porque se está de acuerdo, las decisiones de quien tiene el poder político suelen ser aceptadas y las personas suelen cumplir los mandatos del poder sin que sea siempre necesario el uso de la fuerza. El consentimiento genera legitimidad». Precisamente porque es así, la atención vigilante en el uso del poder deberá ser más cuidadosa.

No se olvida que según Max Weber, el Estado contemporáneo es como «*una comunidad humana que, dentro de los límites de un determinado territorio, reivindica con éxito el monopolio de la violencia física legítima*».

El exceso de individualismo ha perjudicado la tarea afanosa del hombre hacia la conquista de un mundo mejor, con menos omisiones; la empresa era enorme, gigantesca para la debilidad y la flaqueza del ser humano, y éste no aglutinarse con idea de sumar fuerzas en la medida justa.

La sociedad, que se impuso con baremos, normas y cánones, fue tan defectuosa en resultados como el individuo mismo, uno y otra no cedieron en sus posiciones y la conclusión se cifró negativa para ambos.

---

[19] MOLAS, Isidre, *Derecho Constitucional*. Edit. Tecnos, S. A., Madrid, 1998, El poder político, pág. 19.

«*El gran problema de la sociedad,* explica Valentín Fuster[20], el gran científico-cardiólogo, *es que la gente no piensa. Si no tiene tiempo para pensar, ¿ cómo puede uno ser creativo? Yo me paso mucho, mucho tiempo pensando. No es el horario laboral sino el intelectual el que importa*».

Cuando el hombre toma conciencia de su incapacidad e impotencia cae, con frecuencia, en la angustia. Benzo Mestre[21] afirmó que «*la raíz de esta angustia ante la soledad la ve Fromm, por una parte (como la veía Freud), en la absoluta necesidad que el hombre experimenta, desde su infancia, de la cooperación de los demás para poder sobrevivir frente a las amenazas externas y para poder trabajar y producir*».

Especular sobre el verdadero sentido de los valores supremos, como si del placer o la riqueza se tratara, en una sociedad tantas veces precaria en medios, suena a sarcasmo. Déjense en el umbral de la justicia especulaciones y sortilegios, conjeturas y lucubraciones, y trátese de lograr, en un orden práctico que, al menos, cada hombre o mujer tenga lo que su derecho le da y le corresponde.

Desde Pascal, que hace residir la paz y la felicidad en vivir, sin más, en el cuarto propio hasta los más modernos investigadores de la vida nómada, la realidad humana es que donde quiera que el hombre se halla porta la inquietud y la zozobra de su legítima defensa, y cuando advierte que no tiene a mano los medios para ejercerla, se siente lesionado en lo más vivo.

Es que toda persona vive aguijoneada por múltiples solicitudes que la inquietan hasta el agobio; si se exceptúan los requerimientos de la salud, nada tan importante como encontrar fácil y expedita la vía para el ejercicio de los derechos.

Hace ya años Duguit[22] escribió: «*Yo soy de aquellos que precisan que el derecho es mucho menos la obra de un legislador que el producto constante y espontáneo de los hechos. Las leyes positivas, los códigos,*

[20] FUSTER, Valentín, (Entrevista Ana Romero), *El mundo*, 22 Noviembre 1998.

[21] BENZO MESTRE, Miguel, *Sobre el sentido de la vida*. Biblioteca Autores Cristianos, Madrid, 1975, pág. 143.

[22] DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, (cita Hdez. Gil en *Conceptos jurídicos fundamentales*), Edit. Espasa Ca1pé, S. A., Madrid, 1987.

pueden subsistir intactos en sus textos rígidos; poco importa; por la fuerza de las cosas, por la presión de los hechos y de las necesidades prácticas se forman constantemente instituciones jurídicas nuevas».

No en vano, Clemente de Diego[23] proclamó que: «*El orden social es la proporción y medida de las relaciones necesarias a la sociedad humana; cuanto sea preciso para el mantenimiento de ese orden de relaciones esenciales hay obligación de hacerlo y facultad para explicarlo imperativamente*».

El derecho, según Hernández Gil[24], «*es, en gran medida, historia y la historia no es el simple suceso, sino la huella y la enseñanza que van dejando ciertos sucesos*».

Óbices hay siempre en el decurso de la vida; en este caso también. El principal quizás el propio error de la conciencia popular. Entran aquí en juego las distintas concepciones doctrinales y filosóficas, desde el iusnaturalismo al positivismo. Pero calificar de errónea la voz de la ciudadanía nunca debe constituir un recurso para la desatención y el desinterés, orígenes de tantos males.

La lucha por la justicia viene de antiguo, es un quehacer sin edad. «*Podríamos remontar la cuestión sobre la justicia*, dice Peter Haberle[25], *a las tablas del Código de Hamurabi (1700 a. C.) o a algunos pasajes de la Biblia, podríamos incluso recordar al rey juez Salomón, pero como tantas cosas, fue también en la Antigua Grecia donde nació el "pensamiento jurídico*".

(*Erik Wolf). Aristóteles nos ha legado textos clásicos cuyo influjo se extiende hasta nuestros días acerca de la relación entre igualdad y justicia e incluso la distinción entre la justicia conmutativa y la justicia distributiva. Sin embargo los geniales juristas prácticos fueron los romanos*».

---

[23] DE DIEGO, Clemente, *Instituciones de Derecho Civil Español*, Artes Gráficas Julio San Martín, 1959, pág. 19.

[24] HERNÁNDEZ GIL, Antonio, *Conceptos Jurídicos Fundamentales*. Edit. Espasa Ca1pé, S. A., Madrid, 1987, pág. 363.

[25] HABERLE, Meter, «El eterno combate por la justicia. La ciencia jurídica en el camino hacia Europa». Traducción del alemán. Carlos Ruiz Delgado. *Revista General del Derecho*, Enero-Febrero 1999.

No se olvide, con Aristóteles[26], *que la justicia es una necesidad social, porque el derecho es la regla de vida para la asociación política y la decisión de lo justo es lo que constituye el derecho.*

Colapsado el ánimo, llama poderosamente la atención hasta mover a escándalo el enfeudamiento de pueblos enteros a una organización, a un sistema, a un «clan», desde el minúsculo reducto de los antiguos burgos con la nota venturosamente eclipsada de los cacicazgos a vastos poderes enfáticos, más o menos encubiertos, con una idoneidad en entredicho.

Oscuras dinámicas, controladas fuerzas, manipulados ímpetus en el túnel de la historia desoyeron y transgredieron la voz sin eco de derechos individuales y sociales.

No siempre, por otra parte, se ha entendido que el hombre tiende por naturaleza a la sociedad. Así Hobbes cuando aprecia que en un estado primario falta el germen del estado subsiguiente.

Todo es posible en una situación de pugna y hostilidad, y, concreta Hernández Gil[27]: «*Hay pues, un vacío jurídico, ya que falta por completo el sentido de lo justo y de lo injusto*».

Herodoto[28] alecciona al expresar: «*Hace tiempo que encontraron los hombres las normas ajustadas que debemos aprender, y entre ellas está la de que cada uno debe mirar lo suyo*».

No vamos a la búsqueda del concepto de lo «justo» en cuanto valor de aceptación absoluta, tratamos poner de relieve como, dado ese concepto, no ha sido factible muchas veces, que el hombre haga una aplicación positiva del mismo.

Federico de Castro[29] nos recuerda que: «*un compatriota nuestro, Lucius Anneus Seneca, menciona los bienes sin los cuales, ciertamente se puede vivir, pero sin los cuales es preferible la muerte. En este mundo*

---

[26] ARISTÓTELES, *La Política*. Colección Austral, Edit. Espasa Calpé, S. A., Argentina, 1943, pág. 24.

[27] HERNÁNDEZ GIL, Antonio, *Conceptos Jurídicos Fundamentales*, Edit. Espasa Calpé, S. A., Madrid, 1987, pág. 97.

[28] HERODOTO, *Los nueve libros de la historia*. Jacaryan, S. A., Madrid, 1997, pág. 28.

[29] DE CASTRO, Federico, «Los llamados derechos de la personalidad». *Anuario de Derecho Civil*, 1959, pág. 1274.

moderno lleno de maravillas técnicas, cunde ya el temor que esos bienes libertas, pudicitia, et mens bona y la tranquilitas animi están en peligro».

Según Vicens Vives, a partir del S. XIV, «*la trayectoria social, en lugar de seguir su camino progresivo en el sentido de la liberación de los siervos del campo y el aumento de poder de las burguesías municipales, se complica en todos los países europeos, para dar paso a clases sociales inestables, en cuya masa se reclutaron los adeptos de las teorías revolucionarias en el orden político y religioso*».

Para Cicerón[30], el fundamento filosófico del derecho se contiene en la ley natural, y Epícteto[31] estima que: *el ser libres o esclavos no depende de la ley ni del nacimiento, sino de nosotros mismos; porque todas las cadenas y todo el peso de ciertas prescripciones legales serán siempre mucho más leves que el dominio brutal de las pasiones no sometidas, de los apetitos insanos no satisfechos, de las codicias, de las avaricias, de las envidias y demás desenfrenos.*

El hombre medio para la realización de una vida libre, digna, no debe estar sometido a la presión externa de la injusticia; al contrario, debe contar con el apoyo de leyes justas. En general, ¿qué hacer si no?, la gente se contenta con lo que tiene, se adapta a las circunstancias. Debe obedecer a una razón pragmática, como fórmula para no vivir bajo una permanente indignación, queja o protesta. ¡Es que se vive con tan poco! Yo he visto muy de cerca las ermitas cordobesas e inventariado sus pertenencias y he llegado al convencimiento de que una vida sobria es muy poco exigente. El conflicto, no obstante, estalla cuando salta la comparación con otros y se advierte la desigualdad ¡Hay tanta distancia entre la renuncia a poseer y la imposibilidad de poseer! La sobreabundancia frente a la miseria, los excesos contra la indigencia, el derroche del súper lujo y la angustia del desprovisto, la riqueza desbordada y la precariedad del insolvente.

El orden de las exigencias jurídicas es no sólo inextricable sino, a menudo inaprensible. Desde el saludo amable del amigo al ataque inesperado y sin justificación, el diario quehacer social se ilustra con una

[30] CICERÓN, *De Legibus I.6; De República III, 22*, (Cita Pérez Luño: *Teoría del Derecho*) Edit. Tecnos, 1997.

[31] EPÍCTETO, *Máximas*. Sáez, Madrid, 1943, pág. 68.

variada gama de conductas en que el ingrediente de la norma se muestra ignoto.

Según Unamuno[32], «*el pretender suprimir la autoridad de unos hombres sobre otros, es la más generosa a las veces, pero la más absurda siempre, de las ilusiones*».

Julián Marías[33] opina que: « *... la pobreza puede coexistir con un estado satisfactorio de justicia, y que la eliminación de la pobreza puede dejar intactas muchas injusticias» y que «La pregunta decisiva es: ¿Qué puedo hacer? Si carezco de recursos, no sirve de mucho que en principio y de modo abstracto pueda hacer "lo que quiera" (ni siquiera puedo querer mucho si carezco de educación, si mis posibilidades no se han desarrollado, si mi horizonte es limitadísimo. Pero es mucho más grave aún que esté privado de los proyectos, que no pueda proyectar o al menos no pueda intentar realizar eso que he proyectado)* ».

Qué embriagadora euforia la del ciudadano que se siente tutelado en sus derechos, aún en los más simples, perecederos y efímeros; por el contrario, qué sensación de oprobio, ignominia y personal indignación cuando se mancillan y conculcan.

A veces me pregunto: ¿En qué extraviado buzón se guardan hospedadas las reclamaciones desatendidas, las quejas desoídas, los reproches sin eco de los hombres en todas las épocas?

En cuanto a procedimientos, hay que desembarazarse de los viejos mastodontes que, en tiempos pasados, tuvieron justamente la categoría de verdaderos monumentos jurídicos, a los que rindo tributo, pero que hoy, más que anacrónicos, son incompatibles con la vida moderna, sin que se pierdan las debidas garantías para las partes. En el trasiego histórico de las ideas jurídicas, obligado citar la importancia que el cristianismo, a través de su doctrina evangélica, jugó en aliviar diferencias, aunque sorprende que no siempre ciertas clases privilegiadas asentadas en la fe cristiana dieran razonable testimonio.

---

[32] DE UNAMUNO, Miguel, *Viejos y jóvenes*. Colección Austral, Edit. Espasa Calpé, S. A., 1944, pág. 79.

[33] MARÍAS, Julián, *La justicia social y otras justicias*. Seminario y Ediciones, S. A., Madrid, 1974, pág. 16.

Es obvio que la erradicación del analfabetismo ha supuesto un paso decisivo para el hombre en tanto le permite, siquiera sea teóricamente, estar al día en la instrucción de sus derechos; sin embargo este mismo hecho ofrece una perspectiva sombría en cuanto no se han instrumentado los medios bastantes para la realización de aquéllos, la articulación de una maquinaria judicial suficiente e incisiva que impida la neutralización de tan legítimos avances.

551 años antes de Cristo, Confucio[34] declaró: «*Yo no soy mejor que los demás hombres presidiendo juicios y administrando justicia. Sin embargo, ¿ no sería más eficaz lograr que fueran innecesarios los juicios? ¿ no resultaría más provechoso dirigir nuestros esfuerzos a la eliminación de las inclinaciones perversas de los hombres? De este modo quedarían ahogadas en su raíz las muchas acciones de quienes se desvían del buen camino*».*Y también que: «Para conseguir que nuestras intenciones sean rectas y sinceras, debemos actuar de acuerdo con nuestras inclinaciones naturales, como la de retroceder ante un olor desagradable o complacerse ante un objeto bello y delicado*».

Manuel de la Plaza Navarro[35] reflexionó que: «*Cuando con harta frecuencia las gentes se duelen de las que llaman "complicaciones del proceso" y con un gesto impregnado de generosidad se prestan a humanizarlo, en el sentido de aliviarlo de trámites innecesarios, pocos se acuerdan de que en el fondo constituye más que una garantía jurídica; una expresión de la voluntad del Estado encaminada a lograr que la justicia se dispense en un régimen previo de legalidad, para lo cual -en frase de Hauriou- organiza con ambiciones de permanencia los órganos dispensadores de la justicia y les señala el camino que inexorablemente han de recorrer para cumplir su función propia. Claro es que en ese aspecto, el proceso es en el fondo una realidad histórico-política que por serlo ha de moldearse siempre atendiendo circunstancias de lugar y de tiempo, pero hay en él un substratum permanente que está más allá de los*

[34] CONFUCIO, *Los cuatro libros de Confucio*. Edit. Iltre. Colegio de abogados de Madrid, 1997, pág. 29.

[35] DE LA PLAZA NAVARRO, Manuel, «Justicia y seguridad». *Anuario de Derecho Civil*, 1956, pág. 774.

derechos que eventualmente se ventilan en él, por exigencias de un interés social más difuso».

Más decidido, Santiago Sentís Melendo[36] cree « ... que el proceso judicial no debe avanzar menos rápidamente que los otros procesos». (Se refiere a los tecnológicos).

La opacidad en las vías para el justo ejercicio del Derecho y la realización de la justicia se pone con frecuencia de manifiesto. Carlos Lasarte[37] expresa que:

«*Para el adecuado cumplimiento de estos empeños o tareas (regulación y conformación), parece exigible, como mínimo, que el ordenamiento jurídico sea suficiente y además claro. Así lo reclama la seguridad jurídica proclamada por el artículo 9.°_ 3 de la Constitución. Sin embargo, y por desdicha, raramente ocurre así, especialmente en lo que toca a la exigencia de la claridad y sencillez del ordenamiento» y «también con cierta frecuencia (mayor de lo que sería deseable) el aplicador del Derecho no encuentra una institución concreta perfectamente adecuada que recoja la regulación de la situación que se le plantea. Así sucede cuando el legislador no se adapta con presteza a las nuevas necesidades sociales (lo que sucede con frecuencia) o es insensible a las nuevas situaciones*».

Lo notable es que siendo, como es, el Estado consciente de los graves infortunio s que, a lo largo de la historia, ha padecido el hombre no se hayan hecho los más denodados esfuerzos por cambiar el estado de cosas y se siga, con escasas variaciones, en la misma línea. Aterra pensar que se hagan estas afirmaciones desde los bastiones del mundo occidental en que, a la postre, y en relación con el tercer mundo, el hombre es un privilegiado.

Quizá tenga razón lean Marie Lastiger[38] cuando afirma que: «*Nuestra época, llamada de la comunicación, es casi siempre la de los monólogos crispados o complacientes y de las sorderas extremas*».

---

[36] SENTÍS MELENDO, Santiago, «La obra procesal de Prieto Castro». Madrid, *Revista de Derecho Procesal*, Octubre-Diciembre 1965, pág. 161 y ss.

[37] LASARTE, Carlos, *Curso de Derecho Civil patrimonial*. Edit. Tecnos, S. A., 1997, pág. 64.

Hace ya algunos años Werner Goldschmidt[39] nos desveló que: «*Ningún acto de justicia es completamente justo, mientras que en cualquier rincón del mundo persiste una injusticia, puesto que es injusto hacer justicia si no se hace justicia con otros*». Y San Bernardo confiesa: «*Habet mundus iste noctes suas, et non paucas*» (este mundo tiene sus noches y no pocas).

Por otra parte es obvio que la justicia, la realización de los derechos e intereses legítimos, incluso en un plano ideal, no se puede concebir como algo que nos es dado, pues aun en la sociedad menos imperfecta se impone la existencia de hechos que conculcan aquéllos y es necesario defender y reintegrar gracias a fórmulas que exigen una prestación personal, un esfuerzo.

Sin necesidad de purificar nada, es expresión de esta época que cualquier «quidam», sin base ni fundamentos, carente de argumentos y razones, entre a saco en el santuario de la justicia sin parar mientes en la trascendencia de su alevosa conducta, ni ponderar el daño que su ponzoña hace, en tanto se desorienta y desvía una opinión asaz vulnerable, con el consiguiente rebato y conmoción.

Es cierto, como denuncia Victoria Magariños[40] que: « .. .*los períodos de inseguridad no pueden prolongarse en el tiempo sin afectar seriamente a la libertad y a la justicia misma. El Derecho sólo puede realizarse, desde un punto de vista científico, cuando las dos formas básicas, seguridad y libertad tienden progresivamente al mayor equilibrio*».

Lo dicen José A. Marina y María de la Valgoma[41]: «*Los seres humanos queremos ser felices. Este proyecto colosal, irremediable y vago dirige todas nuestras creaciones. Es un afán privado pero que sólo puede*

---

[38] LASTIGER, Jean Marie, *La elección de Dios*, Edit. Planeta, S. A., Barcelona, 1989, pág. 10.

[39] GOLDSCHMIDT, Werner, *La ciencia de la justicia*, Edit. Aguilar, Madrid, 1958, pág. 64.

[40] MAGARIÑOS BLANCO, Victorio, «La seguridad jurídica y el Estado de Derecho en España». (Discurso de ingreso en la R.A.S.LJ.), 8 de Noviembre de 1992.

[41] MARINA, José A y DE LA VALGOMA, María, *La lucha por la dignidad*. Edit. Anagrama, Barcelona, 2000, pág. 15.

colmarse mancomunadamente». Y «resulta incomprensible que ante tanta maldad, ante tanto comportamiento indigno e indignante, afirmemos que todos los seres humanos están dotados de dignidad, es decir, de un valor intrínseco, independiente de sus actos, de su barbarie, de ese mismo refinamiento de la crueldad». Es que el ser humano, a veces, es contradictorio consigo mismo; a remediar estas paradojas se dirige la sociedad articulando el Derecho, con una regulación de mayor o menor fortuna.

El pueblo sin más, reduce a muy simples esquemas la función judicial cuando, como precisa Díez Picaza[42]: «*La doctrina más reciente -Engisch- ha puesto de relieve, sin embargo, que la operación jurídica o judicial no es tan sencilla como a primera vista parece. Ante todo, porque muchas veces no es una operación puramente lógica y porque, en cuanto operación lógica, reviste una complejidad mucho mayor que la que la doctrina tradicional suponía*».

De los propios medios que la sociedad utiliza en actividades múltiples, en la más acertada y mejor dirección o no, ha de servirse el hombre para mantener una permanente posición de demanda, alzada la daga de la voz como única arma, enhiesto el dolido sentir, contumaz y perseverante, sin debilidad ni flaquezas para, a la postre, cosechar o no un resultado positivo.

Se ha dicho que la justicia es lo que quiere el pueblo que sea. Dicho así, la frase resulta, al menos, arriesgada y pretenciosa; ahora bien, no se alejaría de la verdad si quiere expresar que los otros dos poderes del Estado, representantes y voceros de la comunidad, tienen en sus manos, al menos en buena parte, la edificación de la justicia.

Othmar Spann[43] escribe que: «*El curso de la historia y el espectáculo de la cultura nunca nos ofrecen perfección pura sino mucha imperfección. Nada hay en la sociedad histórica que se halle perfectamente demostrado, estructurado, por lo mismo que tampoco el*

[42] DIEZ PICAZO, Luis, *Experiencias jurídicas, teoría del Derecho*. Edit. Ariel, Barcelona, 1973, pág. 210.

[43] SPANN, Tomar, *Filosofía de la sociedad*. Edit. Revista Occidente, Madrid, 1933, pág. 146.-

organismo fisiológico es absolutamente sano, sino que, siempre, tiene sus defectos y enfermedades».

Piero Gobetti[44] replicaba polemizando con los partidarios de la doctrina del *non engagement que «no puede ser moral quien es indiferente, la honestidad consiste en tener ideas, creer en ellas y hacerlas centro y objeto de sí mismo»*.

Rodríguez Adrados[45] nos descubre que «*Una gran desesperanza sobre la desgracia que acompaña a la justicia, sobre el dolor de la vida social, sobre la miseria de las vidas individuales y de la vida política nos invade*».

De los conceptos de derecho, justicia material y proceso se desprende que el mejoramiento y éxito de éste provoca en buena parte la fortuna de que el postulado fundamental del patrocinio del derecho y la obligación de la tutela judicial se logren. Acerca de la aspiración del hombre al bienestar y la justicia, sin pesadumbres, inquietudes ni zozobras se cita a Helmut Coiné[46]: «*El hombre aspira siempre a crear situaciones e instituciones duraderas bajo cuya protección pueda vivir; el hombre quiere sustraer su existencia a un cambio permanente, dirigirla por vías seguras y ordenadas y librarse del asalto constante de lo nuevo*».

Bueno es contar con opiniones como la de Rabindranat Tagore: «*Si las adversidades son grandes, los hombres son más grandes que cualquier adversidad*» o William Shakespeare: «*Era un hombre, tomadlo como tal, jamás volveré a ver otro de semejante envergadura*».

Tanto como deprime leer a Saramago[47]: «*Hemos inventado la crueldad. El único ser vivo cruel que existe en la tierra es el hombre*». Tanto como sorprende Hemingway[48]: «*Los hombres no están hechos para ser derrotados, sólo para morir*».

---

[44] GOBETTI, Piero, *Scritti politici*. Torino, 1950, pág. 87.

[45] RODRÍGUEZ ADRADOS, Francisco, *ABC*, 3.ª pág.

[46] COING, Helmut, *Fundamentos de Filosofía del Derecho*. Edit. Ariel, Barcelona, 1961, pág. 67, (cita A. E. Pérez Luño *Seguridad Jurídica*, pág. 34).

[47] SARAMAGO, José, Entrevista en revista *El Dominical*, 6 de Diciembre de 1998.

[48] HEMINGWAY (citado por José Mª. Lacalle en *El Semanal*), 18 de Julio de 1999.

Opiniones, opiniones, variadas y hasta contradictorias, desde quien exalta las virtudes fortaleza del hombre al máximo, hasta quien advierte sobre sus miserias y desnudeces.

Venimos sosteniendo el infortunio en que tantas veces la vida se desenvuelve, pero, a la par, descubrimos que este mismo hecho, en su entero sentido y significación, evidencia que, más o menos soterradas, en el hombre fluyen poderosísimas energías gracias a las cuales se mantuvo de pie en el curso de la historia.

Somos tributarios de la sociedad y, con ella, del Derecho y de la ley, porque de otra forma no seríamos libres. Cicerón[49] escribió: «*Legum servi sumus, et liberi esse possumus*». (Somos siervos de la ley para poder ser libres).

Porque «*La libertad consiste en hacer lo que las leyes permiten, porque si se pudiera hacer lo que prohíben todos tendrían ese poder y ya no habría libertad*»; pero, de siempre, una interrogante tenaz que nos llena de incertidumbre y pesar cabalga sobre el principio enunciado: «*sólo la ley justa, cuya aplicación alcance a todos, promoverá una libertad digna*». En sociedad ser libres es ceder posiciones de nuestra libertad, nuestra libertad es la que entroniza la ley porque, a lo más, lo hemos querido así en razón de la convivencia.

No existe dignidad sin libertad, su trasgresión, su violación representa un gravísimo atentado a la esencia del hombre, pero no menor calidad corresponde a la justicia. La historia de la humanidad es la pantalla de una insatisfacción.

• El abuso de poder.

El descrédito de los sistemas de valores acaso proviene de que durante siglos su imposición se identificó con el uso de la fuerza, y aunque el pueblo en la mayoría del tiempo permaneció sumiso, cabe sospechar una cierta sublevación en lo más íntimo. Las energías explosivas como exteriorizadas, que contraponen la fuerza a la fuerza y casi siempre des1egitiman su uso, no tienen para mí el resplandor y la vivacidad de los agazapados en los ojos tristes del alma.

P1atón reflexiona que:

[49] CICERÓN, Libro X, Capítulo 5.

«*La justicia no es otra cosa que la conveniencia del más fuerte*». Gregorio Peces-Barba[50] revela que: « ... *Existe la figura del ignorante prepotente, el que pretende imponer sus ideas, basadas en prejuicios, y casi siempre apoyadas en una posición dominante o en el ejercicio del poder*».

Cayo Salustio[51] opina que: « ... *El dominar un ciudadano a su patria y a los suyos y obligarles con la fuerza, aun cuando se llegue a conseguir y se corrijan los abusos, siempre es cosa dura y arriesgada, por traer consigo todas las mudanzas de gobierno muertes, destierros y otros desórdenes; y, por el contrario, empeñarse en ello vanamente y sin más fruto que malquistarse a costa de fatigas es la mayor locura*».

Luis Rojas Marcos[52], el insigne médico maestro en psiquiatría, declaró no hace mucho que: «*La violencia fascina a los seres humanos desde el principio de la civilización*».

Norberto Bobbio[53] loca1iza que: «*El criterio fundamental en base al cual la tradición precedente había distinguido las formas buenas de las formas malas, era el de que si quienes se hallaban en el poder gobernaban para el bien de todos o para el bien propio*». Una sociedad allanada a las malquerencias, al gobierno de individuos o grupos influyentes y poderosos pone en entredicho el propio sentido de la sociedad.

San Agustín[54] afirmó que: «*Donde no hay verdadera justicia no puede haber sociedad alguna de hombres con consenso de Derecho, y por ello tampoco pueblo, conforme a la definición de Escipión y Cicerón. y si no hay pueblo, tampoco cosa de pueblo sino cualquier multitud que no merece nombre de pueblo*».

No se cuestiona, por demás, el alto coste que, dentro de sus imperfecciones, representa la construcción del Estado. Emilio Murillo[55] sostiene que: «*El parapeto defensivo que los hombres hemos ideado para sobrevivir en esta selva, es el Estado, que a cambio de unos impuestos nos*

---

[50] PECES-BARBA, Gregorio, *ABC*, 3.ª página, 13 de Noviembre de 1998.

[51] SALUSTIO, Cayo, *La Guerra de Jugurta*. Colección Austral, Edil. Espasa Ca1pé, S. A., Argentina, 1943, pág 62.

[52] ROJAS-MARCOS, Luis, Declaraciones a T.Y.E., 21 de Abril de 1999.

[53] BOBBIO, Norberto, *¿Qué socialismo?* Edil. P1aza&Janés, 1977, pág.74.

[54] SAN AGUSTÍN, *De civitate Dei*, (a. 413-426), 19,21,1.

[55] MURILLO, Emilio, «Mercado o Estado», *Diario La Razón*, 14 de Marzo 1999,

asegura una supervivencia ayudando a dotamos de unas herramientas para la vida: "salud, conocimiento, leyes ... " y agrega: "Pero nos sale muy caro"».

Todo este panorama de sombras no será bastante, o no debe serlo, pese a todo, para propiciar el abandono y el retiro a «los cuarteles de invierno». Pérez Luño[56] acierta en la línea de que: «*La experiencia de la instrumentación del derecho para el logro de objetivos inicuos no invalida, sino que estimula y apremia, el esfuerzo por vincular el derecho a aquellos valores que deben informar los sistemas normativos sociales para hacerlos dignos de los seres humanos*».

No me parece propio de la democracia la existencia de individuos o grupos que disponen de privilegiadas atalayas para ejercer influencias o presiones mediáticas cerca de los demás, su existencia, a mi entender, representa la fractura del juego en cuanto viola elementales principios de igualdad; máxime cuando, por variadas razones, que no son del caso analizar aquí, la vulnerabilidad de los individuos y de la propia sociedad es tan manifiesta; sin embargo su eliminación, igualmente atentatoria de las bases de la democracia, acarrearía mayores males en cuanto, de modo general, privaría a la comunidad de datos de información e instrucción.

La solución, desde la raíz, radica en el fortalecimiento humano de los principios y bases sólidas de educación, erigiendo bastiones a la fácil seducción.

Esta mañana, a no ir más lejos, he oído por última vez esa voz agria y destemplada, que creíamos extinguida, de quien defiende desde la última trinchera, enquistado en el postrer baluarte, ideas, conceptos que tenemos por fortuna superados en aras del común entendimiento de los mortales.

Nada existe más nocivo que adormecer los justos sentimientos de los ciudadanos para que, anestesiados, olviden el ejercicio de sus derechos, la defensa de intereses legítimos.

Y no es que el pueblo para demostrar que vive haya de permanecer en estado de permanente rebeldía, en actitud belicosa. La paz social ha de constituir objeto y horizonte de los buenos gobiernos, de forma que sólo cuando aquélla se alcanza cabe afirmar se ha cumplido bien.

---

[56] PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica.* Prólogo.

Paz social, pero nunca a cambio de palidecer las voluntades individuales, búsqueda de equilibrio, por tanto, entre un tejido social vivo pero sin estrépito y una sociedad pacífica porque dentro de la mensura humana conquistó la justa satisfacción de sus legítimas aspiraciones frente al abuso del poder.

Piero Pajardi[57] advierte como «*La experiencia enseña que quien detenta el poder está inclinado a abusar de él, o sobrepasando los límites de su función, o desviando su conducta hacia otros fines o mezclando su ejercicio con intereses personales, extraños a una valoración objetiva y racional del poder atribuido*».

Y añade: «*la justicia supera a todos los otros valores inspiradores, todos los principios que guían la acción, en definitiva, todas las otras virtudes. Se afirma, en efecto, que la libertad sin justicia constituye privilegio, que el desarrollo sin justicia lleva a la explotación, que el orden, la legalidad y la misma paz sin justicia dan lugar a desorden, a hipocresía, a imposición, en fin, que la caridad sin justicia representa de todos modos un paternalismo o un sentimentalismo*».

No cabe obviar la problemática que plantea la ignorancia de las normas. La ficción del conocimiento de la ley por los súbditos se apoya en sólidos argumentos cuyo reconocimiento es necesario, pero siempre y cuando el Estado, por su parte, contraiga la ineludible obligación de posibilitar sin quebranto el acceso a la norma.

Joaquín Costa[58] es particularmente duro cuando encara la ficción del conocimiento del derecho, tildándola de «*verdadero escarnio y la más grande tiranía que se haya ejercido jamás en la historia» presunción «a sabiendas de que es contraria a la realidad de las cosas, a sabiendas de que es una ficción, a sabiendas de que es una falsedad*».

Cayo Salustio[59] se pronunció: «*Así que todo el favor, todo el poder, la honra y las riquezas las tienen ellos, o están donde ellos quieren; para*

[57] PAJARDI, Piero (Pte. del Tribunal de Milán), «*La Ética del Magistrado*». Revista de Derecho Privado, Madrid, Junio 1980.

[58] COSTA, Joaquín, *El problema de la ignorancia del Derecho y sus relaciones con el status individual, el referéndum y la costumbre*. Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1957, pág. 10.

[59] SALUSTIO, Cayo, *La Conjuración de Catilina*. Colección Austral, Edit. Espasa Calpé, S. A., Argentina, 1943, pág.27.

nosotros son los peligros, los desaires, la pobreza y la severidad de las leyes».

¿Qué hacer? Ihering[60] adoctrina: «*El que se ve atacado en su derecho debe resistir; este es un deber que tiene para consigo mismo. La conservación de la existencia es la suprema ley de la creación animada, y así se manifiesta instintivamente en todas las criaturas; pero la vida material no es toda la vida del hombre, tiene que defender además su existencia moral; es pues, condición de tal existencia que posea y defienda el derecho. El hombre sin derecho se refleja al nivel del bruto; así los romanos no hacían más que sacar una lógica consecuencia de esta idea cuando colocaban a los esclavos, considerados desde el punto de vista abstracto al nivel del animal*».

Eduardo Galeano[61] no revela nada al escribir: «*Estamos demasiado acostumbrados a aceptar la injusticia*». En algún intervalo, casi siempre efímero, el ánimo se alivia y descansa. Recordamos a Silvio Pellico[62]: « ... *también en la miseria de una cárcel, cuando en ella se piensa en que Dios está presente, en que las desgracias del mundo son fugaces y que el verdadero bien está en la creencia y no en los objetos exteriores, se puede con placer sentir la vida*».

Sin embargo este remanso, este compás, apenas es nada; de nuevo nos golpea con toda su rudeza ese pálpito de alcanzar una justicia que se nos antoja apenas asequible.

No existe dignidad sin libertad; la libertad es consustancial a la naturaleza humana; su trasgresión, su violación representa un gravísimo atentado a la esencia del hombre, pero no menor calidad corresponde a la justicia. Justicia y dignidad son los pilares básicos del itinerario humano. De ahí que, como en estas líneas se mantiene, la historia de la humanidad es la pantalla de una insatisfacción, pero no en todas las épocas se tuvo igual conciencia de esta situación porque, justamente, el grado de insatisfacción varió en más o en menos.

---

[60] VON IHERING, Rudolph, *La lucha por el derecho*. Edit. Civitas, Madrid, 1985, pág. 77.

[61] GALEANO, Eduardo, (Uruguay, 1940), *Patas Arriba, la escuela del mundo al revés*. Edit. S. XXI.

[62] PELLICO, Silvio, *Mis prisiones*, Colección Austral, Edit. Espasa Calpé, S. A., 1940, pág. 44.

El hombre, a través del camino polvoriento y abrupto de la historia, ofrece una imagen desoladora, preso de los requerimientos más exigentes, esclavo de las más apremiantes necesidades, apenas ha dispuesto de ocasiones bastantes para atender tantas importantes cuestiones y asuntos que apreciaba en su limitada perspectiva como enrevesados, distantes y confusos. No vamos a incidir aquí, porque no es ésta la cuestión propuesta en la doctrina de aquellos sociólogos que defienden la supresión del derecho vigente que no se ajuste al comportamiento social, pues el sólo hecho de su enunciado plantea ya una temática de rara y grandísima problemática y complejidad que, en un área extensa, atañe nada menos que a la legitimidad de los regímenes políticos y en otra, más restringida, pero más cercana a nuestro estudio, afecta a la acomodación de la normativa legal a la voluntad del pueblo.

No se alberga proyecto ni cobija propósito de investigar responsabilidades. Las habrá sin duda, como las derivadas de las grandes abyecciones históricas que tanto dañaron, pero nuestra sola guía es la denuncia, el desvelar el grande y abrumador episodio generado a través de tantas generaciones.

Cuando menos, abrigamos la confianza del respeto a fundamentales derechos ...

Álvaro Gil Robles y Gil Delgado[63] defiende que: «*El servicio de los derechos fundamentales de los ciudadanos es el interés público primero. El libre ejercicio de tales derechos es el fundamento mismo del orden público y del orden político entero. La razón de ser del poder político es justamente el servicio de los derechos fundamentales para que la libertad y la igualdad sean afectivas y no declaraciones formales sin contenido concreto*».

La adhesión del hombre a los principios básicos integradores de la personalidad y la convivencia han merecido un mejor y más satisfactorio tratamiento que el dispensado muchas veces desde el Poder. ¡En tantas ocasiones se vio doblegado ante instancias que no eran las suyas porque sólo así obtenía el menguado galardón de una paz cicatera!

[63] GIL ROBLES y GIL DELGADO, Álvaro, «Relaciones entre Derecho Privado y Defensor del Pueblo», (Centenario del CODO C.), Universidad Popular, 1989, pág. 287.

Buena fortuna si el hombre apareciera adornado de las virtudes que Confucio[64] señalaba: «*El hombre superior es el que se entrega a todos y con todos es justo; el que carece de egoísmo y parcialidad. El hombre vulgar es egoísta, incapaz de tratar a los demás con justicia y amor*».

Se impone una instrucción adecuada y suficiente; bastará la obtención de este objetivo para que sensiblemente se advierta un notable cambio ·en la perspectiva social. Todos, todos los medios de difusión de la cultura tienen adjudicado un importante papel. Que sepan desempeñarlo con acierto y tino, colaborando en la construcción de un mejor futuro, descartando la opción de las fáciles ganancias y no contribuyendo a sembrar la desorientación y el desorden con informaciones perversas. Ha de partirse, en primer lugar, de infundir a hombres y mujeres un estado de ánimo nuevo en relación con el ejercicio de sus derechos, impregnarles de la confianza en el seguro y cómodo acceso a aquéllos. En esta línea saludamos con prudente júbilo la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil.

Volver la vista atrás para descubrir los muchos y graves errores cometidos en un largo y premioso pasado histórico sólo tiene valor si sirve para rectificar sobre la marcha, porque en otro caso constituirá un ejercicio que conduce al hastío.

El juez ha de ser consciente, es consciente, del papel que juega a la hora de «dar» justicia, sentirse identificado con su función nunca mecanicista, ni siquiera en los peldaños inferiores, se sepa partícipe en la tarea de que cada uno tenga acceso a lo que en derecho le corresponde.

En definitiva, venimos defendiendo, como siempre, con tesón y ahínco, la idea de un derecho útil y no una mera especulación, porque un derecho sin eficacia ni beneficiarios se convierte en utopía y despropósito, idea que ya estaba en Rousseau.

Según Henry Ford[65]: «*Asombra observar en todas partes una multitud realmente seducida por dedicar toda su vida sólo a estas cosas de segundo o tercer orden, mientras que recelosos y tímidos miran las*

[64] CONFUCIO, *Los cuatro libros de Confucio,* Libro II. *Chung-Yung o Doctrina del Medio,* pág. 65.

[65] FORD, Henry, *El judío internacional*. Edit Orbis, R. Wetzig, Barcelona, 1939, pág. 144.

cuestiones fundamentales de la vida, que en realidad predominan en la vida, y de cuya solución depende también su propio destino».

Nicole Fontaine[66] reconoce que: «*A los ciudadanos no se les ha asociado lo bastante en la construcción de Europa. Ha sido una construcción hecha a marchas forzadas. Se han logrado cosas formidables, pero lamentablemente en muchas ocasiones ha sido al margen de los ciudadanos*».

Manuel de Cossío[67] ha escrito que: «En la práctica nadie duda de que la ley debe perseguir la justicia, pero en nuestro sistema de leyes el control de las leyes es meramente formal, por lo que en la práctica ese deseo de que la ley sea justa no es más que una aspiración».

Lo más importante y prometedor de la situación actual es que las bases sobre las que se asienta, o intenta asentar, por los poderes públicos la solución del problema ofrece muchas garantías. El Consejo General del Poder Judicial[68] en el libro blanco de la Justicia señala que «Elemento esencial y previo para el correcto funcionamiento del sistema judicial en la protección de los derechos e intereses de los ciudadanos es la posibilidad de que éstos accedan efectivamente a Juzgados y Tribunales».

El Tribunal Constitucional[69] declara que: «*El derecho a la tutela judicial efectiva, y más en concreto el derecho a un proceso público con todas las garantías, no sólo incluye el derecho de acceso a la justicia, sino también, como es obvio, el de hacerse oír por ésta*».

La coincidencia de los hombres en las ideas abre el camino al entendimiento como cauce más seguro a una sociedad pacífica. Contrariamente, las perturbaciones y perversidades de la sinrazón guían al gobierno de las injusticias.

---

[66] FONTAINE, Nicole, (Presidenta del Parlamento Europeo), El semanal. 4 a 10 de Marzo de 2001.

[67] DE COSSÍO, Manuel, *Derecho Civil Español*. Parte General. Edit. Comares, 1998, pág. 82.

[68] Consejo General del Poder Judicial, Libro Blanco de la Justicia, Mateu Croomo, S. A., Madrid, 1997.

[69] Jcia. Tribunal Constitucional, S. 14. Septiembre 1998. Recurso de Ampaaro 2566/1994. Derecho a la tutela judicial efectiva

Ramiro de Maeztu[70] entiende que: «*La leyes una cosa que surge de otra cosa; la solidaridad de los hombres en una misma cosa. Tal es la doctrina objetiva de la ley*».

Durante siglos la fugacidad del bienestar dependió de tantos avatares que sería difícil su enumeración, así nació la idea de la protección social en orden a la eliminación de la inseguridad vital, siempre inquietante y amenazadora.

Gonzalo Anes[71] afirma que: «De la cuantía de las cosechas habrá dependido durante siglos, la vida misma, ya que aumentaba la mortalidad en los años de escasez, por el hambre y la miseria que padecían los menesterosos de aldeas, pueblos, villas y ciudades».

Nuevas perspectivas, horizontes más abiertos alimentan la esperanza de un futuro mejor, una razonable confianza en que la situación mejore. Pero queda todavía tanta oscuridad, tanta confusión que, a la vez, nos gana el pesimismo. Alguna vez la justicia demandada será atendida, porque los hombres más justos serán capaces de dar leyes que las satisfagan. Acaso quepa pensar así. Desde aquí, una voz de aliento, de ánimo a jueces y abogados.

José Joaquín Gallardo Rodríguez[72] ha escrito: «*Desde la vario pinta realidad de cada concreta ciudad o pueblo, a diario y en todos los rincones del mundo los abogados venimos patrocinando desde siempre - ante la sociedad y ante la Justicia- los derechos e intereses de esas personas que confían en nuestro sentido eminentemente práctico del derecho positivo para que seamos capaces de evitar un eventual litigio (abogacía preventiva),o logremos resolver el conflicto jurídico ya desatado (abogacía defensiva) propiciando una solución razonablemente justa y equitativa», «Desde el más escrupuloso respeto y con la más inquebrantable lealtad a ese inalcanzable ideal de Justicia absoluta*».

---

[70] DE MAEZTU, Ramiro, *La Crisis del humanismo*. Edit. Minerva, S. A., Barcelona, pág. 281.

[71] ANES, Gonzalo, (Director de la R. A. de Historia) «La Historia vivida». *ABC*, 3.ª pág., 14 de Marzo de 2001.

[72] GALLARDO RODRíGUEZ, José Joaquín, (Decano del Colegio de Abogados de Sevilla), *Revista La Toga*, Julio-Agosto, 1999.

En reciente carta pastoral[73] los obispos eslovenos han afirmado que: «*El baremo para medir la justicia en la sociedad es el bien común. Esta situación la asegura el Estado cuando consigue un ordenamiento jurídico justo y eficaz, el orden público, la paz y la colaboración de todos, para la igualdad de derechos de todos y para unas condiciones saneadas económicas, educativas, culturales, morales y espirituales*».

Quiere decirse que, en la actual configuración del Estado, sobre éste pesa de manera principal la grave responsabilidad de dar a los súbditos una justicia plena, de fácil acceso, con un ordenamiento jurídico justo y suficiente, procurando colmar las lagunas de las insatisfacciones inveteradas.

Todo el esfuerzo en esta dirección y con este sentido no merece sino plácemes y, si hay que ser rehén de algo, que sea de valores diggnos de aprecio y estima, que la vida no sea la mera sumisión a toda clase de miserias, abyecciones y vergüenzas.

Que quepa escuchar a Couture, maestro de juristas (cita A. Teodoro Indij)[74]:

«*Ten fe en el derecho como el mejor instrumento para la convivencia humana, en la justicia como destino normal del derecho, en la paz, como sustitutivo bondadoso de la justicia y sobre todo ten fe en la libertad, sin la cual no hay derecho ni justicia ni paz*».

Y que la paz de todos, decimos nosotros ahora, se asiente sin más en la justicia para todos, definitivo solaz al que se abran las puertas de un mejor futuro.

[73] Carta Pastoral de los Obispos Eslovenos. Alfa y Omega, (*Suplemento de ABC*), 12 de Abril de 2001.

[74] TEODORO INDIJ, Alberto, (cita a Couture), «La Mediación como propuesta para paliar la masificación de la Justicia», *Economist & Jurist*, n.º 45, Septiembre-Octubre 2000.

REACCIÓN DEL CONSEJO DE SEGURIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS A LOS ATENTADOS TERRORISTAS DEL 11 DE SEPTIEMBRE DE 2001

JUAN ANTONIO CARRILLO SALCEDO

Ponencia presentada
en la Sesión Privada de la Academia
(Noviembre de 2001)

El día siguiente a los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001, tanto la Asamblea General de las Naciones Unidas como el Consejo de Seguridad adoptaron resoluciones condenatorias. En el preámbulo de la Resolución 1368, el Consejo condenaba inequívocamente los atentados -que, como cualquier acto de terrorismo internacional, constituyen una amenaza para la paz y la seguridad internacionales- y reconocía el derecho inmanente de legítima defensa individual o colectiva de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas.

La Asamblea General, por su parte, reclamaba en su Resolución 56/1 medidas multilaterales y colectivas para poner a disposición de la justicia a los autores de los atentados y para prevenir y erradicar los actos de terrorismo (párrafos 3.° y 4.° de la citada Resolución).

Poco después, el Consejo de Seguridad adoptó el 28 de septiembre de 2001 una resolución sobre la lucha contra el terrorismo internacional (Resolución 1373), en cuyo preámbulo reafirmó el derecho inmanente de legítima defensa y en cuya parte dispositiva, actuando como una especie de legislador internacional, reguló las obligaciones jurídicas que respecto de la prevención y represión del terrorismo incumben a todos los Estados.

Sin embargo, y a pesar de que la ambigua y calculada referencia al derecho de legítima defensa individual o colectiva en un párrafo preambular de las resoluciones antes citadas parecía equiparar los atentados a un ataque armado, lo que el Consejo de Seguridad no hizo fue proceder a organizar una respuesta institucionalizada.

Cierto que en el párrafo dispositivo quinto de la Resolución 1368, el Consejo expresó que estaba dispuesto «a tomar todas las medidas que sean necesarias para responder a los ataques terroristas perpetrados el 11 de septiembre y para combatir el terrorismo en todas sus formas, con arreglo a las funciones que le incumben en virtud de la Carta de las Naciones Unidas», y que en la Resolución 1373, el Consejo de Seguridad hizo una

expresa referencia a que actuaba en virtud del Capítulo VII de la Carta. No obstante, el Consejo no organizó una acción colectiva en el marco de las competencias que le confiere dicho Capítulo VII, pues ninguno de los miembros del Consejo de Seguridad intentó la adopción de una resolución mediante la que el Consejo decidiera o recomendara una acción institucionalizada o que, al menos, como había ocurrido tras la invasión y anexión de Kuwait por Irak, autorizara el empleo de «todos los medios necesarios» para reaccionar colectivamente.

No se buscó por tanto autorización alguna del órgano al que la Carta de las Naciones Unidas confiere la responsabilidad primordial en orden al mantenimiento de la paz y seguridad internacionales (a pesar de que muy probablemente tal autorización hubiera sido fácilmente adoptada por el Consejo de Seguridad, incluso por unanimidad) sino que, por el contrario, se reaccionó al margen de las Naciones Unidas contentándose con la invocación del derecho de legítima defensa colectiva.

Tal fue la actitud de los diecinueve Estados miembros de la OTAN en su comunicado de 12 de septiembre de 2001, por estimar que los atentados podían subsumirse en el supuesto contemplado en el artículo 5 del Tratado del Atlántico Norte (ataque armado y consiguiente derecho de legítima defensa, individual o colectiva); de los quince Estados miembros de la Unión Europea (que en el Consejo Europeo extraordinario de 21 de septiembre de 2001 sostuvieron que «con base en la resolución 1368 del Consejo de Seguridad, una respuesta americana es legítima»); de los Estados Unidos de América y del Reino Unido de Gran Bretaña en las cartas que el 7 de octubre dirigieron al Consejo de Seguridad, cuando comenzaron los ataques contra Afganistán; y del documento presentado por el Reino Unido el 14 de noviembre de 2001.

El derecho inmanente de legítima defensa ha sido, por consiguiente el pretendido fundamento jurídico de la acción armada en Afganistán. En este orden de cosas, vale la pena recordar la afirmación que el Secretario de Defensa de los Estados Unidos de América, D. H. Rumsfeld hizo el 28 de septiembre de 2001:

> «Our response may inc1ude firing cruise missiles into military targets somewhere in the world '" our opponent is a global

network of terrrorist organizations and their state sponsors ... we may engage military against foreign governments».

Ahora bien, ésta es una concepción desorbitada de la legítima defensa que vacía de contenido la regulación de este derecho en la Carta de las Naciones Unidas, en la que es una excepción a la prohibición del recurso unilateral a la fuerza armada, excepción que debe ser interpretada restrictivamente.

El unilateralismo es evidente en la reacción de los Estados Unidos de América. El *American exceptionalism*, la Convicción de que -como dijera el Presidente Bush en su discurso de 20 de septiembre- God is not neutral, son creencias profundas que están en la base de esta actitud y de la firme decisión de los Estados Unidos de América de actuar unilateralmente, al margen de la ONU e incluso de la OTAN.

Con los atentados del 11 de septiembre de 200 1 contra las Torres Gemelas y el Pentágono, el terrorismo acabó con el mito, o la ilusión para muchos de sus ciudadanos, de que Estados Unidos, la mayor potencia del mundo, podía vivir solo, aislado, aunque con una marca imperial sobre el resto del planeta. Incluso la Administración Bush y la mayoría republicana en el Congreso, que nada querían saber de la ONU antes de los atentados, comenzaron a liberar el pago de la deuda de los Estados Unidos a la Organización y, al menos en parte, a reconocer su vulnerabilidad y la conveniencia y utilidad del marco multilateral de las Naciones Unidas.

Estos hechos no llevaron, sin embargo, ni al reforzamiento del sistema de seguridad colectiva instituido en la Carta ni a la búsqueda y promoción de un genuino orden público mundial cuyo centro de gravedad sería la Organización Mundial, sino a una acción armada llevada a cabo al margen de las Naciones Unidas.

En este orden de cosas, no hay sin embargo un antes y un después del ll-S sino más bien una continuidad, ya que también en la Guerra del Golfo el Capítulo VII de la Carta fue utilizado para legitimar la acción armada de una coalición de Estados. Las Naciones Unidas, en efecto, no actuaron en aquel conflicto armado como una instancia de autoridad internacional sino que, por el contrario, fueron utilizadas por los Estados de la coalición -en particular por los Estados Unidos de América- como

instancia de legitimación de su decisión de recurrir a la fuerza armada en reacción frente a Irak.

Al autorizar a los Estados de la coalición a la adopción de medidas proporcionadas para asegurar el cumplimiento de las sanciones económicas contra Irak (Resolución 665) y a recurrir a *todos los medios necesarios* a partir del 15 de enero de 1991, si Irak persistía en su actitud (Resolución 678), el Consejo no procedió a la aplicación de medidas colectivas armadas bajo su autoridad, sino que, en una solución de mal menor, a medio camino entre lo institucional y lo relacional, autorizó el empleo de todos los medios necesarios pero sin controlar la acción armada. Ello supuso una desnaturalización del sistema de seguridad colectiva instituido en la Carta de San Francisco, desde el momento en que el Consejo, en una especie de deriva de lo institucional, autorizaba de hecho la adopción de medidas de legítima defensa colectiva cuya aplicación no controlaba.

Desde entonces, el declive de lo institucional no ha hecho más que acelerarse, como puso de manifiesto la acción de la Alianza Atlántica en Kosovo, llevada a cabo al margen de las Naciones Unidas, y ha confirmado la guerra de Afganistán. En Kosovo, la Resolución 1244 del Consejo de Seguridad recuperó la dimensión institucional, al menos *a posteriori*; en Afganistán, ni eso, aunque en la Asamblea General fueron muchas las delegaciones que se manifestaron en favor del papel que las Naciones Unidas pueden y deben llevar a cabo en la cooperación internacional para la prevención y sanción del terrorismo, y es innegable que la Resolución 1378, adoptada por el Consejo de Seguridad el 14 de diciembre de 2001, reconoció finalmente el papel que las Naciones Unidas deberían llevar a cabo en la reorganización política de Afganistán una vez concluida la acción militar y después de la liquidación del régimen talibán.

Fueron muy pocos los Estados que en la Asamblea General criticaron la acción armada llevada a cabo por los aliados en Afganistán y sostuvieron su ilegalidad (Irak, Irán, Corea del Norte, Cuba y Malasia), mientras que la gran mayoría, más de dos tercios, se manifestaron explícitamente en favor de tal acción. De ahí que haya podido decirse acertadamente que si en la crisis de Kosovo se asistió a un *unilateralismo resignado*, en la de Afganistán hemos presenciado un *unilateralismo consentido*.

Se tiene así una doble impresión: en primer lugar, que los Estados Unidos rechazan el multilateralismo y que esta Gran Potencia, que tanto contribuyó al nacimiento de las Naciones Unidas, no ha decidido aún si su acción es contra el terrorismo o a favor de su poderío en el mundo; en segundo lugar, que los Estados parecen aceptar una interpretación extensiva y desmesurada de la legítima defensa, que haría de ésta la regla y no la excepción en contra de lo establecido en la Carta de las Naciones Unidas.

El terrorismo, auténtico crimen de humanidad, exige desde luego una respuesta. Algo tiene que hacer la comunidad internacional, que no debe permanecer impasible ante la barbarie; pero ¿qué respuesta es legítima y conforme con el Derecho internacional? En la doctrina española el profesor Romualdo Bermejo ha hablado de cuatro posibles respuestas: 1) reformar la Carta de las Naciones Unidas; 2) aceptar la legitimidad del recurso unilateral a la fuerza armada; 3) admitir la ampliación del concepto de legítima defensa; y, finalmente, 4) establecer un mecanismo que permita pactar una respuesta a los ataques mientras que el Consejo de Seguridad decide o recomienda una acción institucionalizada o, al menos, autoriza una acción colectiva.

Comparto la opinión del profesor Bermejo respecto de lo infundado de las dos primeras de las posibles respuestas a las que acabo de referirme: contentarse con afirmar la necesidad de reformar la Carta es puramente retórico pues no parece viable; aceptar la legitimidad del recurso unilateral a la fuerza armada es inadmisible porque supondría un retorno al pasado y un gravísimo retroceso respecto de la regla de ius cogens que en Derecho internacional contemporáneo prohíbe el recurso a la fuerza armada, salvo si éste tiene lugar en el marco de una acción colectiva en casos de amenazas a la paz, quebrantamiento de la paz o actos de agresión, o en ejercicio del derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva, en caso de ataque armado previo y mientras que el Consejo de Seguridad adopte las medidas que considere necesarias.

La tercera de las respuestas posibles me parece inaceptable, porque significaría una desnaturalización del derecho de legítima defensa; la cuarta, por último, tiene una innegable indefinición e imprecisión, a pesar de que parezca estar ampliamente aceptada, expresamente por los Estados Unidos de América y los occidentales (OTAN y Unión Europea) y

tácitamente por otros muchos Estados miembros de las Naciones Unidas, cuyo silencio induce a pensar que aceptan una interpretación extensiva del derecho de legítima defensa, o que, al menos, aceptan la legitimidad y conformidad con el Derecho internacional de una respuesta armada a eventuales atentados terroristas mientras que el Consejo de Seguridad actúe, y, *a fortiori*, si el Consejo quedara paralizado como consecuencia del ejercicio de su derecho de veto por uno de sus miembros permanentes.

Reconozco que la práctica subsiguiente es un dato fundamental en la interpretación de un tratado, incluso cuando se trata del instrumento constitutivo de una Organización Internacional, y que en la historia de la Organización de las Naciones Unidas es innegable que la Carta ha sido adaptada a circunstancias cambiantes mediante prácticas generalmente aceptadas. Más aún, como he señalado en otro momento, las interpretaciones formalistas de la Carta me parecen rechazables porque no tienen debidamente en cuenta la realidad de las cambiantes Naciones Unidas, que en sus diferentes etapas han sabido adaptarse a situaciones que no pudieron ser previstas por los «padres fundadores» en 1945.

En lo que concierne al Consejo de Seguridad, una práctica generalmente aceptada ha llevado·a admitir que la abstención o la no participación de un miembro permanente en una votación no equivale a veto. Igualmente, las competencias del Consejo en orden al mantenimiento no coercitivo de la paz (*peace-keeping* y *peace-building*), en el marco del llamado Capítulo «VI bis» de la Carta, están generalmente admitidas. Del mismo modo, el Consejo de Seguridad adoptó resoluciones en el caso del Capítulo VII de la Carta respecto de Irak en el marco de la Guerra del Golfo con las que inició una auténtica deriva institucional generalmente aceptada, ya que no decidió ni recomendó una acción colectiva -como dispone el Capítulo VII de la Carta- sino que «autorizó el empleo de todos los medios necesarios» para obligar a Irak al cumplimiento de las resoluciones del Consejo.

En otro orden de cosas, una práctica generalmente aceptada prueba que el Consejo de Seguridad ha ampliado *ratione materiae* su ámbito de competencias, yendo más allá del binomio ataque armado-seguridad colectiva sobre el que se basó en 1945 el Capítulo VII de la Carta: así, el Consejo se convirtió en juez en el asunto Lockerbie, por la presunta implicación de funcionarios libios en los atentados contra el vuelo 103 de

la *Pam Am* y el vuelo 772 de UTA, tal como estimara la Resolución 731 (1992), y, como antes expuse, la Resolución 1373, en la que actuó como legislador internacional, no hizo más que continuar una línea de acción que ya se había iniciado con la Resolución 687, respecto de Irak, y proseguido con las Resoluciones 827 y 955 mediante las que el Consejo instituyó los Tribunales Penales Internacionales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia y para Ruanda.

Ante la ampliación del derecho de legítima defensa tras los atentados del 11 de septiembre, ¿estamos en presencia de una práctica generalmente aceptada que legitimaría el recurso unilateral a la fuerza armada contra un Estado al que se atribuya el ilícito internacional de no cumplir sus obligaciones jurídicas en orden a la prevención y represión del terrorismo? La posición de. los Estados Unidos, la Alianza Atlántica y la Unión Europea a la que antes me he referido, junto con el silencio de los más, ¿significa que esta interpretación del derecho de legítima defensa como fundamento jurídico para un pretendido derecho a recurrir unilateralmente a la fuerza armada está generalmente aceptada?

Las preguntas que me acabo de formular me parecen esenciales porque ya no se trata de recurrir a la noción de legítima defensa como una excepción, sino de algo mucho más grave en la medida en que se pretende hacer de la legítima defensa un regla y no una excepción. En este orden de cosas, creo que no es posible ignorar que un largo proceso iniciado tras la Primera Guerra Mundial, concluido en 1945 con la adopción de la Carta de las Naciones Unidas, y consolidado posteriormente con la aprobación de las Resoluciones 2625 (XXV) Y 3314 (XXIX), ha dado lugar a la existencia de una norma de Derecho internacional general, de carácter imperativo, que impone a todos los Estados el deber de abstenerse a recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza armada.

La Corte Internacional de Justicia lo reconoció en su sentencia de 27 de junio de 1986, en el *asunto de las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*, al sostener que la prohibición del recurso a la fuerza puede ser considerada como «un principio de Derecho internacional consuetudinario». Más aún, añadió la Corte, la validez en Derecho internacional consuetudinario del principio de la prohibición del empleo de la fuerza expresado en el artículo 2, párrafo 4.°, de la Carta de las Naciones Unidas, encuentra además otra confirmación en el hecho de

que los representantes de los Estados «lo mencionan a menudo no sólo como un principio de Derecho internacional consuetudinario, sino incluso como un principio fundamental o esencial de ese Derecho» (parágrafos 188 y 190 de la sentencia de 27 de junio de 1986).

En el Derecho internacional contemporáneo, por consiguiente, el recurso a la amenaza de fuerza o al empleo de la fuerza armada tiene la misma regulación jurídica que en los ordenamiento s jurídicos internos: un comportamiento antijurídico, contrario al Derecho e ilegítimo a menos que, excepcionalmente, constituya un acto de legítima defensa, o tenga lugar en el marco de una sanción, esto es, de un uso de la fuerza decidido, recomendado o autorizado por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

Ahora bien, las deficiencias del sistema de seguridad colectiva previsto en el Capítulo VII de la Carta han llevado a sostener que no es posible una interpretación estricta de la prohibición enunciada en el artículo 2, párrafo 4.°, de la Carta de las Naciones Unidas en la medida en que dicha prohibición, que supuso una revolución en el Derecho internacional al eliminar el tradicional *ius ad bellum* de los Estados, únicamente tiene sentido si funciona efectivamente un sistema de seguridad colectiva en el que un órgano internacional, el Consejo de Seguridad, sea capaz de asegurar una acción rápida y eficaz por parte de las Naciones Unidas a través de una acción coercitiva institucionalizada en casos de amenazas a la paz, quebrantamiento s de la paz o actos de agresión.

Si tal sistema no funciona, es explicable que los Estados pretendan justificar que es legítimo recurrir unilateralmente al empleo de la fuerza, bien porque aleguen que se trata de una excepción justificada de la regla general que prohíbe el recurso a la amenaza o al empleo de la fuerza armada, o porque, de un modo u otro, arguyan que la prohibición en cuestión es más un desiderátum que una realidad al no funcionar adecuadamente el sistema de seguridad colectiva instituido en la Carta de las Naciones Unidas.

En otras palabras, las circunstancias del mundo contemporáneo hacen que la seguridad colectiva institucionalizada se difumine y los Estados, sobre todo los poderosos, vuelvan a la pretensión de tomarse la justicia por sí mismos.

No creo, sin embargo, que la prohibición del recurso a la amenaza o al empleo de la fuerza sea un desiderátum, ni que la prohibición de las represalias armadas sea una mera aspiración. Reconozco que la interpretación del artículo 2.4.º de la Carta de las Naciones Unidas no es fácil, como tampoco lo es la interpretación de las Resoluciones 2625 (XXV) y 3314 (XXIX), de ambigüedades e imprecisiones manifiestas e innegables. Igualmente reconozco la parte de razón que asiste a los sectores doctrinales que han llamado la atención sobre la marcada divergencia existente entre la norma y la realidad en esta materia, y han advertido del riesgo de que si esta divergencia continúa llegaremos a una farisaica situación jurídica en la que las represalias armadas y el recurso unilateral a la fuerza o a la amenaza de fuerza serían ilícitos *de iure* pero realidades de Jacto como consecuencia de las insuficiencias intrínsecas al sistema de seguridad colectiva instituido en la Carta de las Naciones Unidas.

Donde mejor se advierte esta contradicción entre norma y realidad es precisamente en la tendencia de muchos Estados a prevalerse del derecho de legítima defensa como pretendida justificación de acciones de fuerza armada, alegando que el artículo 51 de la Carta no recorta el derecho de autotutela o defensa propia que el Derecho internacional tradicional reconocía a los Estados soberanos, por lo que, de conformidad con el Derecho internacional, un Estado podría invocar el derecho de legítima defensa, incluso en casos distintos del de ataque armado previo, para justificar su decisión de recurrir a la fuerza armada, individual o colectivamente.

Esta interpretación del artículo 51 no me parece fundada jurídicamente ni convincente, ya que dicho artículo no se refiere al «uso o amenaza de fuerza», como el artículo 2. 4º, ni tampoco a una «amenaza a la paz, :quebrantamiento de la paz o acto de agresión», como el artículo 39, sino que utiliza una noción precisa y restrictiva: la de ataque armado previo. Esta exigencia es fundamental ya que, de lo contrario, lo que no es más que una excepción a un principio general -el que prohíbe el recurso unilateral a la fuerza armada- se convertiría en una regla general.

La Carta, por tanto, limita el uso de la fuerza en legítima defensa a una situación bien definida, por lo que no es posible aceptar como simple interpretación de un texto claro que una cláusula que permite la legítima

defensa en caso de ataque armado llegue a justificar el recurso a la fuerza armada incluso cuando ese ataque armado no ha ocurrido.

Por otra parte, la regulación de la excepción de legítima defensa, individual o colectiva, es igualmente estricta en el Derecho internacional consuetudinario vigente. Así, la Corte Internacional de Justicia exigió en su sentencia de 27 de junio de 1986 no sólo que las medidas de fuerza que se adopten en el marco de la legítima defensa han de ser necesarias y proporcionadas, sino que han de ser respuesta a una agresión armada, a un ataque armado en curso o inminente.

Pero si la comunidad internacional organizada no es capaz de detener y reprimir actos ilícito s internacionales que supongan la utilización de medidas de fuerza sin llegar a constituir una agresión armada, ¿cómo esperar que los Estados no pretendan estar legitimados para recurrir unilateralmente a la fuerza?

En este difícil y delicado problema creo que, frente a interpretaciones excesivamente flexibles de los artículos 51 y 2. 40 de la Carta, tendentes en definitiva a legitimar el uso de la fuerza armada por los Estados, siguen siendo válidas las palabras de la Corte Internacional de Justicia en su sentencia de 9 de abril de 1949 en el *asunto del Estrecho de Corfú*:

> «el pretendido derecho de intervención no puede ser considerado por la Corte más que como manifestación de una política de fuerza, que en el pasado ha dado lugar a los más graves abusos y que, cualesquiera que sean las deficiencias del sistema actual de Organización Internacional, no encuentra lugar alguno en el Derecho internacional. La intervención es quizá menos aceptable en la forma particular que presenta en este caso, puesto que reservada por la naturaleza de las cosas a los Estados más poderosos, podría llevar fácilmente a falsear la administración de la justicia internacional» (C. I. J., *Recueil*, 1949, pág 35).

Estas palabras de la Corte Internacional de Justicia siguen teniendo plena vigencia, y fundamentan mi convicción de que interpretaciones de la Carta como las expresamente sostenidas por los occidentales carecen de legitimidad y, en el fondo, responden a lo que podríamos denominar un

Derecho internacional hegemónico. Frente a tales interpretaciones, favorecedoras del unilateralismo, pienso que es imprescindible tener en cuenta el objeto y fin del tratado constitutivo de la Organización de las Naciones Unidas, ya que dicho dato es parte integrante y fundamental de la regla general de interpretación a la que se refiere el artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Y ¿cómo ignorar que, en lo que concierne al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, el objeto y fin de las Naciones Unidas es «tomar medidas colectivas eficaces para prevenir y eliminar amenazas a la paz» (artículo 1.1 de la Carta).

A la luz de estas consideraciones, creo que la comunidad internacional, situada ante el dilema directorio o institucionalización (esto es, entre una vuelta al pasado --concierto de las Potencias, que hoy sería más bien hegemonía de la superpotencia- o, por el contrario, una profundización en la integración comunitaria), tiene de nuevo una posibilidad de intentar construir un orden de paz y de progreso si opta decididamente por la vía del multilateralismo y de su progresiva institucionalización. En este sentido, pienso que la tragedia del 11 de septiembre y sus consecuencias de toda índole puede servir para poner de manifiesto la necesidad de una aplicación del espíritu y la letra de la Carta de las Naciones Unidas -que debe ser aplicada, antes que reformada- profundizando en las exigencias de un auténtico sistema de seguridad colectiva.

CONSIDERACIÓN JURÍDICA DE LAS CAJAS DE AHORRO

MANUEL CLAVERO ARÉVALO

Ponencia presentada
en la Sesión Privada de la Academia
(Diciembre 2001)

SUMARIO: I.-Algunos aspectos de las Cajas de Ahorro como empresas. II.-Composición de los órganos de gobierno de las Cajas de Ahorro. III-Entidades fundadoras en las Cajas de Ahorro fusionadas

I. ALGUNOS ASPECTOS DE LAS CAJAS DE AHORRO COMO EMPRESAS

Sabido es que el Tribunal Constitucional en su sentencia 49/88, les negó el carácter y naturaleza empresarial y rechazó que se les pudiera aplicar la doctrina de la Fundación Empresa tan estudiada en el Derecho alemán. La cuestión está llena de consecuencias entre ellas la no aplicación del derecho de libertad de empresa dentro del marco de la economía de mercado, consagrado en el artículo 38 de la Constitución.

El fundamento en que se basó el Tribunal Constitucional para rechazar la aplicación de la doctrina de la empresa a las Cajas de Ahorro fue que en la atípica institución que es la Caja de Ahorro, no es posible que las decisiones las tomen quienes asumen el riesgo de la gestión de la empresa, o sea sus propietarios, puesto que por naturaleza carecen de propietario. Es constitucional que los poderes públicos, a quienes corresponde velar por el interés general, establezcan con mayor o menor precisión la composición de los órganos rectores de las Cajas de Ahorro con su carácter atípico, pues se trataría, en todo caso de entidades sin fin de lucro, lo que ciertamente no corresponde al concepto tradicional de empresa.

También es conocido de sobra el voto particular que a dicha sentencia formuló el magistrado Luis Díaz Picazo, quien critica en primer lugar que las Cajas de Ahorro sean «*res nullius*» ya que las Cajas tienen dueño y a ellas les encaja el concepto de empresa por la que hay que entender toda organización estable de capital y trabajo que realiza

actividades de carácter económico, en una economía de mercado, tengan o no fin de lucro.

Comparto los puntos de vista de Diez Picazo y considero que la actividad de las Cajas de Ahorro tiene por finalidad el lucro, aunque de forma instrumental ya que no es para repartido sino para destinado a la obra social. Basta observar el funcionamiento de los Bancos y de las Cajas, la naturaleza de las operaciones que realizan, la manera de informar de los beneficios periódicos que obtienen para llegar a la conclusión de que su actuación es empresarial y que, como ha dicho Sánchez Calero, hay que distinguir entre ánimo de lucro o de obtención de máximo beneficio y el destino que se da al mismo que en los Bancos será la distribución entre los accionistas y en las Cajas de la Obra Benéfico Social.

La idea de empresa supone una actividad de movimiento en los mercados en competencia con otras empresas lo que requiere libertad de organización, libertad de acción, libertad de investigación, de desarrollo y de innovación con la finalidad de ganar mercados y de obtener beneficios, aunque su destino sea dedicados a una obra social y no repartido entre los propietarios de la empresa.

Basta ver funcionar a una Caja de Ahorro para comprobar que lo hace como una empresa. Otorga los créditos con las debidas garantías, ejecuta a los morosos, demandan y son demandadas ante los órganos judiciales competentes. Sus empleados no son funcionarios, sus edificios no son bienes de dominio público, sus acuerdos son impugnados ante los jueces ordinarios y ello, tanto las Cajas de fundación pública como las de origen privado. No se puede olvidar que las Cajas convergen con los Bancos nacionales y extranjeros en un mercado difícil Y competitivo y que por ello no se les debe privar de un derecho como el de la libertad de empresa en una economía de mercado, que tienen sus competidores, privarlas de dicho derecho es ponerla en situaciones de inferioridad. Como ha puesto de relieve la doctrina, las Cajas de Ahorro encajan en el concepto de Fundación Empresa (Soriano García, Santamaría Pastor, Aragón Reyes, González Moreno entre otros).

Como ha señalado Prieto Álvarez es ésta una materia en la que no podemos estar ajenos a la línea que marca el Derecho Comunitario y cita a Coutinho de Abreu, en su trabajo *L 'européanisatión du concept d'enterpris*, para quien la empresa supone un concepto de derecho que

ejerce una actividad económica y que tenga la posibilidad de restringir la competencia y los intercambios entre Estados miembros, sin que importe la forma que puedan adoptar y sin que su actividad necesariamente tenga objetivos lucrativos. Según ello aparece como fundamental en el concepto europeo de empresa el que la actividad realizada encierre la posibilidad de restringir la competencia.

Todavía añadiría más en el terreno del Derecho positivo y es la Directiva europea 77/780 sobre entidades de crédito que ha sido adaptada al Derecho español por dos disposiciones posteriores a la LORCA, y quizás por ello no invocadas en la referida sentencia del Tribunal Constitucional 49/88. Me refiero al Real Decreto-Legislativo 1298/86 y a la Ley 26/88 de Disciplina e Inspección de las Entidades de Crédito. El artículo 39 de ésta última define a las Entidades de Crédito como empresas y enumera como tales al Instituto de Crédito Oficial y entidades oficiales de crédito, a los Bancos privados y las Cajas de Ahorro y a la Confederación Española de Cajas de Ahorro.

Ya no hay excusas pues el propio ordenamiento español, adaptándose a las Directivas europeas, califica a las Cajas de Ahorro como empresas. Algo sin duda que no pudo tener en cuenta el Tribunal Constitucional y que hoy su jurisprudencia podría ser diferente.

El intervencionismo que caracteriza a determinadas regulaciones autonómicas sobre Cajas de Ahorro, es contrario a la libertad de empresa en una economía de mercado, derecho consagrado en el artículo 38 de la Constitución para facilitar la competencia, la creatividad, las nuevas tecnologías y la innovación. Las Cajas de ahorro necesitan de este derecho para desarrollar toda su potencialidad y para prescindir de determinadas regulaciones que las frenan.

II. COMPOSICIÓN DE LOS ÓRGANOS DE GOBIERNO DE LAS CAJAS DE AHORRO

Las palabras que el Profesor Sebastián Martín Retortillo dedica a esta materia son muy aclaratorias dentro de la complejidad y heterogeneidad de la misma, ya que se entrecruzan las normas estatales, las autonómicas y las de las propias Cajas, sin que olvidemos las de la Comunidad Europea.

El Gobierno nacido de las elecciones del 15 de junio de 1.977, promulgó muy pronto el Real Decreto 2290/77, de 27 de agosto, que supuso una profunda transformación en la organización de las Cajas puso más el énfasis en los impositores que en los representantes de los sectores públicos. Las Cajas aparecían configuradas más como instituciones de la sociedad que de los poderes públicos.

La importancia de las Cajas de Ahorro en el sistema financiero es muy grande porque, aunque por poco, sus depósitos y créditos superan a los de los Bancos y en cada ciudad la institución financiera más significativa y emblemática suele ser una Caja de Ahorro.

Cuando se promulga la Ley de Órganos de las Cajas de Ahorro (LORCA) 31/85, de 2 de agosto ya se habían promulgado los Estatutos de Autonomía y establecidas las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas en materia de entidades financieras. La LORCA nace bajo el signo de las impugnaciones constitucionales por parte de las Comunidades Autónomas, al igual que el Gobierno recurrió ante el Tribunal Constitucional las leyes catalana y gallega sobre Cajas de Ahorro. Las sentencias 49 de 1988 y 48 de 1989, van a sentar una doctrina que relativiza mucho el carácter básico de la LORCA y que deja un amplio hueco a rellenar por las Comunidades Autónomas en materia de integración de los órganos de gobierno de las Cajas de Ahorro.

Como señaló la doctrina y el propio voto particular de Diez Picazo, la LORCA había municipalizado a las Cajas de Ahorro a atribuirle en sus órganos de gobierno una participación del 40% sólo superada por la de los impositores ascendente a un 44%.

La doctrina del Tribunal Constitucional mantuvo el criterio de que no eran básicos los porcentajes de los distintos grupos dl representación, que podían ser modificados en la legislación dl las Comunidades Autónomas e incorporar nuevos intereses par, estar representados, aunque nunca personas individuales Por mucho que fuera su prestigio. Por el contrario sí tenían carácter básico la duración del cargo de Consejero de cuatro años y los motivos de incompatibilidad o incapacidad para serlo. El Tribunal Constitucional puso como límite a las competencias normativas del legislador autonómico el de no configurar un modele participativo radicalmente distinto del establecido en la legislación estatal. El Profesor Sebastián Martín Retortillo afirmé en 1991 que los pronunciamientos del

Tribunal Constitucional expresan un confusionismo notorio, sin entrar realmente en el significado institucional de las Cajas, centrándose en si los preceptos de la LORCA tienen o no carácter básico, introduciendo en el tema un notorio casuismo, muy poco clarificador.

Han transcurrido diecisiete años desde la LORCA y todas las Comunidades Autónomas han promulgado leyes sobre Cajas de Ahorro o legislación sobre sus órganos de gobierno y ello hace pensar que en más de una ocasión se han configurado unos órganos de gobierno que imponen un modelo participativo radicalmente distinto del establecido en la legislación estatal. Hay legislación autonómica en la que el porcentaje de representación del sector público, sin contar a los fundadores, asciende al 61 %, en otras llega al 56%. Por el contrario hay Comunidades Autónomas en cuya legislación la representación del sector público no supera el 50% y conviene recordar que en la LORCA el porcentaje era del 40%. Por el contrario existen Comunidades en cuya legislación se deja un margen a las propias Cajas de Ahorro para fijar la representación del sector público entre un mínimo del 15% a un máximo del 25%, pudiendo los fundadores designar representantes entre un 25% o un 35%.

La amplia representación del sector público, en muchos casos diversificado entre Ayuntamientos, Parlamentos autonómicos, Cabildos en su caso, y la proporcionalidad entre los distintos grupos políticos, han llevado a la politización de las Cajas de Ahorro, fenómeno que, como se ha puesto de relieve, es algo bien distinto a la democratización. Esta politización hace perder peso a los profesionales existentes en las Cajas de Ahorro y conduce a pactos y coaliciones entre los representantes de los partidos políticos y los sindicatos con presencia en los órganos de gobierno. Pero no es sólo eso sino también que dicha preponderancia encierra el peligro de que a veces dichos representantes siguen las consignas de los partidos por encima de los intereses de la Caja o ponen a ésta al servicio de aquellos. Es algo que no es bueno para las Cajas y conviene evitar.

Ya ultimado este trabajo llegan a mi poder las importantes enmiendas que se introducen a la LORCA, en el trámite parlamentario del proyecto de Ley de Medidas de Reforma del Sistema Financiero. Por lo que se refiere a la composición de los órganos de gobierno de las Cajas de ahorro se pretende establecer que «la representación de las

Administraciones Públicas y Entidades de Derecho Público en sus órganos de gobierno, incluida la que corresponda a la entidad fundadora cuando ésta tenga la misma naturaleza, no podrá superar en su conjunto el 50% de los derechos de voto en cada uno de tales órganos. Se aplicarán, igualmente, criterios de proporcionalidad entre las Entidades o Corporaciones representadas. A los efectos de su representación en los órganos rectores de las Cajas de Ahorro, los cuotapartícipes que ostenten la condición de persona física, serán considerados como impositores, integrándose consecuentemente, en su grupo de representación». Habrá que determinar si los representantes de los Parlamentos autonómicos se incluyen en dicho porcentaje como parece razonable.

De prosperar esta enmienda se producirá la necesidad de adaptación de las leyes autonómicas a dicha norma básica y después la adaptación de los Estatutos de las Cajas a las leyes adoptadas. Otras muchas enmiendas se pretenden introducir en la LORCA que exceden del presente trabajo. Por lo que hace a los órganos de gobierno se introduce el límite del 50% a los votos procedentes de las Administraciones Públicas sector público lo que supondrá un reajuste de los representantes de las diversas representaciones de dicho sector. Por otro lado se introduce la presencia de los cuotapartícipes que se integran en el grupo de impositores. Por cierto que entre las enmiendas figuran también obras muy importantes a la Ley 13/8 de 25 de mayo relativas a las cuotas participativas de las Cajas de Ahorro.

Pienso que el poder público tiene una importante labor en las Cajas de Ahorro que radica en la función del Protectorado y también creo que las Cajas de Ahorro pueden colaborar mucho en los objetivos de los intereses generales, pero el gobierno y gestión de las mismas debe recaer fundamentalmente en los fundadores, sean público o privados, en los impositores, en los cuotapartícipes y en el personal.

III. ENTIDADES FUNDADORAS EN LAS CAJAS DE AHORRO FUSIONADAS

Desde el Real Decreto 2290/77, de 2 agosto, pasando por la LORCA hasta la legislación de las Comunidades Autónomas, los fundadores de las Cajas de Ahorro han tenido representación en los órganos de gobierno. En este tiempo han sido muchas las Cajas de Ahorro

que se han fusionado o que han sido absorbidas por otras. Hay leyes de Comunidades Autónomas que establecen para cada Caja quien es la entidad fundadora y la LORCA preceptuaba que cuando las entidades fundadoras no están identificadas en los Estatutos de las Cajas, su representación se repartirá proporcionalmente entre los restantes grupos. Se ha dado el caso de dos Cajas fusionadas una con entidad fundadora y la otra sin que fuera conocido el fundador, que debió resolverse atribuyendo el porcentaje del fundador desconocido, entre las demás representaciones y no atribuyendo su representación a la entidad fundadora conocida.

En los casos de fusión, la distribución de la representación de las entidades fundadoras debe realizarse en proporción a los porcentajes de fusión siendo en muchos casos igualitarias. En los procesos de fusión nace una nueva Caja y se extinguen las fusionadas, siendo entidades fundadoras de la nueva Caja, todas las que lo fueron de las extinguidas, en proporción a la cuota de fusión.

Distinto es el caso de las absorciones de Cajas, en cuyo proceso no nace ninguna nueva Caja y se extinguen las absorbidas, manteniéndose la personalidad de la absorbente. En estos supuestos resulta difícil mantener el carácter fundador de las entidades fundadoras de las Cajas absorbidas, y el porcentaje de representación de las fundadoras y de las absorbidas debe establecerse en función de lo pactado en el protocolo de absorción.

LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE LIBERTAD DE EMPRESA

GUILLERMO JIMÉNEZ SÁNCHEZ

Ponencia presentada
en la Sesión Privada de la Academia
(4 de febrero de 2002)

SUMARIO: I.-Introducción. II.-La Constitución y los principios y derechos constitucionales. III.-La Constitución Económica. IV.-Jurisdicción constitucional y jurisdicción de los jueces y tribunales ordinarios. V.-Diferentes significados de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional: *ratio decidendi y obiter dicta*. VI.-Un tema de particular interés en la doctrina del Tribunal Constitucional: la *libertad de empresa*. VII-Los postulados básicos afirmados por el Tribunal Constitucional en relación con *la libertad de empresa*. VIII.-Algunas aplicaciones de la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional respecto de *la libertad de empresa*.

I. INTRODUCCIÓN

Cuando, hace poco más de un mes, inicié la redacción de un primer borrador del posible esquema de la ponencia que me había encomendado nuestro Presidente desarrollar en esta sesión tenía el propósito, no a efectos de dar cumplimiento a un trámite protocolario, sino con el objeto de expresar un sentimiento muy auténtico y profundo, de iniciar mi intervención proclamando mi agradecimiento a esta docta Corporación y a los ilustres académicos que la integran por tolerar mi permanencia en ella, unido casi tan sólo (aun cuando, desde luego, ello sea únicamente en el plano corporal, que no en el afectivo) a través de la *cuerda floja* del AVE. Sentimiento de gratitud que se ve potenciado cuando me encuentro beneficiado con el inmerecido don de conservar *mi turno de intervención* en las sesiones privadas o internas de nuestra Casa pese a que, como consecuencia de mis actuales y algo celosamente absorbentes tareas, no permanezco todo lo estrechamente conectado que querría con el estudio del Derecho mercantil, la única rama de los saberes jurídicos sobre la que me he atrevido años atrás a opinar con cierto principio de conocimiento

(aunque, en todo caso, este principio pudiera considerarse muy relativo y quizá presuntuoso por mi parte alegarlo).

Desgraciadamente el fallecimiento de nuestro compañero José Ramón CISNEROS PALACIOS me obliga a relegar a un muy secundario plano cualquier sentimiento de satisfacción que pueda experimentar por el goce del privilegio de participar en los debates celebrados en esta Sala, y hace inexcusable que la introducción a mi ponencia se centre esencialmente en el recuerdo de tan querido amigo, en la constatación de que su ausencia deja en esta Casa, de la que fue miembro fundador, un doloroso vacío que nunca podrá colmarse, porque nunca podremos olvidar su cordial y vigorosa presencia, su dinamismo, su alegría, su apasionada entrega a la abogacía y su amor por el Derecho. Francisco BAENA y Bernardo José BOTELLO expresaron ayer, dentro de la solemne sesión pública con la cual la Academia le rindió un merecido, obligado, homenaje, mucho mejor que lo que yo sabría y podría hacer, la estima y el aprecio de que José Ramón se hizo acreedor por sus relevantes cualidades de jurista y su generosa humanidad. A mí no me corresponde en este momento otra cosa que sumarme a sus palabras y, en la medida en que resulta lícita o, al menos, excusable, esta apropiación, hacerlas mías.

Descendiendo ya (porque, evidentemente, tras la evocación de la figura de José Ramón CISNEROS continuar haciendo uso de la palabra supone un descenso) a la tarea de introducir el tema sobre el que voy a ocupar vuestra atención en el desarrollo de la ponencia que me ha sido encomendada debo advertir, con toda franqueza, que, si hubiese pretendido proponer como objeto de ella el análisis de un tema estrictamente mercantilista, en este momento no podría traer para compartir en esta mesa más que un plato frío, añejo o posiblemente rancio. Por ello, y para evitar o al menos procurar, en la medida de lo factible, reducir el peligro de provocar las molestias inherentes a la digestión difícil de un manjar desabrido, vaya optar por invertir el resto de los treinta o cuarenta minutos que corresponden a la extensión que razonablemente cabe entender que resulta admisible (o al menos tolerable) para el desarrollo de mis observaciones en apuntar algunas ideas y datos sobre una cuestión que, aun cuando encierra en el núcleo esencial de su contenido la referencia a discursos o planteamientos constitucionales, no deja de ofrecer alguna

relación con una materia muy sugestiva para quienes sientan algún interés por el Derecho mercantil.

II. LA CONSTITUCIÓN Y LOS PRINCIPIOS Y DERECHOS CONSTITUCIONALES

La noción básica que constituye el eje o la idea central de una auténtica Constitución, de una Norma Suprema o *Lex legum* que sustente el complejo entramado institucional de un Estado de Derecho verdaderamente merecedor de este nombre, tiene por fuerza que referirse a la afirmación en ella de un conjunto de principios y valores que hagan posible la libre y solidaria convivencia de los ciudadanos dentro de un marco esencial de recíprocos derechos y deberes garantizados al más alto nivel del Ordenamiento jurídico.

Desde luego, si redujéramos el significado del texto constitucional a su dimensión formal de piedra angular para el establecimiento del orden jurídico de cualquier Estado, de cualquier orden jurídico de cualquier Estado, la Carta Magna no tendría otro valor que el de formalizar un esquema de distribución de Poderes para el desarrollo de las funciones públicas en ella consideradas. Pero la adopción de este «concepto amplísimo y puramente funcional», según observa con acierto RUBIO LLORENTE, traicionaría el más profundo sentido que en el curso de la Historia, «de la que reciben su sentido propio las nociones jurídico-políticas», ha revestido el hecho trascendental de la configuración de un Estado, de un determinado tipo o modelo de Estado, como Ente Político Constitucional. La calificación de tal, es decir, la adjetivación de «constitucional», implica, si se quiere hacer un uso recto del lenguaje y no recurrir tan sólo a un expediente meramente retórico destinado a encubrir una realidad de la organización del Poder y de la convivencia civil a la que no resulta adecuado el indicado término, la asunción de unos valores y principios esenciales, los característicos del *constitucionalismo* surgido de las Grandes Revoluciones que en los siglos XVIII y XIX destruyeron el *Ancien Régime* y alumbraron el Mundo Contemporáneo, con sus problemas, sus miserias y sus contradicciones, pero con toda la extraordinaria potencialidad de desarrollo y de realización del ser humano que acompaña a la consagración de los valores (por emplear la tópica

formulación francesa de los tres grandes postulados revolucionarios o, como a veces simplificada y no muy apropiadamente pretende afirmarse, de la trinidad republicana) de la *libertad*, la *igualdad* y la *fraternidad*.

Desde luego la organización constitucional de una Sociedad Política requiere, ante todo, la limitación del Poder omnímodo característico de las antiguas Monarquías Absolutas, limitación que, para ser real y eficiente, demanda a su vez, de una parte, la efectiva implantación del principio de la división del Poder, y, de otra, «la existencia de un ámbito exento de la acción del poder, o lo que es lo mismo, de un ámbito de libertad de los ciudadanos». «Por esta razón, la formulación clásica del ideal constitucional es la contenida en el artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano: "Toda sociedad en la que la garantía de los derechos no esté asegurada, ni la separación de poderes establecida, carece de Constitución"». De acuerdo con estas ideas TOMÁS y VALIENTE considera oportuno «reservar el término Constitución» para identificar con él «a aquellas leyes que regulen los poderes del Estado y que reconozcan y garanticen los derechos fundamentales de los ciudadanos como límites frente al Estado» y como exigencias esgrimibles contra éste, «partiendo de unos principios democráticos cuya raíz consista en la proclamación de la soberanía del pueblo, esto es, en el reconocimiento de que todos los poderes del Estado emanan del pueblo y encuentran su límite y su fin en la realización de unos valores democráticos explícitos y condensados en estos dos: la libertad y la igualdad». Tal concepción conduce necesariamente al corolario de que «sólo son auténticas Constituciones aquellas que están legitimadas democráticamente, tanto por su origen como por su contenido».

A esta categoría han de adscribirse, sin duda, las Constitucional democráticas surgidas en el marco del llamado Mundo libre tras derrota en la II Guerra Mundial de los totalitarismo s fascistas nacional socialistas, normas vertebradoras de unas sociedades que ha disfrutado durante un ya largo período de más de cincuenta años (una estabilidad institucional esencial perdida desde *le déluge* que proféticamente había advertido Luis XV que sobrevendría tras su reinado (*apres moi*). En las Constituciones democráticas ,de nuestro tiempo, según lúcidamente precisa TOMÁS y VALIENTE: «La declaración como derechos fundamentales de una serie de libertades públicas y también de un amplio repertorio de derechos de

contenido económico y social trata de establecer [,] no sólo unos límites al pode del Estado, sino unas exigencias de los ciudadanos para obtener de terminadas prestaciones del Estado en beneficio de su salud, educación, seguridad y bienestar». Surge así la figura del llamado «Esté do social de Derecho», el cual, aun cuando «por un lado estabiliza un determinado régimen económico neocapitalista al reducir buena parte de las tensiones del primitivo capitalismo», «es de nuevo potencialmente, un Estado democratizador y lo es porque universaliza los derechos fundamentales y porque abre un proceso (la democracia no es una esencia, sino un proceso) que puede permitir el acceso de nuevas capas populares al disfrute de bienes y valores e incluso la llegada de esas mismas clases al poder político» por las vías jurídicamente establecidas en la Constitución.

Como integrante de esta «familia» de nuevas Constituciones, y sin duda representando uno de sus más avanzados exponentes, ha d encuadrarse la española de 1978, que ofrece, fruto de los propósitos proclamados en su Preámbulo de «garantizar la convivencia democrática dentro de la Constitución y de las leyes conforme a un orden económico y social justo», así como de «proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos» uno de los más amplios elencos de derechos fundamentales reconocidos en el presente momento histórico. Baste, para corroborar este aserto, con apuntar cómo, junto a tradicionales derechos y libertades de carácter político, social y económico los relativos a la igualdad (art. 14), a la vida ya la integridad física y moral (art. 15), a las libertades ideológica y religiosa (art. 16.1), a la libertad y la seguridad personal y al *habeas corpus* (art. 17), al honor y a la intimidad (art. 18.1), a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2), al secreto de las comunicaciones (art. 18.3), a la elección de residencia y a la libre circulación (art. 19), a las libertades de expresión, de información (art. 20), de reunión (art. 21), de asociación (art. 22.1), de sindicación (art. 28.1), a la participación en los asuntos públicos (art. 23), a la tutela judicial efectiva (art. 24), a la tipicidad penal (art. 25), a la educación (art. 27), a la huelga (art. 28.2) o a la petición individual o colectiva (art. 29)], incluye un sugestivo conjunto de otros «nuevos derechos» o extiende el contenido de los más tradicionales adecuándolo a las exigencias propias de una sociedad democrática avanzada [en este sentido cabe citar la abolición de la pena de muerte (art. 15), la consideración de la denominada «autodeterminación

informática» (art. 18.4), la mención expresa de la «libertad de cátedra» (art. 20.1.c) y del derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional (art. 20.1.d), la garantía del acceso a los medios de comunicación social dependientes del sector público «de los grupos sociales y políticos significativos, respetando el pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas de España» (art. 20.3) o la proclamación de la vigencia del principio de autonomía universitaria (art. 27.10)]. Y debe tenerse además presente que la consagración de este amplio catálogo de derechos fundamentales y libertades públicas que se realiza en la Sección 1.ª del Capítulo II del Título 1 de nuestra Constitución, que lleva incluso en los derechos y libertades expresamente enunciados el germen de otros muchos potencialmente aflorables, va acompañada de la llamada a su tutela por los jueces y tribunales y de la regulación posiblemente más abierta que se conoce del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (arts. 53, 161.1.b Y 162.1.b) para asegurar su efectiva vigencia.

III. LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA

En el panorama trazado debe reconocerse un valor trascendente (o, si se quiere rebajar algo la grandilocuencia de tal expresión, un significado muy especial en la tarea de la afirmación y del desarrollo de los derechos y libertades consagradas en nuestra Ley de Leyes) al esfuerzo y a la obra de su intérprete supremo, el Tribunal Constitucional cuya doctrina ha contribuido decisivamente a hacer realidad operativa (*diritto vivente*, en la gráfica expresión italiana) el sistema de valore y principios sobre el que la Carta Magna de 1978 quiso asentar le fundamentos de la convivencia del Pueblo Español. Por ello no puede resultar extraña la destacada atención que en la generalidad de lo juristas patrios contemporáneos ha suscitado el contenido de los pronunciamientos de dicho Alto Tribunal.

Pero, para reflejar fielmente en mi exposición el auténtico estado de un relevante sector del pensamiento y de la literatura jurídica, ni puedo menos que advertir que el interés dedicado al estudio de los pronunciamientos del intérprete supremo de la Constitución por lo cultivadores de otras ramas del Derecho no ha encontrado un eco di similar intensidad en el pensamiento y en los escritos de los iusprivatistas, y singularmente de los mercantilistas, quienes han centrado muy

preferentemente su análisis de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional en la delimitación efectuada en ellos de las mate rías «*legislación civil*» y «*legislación mercantil*», sobre las que tienen distinto juego las competencias normativas del Estado y las de las Comunidades Autónomas de Derechos forales o especiales (esto es, diferenciados frente al Derecho común), y en la identificación de los rasgos esenciales de la que ha venido a denominarse «*Constitución Económica*»[1]. Fuera de estos grandes temas no es frecuente que se haga uso por parte de los cultivadores de la rama del Derecho que profeso de la *jurisprudencia constitucional*, si no es meramente en forma aislada o incidental, para el estudio de determinados particulares específico de algunos sectores de la normativa mercantil (tales como, por ejemplo, el Derecho de la competencia, el régimen jurídico de las cooperativas o de las mutuas, o las disposiciones tuitivas de los consumidores y usuarios).

Esta relativa falta de atención al contenido de unos pronunciamientos que, en no pocas ocasiones, contemplan cuestiones de indudable significación iusprivatista puede justificarse por el dato de que, según la concepción tradicional o clásica, *jurisprudencia* es, en estricto rigor técnico, la establecida por el Tribunal Supremo «*al interpretar y*

[1] Vid., por todos, LOJENDIO E IRURE, «Derecho constitucional económico», en el vol. *Constitución y Economía (La ordenación del sistema económico en las Constituciones Occidentales*), Madrid, 1977, pág. 82 Y sigs.; DUQUE, «Iniciativa privada y empresa», ibídem, pág. 52; FONT GALÁN, «Notas sobre el modelo económico de la Constitución española de 1978», *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 152, 1979, pág. 205 Y sig.; ROJO, «El Derecho Económico como categoría sistemática», *Revista general de legislación y jurisprudencia*, marzo de 1980, pág. 271, nota 41; MENÉNDEZ, «Constitución, sistema económico y Derecho mercantil (Lección inaugural del Curso académico 1982-1983», Madrid, 1982, pág. 27 Y sigs.; GIRÓN TENA, «Tendencias generales en el Derecho mercantil actual (Ensayo interdisciplinario) » (Discurso leído el día 27 e mayo de 1985, en su recepción pública como académico de número en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación), Madrid, 1985, pág. 61 y sigs.; OLIVENCIA RUIZ, «De nuevo, la Lección 1.ª. Sobre el concepto de la asignatura» (Discurso leído en la Solemne Apertura del Curso Académico 1999-2000 en la Universidad de Sevilla), Sevilla, 1999, pág. 26; HERRERO DE MIÑÓN, «La Constitución ecoonómica: desde la ambigüedad a la integración», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 57, septiembre/diciembre de 1999, pág. 11 y sigs.; SÁNCHEZ CAALERO, *Instituciones de Derecho mercantil*, 22.ª ed., Madrid, 1999, vol. 1, pág. 24 y sig,; URÍA, *Derecho mercantil*, 26,ª ed., Madrid, 1999, pág. 28.

aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho»[2], a la cual el arto 1.6 del Código civil atribuye un valor *complementador* del Ordenamiento jurídico. Pero creo que este dato, por esencial que resulte, no debería llevar a los iusprivatistas a minusvalorar (o, por emplear un término posiblemente más duro, a ignorar en el grado en el que ha sido ignorada) la posible trascendencia que debe reconocerse en determinados y concretos extremos de la normativa que constituye el objeto de su estudio a la doctrina afirmada en algunos particulares aspectos por el «*intérprete supremo de la Constitución*»[3], cuya jurisprudencia, en la esfera propia d su singular y específica competencia[4], tiene que ser considerado «*una verdadera fuente de Derecho*»[5] (tanto en su dimensión negativa o excluyente del Ordenamiento jurídico de aquellas formas que declare inconstitucionales -es decir, cuando desarrolla su especifica y propia función de *legislador negativo*, a la que hace referencia la conocida y

[2] Vid., por todos, CALVO VIDAL, *La jurisprudencia. ¿Fuente del Derecho?*, Valladolid, 1992, pág. 77 Y sigs.; LÓPEZ VILAS, «La jurisprudencia y su actual eficacia normativa», en el vol. *Centenario del Código Civil* (1889-1998), Madrid, 1990, t. II, pág. 1178 Y sigs,; GORDILLO CAÑAS, voz «*JURISPRUDENCIA*» en la *Enciclopedia Jurídica Básica* (Ed. Civitas), Madrid, 1995, vol. III, pág. 3888 Y sigs.

[3] Según la solemne proclamación efectuada por el arto 1.1 de la Ley Orgánica 1/1979, de 3 de octubre, *del Tribunal Constitucional* (en lo sucesivo, L. O. T. C.).

[4] Sobre ésta *vid*. las puntualizaciones efectuadas, *infra*, en los apartados II y III.

[5] Cfr. LÓPEZ VILAS, «La jurisprudencia ... », cit., pág. 1195, nota 20. Sobre el tema *vid*. además, por todos, GORDILLO GARCíA, «La jurisprudencia en la Constitución», en *La Constitución Española y las fuentes del Derecho*. Madrid, 1975 pág. 1181 Y sig.; ARAGÓN REYES, «La jurisdicción constituciona1», en el vol. *La Constitución española de 1978. Estudio sistemático dirigido por los profesores Alberto Predieri y Eduardo García de Enterría*, Madrid, 1980, pág. 849 Y sigs., 868 y sig. y 879 Y sigs.; BOCANEGRA, *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional*. Madrid, 1982, pág. 67 Y sig.; ESTEBAN, *Normas políticas de España*, Madrid, 1983, pág. 44; GARCíA PELAYO, «El "status" del Tribunal Constituciona1», en *Manuel García Pelayo. Obras completas*, Madrid, 1991, vol. III, pág. 2911 Y sigs. RUBIO LLORENTE, «Sobre la relación entre Tribunal Constitucional y Poder Judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 4, enero-abril de 1982, pág. 46 Y sigs.; PÉREZ Royo, *Las fuentes del Derecho*, 2.ª ed., Madrid, 1985, pág. 44 Y sigs.; PÉREZ TREMPS, *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, Madrid, 1985, pág. 264 Y sig.; CALVO VIDAL *La jurisprudencia ...* , cit., pág. 81 Y sig. y 209 Y sigs.; BALAGUER CALLEJÓN, «La Constitución» en *BALAGUER CALLEJÓN et alii*, *Derecho constitucional*, Madrid, 1999 vol. I, pág. 119 y sigs.

expresiva locución acuñada por KELSEN-, cuanto en su dimensión «puntualizadora» del sentido que, de acuerdo con la *Norma Suprema*, han de atribuirse a los preceptos respecto de los cuales imponga una *interpretación conforme* con los preceptos, lo valores o los principios constitucionales), y cuyos pronunciamientos sobre extremos estrechamente relacionados con el tráfico comercial y sus más características instituciones, en cualquier caso deben sin duda merecer la atención de los juristas dedicados al estudio de la disciplina del tráfico.

IV. JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL Y JURISDICCIÓN DE LOS JUECES Y TRIBUNALES ORDINARIOS

Para precisar el distinto significado atribuible a los pronunciamientos del Tribunal Constitucional y a los de los jueces y tribunales ordinarios puede resultar seguramente oportuno efectuar alguna indicación sobre el distinto plano en el que desarrollan sus funciones características estos diferentes órganos jurisdiccionales.

Este doble plano en el que operan al ejercitar las tareas que les son propias el Tribunal Constitucional, de una parte, y los jueces y tribunales ordinarios, de otra, y específicamente el factor clave de la contraposición de las que son definitorias de la misión esencial encomendada al primero (la interpretación de la Constitución) y las que resultan inherentes al órgano que corona el conjunto de los integrantes del Poder Judicial, el Tribunal Supremo (la interpretación de la «legalidad ordinaria», o, como quizá deba decirse con mayor propiedad, la normativa infraconstitucional), es un dato que ha siempre de tenerse presente al reflexionar sobre la funcionalidad y el sentido de la doctrina constitucional, especialmente cuando ésta hace referencia a cuestiones encuadrables en alguna de aquellas *zonas fronterizas* en las cuales sus construcciones se solapan o entrecruzan con las propias de los órganos jurisdiccionales a los que corresponde la interpretación de la legalidad ordinaria.

El título VI de la Constitución atribuye a los jueces y a los magistrados, en cuanto integran el Poder Judicial, la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en todo tipo de procesos. Esta función se les confiere con *carácter exclusivo*, de forma que no cabe que ningún órgano no integrado en el Poder Judicial ejerza dichas funciones. Pero tampoco los

jueces y tribunales pueden realizar otras diferentes a las señaladas y a aquellas específicas que les asignen las leyes en garantía de los derechos cuya tutela les corresponde. En el ejercicio de sus potestades distintivas los jueces y tribunales, sometidos únicamente al imperio de la ley, declaran, en primer lugar, el derecho y, después, pueden ejecutar coactivamente el derecho previamente declarado.

El Tribunal Constitucional aparece regulado en el Título IX de la Constitución como un órgano constitucional. Es un órgano jurisdiccional no judicial; es decir, no figura integrado en el conjunto de órganos a los que se encuentra confiado el ejercicio del Poder Judicial. Conforme al requerimiento básico inherente a su carácter de intérprete supremo de la Constitución es independiente de los demás órganos constitucionales y está sometido, según solemnemente se declara en el art. 1.1, *in fine*, de la L. O. T. C., sólo a la Constitución ya su Ley Orgánica (es decir, a la Ley que regula «*el funcionamiento del Tribunal Constitucional, el estatuto de sus miembros, el procedimiento ante el mismo y las condiciones para el ejercicio de las acciones*» deducibles ante él –art. 165 C. E.-) [6].

Esto sentado, resulta necesario tener presente un dato esencial: el de que al Tribunal Constitucional no le corresponde corregir la interpretación y aplicación de la legalidad ordinaria efectuada por los jueces y tribunales que conforman el Poder Judicial (y entre éstos, relevantemente, al Tribunal Supremo) pues, como ya ha sido indicado, a éstos es a quien corresponde, en exclusiva, juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

Tal distinción entre legalidad ordinaria y ordenamiento constitucional ha de tenerse constantemente en cuenta por el supremo intérprete de la Constitución, y exige de él la utilización de una depurada técnica jurídica para que, sin renunciar al ejercicio de sus propias competencias (o, si se quiere, sin rehuir la asunción de sus responsabilidades específicas), resulten respetadas escrupulosamente las

[6] Si bien, claro es, en virtud de lo establecido por los arts. l61.1.a) y 163 C.E., podría, en su caso, controlar la propia constitucionalidad de la Ley Orgánica a la que se acaba de hacer referencia.

competencias o facultades que son propias, con carácter exclusivo, de los jueces y de los tribunales ordinarios[7].

En este ejercicio de autolimitación para no invadir las funciones de la jurisdicción ordinaria, especialmente obligado al resolver los recursos de amparo interpuestos contra los actos o las omisiones de los órganos judiciales[8], ha de destacarse la diferente intensidad de la fiscalización que corresponde ejercer al Tribunal Constitucional sobre el contenido material de las argumentaciones en que se apoyen las resoluciones judiciales sometidas a su control. Así, mientras que cuando se trata del derecho a la tutela judicial efectiva del arto 24.1 de la Constitución el Tribunal se detiene en la constatación de que ha habido una respuesta judicial congruente con lo planteado y de que dicha respuesta no resulta arbitraria o irrazonable, ni incurre en error patente, cuando se alega la violación de un derecho fundamental sustantivo (por ejemplo, el derecho a no ser condenado por una acción no constitutiva de delito -art. 25.1 C. E.- o el derecho de acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos con los requisitos que señalen las leyes -arto 23.2 C. E.-) el Tribunal debe, siempre desde la perspectiva constitucional que le resulta propia, valorar la argumentación ofrecida por el órgano judicial para resolver si es o no respetuosa con el derecho fundamental invocado. La diferente intensidad en el control de la argumentación configura, consiguientemente, una distinta incidencia de la jurisdicción constitucional sobre los pronunciamientos de la jurisdicción ordinaria según cuál sea el derecho fundamental que haya de ser tomado en consideración.

V. DIFERENTES SIGNIFICADOS DE LOS PRONUNCIAMIENTOS DEL TRIIBUNAL CONSTITUCIONAL *RATIO DECIDENDI* y *OBITER DICTA*

[7] Sobre el significado de las sentencias del Tribunal Constitucional vid., por todos, RUBIO LLORENTE, «Sobre la relación entre Tribunal Constitucional y Poder Judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional», cit., pág. 38 Y sigs.; PÉREZ Royo, *Las fuentes del Derecho*, cit., pág. 44 Y sigs.; CALVO VIDAL, *La jurisprudencia* ... , cit., pág. 193 Y sigs.

[8] Arts. 161.1.b) y 53.2 C. E. y 2.1.b), 41.1, 44 Y 46.1.b) L. O. T. C.

En todo caso, en relación con las cuestiones que resuelvan dentro del ámbito específico de la competencia del Tribunal Constitucional (fijado por el art. 161 C. E.), las sentencias dictadas por éste tienen valor de cosa juzgada y no cabe recurso alguno frente a ellas (arts. 164.1 C. E y 38 L. O. T. C.). La jurisprudencia ordinaria recaída sobre las leyes, disposiciones o actos enjuiciados por el intérprete supremo de la Constitución (en virtud de lo estatuido por el arto 40.2 L. O. T. C.), «*habrá de entenderse corregida por la doctrina deriva da de las sentencias y autos que resuelvan los recursos y cuestiones de constitucionalidad*»[9]. Los jueces y tribunales (de acuerdo a lo que prescribe el arto 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial [10]) «*interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulta de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos*».

Ahora bien, no todas las consideraciones que se incluyan en el texto de los fundamentos jurídicos de las sentencias y autos del Tribunal Constitucional tienen tan relevante valor. Como precisa la STC 6/1991, de 15 de enero, la eficacia antes apuntada ha de predicarse del fallo de la resolución del Tribunal y de su fundamentación esencial o determinante, la que configura o encierra la *ratio decidendi* de la sentencia o del auto. Junto a ésta frecuentemente se incluyen en los pronunciamientos del Tribunal un conjunto de *obiter dicta* de distinto valor o significado, puesto que, o bien pueden constituir simples observaciones incidentales que no contribuyen a la formación de la voluntad del órgano jurisdiccional (no son, en rigor o estricta puridad, otra cosa que meros o simples dicta), o bien pueden alcanzar el valor propio de las argumentaciones que apoyan o corroboran la línea esencial de razonamiento que la inspira (es lo que ocurre en el caso de los dicta argumentativos, a los cuales ha de reconocerse un especial significado como expresivos de las valoraciones jurídicas del Tribunal y

[9] Sobre el tema apuntado vid., por todos, las observaciones de PÉREZ ROYO, *Las fuentes del Derecho*, cit., pág. 44 Y sigs.; LÓPEZ GUERRA, «Tribunal Constitucional y creación judicial de Derecho», en el vol. *La Justicia Constitucional en el Estado democrático*, Valencia, 2000, pág. 365 Y sigs.; y BALAGUER CALLEJÓN, «Tribunal Consstitucional y creación del Derecho», ibídem, pág. 383 Y sigs.

[10] En lo sucesivo, L. O. P. J.

que, como tales, suponen antecedentes dotados de una específica *auctoritas*)[11].

Pero, debo insistir, en correcto rigor técnico únicamente los *fallos o los acuerdos* de las resoluciones del Tribunal Constitucional, así como la *ratio decidendi* manifestada en la fundamentación o argumentación que conduce a éstos, tienen la eficacia proclamada en los arts. 40.2 L. O. T. C. y 5.1 L. O. P. J., Y sólo ellos vinculan a los Jueces y Tribunales ordinarios, orientando su interpretación de leyes y reglamentos para que resulte conforme a los preceptos y principios constitucionales. Los *dicta* argumentativos, los simples *dicta* y las opiniones avanzadas por los magistrados constitucionales en votos particulares o concurrentes no tienen otro valor que el de manifestar unas orientaciones o criterios, sin duda relevantes y dignos de ser tomados en consideración, pero que no constituyen la doctrina constitucional a la que se refieren los mandatos contenidos en los arts. 40.2 L. O. T. C. y 5.1 L. O. P. J.

VI. UN TEMA DE INTERÉS EN LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTIITUCIONAL: LA LIBERTAD DE EMPRESA

[11] En este sentido indica el fundamento jurídico 4 de la STC 6/1991: «[. .. } *Otra cosa es la incidencia que pueden tener { ... } las apreciaciones y estimaciones contenidas en los fundamentos jurídicos de las referidas Sentencias, ya que no puede ignorarse que los pronunciamientos o juicios internos -expresión de una decisión* jurídica *sobre el problema concreto planteado- tienen una relevancia en modo alguno desdeñable. En efecto, en la técnica de la aplicación jurisdiccional del Derecho, hay que realizar la pertinente matización en torno al llamado obiter dictum o a los dicta, designándose así a los argumentos adyacentes que coadyuvan, en mayor o menor medida, al fundamento principal o ratio de la decisión final o fallo. Porque una cosa es el puro dictum, "observación al pasar", no trascendente ni como argumento complementario, y otra el dictum argumentativo que se relaciona más o menos lateralmente con las razones decisivas del fallo. En este caso esos dicta son opiniones del Juez o Tribunal con propia eficacia y si bien no integran la cosa juzgada (ésta se configura en el fallo y su fundamento determinante), sí valen como valoraciones jurídicas del Tribunal y constituyen, en cierto modo y en buena medida, antecedentes dotados de auctoritas. Esta interpretación del Tribunal, en el ámbito de su específica competencia, constituye por ello regla vinculante (arts. 164 C. E., 38 L. O. T. C.) que, en concreto, los Jueces y Tribunales han de seguir a tenor de lo dispuesto para ellos en el arto 5.1 de la L. O. P. J.».*

Una lectura de los Autos y Sentencias, ya muy numerosos, dictados por el Tribunal Constitucional permitiría identificar diversas cuestiones de indudable interés para un privatista (o para intentar prevenir la comisión de un pecado mortal de orgullo o, al menos, de una falta venial de inmodestia, permítaseme advertir que en mi caso sea trata de un aprendiz --quizá, a lo sumo, de un aprendiz contumaz- de privatista) desde las terminológicas (eterna preocupación para los juristas, «técnicos de la definición y la clasificación sistemática»), que nos llevarían a constatar la normal identificación en las resoluciones del Tribunal de los conceptos de *empresa o de empresario con el de sociedad mercantil* o con el de *empleador* (vid., entre otras muchas que podrían citarse, las SSTC 88/1986, de 1 de julio, 162/1989, de 3 de abril, 63/1991, de 21 de febrero, 64/1991, de 22 de marzo, 136/1991, de 20 de junio, 346/1991, de 15 de noviembre, 142/1993, de 22 de abril, 125/1995, de 25 de julio, o 90/1997, de 6 de mayo), hasta otras muy concretas, íntimamente conectadas con cuestiones propias de la legalidad ordinaria o infraconstitucional, y que, consideradas en términos estrictos, sólo marginal o incidental mente alcanzan relieve constitucional, como es el caso de las referidas a la compleja realidad económico-jurídica que constituye el *grupo de empresas* (vid., al respecto, las SSTC 111/1983, de 2 de diciembre, 162/1989, de 3 de abril, y 6/1991, de 15 de enero). De todas ellas he optado por elegir para este acto el «*tópico*» (en el sentido anglosajón de este término) del significado, alcance o contenido del reconocimiento de la *libertad de empresa* que se efectúa, como uno de los *derechos y deberes de los ciudadanos* consagrados por la Sección 2.ª del Capítulo II del Título 1 de la Constitución, en el art. 38 de ésta.

Desde luego la indicada es una cuestión sobre la cual existe una abundante literatura. No podía ser menos, dada la trascendencia del *principio de libertad de empresa* para la definición del modelo de la *Constitución económica*. Pero no voy a construir la exposición que me corresponde realizar reflexionando sobre las construcciones de los numerosos y autorizados autores que se han ocupado de este tema. Mi maestro en la Universidad de Bolonia, el Profesor Walter BIGIAVI, advertía siempre a sus alumnos que el que copia un libro comete un plagio; el que copia dos, escribe un artículo de revista científica; el que copia tres, redacta una tesis doctoral; y el que copia cuatro publica un nuevo y original quinto libro. Como no entra en mis propósitos el de convertirme en un

plagiario, ni el de llevar a cabo las tareas de construcción científica propias de la copia de más de un libro, voy a prescindir de toda cita doctrinal ya limitarme a realizar algunas ligeras (o si se quiere iniciales o superficiales) consideraciones sobre la doctrina sentada en algunas de las SSTC que han tenido ocasión de pronunciarse sobre el sentido atribuible al reconocimiento constitucional de la *libertad de empresa*[12].

VII. LOS POSTULADOS BÁSICOS AFIRMADOS POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN RELACIÓN CON LA *LIBERTAD DE EMPRESA*

De acuerdo con la doctrina afirmada desde la temprana STC37/l981, de 16 de noviembre (y mantenida invariablemente en otros pronunciamientos posteriores, de entre las cuales baste la cita de las SSTC 111/1983, 83/1984, de 24 de julio, 88/1986,49/1988, de 22 de marzo, 17/1990, de 7 de febrero, 64/1991, 66/1991, de 22 de marzo,

[12] Reitero, sobre la doctrina que se contiene en los pronunciamientos del Tribunal Constitucional español. Por las obvias y lógicas exigencias de reducir a sus naturales dimensiones estas páginas y de limitar los desarrollos contenidos en ellas a la delimitación conceptual del tema que se ha tomado como objeto central de su análisis no cabe afrontar, ni aun tangencialmente, la sugestiva cuestión de la regulación comunitaria (es decir, de la normativa propia de la Unión Europea) de la libertad de empresa, regulación que, en todo caso, conforme ha reiteradamente proclamado el Intérprete Supremo de nuestra Constitución (vid., por todas, las SSTC 132/1989, de 18 de julio, 65/1990, de 5 de abril, 66/1990, de 5 de abril, 67/1990, de 5 de abril, 28/ 1991, de 14 de febrero, 64/1991, 236/1991, de 12 de diciembre, 79/1992, de 28 de mayo, 80/1993, de 8 de marzo, 111/1993, de 25 de marzo, 180/1993, de 31 de mayo, 372/1993, de 13 de diciembre, 143/1994, de 9 de mayo, 265/1994, de 3 de octubre, 112/1995, de 6 de julio, 197/1996, de 28 de noviembre, 201/1996, de 9 de diciembre, 203/1996, de 9 de diciembre, 13/1998, de 22 de enero, 120/1998, de 15 de junio, 147/1998, de 2 de julio, 128/1999, de 1 de julio, 208/1999, de 11 de noviembre, 45/2001, de 15 de febrero, y 9512001, de 5 de abril, así como la DECLARACIÓN del Tribunal Constitucional de 1 de julio de 1992 «*Ante el requerimiento formulado por el Abogado del Estado, en nombre y representación del Gobierno de la Nación, acerca de la existencia o inexistencia de contradicción entre el arto 13.3 de la Constitución Española y el arto 8 B, apartado 1, del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, en la redacción que resultaría del arto G B, 10, del Tratado de la Unión Europea*») no constituye una referencia o canon de constitucionalidad.

136/1991,84/1993, de 8 de marzo, 225/1993, de 8 de julio, 227/1993, de 9 de julio, 89/1994, de 17 de marzo, y 127/1994, de 5 de mayo), *la libertad de empresa*, «*reconocida en el marco de la economía de mercado*» en el arto 38 C. E., ha de ser entendida en conexión con lo establecido en otros preceptos constitucionales, singularmente los consagrados en los arts. 128 y 131 C. E., que subordinan toda la riqueza del país al interés general, reconocen la iniciativa pública en la actividad económica y prevén la posibilidad de reservar al sector público, mediante ley, recursos o servicios esenciales (especialmente en caso de monopolio), así como acordar la intervención de empresas cuando lo exija el interés general, y posibilitan que mediante ley el Estado pueda «planificar la actividad económica general para atender a las necesidades colectivas, equilibrar y armonizar el desarrollo regional y sectorial y estimular el crecimiento de la renta y de la riqueza y su más justa distribución». Así enmarcada, cabe precisar los siguientes rasgos caracterizadores de la configuración constitucional de la *libertad de empresa*:

- *La libertad de empresa* se refiere, sin duda, a «empresas privadas, es decir, a organizaciones que tienen una finalidad de lucro» (SSTC 49/1988 y 84/1993).
- *La libertad de empresa* es una garantía institucional, operante, en virtud de lo establecido en el arto 53.1 C. E., en un doble plano, el de la *reserva de ley* y el de la existencia de un núcleo o *contenido esencial* del que ni siquiera el legislador puede disponer (SSTC 5/1981, de 13 de febrero, 111/1983,83/1984,87/1985, de 16 de julio, 126/1987, de 16 de julio, 103/1989, de 8 de junio, 136/1991,225/1993,264/1993, de 22 de julio, 89/1994, 127/1994, 179/1994, de 16 de junio, 195/1996, de 28 de noviembre, y 61/1997, de 20 de marzo).
- *La libertad de empresa*, junto a su dimensión subjetiva, tiene otra vertiente objetiva e institucional, en cuanto elemento de un determinado sistema económico, y se ejerce dentro de un marco general configurado por las reglas, tanto estatales como autonómicas, que ordenan la *economía de mercado*; entre ellas las que tutelan los derechos de los consumidores, las que preservan el medio ambiente, las que organizan el urbanismo y una adecuada

utilización del territorio por todos, o las relativas a la defensa de la competencia, que aparece así como una necesaria actuación positiva de salvaguarda o garantía, y no como una restricción, de *la libertad de empresa* y de la *economía de mercado*, que se verían amenazadas por el juego incontrolado de las tendencias naturales de éste (SSTC 88/1986, 64/1991, 66/1991, 225/1993,227/1993 Y 208/1999).

• Las leyes reguladoras de la *libertad de empresa* no han de ser necesariamente estatales. Cabe que sean leyes dictadas por los órganos legislativos de las Comunidades Autónomas con competencia normativa sobre materias cuya ordenación implique necesariamente, en uno u otro grado, el establecimiento de un marco dentro del cual haya de desarrollarse dicha libertad, siempre que las leyes autonómicas dictadas al efecto no atenten contra las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales, ni incidan sobre *materias* de competencia exclusiva del Estado como, v. gr. (art. 149.1.6.a C. E.), la *legislación mercantil* (SSTC 37/1981, 37/1987, de 26 de marzo, 52/1988, de 24 de marzo, 17/1990,84/1993,225/1993,227/1993 y 264/1993).

• El *contenido esencial de la libertad de empresa* no resulta determinado expresamente por la Constitución, como consecuencia de lo cual ha de ser concretado por el Tribunal Constitucional (en su función de intérprete supremo de nuestra Ley de leyes) «en último término y para cada caso concreto» (STC 37/1981, fundamento jurídico 2). *La libertad de empresa* tiene un carácter esencialmente patrimonial y no incluye un derecho incondicionado a la libre instalación de cualesquiera establecimientos comerciales en cualquier espacio y sin sometimiento alguno al cumplimiento de requisitos y condiciones, haciendo caso omiso de las distintas normativas (estatales, autonómicas o locales) que disciplinan múltiples aspectos de relevancia económica como, entre otros, el comercio interior y la ordenación del territorio (SSTC 83/1984,225/1993 Y 227/1993).

• En ningún caso la *libertad de empresa* puede amparar la vulneración de los derechos reconocidos en el Capítulo 11 de la

Constitución. Específicamente se ha puntualizado que no cabe que al amparo del principio de *libertad de empresa* se llegue a despojar a los trabajadores de sus derechos. Como precisa la STC 88/1985, de 19 de julio, fundamento jurídico 2: «Ni las organizaciones empresariales forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad, ni la *libertad de empresa* que establece el arto 38 C. E. legitima el que quienes prestan servicios en aquéllas por cuenta y bajo la dependencia de sus titulares deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central y nuclear en el sistema jurídico constitucional. Las manifestaciones de "feudalismo industrial" repugnan al Estado social y democrático de Derecho y a los valores superiores de libertad, justicia e igualdad a través de los cuales ese estado toma forma y se realiza (art. 1.1) (en este mismo -o en un muy próximo- sentido se pronuncian las SSTC 99/1994, de 11 de abril, 204/1997, de 25 de noviembre, 197/1998, de 13 de octubre, 107/2000, de 5 de mayo, y 80/2001, de 26 de marzo).

VIII. ALGUNAS APLICACIONES DE LA DOCTRINA ESTABLECIDA POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL RESPECTO DE LA *LIBERTAD DE EMPRESA*

Dentro del marco trazado por los postulados básicos anteriormente enunciados el Tribunal Constitucional ha declarado, respecto de las siguientes actuaciones del Estado y de las Comunidades Autónomas:

- Que es constitucionalmente legítima la regulación y limitación por una norma con rango de ley formal del establecimiento en el territorio nacional de oficinas de farmacia (STC 83/1984).
- Que la imposición por la Ley del Parlamento vasco 3/1981, de 12 de febrero, sobre *Centros de Contratación de cargas en Transporte Terrestre de Mercancías*, de diversos deberes *ex lege* a las partes del contrato de transporte no viola la reserva de ley establecida en el arto 53.1 C. E., dado que identificar «el concepto genérico de ley con el más restringido de Ley general o Ley emanada de los órganos generales del Estado» supone efectuar una interpretación que «se conjuga difícilmente con otros preceptos constitucionales, de una parte, y vendría a restringir

muy acentuadamente, de otra, el ámbito competencial que conceden a las Comunidades Autónomas sus respectivos Estatutos» (STC 37/1981).

- Que la regulación por la Ley del Parlamento de Cataluña 15/1984, de 20 de marzo, de varios extremos sobre la fabricación y homologación de tipos o modelos de materiales de juego no excede de la Competencia de la Comunidad Autónoma ni resulta contraria al *principio de libertad de empresa* (STC 52/1988).
- *Que tampoco vulneran este principio diversos privilegios establecidos a favor del arrendatario por el* Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos *aprobado por el Decreto 4.104/1964, de 24 de diciembre (STC 89/1994); ni el arto 5 de la Ley del Parlamento de Cataluña 9/1984, de 5 de marzo, de* Regulación de las Ferias Comerciales *(STC 84/1993); ni el arto 7 de la Ley de las Cortes Generales 23/1984, de 25 de junio, de* Cultivos Marinos *(STC 103/1989); ni la Ley del Parlamento Andaluz 8/1984, de 3 de julio, de* Reforma Agraria *(STC 37/1987); ni diversos preceptos (la mayoría de los incluidos en ella) de la Ley de la Generalidad Valenciana 8/1986, de 29 de diciembre, de* Ordenación del comercio y superficies comerciales *(STC 225/1993); ni la Ley del Parlamento de Cataluña 3/1987, de 9 de marzo, de* equipamientos comerciales *(STC 227/1993); ni la Ley del Parlamento de Canarias 10/1987, de 5 de mayo,* de Aguas *(STC 17/1990); ni la Ley de las Cortes Generales 10/1988, de 3 de mayo, de* Televisión Privada *(STC 127/1994); ni la mayor parte del contenido de la Ley de las Cortes de Aragón 9/1989, de 5 de octubre, de Ordenación de la* Actividad Comercial en Aragón *(STC 264/1993); ni el arto 4 de la Ley de las Cortes Generales 8/1990, sobre* Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo *(STC 61/1997); ni el art. 4 de la Ley de las Cortes Generales 6/1998, de 13 de abril, sobre* Régimen del Suelo y Valoraciones *(STC 16412001, de 11 de julio).*

[Para destacar un aspecto que mereció cierta atención a los medios de comunicación social, puede resultar oportuno indicar que, en relación con la impugnación de la Ley valenciana 8/1986, el Tribunal Constitucional ha puntualizado que resulta difícil admitir

que la libertad de horarios comerciales pueda constituir un desarrollo del arto 38 C. E. En efecto, ello sería tanto como suponer que del derecho del empresario a iniciar y sostener en libertad la actividad empresarial se deriva, necesariamente, su libertad para decidir cuándo ha de llevada a cabo, estableciendo sin limitación alguna los días y las horas de apertura y cierre de su empresa. Sin embargo tal consecuencia no se desprende necesariamente del arto 38 C. E., ya que, si se considera este derecho en su vertiente institucional, es evidente que un régimen de libertad o, por el contrario, de restricción de horarios comerciales, no afecta sustancialmente al marco general de la *economía de mercado* en el que se ejerce *la libertad de empresa*. Y, en su vertiente individual, es innegable que, caso de admitirse que la libertad de horarios constituye un corolario obligado de la libertad de empresa, ésta se extendería, indebidamente, al ámbito de la regulación del propio mercado; pues uno de los elementos de la ordenación del mercado, y directamente vinculado con su funcionamiento, está constituido, precisamente, por el régimen de horarios en el que puede desarrollarse la actividad empresarial. Por consiguiente (entiende el Tribunal Constitucional) debe concluirse que, en esta materia, el art. 38 C. E. no genera otra exigencia que la de que, en caso de que se establezca un régimen de horarios comerciales, éste permita el inicio y el mantenimiento de la actividad empresarial y resulte exento, por tanto, de limitaciones irracionales, desproporcionadas o arbitrarias que puedan impedir o menoscabar gravemente el ejercicio de dicha actividad. Una vez respetada esta exigencia, corresponde al ámbito de la libre configuración legal el optar por un régimen limitativo de los horarios comerciales o, por el contrario, de libertad de horarios, pues dichos regímenes no forman parte del contenido de la libertad garantizada por el arto 38 C. E. (SSTC 225/1993 y 264/1993)].

- Y, a fin de concluir este ya prolijo *excursus* sobre la doctrina del Tribunal Constitucional que puede revestir cierto interés en el tema que nos ocupa, apuntaré que dicho órgano jurisdiccional ha entendido que la pena accesoria de suspensión del ejercicio de profesión u oficio incide sobre la libertad de empresa reconocida en

el arto 38 C. E. cuando el condenado es un comerciante, por lo que la Sentencia que la imponga «debe contener una fundamentación conforme a la ley habilitadora de dicha restricción» (STC 221/2001, de 31 de octubre).

Por otra parte ha señalado también el Tribunal Constitucional que existe una indudable conexión entre la *libertad de empresa* consagrada en el arto 38 C. E. y el título competencial establecido en el arto 149.1.1.3 de nuestra *Lex legum*, que atribuye al Estado «*la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales*» (SSTC 52/1988, 136/1991, 225/1993 y 61/1997), si bien no cabe amparar en dicha conexión el dictado de normativas estatales sobre extremos (tales como la fabricación y la homologación de determinados productos industriales -por ejemplo, tipos o modelos de materiales de juego- o el régimen de los horarios comerciales) que, en correcto rigor técnico, no pertenezcan al ámbito de las indicadas condiciones básicas ni sean reconducibles a la esfera propia del ejercicio de la *libertad de empresa* (SSTC 52/1988 y 225/1993).

-0-0-0-0-0-0-0-

Y hasta aquí, conforme aconseja una mínima consideración del significado del transcurso del tiempo y, sobre todo, del peligro de agotar la paciencia de un auditorio (que ya ha sido, quizá con exceso, sometida a dura prueba), cuanto ha dado de sí mi primera aproximación a los pronunciamientos efectuados por el Tribunal Constitucional sobre el significado y el contenido de la *libertad de empresa* que consagra el artículo 38 de nuestra *Carta Magna*. Es ya hora, seguramente hace ya tiempo que lo era, de abrir paso a un coloquio que desde luego será mucho más rico y sugerente que las palabras que he pronunciado esencialmente, si no tan sólo, para dar lugar a él.

EL RECURSO DE APELACIÓN CONTRA LA SENTENCIA EN EL PROCEDIMIENTO ABREVIADO, COMO RECURSO EFECTIVO. DE LA TEORÍA A LA PRÁCTICA

FRANCISCO MARÍA BAENA BOCANEGRA

Ponencia presentada
en la Sesión Privada de la Academia
(13 de mayo de 2002)

SUMARIO: I.-Planteamiento. 1. El alcance del Art. 14.5 del PIDCP: algunas consideraciones en orden a su interpretación. 2. El Convenio de Roma y el Protocolo núm. 7.3. La segunda instancia en nuestro sistema procesal: algunos apuntes de aproximación al tema. II.-El Recurso de Apelación penal contra la Sentencia, como recurso efectivo: de la teoría a la práctica. 1. El recurso de Apelación contra la Sentencia dictada en el ámbito del Procedimiento abreviado. 2. El recurso de Apelación como recurso efectivo. De la teoría a la práctica.

Si bien el derecho al Recurso no viene expresamente reconocido en la C. E., es lo cierto que su consideración como una de las garantías que protegen los derechos fundamentales ha sido plena y reiteradamente reconocido por el Tribunal Constitucional que ya en su Sentencia núm. 42/1982 y en relación con el proceso penal, con directa referencia al arto 14.5 del Pacto Internacional para la Protección de los Derechos Civiles y Políticos de Nueva York[1], en conexión inmediata con los arts. 24.2 y 10 del Texto Supremo, declaró que dicha norma «*obliga a considerar que entre las garantías del proceso penal a las que genéricamente se refiere la Constitución en su arto 24.2 se encuentra la del Recurso ante un Tribunal Superior ...* »[2].

La Sentencia 3/1983 de 25 de enero que contemplaba el recurso de Casación en la jurisdicción Laboral y específicamente la constitucionalidad de determinados preceptos de la Ley de Procedimiento Laboral en relación a la obligación de consignar como presupuesto previo de su formalización, con carácter general va a proclamar el derecho a los Recursos como una exigencia derivada del derecho a la tutela judicial efectiva reconocida por

[1] Aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas en Resolución 2200 (XXI) fue suscrito el 16 de diciembre de 1966 y entró en vigor el 23 de marzo de 1976, ratificado por España el 27 de abril de 1977 (B. O. E. núm. 103 de 30 de abril de 1977).

[2] Recurso de Amparo 366/1981, Ponente Excmo. Sr. Rubio Llorente. Este mismo fundamento se reiterará en la Sentencias núms. núm. 76/1982, de 14 de diciembre (Cuestión de inconstitucionalidad núm. 411) y en la núm. 30/1986 de 20 de febrero (Recurso de Amparo núms. 854 y 873/1983), ambas bajo ponencia del Excmo. Sr. Truyol Serra.

el arto 24 del Texto Supremo[3], derecho que seguidamente matizaría, dando lugar a una reiterada doctrina que hasta hoy se mantiene, entendiéndolo no como un derecho absoluto sino a específicamente a los recursos previamente determinados o preestablecidos por la Ley, por cuanto corresponde al legislador establecerlos en la formas que estime oportuno[4], habida cuenta de que no existe en la C. E. una norma que imponga la existencia de concretos o específicos recursos, quedando dentro del ámbito de la libertad del legislador la creación o no de recursos a la hora de disciplinar un proceso.

En definitiva el derecho a los recursos, lo configuremos ya como una de las garantías del proceso[5], bien como exigencia propia de la tutela judicial efectiva, pero siempre en la doctrina del TC como derecho condicionado, es decir únicamente como derecho al recurso preestablecido en la Ley procesal, se presenta en el orden jurisdiccional penal y en virtud del art. 14.5 del PIDCP como singular excepción: como derecho a que toda persona declarada culpable en un delito pueda someter el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto a un Tribunal Superior. Así las Sentencias del Alto Tribunal núms. 116/1988 de 20 de junio[6], 195/1987 de 10 de diciembre[7] y 197/1987 de 11 de diciembre[8], siendo singularmente clara y contundente la Sentencia 7/1986 de 21 de enero[9]:

---

[3] En el mismo sentido y entre otras las Ss. TC núms. 19 y 123 de 1983, 139 y 163 de 1985, 46/1989, 176/90; más recientemente y en esta línea el Auto 121/1997 de 29 de abril (Recurso de Amparo núm. 3499/96, y las Sentencias núms. 121/1999 de 28 de junio (Pte. Excmo. Sr. Cachón Villar) y 43/2000 de 14 de febrero (Pte. Excma. Sra. Casas Baamonde) «*en la concreta configuración que reciba en cada una de las leyes de enjuiciamiento*».

[4] Como dice la STC121/1999 de 28 de junio (Recurso de Amparo num. 2017/1999) Pte. Excmo. Sr. Cachón Villar «*en la concreta configuración que reciba en cada una de las leyes de enjuiciamiento*».

[5] La STC núm. 66/2001 de 17 de marzo va a insistir en esta vertiente, al decir que «*este Tribunal ha declarado que el derecho a someter el fallo condenatorio y la pena ante un Tribunal Superior, si bien no tiene un reconocimiento expreso en la Constitución, integra el derecho al proceso con todas las garantías reconocido en el arto 24.2 CE* (SSTC 42/1982, de 5 de junio, F. 3; 76/1982, de 14 de diciembre, F. 5; 60/1985, de 6 de mayo, F. 2; 140/1985, de 21 de octubre, F. 2; 30/1986, de 20 de febrero, F. 2; 190/1994, de 20 de junio, F. 2 Y 133/2000, de 16 de mayo, F. 3) ».

[6] Recurso de Amparo 177/1986, Ponente Excmo. Sr. Leguina Villa.

[7] Recurso de Amparo núm. 326/1987, Ponente De la Vega Benayas.

«En efecto, en *materia penal* el legislador debe prever un sistema de recursos *aplicables en todo caso*, dado, de una parte, que el arto 24.1 de la Constitución ha de interpretarse de *acuerdo con lo dispuesto en su arto 10.2, el cual establece que "las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España", y, de otra, que el arto 14.5 del Pacto 1nternacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 establece que "toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un Tribunal superior, conforme a lo previsto por la Ley"»* (realzados nuestros).

En definitiva y como corolario urgente de lo anterior, mientras el derecho al recurso no puede entenderse con carácter general incluido dentro del derecho a obtener tutela judicial efectiva, y si, únicamente, como derecho al recurso preestablecido en la Ley procesal, en el proceso penal el legislador por virtud de las normas contenidas en el Pacto de Nueva York ratificado por España, y por tanto derecho interno, necesariamente ha de instrumentar la oportuna vía de Recurso que permita someter a un Tribunal Superior todo fallo condenatorio y la pena, resultando incompatibles todas aquellas normas procesales internas que no lo establezcan[10].

En el verano del año 2000 una resolución del *Comité de Derechos Humanos* de Naciones Unidas vino a sembrar una situación de inquietud, incluso de desconcierto en nuestro entorno jurídico, haciendo saltar las alarmas, incluso propiciando las más variadas respuestas, algunas de ellas

[8] Recurso de Amparo núm. 329/1987, Ponente De la Vega Benayas.

[9] Recurso de Amparo núm. 116/1985 Ponente Excmo. Sr. Gómez-Ferrer Morant. En análogo sentido la STC 140/1985 (Recurso de Amparo 855/1984), bajo la misma ponencia.

[10] En el sentido indicado CALDERÓN CUADRADO, *La apelación de Sentencias en el proceso penal abreviado*, Edit. Comares, Granada, 1996, pág. 17; en igual sentido LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, *La segunda instancia en el proceso penal*, Edit. Comares, Granada, 2000, pág. 33.

poco meditadas. Nos estamos refiriendo a su *Dictamen de fecha 20 de julio de 2000*[11] por el que y a propósito del Recurso de Casación Penal que dispone nuestro ordenamiento procesal, dicho Comité llega a la categórica conclusión de que el mismo no cumple las garantías que exige el arto 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York de 16 de diciembre de 1966[12], y por tanto desde la promulgación de nuestra Constitución incorporado a nuestro derecho interno por imperativo del arto 96.1[13].

Pero también en forma indirecta el citado Dictamen puso de actualidad un viejo debate: la exigencia de una segunda instancia en el proceso penal, y con ello el ámbito funcional y material en que la misma ha de desarrollarse, todo ello con referencia al sistema procesal español y más concretamente del Recurso de Apelación.

La presente Ponencia que se somete a la consideración del Colegio académico pretende sin ánimo de exhaustividad, suscitar una reflexión sobre la cuestión que permita una toma de posiciones, máxime cuando en este momento se conocen como muy avanzados los trabajos para una nueva Ley de Enjuiciar Criminal.

I. Planteamiento

Es indudable que en el orden procesal penal los dos criterios de configuración y orientación a que básicamente se puede acoger el legislador en materia de recursos, son el de la doble instancia y el de única instancia. El sistema de doble jurisdicción se ofrece como la posibilidad de que frente a la Sentencia dictada por el órgano juzgador en una primera instancia, la misma sea sometida a un Tribunal superior mediante un recurso ordinario y de carácter devolutivo que permita un nuevo enjuiciamiento o «*novum iudicium*».

---

[11] Expediente o *Comunicación núm. 701/1996* (emitido a tenor del párrafo 4.° del artlo 5 del Protocolo Facultativo) seguido a instancias del ciudadano español C. Gómez Vázquez contra el Estado de España.

[12] *Supra* nota l.

[13] Artlo 96.1« ».

La única instancia, por el contrario, impide ese nuevo enjuiciamiento, si bien mediante un recurso extraordinario podrá revisarse tanto la *corrección procedimental* hasta alcanzar el Fallo de la Sentencia dictada por el inferior, *como su propia estructura jurídicocausal*, y muy limitadamente la declaración fáctica por errores en la apreciación de la prueba.

1. El alcance del Art. 14.5 del PIDCP: algunas consideraciones en orden a su interpretación

Ni ha sido, ni es pacífico el entendimiento del arto 14.5 por la doctrina española, y menos aun, como tendremos ocasión de ver, la llevada a cabo por los Tribunales, tanto en sede constitucional como ordinaria, sin duda propiciado por la propia redacción de la citada norma supranacional y del posicionamiento hermenéutico que frente a la misma adopte el interprete. Dice el art. 14.5:

«*Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un Tribunal superior, conforme a lo previsto por la Ley*».

Dos cuestiones resultan nítidas de su lectura: de un lado, que todo condenado en la instancia tiene derecho a que su condena sea revisada por un Tribunal superior[14]; la otra, que corresponde al legislador interno configurar las vías impugnativas para acceder al Tribunal Superior al que se ha de someter la condena, y cual sea la configuración del órgano.

Sin embargo la cuestión se complica al analizar el texto en que se da contenido a tal derecho del condenado, a saber «*derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un Tribunal Superior*» o para ser más precisos, del alcance y contenido

[14] La referencia al declarado culpable, debe entenderse como exigencia de mínimos, y nunca en el sentido restrictivo de que el derecho al recurso quede limitado únicamente al condenado, lo que vulneraría respecto a las demás partes del proceso el principio de tutela judicial efectiva y de acceso a los recursos, así como de igualdad procesal. En el sentido indicado la STC núm. 27/1985.

material e instrumental del procedimiento revisor. En definitiva, si la utilización del verbo «someter» contempla y exige una segunda instancia y rexamen de la Sentencia condenatoria «*ad integrum*» o, por el contrario, es indiferente, cumpliéndose la satisfacción de este derecho exclusivamente por el sometimiento a un Tribunal Superior, prescindiendo de la mayor o menor amplitud que se conceda a la vía jurídica de acceso al mismo y, por ende, del preciso marco real de las posibilidades que respecto a la revisión del fallo condenatorio pueda tener dicho Tribunal Superior.

El TC en su *Sentencia núm. 76/1982* de 14 de diciembre[15] de forma no lo contundente y clara que debiera dijo que «*de su lectura se desprende claramente que no establece propiamente una "doble instancia", sino una sumisión del fallo condenatorio y de la pena a un "Tribunal superior*"»[16], afirmación que se va a reiterar más tarde en las *Sentencias núms. 113/92 de 14 de septiembre*[17] *37/1988 de 3 de marzo*[18], si bien en esta última se producirá un Voto Particular, a nuestro juicio de extraordinaria importancia, formulado por el Excmo. Sr. D. Carlos de la Vega Benayas, por el que y previo advertir que su discrepancia no debe entenderse como un criterio «*contrario al ensanchamiento de los derechos fundamentales, entre ellos el de la tutela judicial*», a propósito del caso examinado (petición de amparo ante Auto de desestimación de Recurso de Casación por aplicación del art.876, 2.° de la L. E. Crm.), al hilo de la pretensión del recurrente, va a hacer las siguientes consideraciones:

«3. Es comprensible que, al amparo del arto 14.5 del Convenio de Nueva York, *se intente aplicar la exigencia en todos los casos de la doble*

[15] Cuestión de Inconstitucionalidad núm. 41/1982, Pte. Excmo. Sr. Truyol Serra.

[16] Como precedente la STC num. 42/1982 (Recurso núm. 366/1981, Pte. Excmo. Sr. Rubio Llorente, y a propósito de la in admisión de un Recurso de Apeelación contra Sentencia de un Juzgado de Peligrosidad y Rehabilitación Social hará expresa referencia al arto 14.5 del Pacto, si bien no se pronuncia sobre la cuestión que examinamos.

[17] Recurso de Amparo núm. 433/1989, Pte. Excmo. Sr. D. Fernando García-Mon y González Regueral al decir que «*otra de las garantías constitucionales en el proceso que el arto 24.2 prescribe y que encuentra una clara expresión en el arto 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York*, es decir, *el derecho no tanto a una doble instancia como a que el fallo condenatorio y la pena impuesta sean "sometidos a un Tribunal superior conforme a lo prescrito por la Ley*"».

[18] Recurso de Amparo num. 604/1985 Pte. Excmo. Sr. Tomás y Valiente.

instancia en materia penal: Sometimiento al Tribunal superior, entendiendo que la casación cumple esos fines, lo que no es enteramente cierto, porque ese recurso es extraordinario, tasado, sujeto a requisitos especiales que no todos los recursos pueden cumplir, resultando así que no todos los recurrentes tienen acceso a ese peculiar medio de impugnación, cuyo fin primero, no se olvide, es el de la unificación de la jurisprudencia para uniformar, dentro de la igualdad, los criterios de los Tribunales de instancia. *Lo más adecuado en este sentido, pues, sería establecer la apelación para todos los procesos penales (hoy sólo para faltas y delitos menores), tarea, por supuesto, del legislador; puesto que el sistema español siempre ha sido de única instancia en materia de delitos»* [19].

Este Voto Particular, importante por el número de Magistrados que lo suscribieron, claramente evidencia la opinión, por supuesto minoritaria en el Pleno, de que, en el sentir de sus postulantes, el arto 14.5 del Pacto contempla el derecho al recurso del condenado en la primera instancia *como derecho a una nueva instancia, o para ser más exactos derecho a una segunda instancia en la que se lleve a efecto el re examen del fallo condenatorio y de la pena impuesta*, criterio por demás tajantemente sostenido por la más autorizada doctrina, de la que son claros exponentes el Prof. GIMENO SENDRA quien categóricamente ha afirmado que « ... *una política legislativa respetuosa con el mandato contenido del arto 14.5 de PIDCP. debiera consistir en instaurar la segunda instancia también para el conocimiento de los delitos graves*»[20], o A. GONZÁLEZ CUELLAR al decir que « ... *sería preferible la articulación de un verdadero recurso de apelación con lo que España cumpliría rigurosamente el articulado del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y, al tiempo, permitiría que el recurso de casación recobrase su autentica función*»[21].

[19] Al citado Voto Particular se adhirieron los Magistrados Excmos. Sres. D. Fernando García-Mon y González-Regueral, D. Eugenio Díaz Eimil y D. Francisco Rubio Llorente.

[20] «El derecho a los recursos y la reforma de la casación penal» en la obra *Constitución y progreso*, Edit. Tecnos, Madrid, 1988, pág. 155.

[21] *Crisis de la Justicia y reformas procesales*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1994, pág. 284.

A nuestro juicio la postura del TC en orden a negar que el arto 14.5 del PIDCP no exige una segunda instancia, responde prioritariamente a un interés a ultranza por defender que el Recurso de Casación cubre las exigencias del Pacto, más que a la realidad de la situación de nuestro sistema procesal, y en tal sentido reveladora nos parece la *STC núm. 60/1985 de 6 de mayo*[22]:

2. Las especialidades del recurso de casación penal en nuestro ordenamiento no oscurecen el hecho de que este instrumento procesal ocupa hoy una posición esencial en el sistema de garantías jurisdiccionales consagradas por el arto 24 de la norma fundamental. *La Casación penal*, por ello, *no está sólo al servicio de los intereses objetivos ligados a la necesaria depuración en Derecho del obrar judicial, sino que, al desenvolver esta función, protege también al justiciable, que contará a su través, con la posibilidad de someter el fallo en el que resultó condenado a un «Tribunal superior», como quiere el arto 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966*, que forma parte de nuestro ordenamiento, y que ha de tenerse en cuenta para interpretar las normas relativas a los derechos fundamentales que la Constitución reconoce, de acuerdo con su arto 10.2. Aquel precepto del Pacto Internacional, como se dijo en las Sentencias 42/1982, de 5 de julio), -(fundamento jurídico 3.° y 76/1982, de 14 de diciembre)- (fundamento jurídico 5.°), no es bastante para crear, por sí mismo, recursos inexistentes, pero sí obliga a considerar que *entre las garantías del proceso penal a las que genéricamente se refiere la Constitución en su arto 24.2 se encuentra la del recurso ante un Tribunal superior* - el Tribunal Supremo, en este caso, juzgando en casación-; *recurso al que, si previsto en la Ley y con las condiciones por ella requerida, tendrá derecho aquél contra quien se hubiere dictado Sentencia condenatoria.*

Pese a ello, no han faltado resoluciones de Tribunal de Amparo Constitucional en las que en forma más o menos explicita se haya

[22] Recurso de Amparo núm. 454/84, Pte. Excmo. Sr. D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León.

«sugerido» que el arto 14.5 del PIDCP lo que realmente exige es una doble instancia, y así la *Sentencia núm. 89/1995 de 6 de junio*[23]:

« ... que, aun cuando constituya un derecho de configuración legal (de tal suerte que corresponde al legislador ordinario establecer el sistema de recursos que estime adecuado, *sin que pueda predicarse la vigencia, en cualquier caso, de un derecho a la doble instancia o de acceso a un medio de impugnación de una naturaleza determinada*) dicha regla general conoce, *por imperativo de lo dispuesto en los artículos 2 del Protocolo Séptimo al CEDH y 14.5 del PIDCP en relación con el artículo 10.2 de la CE, una excepción singular en el proceso penal en el que hay que reconocer la existencia del derecho fundamental que al condenado por delito asiste a obtener la revisión de su condena por un Tribunal Superior* (SSTC 17/1985, 60/1985]y 110/1985], entre otras). De la conjunción de ambas doctrinas no se puede obtener, sin embargo, *la conclusión de que el derecho a la doble instancia penal haya de ser también reclamable en la esfera del proceso contencioso-administrativo ...* ».

Y más recientemente el *Auto num. 369/1996 de 16 de diciembre*[24] al decir que:

« ... parece oportuno abordar en esta resolución la compatibilidad del arto 885.1 de la L. E. Crim., que permite inadmitir mediante Auto los recursos que carezcan manifiestamente de "fundamento", con el 24.1 CE, en conexión con el art.14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que garantiza, según una consolidada jurisprudencia de este Tribunal el derecho a la llamada doble instancia penal (STC 89/1995, entre otras muchas). *En definitiva, lo que se cuestiona, atendido el preciso concepto de "instancia", que se vincula inevitablemente al recurso de apelación*, es si el derecho reconocido en el 24.1 CE en conexión con el arto 14.5 del Pacto, pueden entenderse menoscabados por un Auto que, en un proceso revisor de cognición limitada como es el de casación, acuerda

[23] Recurso de Amparo num. 146/94, Pte. Excmo. Sr. D. Vicente Gimeno Sendra.
[24] Recurso de Amparo 3604/95.

la inadmisión de un recurso interpuesto contra una sentencia penal condenatoria».

Para declarar con toda contundencia más adelante:

«Por lo que a la idoneidad de la casación para hacer efectiva la garantía objeto de análisis, resulta procedente poner de manifiesto que, "*de la lectura del arto 14.5 del Pacto se desprende claramente que no establece propiamente una doble instancia, sino un sometimiento del fallo y la pena a un Tribunal superior, y como estos requisitos se dan en nuestra casación, este Tribunal ha entendido que tal recurso a pesar de su cognición restringida, cumple con la función revisora y garantizadora exigida por el arto 14.5 del Pacto* (STC 37/1988 fundamento jurídico 5.°)". En esta misma línea se expresan, con cita de doctrina anterior, los AATC 1110/1988 y 330/1989».

Siendo de observar, no obstante, la precisión que seguidamente se hace, a nuestro entender harto reveladora, sobre las garantías que aseguran el art.14.5 del PIDCP:

Así pues, no cabe duda de que el mecanismo previsto en el arto 885.1 L. E. Crim. no vulnera el contenido del arto 24.1 CE en conexión con el arto 14.5 del referido Pacto, *pues lo único que estos preceptos garantizan* es que, de acuerdo con la forma que establezca el legislador, *se arbitre un sistema efectivo para que un tribunal superior pueda revisar, con poderes reales de revocación, las sentencias penales condenatorias dictadas por los tribunales inferiores, sin que en el Pacto se imponga, com(no podía ser de otra manera, que esa revisión se realice mediante un tip(determinado de procedimiento.*

En suma, el TC entiende que la doble instancia desde la perspectiva del arto 14.5 de PIDCP, *se satisface en nuestro sistema de recursos simplemente en cuanto contempla la posibilidad de someter e Fallo condenatorio «a un Tribunal Superior»*, siendo *indiferente* que el instrumento de acceso, recurso, sea sin motivos tasados (recurso ordinario de apelación) o con motivos tasados (recurso extraordinario de casación,

incluso el de revisión), y ello pese a las lógicas consecuencias, muy distintas en uno u otro supuesto, que acarrean para el justiciable, respecto del alcance y ámbito de la revisión de su condena por el Tribunal Superior.

El *Comité de Derechos Humanos* de ONU en su ya citado *Dictamen de fecha 20 de julio de 2000* a nuestro juicio indirectamente ha venido a aportar los datos precisos para el correcto entendimiento de las exigencias derivadas del arto 14.5 del Pacto. Y las ha efectuado desde la contemplación del Recurso de Casación español pan concluir desde su examen, ciertamente con referencia al caso controvertido pero que no impiden su extrapolación a planos generales, que el mismo, como Recurso extraordinario, no cumple las garantías que exige el arto 14.5 del PIPDCP, al afirmar en su parágrafo o *apartado 11.1* que:

> 11.1. En cuanto a si el autor ha sido objeto de una violación del párrafo 5 del artículo 14 del Pacto, porque su condena y sentencia solamente han sido revisadas en casación ante el Tribunal Supremo, el lo que su abogado, siguiendo los parámetros establecidos en los artículos 876 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de nomina un recurso incompleto de revisión, el Comité toma nota de l. alegación del Estado Parte de que el Pacto no exige que el recurso dl revisión se llama de apelación. *No obstante el Comité pone de manifiesto que al margen de la nomenclatura dada al recurso en cuestión este ha de cumplir con los elementos que exige el Pacto. De la información y los documentos presentados por el Estado Parte no se refuta la denuncia del autor de que su fallo condenatorio y la pena que le fue impuesta no fueran revisados íntegramente. El Comité concluye que la inexistencia de la posibilidad de que el fallo condenatorio y la pena del autor fueran revisadas íntegramente,* como se desprende de la propia sentencia de casación citada en el punto 3.2, limitándose dicha revisión a los aspectos formales o legales de la sentencia, *no cumple con las garantías que exige el párrafo 5, artículo 14, del Pacto. Por consiguiente, al autor le fue denegado el derecho a la revisión del fallo condenatorio y de la pena, en violación del párrafo 5 del artículo 14 del Pacto.*

Agregando más adelante en los *apartados 12 y 13*:

12. El Comité de Derechos Humanos, actuando con arreglo al párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, *considera que los hechos examinados revelan una violación del párrafo 5 del artículo 14 del Pacto*, respecto del Sr. Cesario Gómez Vázquez.

13. De conformidad con el apartado a) del párrafo 3 del artículo 2 del Pacto, *el autor tiene derecho a un recurso efectivo*. La condena del autor debe ser desestimada *salvo que sea revisada de acuerdo con los requisitos exigidos por el párrafo 5 del artículo 14 del Pacto*. El Estado Parte tiene la obligación de tomar las disposiciones necesarias para que en lo sucesivo no ocurran violaciones parecidas.

En definitiva, para el *Comité de Derechos Humanos* de Naciones Unidas es de todo punto indiscutible que, de un lado un recurso extraordinario como el de casación español, de motivos tasados (y sería de añadir, acorazados tras una reiterada doctrina del propio Tribunal restrictiva sobre el art. 849, 2.º de la L. E. Crm., error en la apreciación de la prueba, en cierta forma relativamente paliada por las posibilidades que ofrece la vía impugnativa fundada en la infracción del derecho a la presunción de inocencia) *no permite la revisión integra* del fallo condenatorio y de la pena impuesta, y de *otro lado* que el art. 14.5 del Pacto cuando se refiere al derecho a someter un fallo condenatorio y la pena a un Tribunal superior ello comporta que el recurso que la Ley interna disponga a tal fin *sea un recurso efectivo* (en los términos del arto 2, párrafo 3.° apartado a.), *es decir que posibilite la revisión integra del fallo condenatorio,* y eso sólo es posible mediante un recurso ordinario, sin motivos tasados, que permita al Tribunal Superior al juzgar ponerse en la misma e idéntica posición que el órgano «*a quo*», lo que es prácticamente imposible en el recurso de casación español. Obsérvese que el citado *Comité de Derechos Humanos* en su comentado Dictamen utiliza la expresión «*recurso efectivo*», expresión que no se encuentra en el Pacto y

que hay que buscar en la *Declaración Universal de Derechos del Hombre*[25], en cuyo arto 8.º proclama:

Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los Tribunales nacionales competentes, que le ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la Ley.

Corolario de lo expuesto, en nuestra opinión, es que el arto 14.5 de PIDCP reclama y exige la doble instancia, no sólo como sometimiento del fallo condenatorio a un Tribunal Superior (tesis del TC), sino que además, y lo que es más importante, es necesario que el recurso que se ponga a disposición del justiciable sea un *recurso efectivo* que permita al Tribunal «*ad quem*», desde la misma posición que el órgano inferior *poder revisar íntegramente la sentencia*, sin limitaciones o cortapisas de orden legal a su función, por cuanto ello menoscabaría los derechos del condenado[26].

2. El Convenio de Roma y el Protocolo núm. 7

Sin embargo la cuestión no parece tan clara a la luz del *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*[27]. En efecto, si bien el *arto 6*, como señala la STC núm. 66/2001, no enuncia expresamente el derecho fundamental aquí considerado, sí lo ha reconocido en el *Protocolo núm. 7* a este Convenio, protocolo adoptado el *22 de noviembre de 1984* (y en vigor el1 de noviembre de 1988)[28] Y aun cuando el mismo no haya sido ratificado por España, sin duda nos ofrece una pauta interpretativa que, en principio,

[25] Aprobada en Nueva York el 10 de diciembre de 1948, Resolución 217-A (III) de la Asamblea General de Naciones Unidas.

[26] La Sala 2.ª del TS en su Pleno no jurisdiccional de *13 de septiembre de 2000*, sesión monográfica dedicada al Dictamen del CDH de 2017/2000, por mayoría entendió el carácter vinculante de dicha resolución.

[27] Suscrito en Roma el 4 de noviembre de 1950, y ratificado por España según Instrumento de 26 de septiembre de 1979 (B. O. E núm. 243, de 10/10/79).

[28] España, si bien firmó dicho Protocolo e1 *19 de marzo de 1985*, a la fecha no lo ha ratificado. La traducción en español ha sido tomada de la publicación de la Secretaría de la Comisión Europea de Derechos Humanos, Estrasburgo 1990.

parece apoyar la interpretación que a los efectos de la segunda instancia viene haciendo el TC, y a la que antes, ampliamente nos hemos referido. En efecto el arto 2.° expresamente dispone:

> **Artículo 2.**
>
> 1. Toda persona declarada culpable de una infracción penal por un tribunal tendrá derecho a que la declaración de culpabilidad o la condena sea examinada por un tribunal superior. El ejercicio de este derecho, incluido los motivos a través de los cuales pueda ser ejercitado, se regulará por la ley.
>
> 2. Este derecho podrá ser objeto de excepciones en caso de infracciones de menor gravedad según las define la ley, o cuando el interesado haya sido juzgado en primera instancia por el más alto Tribunal o haya sido declarado culpable y condenado al resolverse un recurso contra su absolución.

Pese a las indudables coincidencias con el arto 14.5 de PIDCP, tales como derecho del declarado culpable y derecho que se concreta a que la declaración de culpabilidad (en el Pacto «*Fallo condenatorio y pena*») sea examinada (en el Pacto «*se someta*») a un Tribunal Superior, sin embargo hay una importante matización respecto al ejercicio de este derecho: en efecto, mientras el arto 14.5 se remitía en términos generales a la legislación interna de cada país firmante para la regulación de este derecho, el articulo 2.° del Protocolo que contemplamos expresamente atribuye a cada Estado miembro, no sólo configurar los instrumentos procesales o recursos para la efectividad de este derecho, sino incluso determinar «*los motivos a través de los cuales pueda ser ejercitado*», particular que ha sido expresamente estudiado por el *Tribunal de Derechos Humanos en su Sentencia de 13 de febrero de 2001 «Caso Krombach contra Francia»*[29], sentencia en la que, recogiendo la tesis del Estado francés de que al tiempo de los hechos y para los delitos como el enjuiciado en aquel supuesto tras

[29] Demanda núm. 29731/1996, integrando el Tribunal (Tercera Sección) los Jueces señores W. Fuhrmann, Presidente, J.-P. Costa, L. Loucaides, P. Kuris, señora F. Tulkens, señor K. Jungwiert, Sir Nicolás Bratza y señora S. Dollé secretaria de Sección (traducción de Edit. Aranzadi) BDA 2001/88.

la l.ª instancia únicamente disciplinaba el recurso de casación, ha declarado:

> «96. El Tribunal recuerda que los *Estados contratantes disponen en principio de un amplio margen de apreciación para decidir las modalidades de ejercicio de un derecho previsto por el artículo 2 del Protocolo núm. 7 del Convenio*. Así, el examen de una declaración de culpabilidad o de una condena por un tribunal superior *puede referirse tanto a cuestiones de hecho como de derecho o limitarse únicamente a las cuestiones de derecho*; además, en algunos países, el justiciable que desea presentar a la autoridad un recurso debe a veces solicitar una autorización a este efecto. Sin embargo, *las limitaciones impuestas por las legislaciones internas al derecho al recurso mencionado por esta disposición, deben, por analogía con el derecho de acceso al tribunal consagrado por el artículo 6.1 del Convenio, perseguir un fin legítimo y no atentar contra la sustancia misma de este derecho* (Haser contra Suiza, núm. 33050/1996, resolución [Tercera Sección] de 27 de abril de 2000). Conforme en sí misma con la excepción autorizada por el apartado 2 del artículo 2, esta disposición es corroborada por la declaración interpretativa de Francia que enuncia que: "En el sentido del apartado 1 del artículo 2, el examen por parte de un tribunal superior *puede limitarse a un control de la aplicación de la Ley, como el recurso de casación*"» (resaltados nuestros).

No menos importante es el contenido del núm. 2 del arto 2.° del Protocolo, que admite la excepción a la doble instancia, tanto en el supuesto de que el interesado haya sido juzgado por el máximo Tribunal del Estado (supuestos de aforados cuyo enjuiciamiento corresponde en única instancia al Tribunal Supremo) como en el de condena por el Tribunal Superior del interesado previamente absuelto en la instancia, norma que, pese a no estar ratificado el Protocolo por el Estado español

ello no ha sido óbice para que el TC la haya invocado en numerosas ocasiones como auxiliar referente interpretativo[30].

En definitiva, de acuerdo al *Protocolo num. 7* al Pacto de Roma, la segunda instancia no necesariamente exige un recurso efectivo en los términos que se deducen del arto 14.5 del PIDCP, y vistas las precisiones que se obtienen del Dictamen del *Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas* de 20 de julio de 2000, lo que indudablemente y desde la perspectiva del Protocolo acredita es que el Recurso de Casación español resulta conforme con el arto 2.2, pero sin que ello permita extraer cualquier otra conclusión respecto del Recurso de Apelación contra la Sentencia definitiva dictada por el Juez de lo Penal en el marco del Procedimiento Abreviado.

3. La segunda instancia en nuestro sistema procesal: algunos apuntes de aproximación al tema

La Ley de Enjuiciamiento Criminal vigente, aprobada por Real Decreto de 14 de septiembre de 1982 de acuerdo a la Ley de Bases de 22 de junio de 1882 rompiendo anteriores precedentes, optó en materia de delitos por la adopción de la única instancia[31], Y así, en su Exposición de Motivos, ALONSO MARTÍNEZ a la hora de capitular los remedios para poner fin al menos los más «*capitales defectos de que adolece la vigente organización de la justicia criminal*», sitúa en primer lugar «*la sustitución de los dos grados de jurisdicción por la instancia única*», siendo así que el proceso quedaba claramente diferenciado en dos grandes periodos confiando la fase instructora o de investigación a un Juez más o menos inquisitivo[32], mientras que la fase de enjuiciamiento o plenario se atribuía a

[30] Entre otras, STC *núm. 66/2001* de 17 de marzo (Recurso de Amparo num. 3836/1998), Pte. Excmo. Sr. Viver Pi-Sunyer; STC *núm. 120/1999* de 28 de junio (Recurso de Amparo 1213/1996, Pte. Excmo. Sr. Viver Pi-Sunyer.

[31] La Base Cuarta ordenaba textualmente «*un procedimiento para el juicio oral en única instancia para las causas por delito que corresponden a los Tribunales de Partido, a las Audiencias y al Tribunal Supremo*».

[32] No se olvide que la centenaria y vigente Ley en su arto 2.° impone que el juez en su labor para conocer los hechos y de las personas responsables ha de consignar todas

un Tribunal colegiado, materializando de esta manera el principio acusatorio, configurando el juicio desde el respeto a los principios de oralidad, inmediación y publicidad.

Partiendo de esta premisa de terminante opción por la única instancia[33], el legislador, frente a la Sentencia dictada en aquella, configura el Recurso de Casación, como recurso extraordinario, de motivos tasados, y que resulta consecuencia obligada del argumento de la imposibilidad de que el Tribunal superior pudiera entrar a valorar unos medios de prueba no practicados en su presencia, sin que sean de despreciar otras razones de índole extrajurídica, tales como los económicos, tal y como apunta LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA[34], ante la dificultades de soportar el gasto que suponía la obligada multiplicación de Tribunales.

Sin embargo la Ley de Enjuiciamiento Criminal, curiosamente mantuvo la doble instancia en materia de faltas, orden el que se mantuvo por razones de pura desconfianza en los Jueces Municipales, singularmente a los designados en pequeñas poblaciones, a los que venía atribuidos el conocimiento de las mismas mediante un juicio breve y sumario, básicamente el mismo que hoy perdura, y que en el decir de AGUILERA DE LA PAZ[35] «*por razón de la naturaleza de esta clase de juicios y de las condiciones concurrentes en los llamados a fallarlos, hubo de prescindirse del principio de la única instancia, conservando las dos*». En definitiva la Ley de Enjuiciamiento Criminal va a sustituir el tradicional sistema de recursos de doble grado de jurisdicción ampliamente generalizado a partir

las circunstancias «*tanto adversas como favorables al presunto reo*» (sobre la materia el trabajo de Francisco ORTEGO PÉREZ «Instrucción Judicial y garantías», *La Ley*, num. 5514, 2/4/2002).

[33] La Ley Adicional a la Ley Orgánica del Poder Judicial aprobada por Real Decreto de 14 de octubre de 1882, en su Exposición de Motivos tajantemente manifestará que el mantenimiento de la doble instancia «*repugna a la índole y naturaleza del juicio oral y público*».

[34] *La segunda instancia en el proceso penal*, Editorial Comares, Granada, 2000, pág. 4.

[35] *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*. Editorial Reus, Madrid, 1923, Tomo 1.º (ver págs. 550 a 554).

de la Constitución de Cádiz[36], por el de *instancia única* en el caso de delitos, y ello en base a la consideración de que, tal y como expone la Exposición de Motivos, con la instancia única se combate la «*marcha perezosa y lenta*» del procedimiento hasta entonces vigente y ello como medio de alcanzar dos fines: de un lado que la suerte del justiciable no esté indefinidamente en lo incierto, ni se le causen más vejaciones que las imprescindibles para la averiguación del delito, y de otro lado obtener la mayor celeridad en la celebración del juicio de modo que «*la pena siga de cerca de la culpa para su debida eficacia y ejemplaridad*», lo que no impidió que el legislador mantuviera la doble instancia respecto a las faltas[37], doble sistema que en la practica suponía y supone que el justiciable condenado por delitos más graves sin embargo ve condicionada sus aspiraciones impugnatorias por los estrechos límites del recurso extraordinario de casación, frente al sometido al juicio de faltas que si accede a una segunda instancia, y con ello ve aumentada sus posibilidades de alcanzar una sentencia de distinto signo [38].

Es lo cierto que los principios o criterios asumidos por la Ley Rituaria Penal de 1882, como señala CALVO SÁNCHEZ[39], no sufrieron

[36] El Reglamento Provisional para la Administración de Justicia de 26 de septiembre de 1835, arto 51, Regla 14.ª y respecto de los delitos más graves no sólo disponía su impugnación por vía apelatoria, sino incluso exigía su revisión de oficio.

[37] Las reformas operadas en el juicio de faltas, básicamente la Ley de 5 de agosto de 1907, el Real Decreto de 30 de octubre de 1923, la Ley de Bases de 19 de julio de 1944 y singularmente el, Decreto de 21 de noviembre de 1952 que desarrolló la Base 10.ª, y la Ley 10/1992 de 30 de abril de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, han mantenido hasta nuestros días la doble instancia.

[38] Es verdad que en la etapa anterior a la codificación, hubo excepciones a la doble instancia y como pone de relieve AIKIN ARALUCE, *El recurso de apelación en el derecho castellano*, Madrid 1982, pág. 83 Y sigs., que el Codex, Libro VII, Titulo LXV,2 enumeraba cinco delitos considerados graves en aquella época, como eran el homicidio, adulterio, envenenamiento, brujería y violencia manifiesta que si habían sido confesados por el reo y estaban debidamente probados resultaban inapelables. Igualmente en Las Partidas (3.ª), Ley XVI del Titulo XXIII trataba de «*como los ladrones conocidos, e los otros que son dichos en esta Ley, no pueden tomar alzada del juizio que dieren contra ellos*» (cita tomada de M. P. CALDERÓN, *ob. cit*., nota 17).

[39] CALVO SÁNCHEZ, «El Juicio de Faltas» en *Comentarios sobre la Reforma Procesal (Ley 10/92 de 30 de abril)*, Editorial Forum, Oviedo, 1992, pág. 15.

modificaciones hasta la Ley de 8 de junio de 1957[40] reformada por la Ley de 30 de julio de 1959, por la que se modificaron los arts. 779 a 803 de la L. E. Crm. introduciendo el procedimiento de urgencia.

En la década de los 60 y como consecuencia de el aumento del parque automovilístico español (el *boom* del «600») y con ello el incremento de accidentes de tráfico, con las correlativas secuelas de aumento de víctimas y daños materiales, se promulga la *Ley 122/1962, de 24 de diciembre* Sobre Uso y Circulación de Vehículos de Motor que dedicó su Titulo II a regular un novedoso proceso que, lejos de la filosofía y principio básico adoptado por la Ley Procesal Penal, va a instaurar la doble instancia en el enjuiciamiento de delitos[41] sólo en el supuesto de que juzgara en primera instancia el Magistrado de lo Penal, y ello mediante un Recurso de Apelación para ante el Tribunal colegiado, admitiendo en este caso la posibilidad de prueba ante dicho Tribunal sólo en el caso de que «*no se hubieran podido practicar por causa no imputable a quien la solicita y fueran necesarias para formar juicio*».

La Ley 3/1967, de 8 de abril[42], al tiempo que vino a derogar la Ley de Uso y Circulación de Vehículos de Motor, va a crear junto al Sumario de Urgencia (que era una reproducción del creado por la Ley de 8/6/1957, reservado a delitos graves, instruyendo un Juez de tal clase y juzgando el Tribunal colegiado), un procedimiento de Urgencia con doble instancia (para delitos con penas de arresto mayor y multa de hasta 50.000 ptas.) que era una auténtica novedad y que confería al Juez de Instrucción tanto la investigación como el enjuiciamiento, lo que motivó las más feroces criticas de la doctrina procesalista española, completándose el sistema con

[40] B. O. E. num. 151, de 10/6/1957.

[41] Básicamente se encomendaba una aceleradísima instrucción (por cinco días) a un Juez Instructor, creándose para el enjuiciamiento junto al Tribunal colegiado que sólo conocía cuando la acusación fuere por delito con pena superior a arresto mayor y daños superiores a 50.000 pesetas, la figura de un Magistrado de lo Penal que juzgaba los demás casos; contra la Sentencia del Tribunal colegiado se disponía Recurso de Casación por Quebrantamiento de Forma e Infracción de Ley, mientras que contra la Sentencia del Magistrado de lo Penal podía interponerse Recurso de Apelación ante el Tribunal colegiado, sin ulterior casación.

[42] B. O. E. num. 86 de 11/4/1967.

un Recurso de Apelación ante la Audiencia Provincial que reexaminaba tanto las cuestiones de hecho como las de Derecho.

Con el incremento de la mal llamada pequeña delincuencia se promulga la Ley Orgánica 10/1980 *de 11 de noviembre*, sobre delitos dolosos, menos graves y flagrantes bajo la obsesión del legislador de encontrar un procedimiento ágil y rápido que afrontara estas infracciones de relativa menor entidad, fundamentalmente delitos contra la propiedad, tales como robos, hurtos estafas, utilización ilegitima de vehículos de motor, etc. etc. pero que permitía al Juez de Instrucción y juzgador imponer penas de hasta seis años de prisión menor, articulándose una segunda instancia, mediante un Recurso de Apelación para ante la Audiencia Provincial, remitiéndose el arto 11 de esta Ley, al arto 792 de la L. E. Crm., es decir a las normas reguladoras de la apelación en las Diligencias Preparatorias.

Como puede observarse, la situación procesal existente en la década de los 80 era absolutamente asombrosa: por un lado la L. E. Crm. con sus dos procedimientos ordinarios: el destinado al enjuiciamiento de delito con única instancia y casación ante el TS, y el correspondiente a las faltas regido por el principio de la doble instancia; dos procesos también ordinarios pero de urgencia tras la promulgación de la Ley 8/1967, a saber el de diligencias Preparatorias (con doble instancia) y el de Sumario de Urgencia (única instancia) y, finalmente el procedimiento para delitos dolosos, LO 10/1980, también con doble instancia.

Increíblemente y pese a la promulgación de la CE, este procedimiento instaurado por la repetida LO 10/1980, contra viento y marea, supervivió hasta que el TC por su Sentencia 145/1988 lo fulminó, entrando en vigor inmediatamente la LO 7/1988 de 28 de diciembre, a la que más adelante tendremos ocasión de referimos puntualmente.

II. EL RECURSO DE APELACIÓN PENAL CONTRA LA SENTENCIA, COMO RECURSO EFECTIVO: DE LA TEORÍA A LA PRÁCTICA

Nuestro sistema procesal actualmente contempla y disciplina el Recurso de Apelación en tres supuestos: en el Procedimiento Abreviado, cuando la Sentencia de la instancia es dictada por el Juzgado de lo Penal

(art. 795 y 796), en el Juicio de Faltas (arts. 976 y 977 de la L. E. Crm.)[43] y en el procedimiento de la Ley del Jurado contra la Sentencia dictada por el Magistrado Presidente del Tribunal del Jurado (art. 846 bis de la L. E. Crm.)[44].

Conviene desde ahora anticipar que el Recurso de Apelación que instaura la LO 5/1995 de 22 de mayo (Ley del Jurado)[45], desde luego y salvo el nombre y su carácter devolutivo[46], en modo alguno es un recurso de Apelación; antes al contrario los motivos tasados, específicos, de extraordinaria complejidad[47], claramente lo significan como un recurso extraordinario, que no sólo lo aproximan al actual Recurso de Casación Penal, sino que incluso ofrece perfiles de una superior especialidad y más estrechos límites desde la casuística de los Motivos por los que puede interponerse.

Singularmente crítica en esta dirección ha sido la posición mantenida por MONTERO AROCA[48], quien incluso llega a cuestionar la constitucionalidad de atribuir el conocimiento de un recurso extraordinario como este a órgano distinto de la Sala II del TS, y ello con fundamento en los arts. 123 de la CE[49] y 57.1.1.° de LOPJ[50]. Tan es así que los propios Tribunales Superiores de Justicia, como órgano «*ad quem*» para conocer de los mismos, así lo han reconocido, singularmente el *TSJ de Andalucía* que

[43] La Ley 10/1992 de 30 de abril, modificó la regulación anterior, simplificando los trámites y remitiéndose en lo que se refiere a la formalización y tramitación a los arts. 795 y 796 preceptos a los que se remite el arto 976 de la L. E. Crm.

[44] La LO 5/1995 incorporó al Libro V, todo el Titulo 1.º, relativo al recurso de Apelación en el procedimiento de la LJ.

[45] La Disposición Final 2.ª, apartado 13 de la LOTJ, modificó la denominación del Libro V de la L. E. Crm. que paso a «De los Recursos de Apelación, Casación y Revisión», incorporando un nuevo Titulo 1 denominado «Del Recurso de Apelación contra las Sentencias y determinados Autos».

[46] Art. 846 Bis a) de la L. E. Crm.

[47] Véase arto 846 Bis a) de la L. E. Crm.

[48] *Los recursos en el proceso ante el Tribunal del Jurado*, Granada, 1996, pág. 146.

[49] CE, «art. 123: El TS con jurisdicción en toda España, es el órgano superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías jurisdiccionales».

[50] LOPJ «art. 57.1. La Sala de lo Penal del TS conocerá: 1.º de los recursos de casación, revisión y otros extraordinarios en materia penal que establezca la ley».

en su Sentencia de 12 de febrero de 1998 lo denomina, con notoria agudeza, de «*pequeña casación anticipada*», mimetismo procesal que reiteradamente ha puesto de relieve el citado Tribunal Superior[51] al advertir que estamos en presencia de un recurso «*de naturaleza especial o híbrida*», siendo por demás evidente que el legislador en esta Ley, no deja dudas de cual es el criterio que asume respecto de su entendimiento de la segunda instancia, y del que arranca para justificar en su Exposición de Motivos la instauración de esta alzada apelatoria, al decir literalmente:

> «El nuevo Libro V de la Ley de Enjuiciamiento Criminal denominado "De los recursos de apelación, casación y revisión", está encaminado a extender la apelación contra autos y sentencias derivados del procedimiento ante el Tribunal del Jurado, así como para determinadas resoluciones del penal ordinario en los supuestos del artículo 676 de la Norma Procesal. La nueva apelación aspira a colmar el derecho al "doble examen", o "doble instancia", en tanto su régimen cumple suficientemente con la exigencia de que tanto el fallo condenatorio como la pena impuesta sean sometidas a un tribunal superior, en función del carácter especial del procedimiento ante el Jurado, y sin perjuicio de la función propia que debe desempeñar, respecto de todos los delitos, el recurso de casación».

Evidentemente el legislador acepta un criterio restringido o «corto», coincidente con el mantenido por el TC en su reiterada interpretación del arto 14.5 del PIDCP (antes del Dictamen del CDH de NU de 20/jul./2000) y reforzada con fundamento en el arto 2.°. 2 del Protocolo num. 7. del Convenio de Roma.

1. El recurso de Apelación contra la Sentencia dictada en el ámbito del Procedimiento abreviado

[51] Por todas, STSJA 11 de noviembre de 1996; 12 de febrero de 1997 y 5 de marzo de 1997.

Ya hemos dicho *ut supra* que la actual regulación del Recurso de Apelación contra las Sentencias definitivas dictadas por el Juez de lo Penal en el marco del Procedimiento Abreviado procede de la LO 7/1988 de 28 de diciembre que vino a reformar la Ley de Enjuiciamiento Criminal, reforma que es inmediata y no menos urgente consecuencia de la *STC núm*. 145/1988[52] por la que se declaró inconstitucional el sistema de enjuiciamiento instaurado por la LO 10/1980, de 11 de noviembre (sobre delitos dolosos menos graves y flagrantes)

No es discutible que el Recurso de Apelación en su clásica configuración, ha sido y es un recurso ordinario que, por lo general, sin precisar para su interposición de una motivación determinada y que haya de fundarse en motivos predeterminados en la ley, permite revisar las resoluciones judiciales que se impugnan, de una forma *total e integra* por el Tribunal Superior, órgano revisor que de esta forma recobra la plena jurisdicción ante el supuesto examinado, situándose frente al mismo en la misma posición que el «*a quo*». En ello radica el efecto devolutivo propio de este medio de impugnación, ya que la «devolución» supone la remisión del conocimiento del objeto procesal del Juez de la instancia al Tribunal «*ad quem*», en forma tal que el Tribunal Superior pueda conocerlo con la misma amplitud de competencia y las mismas facultades que el primero.

Estas dos características, significan al recurso de apelación, como agudamente señala el Prof. GUASP[53], como el recurso ordinario y devolutivo por antonomasia.

Sin ignorar las críticas que desde autorizados sectores doctrinales se han efectuado a propósito del contenido del arto 795. 2 de la L. E. Crm. en cuanto enumera en aparente casuística los motivos sobre los que puede versar el recurso de apelación en el procedimiento abreviado y que les permite afirmar que es un recurso «*cuya naturaleza jurídica es difícil de concretar y en el que no sabemos realmente si estamos ante una segunda instancia o ante una impugnación que incluso en la forma de estar*

[52] Cuestiones de Inconstitucionalidad núms. 1344/1987 y 1412/1987 (acum.). Pte. Excmo. Sr. Latorre Segura.

[53] *Derecho Procesal Civil*, Tomo 1, Madrid, 1968, pág. 1334.

redactada en la Ley se parece cada día más al recurso. de casación»[54], no podemos compartir tales críticas *por entender que la técnica redactora empleada por el legislador está más al servicio de dejar constancia de su carácter de instrumento procesal impugnativo amplio y general, sin restricciones o. limitaciones, que a la de configurarlo. como recurso de motivos tasados y singulares que puedan condicionar la revisión integra de la Sentencia*, y sin que ello se vea menoscabado por la necesidad de que cualquiera que sea la vía impugnativa elegida por el recurrente, como medio de gravamen que es, tenga que acreditar en su caso la violación de normas o garantías procesales, de preceptos constitucionales o el error en la apreciación de las pruebas.

En este sentido, entendiéndolo como recurso ordinario y de carácter devolutivo, ha sido reconocido por la doctrina del TC. Así la Sentencia núm. *194/1990*, de 29 noviembre[55]:

> «En efecto, aunque la fijación de los hechos y la valoración de los medios de prueba corresponde en principio al Juez de instancia, *también el Juez o Tribunal de apelación puede valorar las pruebas practicadas en primera instancia, así como examinar y corregir la ponderación llevada a cabo por el Juez a quo, dado que el recurso de apelación otorga plenas facultades al Juez o Tribunal ad quem para resolver cuantas cuestiones se le plantean, sean de hecho o de derecho, por tratarse de un recurso ordinario* que permite un *novum iudicium*, como en reiteradas ocasiones ha afirmado este Tribunal -entre otras, y por citar algunas, SSTC 124/1983; 23/1985; 54/1985 Y 145/1987».

Doctrina que igualmente sostiene la Sentencia núm. *102/1994*, de 11 de abril[56], al decir que:

---

[54] El nuevo proceso penal. Estudios sobre la LO 7/1988, obra colectiva de V. CORTÉS DOMíNGUEZ, V. GIMENO SENDRA, V. MORENO CATENA, J. ALMAGRO NOSETE, Valencia, 1990, pág. 226.

[55] Recurso de Amparo núm. 731/1987, Pte. Excmo. Sr. García-Mon y Gonzá1ez Regueral.

[56] Recurso de Amparo núm. 864/1991, Pte. Excmo. Sr. De Mendizábal Allende.

> Lo dicho hasta aquí suscita un tema que por sabido y hasta obvio. no debe sin embargo ser silenciado. *La doble instancia en la jurisdicción penal, configurada precisamente como garantía en el Convenio Europeo de Derechos Humanos* más arriba mencionado (art. 2.1, prootocolo 7.°), Y como tal y por ello mismo integrada en el ámbito de la tutela judicial, *conlleva la posibilidad de impugnar las decisiones juudiciales ante un Juez superior, generalmente colegiado* en casi todos los sistemas, un Tribunal en suma. Existen varias modalidades para los recursos y *entre ellas la más común es la apelación, cuya naturaleza de medio ordinario de impugnación está reconocida por todos y conlleva, con el llamado efecto devolutivo, que el juzgador* ad quem *asuma la plena jurisdicción sobre el caso, en idéntica situación que el Juez* a quo *no sólo por lo que respecta a la subsunción de los hechos en la norma, sino también para la determinación de tales hechos a través de la valoración de la prueba*. En tal sentido hemos explicado muchas veces que *el recurso de apelación otorga plenas facultades al Juez o Tribuunal ad quem para resolver cuantas cuestiones se planteen, sean de hecho o de Derecho, por tratarse de un recurso ordinario que permite un novum iuditium* (SSTC 124/1983, 54/1985, 145/1987, 194/1990, y 21/1993).

Criterio por demás reproducido entre otras por las Sentencias *núm. 176/1995* de 11 de diciembre, *272/1994* de 17 octubre 1994 y Auto *núm. 269/1994*, de 17 de octubre[57]:

«En tal sentido hemos explicado muchas veces que *el recurso de apelación otorga plenas facultades al Juez o Tribunal ad quem para resolver cuantas cuestiones se plantean,)sean de hecho o de Derecho, por tratarse de un recurso ordinario que permite un novum iuditium* (SSTC 124/1983, 54/1985, 145/1987, 194/1990, Y 21/1993).»

Matizando incluso la Sentencia núm. 103/1995[58] de 3 de julio (mismo Ponente Excmo. Mendizába1 Allende):

[57] Todas bajo ponencia del Excmo. Sr. De Mendizábal Allende.

«En efecto, *la apelación consiste en un recurso ordinario, sin motivos de impugnación tasados o tipificados que da lugar a un nuevo juicio* (STC 102/1994), *con posibilidad de revisar tanto sus componentes de hecho como los jurídicos* .

. . . y, por supuesto, resulta no sólo posible sino *inexcusable* la valoración del acervo probatorio *con la misma libertad de criterio que en el grado precedente*».

En definitiva, la contundencia de las declaraciones emanadas del TC sobre el Recurso de Apelación y su carácter ordinario, pero sobre todo el pleno reconocimiento a su potencial revisor desde las máximas facultades del Tribunal Superior o de Apelación para resolver todas las cuestiones al configurarse como «*novum iudicium*», parece que deja fuera de contexto cualquier discusión que, más allá de justificar una polémica teoricista, pueda suscitarse sobre su exacta naturaleza.

2. El recurso de Apelación como recurso efectivo. De la teoría a la práctica

Se ha dicho que la justificación más elemental de la necesidad de la segunda instancia está en que ante posibles errores de los juzgadores, la idea de un completo reexamen de la controversia constituye la más simple solución del problema «tanto que no se puede prescindir sino cuando la colectividad esté dispuesta a seguir otras vías, con impugnación más sofisticada y articulada»[59] y si bien a nadie se oculta aquella observación de ULPIANO en el Digesto (XLIX, I, 1) acerca de que no se debe excluir la posibilidad de que la segunda instancia sirva a veces para empeorar una buena sentencia, habida cuenta de que no va a sentenciar mejor el que lo hace en último lugar, desde luego lo que tampoco se puede ignorar es que

[58] Recurso de Amparo núm. 2268/1990, Pte. Excmo. Sr. De Mendizábal Allende.

[59] M. P. CALDERÓN en *ob. cit.*, con cita de Perrot en *Le principe de double degré de jurisdiction et son evolucion dans droit judiciare privé francais*, Milán, 1979.

el error judicial es un hecho[60] y desde luego no se ofrece otra mayor garantía para el justiciable que lo padece que un segundo examen de su causa, sin limitaciones. Quizás ese sea uno de los fundamentos que late en el concepto y exigencia del recurso efectivo.

No es segunda instancia, por más que se diga, el Recurso de Casación y, ciertamente, más de una Sentencia de la Sala 2.ª del TS de base sobrada para sí afirmarlo, cuando por la vía de la violación del principio de presunción de inocencia, el propio Alto Tribunal rebasando caprichosamente su propia doctrina, efectivamente ha convertido la sede casacional en «*novum iudicium*», distorsionando los límites que se ha auto impuesto, a saber de control de la legalidad de los medios de prueba en que el Tribunal «*a quo*» basó previamente su convicción, de contrastar la corrección de los razonamientos efectuados por el inferior en la apreciación de las pruebas practicadas, o la lógica que presida o no las inferencias o deducciones obtenidas por aquel de la prueba indiciaria o indirecta, pero más allá de estas facultades que le son propias, la Sala de Casación tiene una barrera que reiteradamente ha puesto de relieve: el art. 741 de la L. E. Crm . y con el la imposibilidad de entrar en la valoración probatoria que el Tribunal de la Instancia haya efectuado. Y si ello es así, resulta de todo punto imposible afirmar que el Recurso de Casación pueda entrañar «*novum iudicium*».

La plenitud de la segunda instancia se alcanza precisamente a través de la posibilidad de denunciar sin limitaciones el error en la apreciación de la pruebas, posibilidad que legalmente viene reconocida por el arto 795.2 de la L. E. Crm. y que permite solicitar, y obtener en su caso, la modificación de la declaración fáctica contenida en la Sentencia, bien por la vía de la revisión de la actividad probatoria realizada en la instancia pero erróneamente apreciada al entender del recurrente, bien por la vía de práctica de nuevas pruebas siempre que tales aportaciones probatorias estén precisa y singularmente contempladas en el arto 795.3 de la L. E. Crm.[61] y su necesidad quede perfectamente razonada por el proponente, dejando constancia de la indefensión que su no práctica le ha acarreado.

---

[60] R. FLORIOT, *Los errores judiciales*, Edit. Bosch, Barcelona, 1979.

[61] Art. 795.3: « .. .las diligencias de prueba que no pudo proponer en la primera instancia, de las propuestas que le fueron indebidamente denegadas siempre que formulare

Prescindiendo del último supuesto, a saber de práctica de nuevas pruebas, que no es objeto de nuestro interés en este trabajo, vamos a centrar nuestra atención en el supuesto de denuncia apelatoria de la errónea apreciación de las pruebas basada en la actividad llevada a cabo en la instancia pero incorrectamente valorada por el Juez *«a quo», interés que se justifica en el entendimiento de considerar tal posibilidad como la de máxima tensión del Recurso de Apelación, como instrumento de introducción de la segunda instancia* y donde el Tribunal Superior « ... *puede valorar las pruebas practicadas en primera instancia, así como examinar y corregir la ponderación llevada a cabo por el Juez a quo, dado que el recurso de apelación otorga plenas facultades al Juez o Tribunal ad quem para resolver cuantas cuestiones se le plantean, sean de hecho o de derecho, ...* » (*STC núm. 194/1990 Ft.º. Jco. 5.°/* resaltados nuestros), impugnación que debidamente justificada a través de las oportunas alegaciones como presupuesto para pedir la modificación de los hechos declarados probados, *va dar lugar a un nuevo conocimiento del objeto del proceso por el Tribunal* «ad quem».

Pues bien el Recurso de Apelación no podrá merecer la consideración de *recurso efectivo*, en tanto en cuanto los Tribunales llamados a conocer del mismo (Audiencias Provinciales) *no abandonen posiciones restrictivas asumidas* «a priori», *y consolidadas a través de verdaderas formulaciones de estilo que en la mayoría de los casos a lo único que sirven es a la desnaturalización de la segunda instancia, transformando la apelación en un recurso extraordinario, que no lo es, haciendo imposible toda pretensión de revisión fáctica, desde argumentos importados de la doctrina de la Sala II del T. S. y por tanto propios del Recurso Extraordinario de Casación, con lo que se produce una inaceptable restricción del ámbito de la apelación,* técnica jurídica que al servicio, las más de las veces, de cómodas actitudes judiciales, impiden al recurrente ver satisfecho su derecho a la revisión de las cuestiones de hecho que plantea, desde su legítima discrepancia con la apreciación de la instancia.

---

en su momento la oportuna reserva, y de las admitidas que no fueron practicadas por causas que no le sean imputables ... ».

Es doctrina reiterada hasta la saciedad por las Audiencias Provinciales, partiendo del arto 741 de la L. E. Crm. que teniendo el juzgador de la instancia plena libertad en el establecimiento de los hechos probados y ellos conforme a los principios de apreciación en conciencia de la prueba, debe mantenerse el criterio de valoración de la prueba del juzgador de la instancia[62], salvo error evidente o que se disponga de otros medios de convicción por haberse practicado prueba en segunda instancia, y sin embargo entendemos que tales argumentos merecen las oportunas correcciones.

En efecto la exigencia del «error evidente» es referente de reiterada presencia en la doctrina de las Audiencias Provinciales. Así la Sentencia de la AP de Granada de *13 de diciembre de 2001*[63] afirma que «*sólo, por tanto, cuando el error valorativo ES EVIDENTE puede triunfar el motivo*».

Carece de toda justificación exigir esta «evidencia», cuando es lo cierto que ni siquiera en el ámbito del Recurso de Casación y específicamente del num. 2.° del arto 849 de la L. E. Crm. tal requisito desapareció tras la reforma operada por la LO 6/1985 de 27 de marzo, reforma que suprimió no sólo el inexcusable carácter de «evidente» que había de concurrir en el error, sino incluso las exigencias sobre autenticidad del documento que tanto quebradero s de cabeza y desconciertos produjo en la doctrina, a los operadores jurídicos e incluso a la propia Sala II del TS, todo ello como consecuencia de contradictorias Sentencias sobre lo que podríamos denominar «autenticidad a efectos casacionales» de precisos documentos.

En este mismo orden, la jurisprudencia de las AAPP, vienen manteniendo con uniformidad que la relación histórica de los hechos enjuiciados, no debe ser sustituida ni modificada en apelación, salvo cuando concurra alguno de los siguientes supuestos: a) Que se aprecie manifiesto y patente error en la apreciación de la prueba; b) Que relato fáctico sea incompleto incongruente o contradictorio, y finalmente, c) Que

[62] Por todas SSAP: l8/abril/200l Barcelona (Sección 2.ª), Rec. Apelación núm. 320/200l-A); 9/febrero/200l, Valencia (Sección 3.ª) Rec. Apelación núm. 746/ 2000; 9/febrero/200l, Almería (Sección 2.ª), Rec. Apelación 292/2000; 5/enero/200l, Málaga (Sección 3.ª) Rec. Apelación 3/2001; 19/enero/200l Córdoba (Sección 2.ª) Rec. Apelación 3/2001.

[63] Recurso de Apelación 242/2001, Pte. Ilmo. Sr. Bravo Gutiérrez.

sea desvirtuado por nuevos elementos de prueba practicados en segunda instancia[64].

Sin embargo tal y como pone de relieve CORTÉS DOMÍNGUEZ[65] «*no es necesario que exista realmente una equivocación para permitir una valoración probatoria distinta a la efectuada en la primera instancia; en consecuencia cuando la Ley habla de que es necesario expresar las alegaciones sobre error, lo que realmente exige es que se expresen las razones concretas por las que es más lógica una valoración distinta a la efectuada por el Juez de instancia*».

En un segundo orden de obstáculos, por lo general la respuesta negativa a una nueva apreciación de la prueba practicada, como ya antes hemos indicado, se hace radicar en que la valoración de la prueba realizada por el Juez «*a quo*» en uso de la facultad que le confiere el arto 741 L. E. Crim. y sobre la base de la actividad desarrollada en el juicio oral, *goza de una especial singularidad*, en cuanto el juicio se ha desarrollado en su presencia, y en el mismo adquieren plena eficacia los principios de inmediación, contradicción y oralidad, por lo que aquel, desde su privilegiada posición, puede intervenir en la actividad probatoria global y apreciar personalmente sus resultados, lo que constituye una ventaja de la que carece el Tribunal «*ad quem*», que es llamado a revisar dicha valoración en 2.ª instancia[66]. Desde este posicionamiento, es cita apodíctica casi obligada -y debidamente adaptada- en innumerables sentencias de los Tribunales de Apelación, aquella expresión de «*esta Sala no puede revisar la convicción en conciencia de la Audiencia respecto de una prueba que no ha visto con sus ojos ni oído con sus oídos*», acuñada por el Excmo. Sr.

[64] Por todas, *13/noviembre/2000*, Toledo (Sección 2.ª) Rec. Apelación 166/2000; 5/mayo/2000 Almería (Sección 2.ª) Rec. Apelación 60/2000; 16/marzo/2000 Valencia (Sección 2.ª) Rec. Apelación 2093/1999; *26/septiembre/2000* Girona (Sección 3.ª) Rec. Apelación 749/2000

[65] *Ob. cit*. Pág. 650

[66] Por todas SSAP de 5/mayo/2000 Almería (Sección 2.ª) Rec. Apelación 60/2000; 20/marzo/2000 Málaga (Sección 3.ª) Rec. Apelación 259/2000; 16/marzo/2000 Valencia (Sección 2ª) Rec. Apelación 2093/99; 14/febrero/2000 Alicante (Sección 1.ª) Rec. Apelación 222/99; 21/diciembre/1999 Ávila Rec. de Apelación 160/99; 7/mayo/1997 Córdoba (Sección 2:) Rec. Apelación 60/1997.

D. Enrique Bacigalupo Zapater y consignada en sus Sentencias de 30 de enero de 1989, 2 de febrero de 1989 y 20 de noviembre de 1989[67].

No obstante y sin tratar de ignorar lo que por evidente resulta indiscutible (inexistencia de inmediación del Tribunal de Apelación respecto de las pruebas practicadas en el juicio oral), parece oportuno hacer algunas observaciones a propósito de la cuestión.

Es evidente que no pueden equipararse todos los medios de prueba que se practican en el juicio a la hora de valorar la trascendencia de no haber gozado el Tribunal de Apelación respecto a las mismas de la precisa inmediación y oralidad. *Evidentemente ante una prueba documental el Tribunal* «ad quem» *goza de la misma posición que el Juez de la instancia*.

A igual conclusión puede y debe llegarse en cuanto a la pericial, por cuanto la misma y salvo muy contadas excepciones, ha sido incorporada previamente a las actuaciones en forma documentada, incluso y por lo general si la misma se produce en fase instructora la ratificación de la misma con asistencia de las partes y oportunamente sometida a contradicción, queda documentalmente constatada en la causa; el acta del juicio oral será preciso y necesario complemento de todo ello, al recoger las manifestaciones de los peritos en el acto de la vista. Distintas resoluciones de las Audiencias Provinciales, se manifiestan en este sentido, entre ellas la de fecha *2 de septiembre de 1996* dictada por la AP de Sevilla (Sección 1.ª) ponente Ilmo. Sr. Carmona Ruano):

«Junto a ello, también es posible apartarse de la conclusión fáctica obtenida por el Juez cuando esta resulte de otros medios de prueba, *en especial la documental o de la pericial documentada respecto de los cuales el Tribunal se encuentra en idéntica situación de inmediación*».

Y la Sentencia de 11 de mayo de 2001 de la AP de Málaga[68] al afirmar:

[67] Rep. Aranzadi: 610/89, 1318/89,8684/89 respectivamente.

[68] Rec. de Apelación núm. 154/2001, Pte. Ilmo. Sr. Rodero González (Sección 3.ª); el mismo sentido y misma ponencia Sentencia de 27/febrero/1998, Rec. Apelación 140/1998.

« ... el Tribunal "*ad quem*" carece de un elemento inherente a la valoración de la prueba llevada a cabo ante el Juez "*a quo*", cual es el de la inmediación en su práctica para que perciba por sus sentidos lo que ya otros ojos y oídos no van a ver ni oír, ... todo lo cual, sin duda alguna tiene una trascendencia fundamental en lo que afecta a la prueba testifical y a la del examen del acusado, *y no tanto respecto de la valoración del contenido de documentos o informes periciales, pues en principio nada obstaría una nueva valoración de los mismos en la segunda instancia*».

Ciertamente la cuestión se hace más delicada al valorar la prueba testifical, atendiendo a la inmediación y oralidad propia del Juez de la instancia respecto a los testigos, pues como dice la Sentencia de 6 octubre 2000 de la AP de Sevilla[69], sólo el «*iudex a quo*», y no el órgano de apelación, ha dispuesto de una percepción sensorial, completa y directa, de todos los factores concomitantes que condicionan la fuerza de convicción de una declaración, incluido el comportamiento mismo de quien la presta, respecto a su firmeza, titubeos, expresión facial, "gestos, etc. etc.

Aun sin desconocer la lógica del precedente razonamiento judicial, sin tratar de minimizar la importancia que en esta cuestión adquiere la Psicología del testimonio a que se refería la STS de 9 de julio de 1992[70], *desde luego ello no puede convertirse en un muro infranqueable que justifique que el Tribunal no pueda revisar la apreciación probatoria de los testimonios, ni la Psicología en ciencia reservada del Juez, cuyos criterios de aplicación queden extramuros del conocimiento de las partes*. Y son varias las razones las que se ofrecen en el sentido que propugnamos; así no puede, ni debe ignorarse la importancia que en esta cuestión adquiere el acta del juicio oral. Como dice la Sentencia de la AP de Málaga de *20 de marzo de 2000*[71]:

«Es precisamente, *desde el análisis del acta desde donde debe partir el análisis del Tribunal de apelación* para llegar a las conclusiones

[69] Sección 4.ª, Rec. Apelación 5378/2000, Pte. De Paúl Velasco.

[70] Pte. Excmo. Sr. Ruiz Vadillo. Rep. Aranz. 6561/92.

[71] Sección 3.ª, Rec. Apelación 259/2000, Pte. Ilmo. Sr. D. Ignacio Escribano Cobo.

que procedan desde las alegaciones del apelante y apelado, y esto es especialmente importante cuando el objeto de la apelación se centra en un error en la valoración de las pruebas (error "in indicando"), producidas con inmediación y contradicción en la primera instancia. Dicho error para que prospere el recurso, debe ser claro y *derivarse de la documentación de las pruebas en el acta*, documentación que es siempre un resumen de la realidad de las declaraciones y manifestaciones producidas, porque como recuerda el artículo 743 de la Ley Rituaria Criminal, en el acta "se hará constar sucintamente cuanto importante hubiere ocurrido"».

Y la Sentencia de *9 de febrero de 2001* de la AP de Valencia[72] cuando con toda contundencia recuerda que:

«solamente se admite una excepción a este principio de libre valoración de la prueba, según la Doctrina del Tribunal Supremo (Ss. 11-6-1991], 8-7-1992], 22-10-1992, etc.) *que es cuando a simple vista pueda apreciarse la existencia de tal error en el acta de juicio, lo cual no admite ninguna duda*».

Es cierto que en el acta el Secretario Judicial no puede transcribir íntegramente lo dicho por acusados, testigos y peritos, ni, extremo importantísimo, los matices y gestos de los mismos y que suelen ser datos muy valiosos para otorgar o no credibilidad de los distintos relatos; pero también es indiscutible que el Juez de la Instancia por la inexcusable obligación de motivación de la Sentencia y con ello de la valoración de la prueba practicada en el juicio a su presencia y sometida a la contradicción de las partes, en la misma deberá dejar constancia de las razones por las que otorga mayor o menor credibilidad a un testigo y las razones que justifican su convicción, y precisamente tan insustituibles documentos, a través del examen del acta del juicio oral de las preguntas, contra-preguntas y respuestas del testigo o del propio acusado, en conexión con la motivación contenida en la propia sentencia en orden a los medios probatorios tenidos en cuenta, permitirán al Tribunal «*ad quem*» examinar, desde una posición estrictamente objetiva, las inferencias valorativas del

[72] Sección 3.ª, Rec. Apelación núm. 746/2000.

Juez de la instancia. Ni que decir tiene que todos estos obstáculos carecen de razón, y desde luego de ninguna justificación, si la Administración de Justicia hubiera dispuesto con carácter general facilitar a los órganos penales encargados de juzgar en primera instancia los medios de reproducción de imagen y sonido de que hoy se goza, hechos realidad en el orden jurisdiccional civil tras la entrada en vigor de la L. E. Cv. (art. 147), pero que en la Jurisdicción Penal cicatera y selectivamente se han proporcionado a algunos Tribunales colegiados, ignorándose que la verdadera y prioritaria necesidad se encuentra en los Juzgados de lo Penal, como medio instrumental de indudable trascendencia a fin de garantizar que el Recurso de Apelación, sea efectivamente un recurso efectivo.

EL DESLUSTRE DE LA IMAGEN PÚBLICA DE LA JUSTICIA.

APROXIMACIÓN A UN TEMA COMPLEJO

FRANCISCO DE PAULA PIÑERO CARRIÓN

Ponencia presentada
en la Sesión Privada
de la Academia (Octubre de 2002)

SUMARIO: I.-Advertencias previas. II.-Situación de ayer. III. Situación actual. IV.-Causas y concausas. V.-Comportamientos concretos. VI.-Política y Justicia. VII.-Los medios de informaación y la Justicia. VIII.-Futuro y posibles soluciones. IX.-Final.

I. ADVERTENCIAS PREVIAS

Antes de comenzar el desarrollo del tema, permitidme unas observaciones previas.

Primera. Pretendo con esta ponencia o comunicación, en primer lugar, resaltar el nuevo y generalizado protagonismo que la Justicia ha adquirido en la sociedad española. La preocupación de la opinión pública por la Justicia es patente; y en segundo término, contestar a la pregunta que se hacen los sociólogos; ¿el funcionamiento de la Justicia entra dentro del ámbito de lo públicamente opinable? La contestación ha de ser positiva. Al fin y al cabo la última titularidad de la Justicia corresponde constitucionalmente a la ciudadanía. Cuantas acciones, iniciativas o medidas se tomen a su respecto, interesan al ciudadano. En realidad nada ni nadie es ajeno a la justicia y a su funcionamiento. La Justicia está situada en un tejido social lleno y cruzado de tensiones. Ello produce una

hipersensibilidad respecto a todo lo que, directa o indirectamente, pudiera condicionarla.

Y es bueno aclarar, precisamente por ello, que cuando el ciudadano opina se está refiriendo a la Justicia española en sentido omnicomprensivo y unitario, sin diferenciar sus áreas, civil, penal, contencioso administrativa o social o laboral, ni sus niveles competenciales, primera instancia, apelación o casación. El ciudadano medio no se detiene a hacer una diferenciación que resulta ineludible para el experto.

Ahora bien, una cosa es opinión y otra distinta conocimiento. Cuando la población responde a un sondeo de opinión, no está respondiendo a un examen; lo que se pretende con ello es detectar su parecer.

Debe quedar también previamente advertido que en las evaluaciones espontáneas y a bote pronto, lo que acude a la mente del ciudadano es la deficiencia y el error. Las virtudes y los aciertos quedan invisibles; se dan por supuestos y descontados.

Asimismo debo, también, aflorar que el fenómeno de la devaluación de la Justicia se observa en casi todos los países. No estamos ante una exclusiva; ni siquiera ante el prototipo. El hacerla no es un consuelo de tonto por ser mal de muchos; intento ver, en esa pluralidad, una posible explicación de lo que pasa en casa.

Una última indicación que más que advertencia es un ruego personal. Os pido que al explicar algunos pasajes no veáis un exponente de corporativismo gremial. Os aseguro que al redactarlos he logrado desembarazarme de ese corporativismo del que algunos hacen gala. Quizás alguna vez se me note que hablo por la herida, pero ello es exxplicable. Aunque, bueno es decir, que en mi opinión una dosis de corporativismo, cultivado con equilibrio y medida, es una virtud que, como todas las virtudes, deja de serlo cuando incurre en exceso.

II. SITUACIÓN DE AYER

Tiempo atrás en las sociedades occidentales y singularmente en la española el status social de la Justicia era digno de respeto y consideración. Es cierto que la Justicia ha presentado, al menos en las capitales, según observa el Catedrático de Sociología de la Universidad Autónoma de

Madrid, de cuyo trabajo tomo ideas y textos, columnas y escaleras solemnes, estatuas con ojos vendados y balanza en la mano, edificios pomposamente rotulados, pero afirmar que el respeto y consideración tenía su basamento en tales signos sería quedarse en el principio. El respeto y la consideración, latía en el fondo sincero del ciudadano. Dentro de la relatividad que lleva consigo nuestras complejas realidades cronísticas, puede afirmarse que la Justicia gozó en los distintos jalones de nuestra historia, de un merecido prestigio. Quizás, por ello, el modo en que funcionaba no constituía grave desvelo social.

Por otra parte, el Juez de ayer, no es que fuese esencialmente distinto al de hoy, sino que, en la mayoría de los casos el aspirante sabía muy bien a lo que aspiraba y el compromiso, responsabilidad y renuncias que asumía al elegir ese camino profesional.

A través de la lectura de la caricatura, y a sensu contrario de la intención del periodista, podéis entender lo que expreso. Un conocido periodista ha descrito así el retrato robot del Juez de ayer: «un hombre de cincuenta años, casado con una mujer de clase acomodada, católico practicante, hijo del cuerpo, que se proclamaba apolítico, que confiaba bastante en el Gobierno, menos en los Diputados y Senadores y en el Alcalde y poco en los políticos».

Despreciando el retrato por la mordacidad del fotógrafo lo traigo a colación para respaldar el diferente tratamiento social del Juez de ayer.

El Juez se concebía, ahora adopto un sentido positivo, como un personaje masculino adusto vestido de negro y sacrificado voluntariamente al retraimiento social para evitar recelos sobre su independencia.

III. SITUACIÓN ACTUAL

Por lo pronto se observa que la concepción actual de la Justicia desplaza el énfasis desde su configuración como poder a su aspecto como servicio.

Una mayor cercanía ha ayudado a captar deficiencias y errores que antes pasaban inadvertidos.

Los tiempos y el protagonismo de la Justicia en ellos, han abierto la idea de que la forma en que la Justicia logra o no logra estar a la altura de los cometidos que le están encomendados puede y debe ser objeto de

evaluación por el pueblo. Su importante papel hace que no sea indiferente al ciudadano medio la calidad de su desempeño. No pueden, pues, ser ignorados los estados de opinión.

Y es curioso observar que cuando se ha avanzado en los medios técnicos para su funcionamiento, es cuando pasa a ser vista más deficiente por el ciudadano medio. Desde el comienzo de los años noventa la idea que suena en nuestro país es que la Justicia funciona mal. A la altura del año dos mil es la institución del Estado cuyo funcionamiento es objeto de valoraciones más negativas.

Repito, una vez más, que ello tiene poco que ver con la opinión experta que, como he indicado, no es tratada en profundidad en esta ponencia.

Y es que la Justicia española ha sufrido, en los últimos tiempos, algunos sobresaltos sonoros que la han puesto en el centro de la crítica pública; y al llegar ellos al ciudadano han hecho que, estimándose legitimado, esgrima. a veces con satisfacción, su estilete, su linchamiento o su burla.

La Justicia se ha visto invadida por una marea devastadora que ha conseguido ennegrecer su imagen. La Justicia se ausculta en la calle, en el casino y en el ánimo de la gente y es asaeteada como un «sansebastián».

Puesta en el centro de una masa media, claro es impreparada, atacar a la Justicia ha resultado gratis. Los frutos han sido amargos.

Esta es la situación. Una estimación a la baja en algunos círculos o foros parece que disfrutando con su achatamiento. La elocuencia de la realidad así lo avala.

IV. CAUSAS y CONCAUSAS

Al entrar en la exposición de este apartado, tomo conciencia de que el problema ofrece perfiles que deben ser manejados con cautela para no establecer precipitadas relaciones de causa a efecto. No trato -lejos de mí-, de señalar responsables o culpables de ese deslustre. Sólo pretendo exponer los motivos que encierran mayores dosis generadoras de ese fenómeno social. Indudablemente al exponerlos podrá quedar atisbada alguna posible responsabilidad pero no es mi intención, en esta ponencia al menos,

aflorarla con sentido represivo. Me acerco al tema con realismo y sinceridad pero sin sentar a nadie en el banquillo.

Es compleja la etiología y el estudio de las causas de esta desagradable realidad; son tan heterogéneas que no cabe atribuidas de forma unívoca.

Debo empezar por las que ya se ven con perspectiva o panorámica hacia atrás que, aunque lejanas, algunas no tan lejanas, tuvieron y siguen teniendo entidad y carácter que dejó secuela en la valoración a la baja de la Justicia.

Y lo voy a hacer retornando muy resumidamente, ideas de mi discurso de ingreso en esta Academia, pasando casi como sobre ascuas y telegráficamente sobre ellas, aunque cada una podría ser objeto de un extenso estudio independiente.

Como telón de fondo debo resaltar el frío tratamiento que, en la realidad, ha tenido la Justicia a través de la historia.

Para no incurrir en prolijidad, -a eso se presta la cuestión-, sólo subrayar que a la hora de las declaraciones de principio todas las Constituciones, desde la de 1812 hasta la de 1978, fueron altisonantes y enfáticas proclamando, en sus textos, un poder judicial con vigor, eficacia y fortaleza. Las declaraciones de principios no han podido ser más brillantes a través de la historia y en la actualidad. Ahora bien, siempre ha sido, y lo es ahora, problemática la encarnación de los enunciados abstractos en el mundo real. Los principios han denotado deseos y aspiraciones. Pero la práctica y la realidad no han correspondido a la sugestión constitucional. Un mal endémico lo frustró. El poder judicial ha sido tratado como el poder pobre del Estado.

Por otra parte, las obsolescencias procesales a los ojos de la ciudadanía carecen de explicación. La opinión general es que la justicia es tan lenta que siempre que se pueda vale más evitarla que acudir a ella. El diagnóstico es éste: la lentitud de la Justicia permite que haya quien se sitúe en ella más para ganar tiempo que para terminar en solución. En ocasiones la Justicia no sirve para nada porque por su tardanza y pereza, hace oír su voz cuando ya nadie recuerda el tema que resuelve.

Si a esto se añade la carencia instrumental con que ha venido siendo castigada, mobiliario pobretón de la oficina judicial en los juzgados, sobre

todo de pueblos, es explicable que el panorama para el ciudadano medio sea desolador.

Pero acerquémonos en el tiempo.

Desde hace años, no muchos, viene produciéndose un fenómeno innegable: el descenso del nivel técnico profesional.

Como primera causa, en el tiempo, de ese efecto, ha de señalarse la desafortunada jubilación anticipada a que fueron sometidos los miembros de la Carrera Judicial. El descabezamiento del escalafón de Jueces y Magistrados produjo el vertiginoso ascenso de los puestos inferiores. Yeso, a la postre, se paga, porque, sin duda, revierte en la calidad del servicio; los integrantes de las promociones de antaño eran promovidos a Magistrado después de permanecer ejerciendo como Juez de doce a trece años de servicios efectivos. Y es que un Magistrado no se improvisa de la noche a la mañana.

Varios de vosotros conocéis la anécdota, pero la cuento otra vez porque viene como anillo al dedo. Un día del largo período que ejercí cargo de gobierno interno del poder judicial, vino a verme al despacho de la Presidencia de la Audiencia Territorial un joven compañero que contaba con catorce meses de servicio prestados, todos ellos, en un Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de los menos cargados de trabajo. Buscaba en mí aliento y amparo por la conturbación que sentía por haber sido promovido a Magistrado y destinado a un Juzgado de Barcelona capital. No os engaño si os digo que me pareció descubrir en sus ojos lágrimas de rebeldía ante el evento que se le avecinaba, para el que, con honradez y lealtad, se encontraba impreparado.

La corrida del escalafón que la jubilación anticipada produjo llevó a resolver el problema con prisas y premuras, motivando un endulzamiento de las Oposiciones para el ingreso en la Carrera Judicial. En el año 1972 los aspirantes a ella tenían que preparar 489 temas; primero se redujo el número a 408 y poco después a 294.

Sigo sólo apuntando las causas pretéritas, que explican el descenso del nivel técnico, telegráficamente.

Pienso ahora en el malogro del tercero y del cuarto turno para el acceso directo a la Carrera Judicial con las categorías de Juez y de Magistrado, respectivamente. La frustración no era difícil de prever. ¿ Cuántos juristas de reconocida competencia y con un número no

despreciable de años de ejercicio profesional, con prestigio y situados familiar y geográficamente, pueden estar interesados en trocar su situación profesional y económica por un quehacer que nunca estuvo generosamente retribuido, sometiéndose al riesgo más que probable de tener que perturbar su estabilidad por un obligado cambio de residencia? El tercer turno, -categoría de Juez-, no ha venido a enriquecer el acervo judicial, y el cuarto, -categoría de Magistrado-, sólo ha sido solución para funcionarios que han tocado techo en sus Cuerpos de procedencia, tampoco espléndidamente retribuidos y que han visto en él una legítima posibilidad de promoción profesional.

Pongamos ahora sobre el tapete la elemental manera de cumplir el mandato constitucional que estableció un Cuerpo único de Jueces y Magistrados en el artículo 122 de la Constitución. Dicho artículo contenía una norma de futuro que remitía su desarrollo a la Ley Orgánica del Poder Judicial. Sin valorar el mandato como tal, del texto constitucional no se desprendía la obligación de llevar a cabo la unificación de las carreras de Jueces de Distrito y la Judicial por el expedito y simple sistema de situar a los integrantes de la primera, por su orden, a continuación de aquel que ocupase el último puesto del escalafón de la segunda, sin más prevención que salvase la diferencia entre los distintos niveles de exigencia que venían instalados para el ingreso en una y otra, en función de las muy diferentes cargas competenciales, con el consecuente recorte en la experiencia profesional de los hasta entonces Jueces de Distrito.

No puedo omitir en este capítulo la deficiente política de formación judicial. Como consecuencia de tal deficiencia al Magistrado le resulta laborioso, y más difícil todavía al Juez solitario y alejado por esas geografías judiciales retiradas, mantenerse actualizado al compás de los avances de las ciencias del Derecho. Opera negativamente la carencia de regulación del derecho y el deber de formación. Es cierto que una política de formación judicial debe compatibilizarse con las necesidades del servicio. Esa política ha de tener muy presente, a la hora de determinar racionalmente los módulos de trabajo, la organizada dedicación del Juez o Magistrado a las actividades formativas y la evitación del turismo judicial irresponsable. Todos somos testigos de los atrasos y dilaciones que las ausencias desorganizadas motivan en el órgano judicial del titular que se ausenta.

Pienso en esos pueblos de Dios donde aparte de los textos legales sólo se descubren en la estantería del despacho del Juez viejos y superados manuales.

No ha sido bueno, antes al contrario, funesto y ominoso, aceptar y conformarse con el dicho que encierra buena dosis de ironía: «ante todo el Juez debe ser honesto, ha de poseer una razonable dosis de habilidad, a ello ha de unir valor y ser un caballero, si añade alguna noción de derecho le será muy útil». Ésa no es la opinión del ciudadano, en todo caso es la de un desahogado.

V. COMPORTAMIENTOS CONCRETOS

Precisamente los expongo con primacía porque voy a hablar de posibles comportamientos singulares de mi gremio. Voy a hablar de mis compañeros. Y empiezo por la que pudiera ser acusación más grave. Sería injusto calificar de corrupto s a los Jueces. Si existe o ha existido algún caso de corrupción su número ha sido y es tan mínimo que no puede no sólo imprimir carácter sino ni siquiera permitir el tratamiento como problema, porque, además, la reacción sancionadora no se hizo o no se haría esperar. Nadie con responsabilidad duda de la honestidad y de la honradez de los Jueces.

No obstante, es doloroso decido, la opinión del ciudadano medio es otra.

A las personas entrevistadas por los Barómetros de opinión del Consejo General del Poder Judicial se les interrogó así: Imagínese que estuviera Ud. procesado en una causa penal y alguien le dijera que su asunto podría arreglarse haciendo algunos pagos bajo cuerda. ¿Estimaría Ud. creíble la propuesta? El resultado fue una división de opiniones con predominio de quienes consideraban verosímil tal propuesta.

Se les preguntó asimismo: ¿Cómo informaría Ud. a un amigo extranjero sobre las posibilidades de sobornar a un Juez? Un 12% diría al extranjero que tiene posibilidades de sobornar a un Juez.

Vayamos por orden. Otro tema. Entremos en la mal interpretada libertad de expresión de algunos Jueces, como causa que, con razón, produce la crítica negativa. Todo cargo es, en parte, una carga que obliga a

ejercer con mesura la libertad de expresión, pero quien lo ostenta no debe olvidar que sus palabras afectan a la institución que representa.

Un Juez no tiene libertad de expresión para hablar fuera de su Juzgado o Tribunal, de asuntos que están sometidos a su conocimiento en el ejercicio de su función jurisdiccional. La locuacidad del Juez es una actitud impropia del carácter judicial. Todo Juez debe tener, y así lo espera el ciudadano, discreción y moderación; sin ellas es difícil que la sociedad le reconozca autoridad moral.

La entrevista que, en fecha no lejana, concedió una Juez, que recordaréis todos, a mi manera de ver, por su contenido, fue un error; y fue para mí una sorpresa no sólo por ser hija de un compañero y amigo, ya fallecido, sino por tratarse de una profesional que goza del aprecio y consideración de los profesionales. Dijo como mampara exculpatoria que hablaba como ciudadana y no como Magistrada, amparándose en una disociación imposible en estos casos.

La locuacidad imprudente del Juez hace y ha hecho siempre mucho daño.

Sigamos. Las discrepancias judiciales.

Es muy difícil que llegue al alcance del ciudadano medio, lo que aparentemente se ofrece como decisiones distintas u opuestas en casos análogos. El ciudadano medio no comprende que lo importante es que las discrepancias queden debidamente justificadas y razonadas y que no aparezcan como el fruto de la arbitrariedad. En los órganos colegiados esa justificación puede tener constancia en los votos particulares. Ambas posturas, la mayoritaria y la disidente de ella, son respetables. Otra cosa es la fuerza de los votos porque los votos se cuentan, no se pesan. Penetrar en el fondo de estas discrepancias y sus efectos nos llevaría de la mano al tratamiento de un tema tan candente como es el valor y la necesidad de la jurisprudencia; tema tan actual ahora en la doctrina, reflejada por los medios de información, con las discrepancias de criterios de los Profesores García de Enterría y Díez Picaza por un lado y Muñoz Machado por otro. Entrar en ello viene impedido por el marco de esta ponencia que trae a colación el dato sólo como referencia para resaltar el explicable efecto negativo que tales discrepancias producen en el ciudadano de a pié por muchas explicaciones que puedan dársele.

Otro motivo importante. Los errores del Juez. No hay por qué negar la posibilidad de que el Juez yerre. No son muchas las resoluciones pero sí algunas que, a la luz de los expertos, y con coincidencia, han sido estimadas como erróneas con sensacionalista publicación. Y si bien el error técnico no llega al ciudadano naturalmente impreparado, sí le hiere cuando afecta a su ideología, a sus preferencias, a sus antipatías o a su seguridad. La repetida frase «los delincuentes entran por una puerta de la cárcel para salir de inmediato por la otra», no encierra una censura técnica al proceder del Juez pero sí una inculpación dirigida a la Justicia y su administración olvidando, o mejor ignorando, que el Juez está sometido constitucionalmente a otras normas, sustantivas o procesales, que impiden satisfacer los deseos del ciudadano.

De todas formas la cuestión estriba en la magnitud que se decida adoptar para optar por un calificativo negativo, es decir, para que pueda estimarse a una institución como un problema real y no como una incidencia anecdótica y puntual porque la experiencia demuestra que casos aislados o incluso un solo caso pueden dañar seriamente la imagen pública de la Justicia y poner en cuestión su capacidad o su honorabilidad.

Y es interesante poner la atención en que, de alguna manera, la alarma social es inversamente proporcional a la habitualidad, porque un caso o un brote de una enfermedad, inquieta y alarma más donde se considera extinguida la enfermedad.

VI. POLÍTICA y JUSTICIA

Es detectable el aumento de las tensiones y desacuerdos, de intereses cruzados entre Política y Justicia. Las polémicas públicas sobre temas, como pudiera ser la forma de elección de los miembros del Consejo General del Poder Judicial y el funcionamiento del mismo, pongo por ejemplo o, también como ejemplo, la elección del Fiscal General del Estado, determinados nombramientos llevados a cabo por el Consejo, o sobre cuestiones disciplinarias, (traed a vuestra memoria el indulto del Magistrado Gómez de Liaño), surgidas entre el Consejo y el Tribunal Supremo o entre éste y el Gobierno, han podido llevar a la conciencia del ciudadano la idea de que los temas de la Justicia distaban mucho de quedar fuera del área política y de la contienda ideológica.

Por otra parte, la persistencia de un Ministerio de Justicia no contribuye a clarificar el panorama. Y algo parecido podría decirse con el Ministerio Fiscal a la vez protector de la independencia judicial y representante del Estado en ámbito de la Justicia, dualidad que puede originar en la ciudadanía confusión y desorientación. Todo ello ayuda a emborronar en la percepción ciudadana la ubicación institucional de la Administración de Justicia. El pueblo cree que la política está metida en la Justicia. No deja de ser alarmante un fenómeno observado que reflejan las encuestas. La situación de la Justicia ha sido valorada en España de forma diferente por los grupos de votantes según cual fuere, en cada momento, el partido en el poder. Cuando gobernaba la UCD, quienes mejor imagen tenían de la Justicia eran los votantes de UCD. A partir de 1980, gobernando el PSOE son sus votantes los que pasan a tener una mejor imagen. En el momento actual, con gobierno del PP, el péndulo vuelve a cambiar de signo; los votantes del PP evalúan favorablemente a la Justicia y los críticos, con crítica negativa, son los votantes de la oposición. ¿Cabe mayor exponente, -puede preguntarse la conciencia popular-, de que la Justicia y el Gobierno aparecen como entidades subterráneamente interdependientes?

Los españoles medios opinan que la Justicia, no pocas veces, cede a las presiones que ejerce el Gobierno o los grupos políticos sociales o económicos. A los ojos de la ciudadanía media la Justicia es parte del sistema reinante. La sombra de la sospecha, más o menos consciente, de afinidad entre Justicia y Gobierno es difícil de eliminar.

Desde otro punto de vista, es un lugar común, en el discurso de no pocos políticos españoles, observar a la Justicia a través del catalejo de su partido.

Y habría que añadir otros ingredientes para entender determinadas actitudes públicas de políticos en activo que, por ofender injustamente, afligen.

La exigencia de que la Comisión de seguimiento del Pacto para la Justicia se reúna para analizar, como crisis del consenso, las designaciones acordadas por el Consejo General del Poder Judicial para cubrir las vacantes del Tribunal Supremo, ¿entraña la sumisión de la Justicia al poder político? Sólo quien concibe la Justicia como trasunto del Poder político puede exigir que un foro integrado por políticos y por el Gobierno se reúna

para analizar las decisiones adoptadas por un Órgano constitucional en el ejercicio de sus funciones.

Y es que los que aplaudieron al político que llamó descerebrados a la profesión togada son los que aplauden a los descerebrados cuando sus resoluciones sintonizan con sus ideologías o propósitos.

El pueblo llano no entiende que en el Consejo General del Poder Judicial haya siempre dos bloques tan claros que suponen un reflejo de dos posturas políticas que existían de antemano. La identificación ideológica o política de los miembros produce escándalo público. Los miembros del Consejo votan, dicen, como Diputados. Ahora den- la mayoría está a favor del PP. Cuando el PSOE vuelva al poder estaremos en las mismas circunstancias que antes de la victoria electoral del PP. A juicio de los ciudadanos esto, -dicho en términos más técnicos-, torpedea la base estructural y moral de la Administración de Justicia y es un atentado a su integridad.

Todo lo que acabo de exponer no puede llegar a entenderlo el pueblo llano y produce como efecto desalentador, -quizás no debiera producirlo pero lo produce-, la pérdida de la fe en la Justicia.

Pasando a contemplar el problema desde otra óptica, es evidente que la pluralidad ideológica en la Judicatura, explicable y correcta, se refleja en el pensamiento de la ciudadanía. El estilo vital del Juez, su orientación ideológica, ya de por sí puede ser un prejuicio para el ciudadano. Que el Juez sea de derecha, de centro o de izquierda se proyecta en inverso sentido al talante ideológico del ciudadano inexperto que lo avalúa. No pocos ciudadanos creen que la forma en que su caso es decidido depende, en parte al menos, del Juez que le toque juzgarlo.

Pero es original, yo diría irregular, por chocante, que cuando a los entrevistados se les pregunta por qué tienen tal desconfianza, más de la mitad no saben contestar. Eso hace pensar que quizás sea un prejuicio. Prejuicio o realidad, lo cierto es que es así; la prevención y el recelo es el sentimiento que, de la Justicia en función de la política, abriga el ciudadano medio español.

VII. LOS MEDIOS DE INFORMACIÓN Y LA JUSTICIA

Los medios en los últimos años han aumentado su interés por lo judicial. Y los estereotipos de la opinión pública si bien son elaborados por varios mecanismos han pasado a ser exclusiva y monopolio de los medios de comunicación. El viejo aforismo «lo que no está en las actuaciones no está en el mundo», se puede sustituir por el de «lo que no publican los medios no tiene existencia». La palabra oral o escrita de los medios envuelve nuestra vida.

Los medios, entre los eventos conocidos, seleccionan los que consideran materia noticiable; y eso es lo que fundamentalmente queda configurado como realidad; para el público medio esa es la imagen de la realidad.

A las preguntas ¿de dónde obtienen los españoles las noticias o informaciones sobre el funcionamiento de la Justicia? ¿Cuál es el soporte de su opinión?, una proporción muy crecida contesta que en los informativos de Televisión y en los periódicos. El predominio de los medios de comunicación es indudable. Los menos aluden a «lo que se oye en la calle» o a experiencia propia o de amigos.

Pero es que el mundo de la Justicia constituye un ámbito especialmente poco apto para el tratamiento informativo mediático. Ello tiene explicación; la Justicia se quiere sosegada, busca un cierto distanciamiento temporal que propicie la serena objetividad; los medios, en cambio, viven bajo la tiranía de la actualidad, del hoy, de lo coyunturalmente novedoso.

Efecto de ello es que los Juzgados y Tribunales experimentan una sensación de atosigamiento y atropello por parte de los medios. El afán de servir a un público expectante e impaciente, contribuye a prejuzgar resultados, a anticipar repartos de culpa, o a ocultar el carácter provisional de las imputaciones o la recurribilidad de las resoluciones, sin calibrar el daño que pueden producir a la imagen del Juez; es el tribunal de la opinión que incluso da el asunto por zanjado. Cuando finalmente la Justicia da su veredicto ya nadie recuerda el asunto archivado en la memoria; el daño queda hecho.

El ansia por primar lo novedoso puede tener y tiene como resultado que lo excepcional termine siendo lo que no es, es decir, algo usual.

De los millones de resoluciones o comportamientos judiciales que se dictan o acaecen al año, sólo unos cuantos, los más negativos para la

imagen de la Justicia, son los que se difunden, a bombo y platillo, por los medios, que muestran así sólo la parte patológica del sistema judicial.

Lo que ocurre es que del mismo modo que en el orden periodístico es más noticia si el hombre muerde al perro que si ocurre al revés, el funcionamiento correcto de los Jueces carece de fuerza informativa; lo que tiene esa fuerza es, por ejemplo, que un Juez disculpe una agresión sexual porque la víctima llevaba minifalda provocativa.

Cuando se produce lo que algunos medios estiman un error judicial o meramente cuando un problema llama la atención, eso es noticia. Pero tantas resoluciones judiciales correctas anuales no lo son.

La verdad es que lo importante en ese sistema no está sólo en lo malo que dicen, sino en lo mucho que callan. A nadie se le escapa que son muy varios los medios de adoctrinamiento de masas que no informan tanto de la realidad como de las posibles aberraciones. Al encumbrar la anécdota al rango de categoría se transmite al destinatario de la noticia una irresponsable desconfianza en el funcionamiento de los Juzgados y Tribunales. La estrategia, a veces taimada, engañará erosionando la fe de los ingenuos que, bienintencionados, desconfiarán de la Justicia.

A veces el desconocimiento técnico jurídico de los medios ávidos de truculencia, cargan sobre los Jueces acusaciones de lenidad o de indulgencia, e incapaces de distinguir el grano de la paja, desprecian la aplicación ortodoxa de institutos o jurisprudencia consolidada.

He leído alguna noticia en la que la ignorancia del autor de ella es sorprendente. Confunden por ejemplo los procesos que se desarrollan en el ámbito del derecho penal con aquellos otros que tienen lugar en el ámbito del derecho administrativo o incluso en el ámbito del derecho político.

Estas son algunas de las tácticas que utilizan algunos medios de comunicación para sembrar la duda, además de, como ya se ha resaltado, magnificar las noticias negativas de la Justicia y callar los aspectos positivos. Incluso cuando el tema es objetivamente positivo aportan su personal visión con valoración y adjetivación negativa, retorciendo incluso los correctos valores semánticos; siembran la conjetura y sospecha sobre las actuaciones concretas de la Justicia provocando la confusión y la crítica injusta; no contrastan las fuentes y escogen de ellas la más negativa haciendo de la ignorancia virtud informática para sostener la sospecha.

Reflejo de la ligereza irresponsable es que si se leen o se atiende a varios medios de comunicación se observan sus radicales diferencias y las deformaciones que experimentan las noticias que proyectan la habitual tendencia a la orientación partidista del autor y del lector. Por otro lado a los lectores en general no se les ocurre atender a otro medio que no sea aquel que sintoniza con su talante ideológico. Todo ello engendra desorientación y embrollo.

El ciudadano se limita a aceptar estólidamente lo que le ofrecen ese tipo de medios haciendo de tonto útil sin distinguir las voces de los ecos. Yo mismo en alguna ocasión he caído en la trampa aceptando en principio aberraciones y otras lindezas de parecido jaez y he tenido que golpear mi pecho con arrepentimiento después. No han faltado los ataques *ad hóminen*, a los que tan aficionados son los españoles; llenos de insidia y agravio. Sólo ha faltado --disculpadme la falta de respeto- que la Justicia saliese como noticia en la Revista Hola.

No resisto a leer una de esas lindezas dirigidas a un tribunal que había dictado una resolución de cierto contenido tangencial con lo político. «Sus consideraciones, -las contenidas en la resolución-, son las propias de alguien que ha perdido la vergüenza y la decencia. y sus compañeros de taller, una partida de timoratos, de retorcidos, de cínicos, de tunantes y de desvergonzados que abrigan la esperanza de legislar y sentenciar a la vez. Estos tipos son así.»

Esto se escribe, lo leemos y nos quedamos tan tranquilos.

Y no digamos cuando se miente intencionadamente contando con la impunidad. Entonces la mentira adquiere gravedad. La mentira circula y pasa sin corrección, sin conciencia de su existencia como tal. El oyente o el lector acepta la mentira y la falsedad sin darse cuenta de que es una forma solapada de destrucción.

La sociedad media da por bueno y se traga como alimento de calidad lo que no lo es. Noticias o mentiras servidas por quienes intentan denigrar a los que o no entienden o no quieren entender en algún caso, -y esto es peor-, o sencillamente a los que les supera el tema.

Hay quien cree que ser columnista de un periódico es tener un cheque en blanco para decir irresponsablemente lo que le da la gana porque tiene patente de corso. Se cree libre para decir lo que se le ocurre sin tomarse la molestia de comprobar, contrastar y enterarse de lo que dice

previamente. Es un dicho frecuente en esos medios que «un periódico nos parece serio, hasta que informa de algo sobre lo que realmente sabe».

Al jurista de vocación se le ensancha el corazón profesional y goza cuando lee u oye una crítica seria, equilibrada, mantenida con énfasis pero con respeto y cordura, aunque el jurista discrepe de lo que lee.

Pero al jurista de vocación también se le derrumba su edificio profesional cuando lee u oye esas críticas cáusticas, sarcásticas y zaheridoras de algunos articulistas opinantes o tertuliano s ignaros y nescientes que dañan gravemente la imagen pública de la Justicia.

VIII. FUTURO y POSIBLES SOLUCIONES

¿Soluciones mirando al futuro? No es que sea pesimista pero muy optimista no soy.

Los comportamientos de los de fuera y de los de dentro, que he intentado reflejar, han dejado honda huella en la sociedad española. Y ya lo expresa el dicho: el agua derramada en el suelo es muy difícil de recuperar.

Algo habrá que hacer porque sobre ello se palpa una demanda social.

Tengo dudas, y deseo vehementemente equivocarme, de que podamos reconstruir, desde postulados inteligentes, la Justicia en la opinión pública y desmontar su imagen fea y estropeada, al menos en corto plazo.

Tengo dudas, además, porque me cuesta trabajo creer en que algún día tenga la Justicia la prioridad que desde antes del siglo pasado está demandando ante los poderes públicos.

Noble aventura en la que hay que empeñarse porque ante el futuro se abre una tarea difícil y arriesgada. Y hay que acercarse al tema con sinceridad, realismo, claridad y limpieza, sin pretensiones milagrosas o mesiánicas pero con voluntad y exigencia. Como advierte Confucio lento, si es preciso, en la palabra, pero diligente en la acción.

El derecho a recordar no está en los derechos humanos, pero hoy más que nunca es necesario porque nos pone delante de los ojos de la memoria que la Justicia, en tiempos pasados, era respetada y nos comprime a hacer lo que haya que hacer para recuperar su imagen pública.

Algo se ha hecho. El Congreso ha aprobado la carta de los derechos de los ciudadanos ante la Justicia, que puede servir como cauce de información seria que aplaque la ignorancia y haga cambiar de algunos criterios mal nacidos.

Se ha firmado un Pacto de Estado para la Justicia. Pero aparte de que es una reafirmación de todos y cada uno de los artículos de la Constitución relacionados con la Justicia, me inunda de preocupación que ya se está solicitando por sectores políticos su revisión. Jugar con los pactos de Estado no es un simple cambio de posición, es romper las reglas mismas del juego acordadas libremente.

No sé si el grupo de trabajo ha querido o no provocar una saludable tormenta fecunda por ser presagio de un cielo abierto. Ojalá lo podamos percibir así dentro de pocos años.

Porque la Justicia necesita abordar reformas radicales.

Comparto la opinión recientemente expresada por el Presidente del Tribunal Constitucional. Manuel Jiménez de Parga ha expuesto la necesidad de tales reformas básicas y tajantes para adaptarlas a la sociedad actual. La que tenemos ahora, ha dicho, sigue siendo la napoleónica del siglo XIX y no es posible obtener de ella óptimos resultados. Es necesario, -ha añadido-, un cambio total del sistema. Sólo así se conseguirá una respuesta favorable en un plazo razonable.

Lo cierto es que ya no valen parches parciales. Sé que es duro lo que voy a decir pero la Justicia española necesita que se le zarandee si queremos que mejore y no acabe acomodándose en la degradación que se le estima y acusa por el pueblo llano. Repito que es duro lo que digo; pero hay que decido si no queremos incurrir en la peor de las corrupciones, la que conduce inexorablemente al silencio.

IX. FINAL

Y termino. No se os habrá escapado que he escogido un tema importante. Yo diría, mejor, trascendente.

Porque debilitar los cimientos de la Justicia es tanto como debilitar los cimientos del Estado.

Una sociedad que no respeta la Justicia está condenada a la perturbación y al desorden.

El Juez vocacional al contemplar y enfrentarse con tan lastimosa situación, -tomo del Presidente del Tribunal Constitucional-, se revestirá de entereza y paciencia y seguirá sentenciando con conciencia de su propia e inevitable imperfección. Esa es la tragedia del Juez.

EL REGISTRO DE BIENES MUEBLES

IGNACIO CASADO DE CEPEDA

Ponencia presentada
en la Sesión Privada de la Academia
(Noviembre de 2002)

SUMARIO: I.-Introducción. II.-Antecedentes históricos y legislación vigente. III.-Características del Registro de bienes muebles. IV.-EI registro de bienes muebles como agrupación de otros. V.-Crítica.

I. INTRODUCCIÓN

El crecimiento urbanístico, agrícola, industrial y comercial que se produjo en el Siglo XIX, reclamó inmediatamente un aumento del crédito, pues éste es el motor indispensable para su desarrollo.

Se puso de manifiesto que la legislación existente era insuficiente para garantizar el movimiento de grandes capitales y la necesidad de reformada, especialmente en cuanto a la hipoteca, que se prestaba a ocultaciones y fraudes, al no ser un derecho con apariencia externa.

En España las Contadurías de Hipotecas, que eran un imperfecto registro de gravámenes, fueron sustituidas por el Registro de la Propiedad base y fundamento de la Ley Hipotecaria de 1861. A través de ella, no sólo se reguló detalladamente el derecho de hipoteca, sino que se estableció un sistema de publicidad para el dominio y los derechos reales que asentó sobre sólidas bases el crédito territorial.

El éxito de la Ley Hipotecaria dio origen a la Ley de Hipoteca Naval de 1893, con base en el Registro de Buques regulado en el Código de Comercio, que fue el primer caso de Registro de Bienes

Muebles, si bien fueron considerados inmueble s a los efectos de su hipoteca, y posteriormente se extendió el Registro de Buques al de Aeronaves. Ambos registros, aunque referidos a bienes muebles, fueron regulados a semejanza del Registro de la Propiedad Inmobiliaria, pues su gran valor y fácil identificación a través de registros administrativos daban

pié a la aplicación del folio real y a la completa inscripción de su dominio y de los derechos reales constituidos sobre los mismos.

La posterior Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento, de 16 de diciembre de 1954, trató de garantizar los créditos sobre los restantes bienes muebles, algunos de los cuales habían sido objeto de anteriores leyes sobre prenda sin desplazamiento posesorio, que no habían alcanzado el éxito deseado, por lo que se reguló de nuevo la constitución de garantías sobre los mismos. Se atendió a la identificabilidad de los bienes muebles para constituir sobre los plenamente identificables a través de registros administrativos la hipoteca mobiliaria, y sobre los restantes la prenda sin desplazamiento. En todo caso, este registro se estableció como registro de gravámenes que, con su publicidad, contrarrestara la posesión mantenida por el propietario y cuyo desplazamiento al acreedor era antieconómico al excluir los bienes de la producción.

Por último, el Registro de Venta a Plazos, sólo tiene de común con los anteriores su objeto, constituido por bienes muebles, diferenciándose de ellos en que se limita a asegurar el pago de su precio aplazado y la financiación del mismo mediante préstamos al vendedor o al comprador, por lo que su alcance es más limitado, sin negar la importancia que tiene en el tráfico comercial.

Vemos pues que el crédito en gran escala se fomentó primeramente en los inmuebles, dado que su importante valor, perfecta y continua identificación permitían su adaptación al Registro de la Propiedad. Pero luego, a consecuencia del incremento de valor de los bienes muebles se extendió la protección al crédito basado en ellos, creándose los cuatro registros anteriormente relacionados.

Dichos cuatro registros constituían el marco jurídico vigente al dictarse las distintas disposiciones legales que actualmente regulan el Registro de Bienes Muebles.

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS y LEGISLACIÓN VIGENTE

El antecedente más claro del Registro de Bienes Muebles está en la exposición previa a la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin

Desplazamiento de la Posesión de 16 de diciembre de 1954, en la que al tratar del Registro creado por ella expresó:

> *«Que ha sido objeto de meditación el alcance que debería darse al nuevo Registro, en el sentido de si fuese procedente establecer un sistema de Registro de Propiedad que, al modo de la propiedad inmueble recogiera toda la historia jurídica de los bienes, incluso las transmisiones de dominio de los mismos, o un sistema de registro de gravámenes, limitado a las finalidades de esta Ley. Aunque, en principio, se ha estimado que el sistema más completo hubiera sido el primero, se ha desistido en atención a las dificultades prácticas de adaptación; toda vez que exigiría un cambio total y absoluto en el sistema de transmisión de propiedades y contratación de esta clase de bienes. Por esta razón se ha regulado solamente un registro de gravámenes, si bien se estima procedente hacer constar el criterio favorable al Registro de la Propiedad de los Bienes Muebles, al menos para alguno de ellos como los establecimientos mercantiles y los automóviles».*

Posteriormente, la Ley 19/1989, de 25 de julio, de Reforma Parcial y Adaptación de la Legislación Mercantil a las Directrices de la Comunidad Económica Europea (hoy Unión Europea) estableció en su disposición final 2.ª que:

> *«Los libros de buques y aeronaves, llevados hasta ahora en los registros mercantiles, constituirán registros independientes y continuarán rigiéndose por las normas referidas a ellos, hasta que se establezca el Registro de la Propiedad Mobiliaria, 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 lo que se concede al Gobierno la correspondiente autorización».*

Pero la gestación del actual Registro de Bienes Muebles ha tenido lugar a través de distintas disposiciones que son las siguientes por orden cronológico:

1. La Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, que para dar efectividad a los principios que implantó, creó el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, que hoy constituye la Sección 6.ª del Registro de Bienes Muebles.

2. La Ley 28/1998, de 19 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles, que sustituyó y derogó a la anterior Ley 50/1965, de 17 de julio, y que, en cuanto al Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles recogió y amplió los principios hipotecarios que se contenían en la antigua Ordenanza de 13 de noviembre de 1982 que, al estar recogidas en una simple Orden Ministerial, carecían de cobertura legal. A estos principios hipotecarios se refiere el artículo 15 de la nueva Ley:

> *«Para que sean oponibles frente a terceros las reservas de dominio o las prohibiciones de disponer que se inserten en los contratos sujetos a la presente Ley, será necesaria su inscripción en el registro a que se refiere el párrafo siguiente. La inscripción se practicará sin necesidad de que conste en los contratos nota administrativa sobre su situación fiscal.*
>
> *El Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles se llevará por los Registradores de la Propiedad y Mercantiles y se sujetará a las normas que dicte el Ministerio de Justicia.*
>
> *A todos los efectos legales se presumirá que los derechos inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo.*
>
> *Igualmente se presumirá, salvo prueba en contrario, que los contratos inscritos son válidos.*
>
> *Como consecuencia de lo dispuesto anteriormente, no podrá solicitarse ninguna acción contradictoria del dominio de bienes muebles o de derechos inscritos a nombre de persona o entidad determinada sin que, previamente, o a la vez, se entable demanda de nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente. Si la demanda contradictoria del dominio inscrito va dirigida contra el titular registral, se entenderá implícita la demanda aludida en el inciso anterior.*

En caso de embargo preventivo, juicio ejecutivo o vía de apremio contra bienes muebles, se sobreseerá todo procedimiento de apremio respecto de los mismos o de sus productos o rentas en el instante en que conste en autos, por certificación del Registrador, que dichos bienes constan inscritos a favor de persona distinta de aquélla contra la cual se decretó el embargo o se sigue el procedimiento, a no ser que se hubiera dirigido contra ella la acción en concepto de heredero del que aparece como dueño en el Registro».

La Disposición Adicional La de la Ley a que nos venimos refiriendo, dispone la inscripción en el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles de los contratos de arrendamiento financiero, regulados por la Disposición Transitoria 7.a de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, que se refieran a bienes muebles y que reúnan las condiciones señaladas en el artículo 1.º de la Ley 28/1998.

Dichos arrendamientos financieros gozan de inscripción en el Registro de la Propiedad de Bienes Inmuebles, por lo que su inscripción en el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles, constituyó una innovación importante en la nueva Ley.

Y la Disposición Adicional 3.ª referente al Registro de Bienes Muebles, establece que:

«*El Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles se integrará al futuro Registro de Bienes Muebles, a cargo de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, conforme disponga el Reglamento*».

3. Sigue en el orden cronológico, la Orden de 19 de julio de 1999, por la que se aprueba la Ordenanza para el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles, que tiene importancia porque, aunque referida a dicho registro, ha de servir de pauta al Registro de Bienes Muebles al integrarse en él.

La Ordenanza configura el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles como dependiente del Ministerio de Justicia y, dentro de él, de la

Dirección General de Registros y del Notariado, y a cargo de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles conforme al régimen previsto en la Legislación Hipotecaria. Se estructura en registros provinciales y un Registro Central con interconexión telemática y correo electrónico entre ellas.

En este Registro se inscribirán separadamente los contratos de venta a plazos de bienes muebles, ventas con precio aplazado, contratos de financiación y demás actos, contratos y garantías a que se refiere el artículo 4 de la Ordenanza; los contratos de arrendamiento financiero, incluidos los arrendamientos financieros de retro; y los contratos de arrendamiento con o sin opción de compra y cualesquiera modalidades contractuales de arrendamiento sobre bienes muebles que cumplan lo dispuesto en esta Ordenanza.

Para que puedan ser inscritos los contratos a que se refieren los artículos 2 y 4 de la Ordenanza habrán de ajustarse a los modelos oficiales aprobados por la Dirección General de los Registros y del Notariado y en él se determinarán las circunstancias que deben constar necesariamente en los impresos.

De cada contrato se expedirán al menos, tantos ejemplares como partes intervinientes: uno para el vendedor, arrendador o financiados, otro para el comprador o arrendatario, y otro, en su caso, para el fiador. Cualquiera de los ejemplares podrá presentarse en el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles.

Recibido el contrato inscribible, se procederá a extender en el Libro Diario un asiento de presentación que tendrá una vigencia de dos meses a contar desde su fecha. De la presentación se dará el correspondiente recibo al presentante.

Los registradores provinciales calificarán bajo su responsabilidad en el plazo máximo de ocho días hábiles, contados desde el siguiente a la fecha del asiento de presentación, el cumplimiento de los requisitos que, para los contratos inscribibles, se establecen en la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles, en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y en la Ordenanza.

El Libro de Inscripción de Bienes será de hojas móviles y deberá elaborarse por escrito a través de procedimientos informáticos. A cada bien se le abrirá un folio propio y se le asignará un número correlativo dentro de

cada año natural a medida que se vayan inscribiendo. Cada folio irá precedido por el número asignado al bien inscrito y subnumerado correlativamente dentro de aquél, destinándose un folio a cada asiento que se practica. El primer asiento será de *inmatriculación* del bien y en él se harán constar los apellidos y nombre o razón social, número o código de identificación fiscal de las partes intervinientes, la descripción del bien objeto del contrato, la clase de contrato, el lugar y fecha de celebración del contrato, el número de serie del impreso (en su caso), los datos del asiento de presentación, la fecha de la inscripción y la firma del registrador.

La incorporación al Registro Provincial de los documentos inscribibles se hará mediante inscripción de un breve extracto del contenido de los mismos en el folio abierto a cada bien y asimismo se procederá a su depósito, mediante la incorporación literal del documento en forma gráfica a la base de datos informático del Registro. Por procedimientos informáticos deberán llevarse índices tanto de bienes como de personas intervinientes, que permitan localizar los contratos inscritos.

Una vez practicada la inscripción en el Registro Provincial, el Registrador remitirá copia al Registrador Central en el plazo máximo de dos días hábiles siguientes. El Registrador Central no podrá calificar la existencia de defectos en los contratos inscritos.

La entrada en el Registro Central del contenido de los asientos practicados en los Registros Provinciales se hace constar en un Libro Diario mediante asientos de presentación, y la incorporación del contenido de los asientos en el Registro Central se llevará a efecto mediante procesamiento en el ordenador de los datos contenidos en aquellos, formando una base de datos que se podrá consultar, al menos, por el nombre, apellidos o razón social y número de identificación fiscal de los compradores, financiadores o arrendatarios. También se podrá realizar la consulta por la identificación de los objetos inscritos.

Los artículos 24 a 30 de la Ordenanza se refieren a los principios hipotecarios aplicables, ya recogidos en la Ley de Venta a Plazos, a los que se añade el principio de fe pública registral en el artículo 29 de los relacionados.

Debemos destacar la importancia del artículo 35 de la Ordenanza, referido a las afecciones de créditos no hipotecarios constituidos a favor del Banco de España, del Banco Central Europeo o de los Bancos

Centrales de los Estados Miembros de la UE a que se refiere la Disposición Adicional 3.ª de la Ley 46/1998, de 17 de diciembre, de Introducción al Euro. Dichas afecciones se inscribirán en un libro especial del Registro Central de Venta a Plazos de Bienes Muebles.

Por último la Disposición Transitoria de la Ordenanza que nos ocupa se refiere al Registro de Condiciones Generales de la Contratación, disponiendo que hasta que tenga lugar la demarcación registral correspondiente al Registro de Bienes Muebles, el Registro de Condiciones Generales de la Contratación constituirá una sección especial de los Registros de Venta a Plazos de Bienes Muebles y el Registrador Central asumirá la llevanza del Registro Central de Condiciones Generales de la Contratación y, una vez aprobada aquella demarcación, el Registro Central de Venta a Plazos de Bienes Muebles y el Registro Central de Condiciones Generales de la Contratación se integrarán en un único Registro de Bienes Muebles.

Adicionalmente, la citada Disposición Transitoria dispone que el Registro de Bienes Muebles se integrará de las siguientes secciones:

- Primera Sección: De buques y aeronaves.
- Segunda Sección: De automóviles y otros vehículos de motor.
- Tercera Sección: De maquinaria industrial, establecimientos mercantiles y bienes de equipo.
- Cuarta Sección: De garantías reales sobre derechos de propiedad intelectual e industrial.
- Quinta Sección: De otros bienes muebles registrables.
- Sexta Sección: Del Registro de Condiciones Generales.

Dentro de cada una de las indicadas Secciones se aplicará a los bienes registrados la normativa específica por razón del acto o contrato celebrado y del cual resultan derechos inscribibles.

También expresa las reglas de competencia a las que se ajustará el Registro de Bienes Muebles que son las siguientes:

- Los buques construidos se inscribirán en el Registro que corresponda a la provincia o distrito marítimo en que se hallen matriculados.

- Los buques en construcción se inscribirán en el Registro correspondiente al lugar en que se construyan.
- Las aeronaves se inscribirán en el Registro Central de la Propiedad Mobiliaria.
- Los automóviles en el Registro correspondiente al domicilio del comprador o arrendatario.
- Los establecimientos mercantiles se inscribirán en el Registro en cuya demarcación esté situado el local de negocio en que aquellos radiquen.
- La maquinaria industrial y bienes de equipo en el Registro correspondiente al establecimiento mercantil al que estén afectos.
- Los derechos de propiedad intelectual e industrial en el Registro Central de la Propiedad Mobiliaria.
- Los demás bienes muebles registrables en el que determine la Ley o, en su defecto, en el correspondiente al lugar del domicilio del titular del bien.

4. Siguiendo en el orden cronológico de fuentes tenemos que ocupamos ahora del Real Decreto 1828/1999, de 3 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Condiciones Generales de la Contratación.

La Ley 7/1998, de 13 de abril, se ocupó de las condiciones generales de la contratación, persiguiendo el objetivo de trasposición de la Directiva 931l3/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores.

Se trata de los llamados contratos de adhesión, en los que el proponente tiene redactadas unas cláusulas, que aplica a una pluralidad de contratos, que pueden ser desconocidas (en todo o en parte) por el otro contratante, es decir, el adherente, que generalmente se limita a la sola aceptación y firma del contrato.

Estas cláusulas son las llamadas «condiciones generales», que pueden no ser abusivas, pero que conviene que sean publicadas para conocimiento de los que contratan con el proponente de las mismas, a fin de que puedan ejercitarse ante los Tribunales las acciones individuales de nulidad o no incorporación, y las acciones colectivas de cesación, retractación y declarativas que regula la Ley.

Hay un primer conocimiento de las cláusulas por el adherente en el momento de celebración del contrato pues la Ley, en su artículo 5, dispone que las condiciones generales pasarán a formar parte del contrato cuando se acepte por el adherente su incorporación al mismo y sea firmado por todos los contratantes; y que, en todo contrato, deberá hacerse referencia a las condiciones generales incorporadas. La norma añade que no podrá entenderse que ha habido aceptación de la incorporación de las condiciones generales al contrato cuando el predisponente no haya informado expresamente al adherente acerca de su existencia y no le haya facilitado un ejemplar de las mismas.

Pero la verdadera publicidad se realiza a través del nuevo Registro creado por la Ley (Registro de Condiciones Generales de la Contratación). La citada Ley marca las directrices de dicho Registro y su desarrollo reglamentario fue aprobado por el RD 1828/1999.

El artículo 1 del Reglamento define el Registro de Condiciones Generales de la Contratación:

> «*El Registro de Condiciones Generales de la Contratación es un Registro de trascendencia jurídica en el tráfico privado, que tiene por objeto la publicidad de las condiciones generales de la contratación y de las resoluciones judiciales que puedan afectar a su eficacia en los términos previstos por la Ley 7/1998, de 13 de abril sobre Condiciones Generales de la Contratación y este Reglamento*».

Por lo que se refiere al contenido del registro, el artículo 2 indica que:

> *«Serán objeto de inscripción en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación:*
>
> *a) Las condiciones generales de la contratación.*
>
> *b) Las ejecutorias en que se recoja el fallo de las sentencias firmes dictadas en el ejercicio de una acción individual de nulidad o no incorporación de condiciones generales, junto al texto de la cláusula afectada.*

c) Las ejecutorias en se recoja el fallo de las sentencias firmes dictadas en el ejercicio de una acción colectiva de cesación, retractación o declarativa de condiciones generales, junto con el texto de la cláusula afectada.

d) La persistencia en la utilización de cláusulas declaradas judicialmente nulas acreditada suficientemente al Registrador».

Este Registro se organiza constituyendo una Sección del Registro de Bienes Muebles y se integra por los Registros Provinciales y el Central.

Respecto de la competencia, las condiciones generales de los contratos y los mandamientos y ejecutorias relativas a resoluciones judiciales se inscribirán en el Registro correspondiente al domicilio social o profesional del predisponente o, en su defecto, al del establecimiento principal donde dirija y gestione fundamentalmente sus negocios.

La inscripción en el Registro es voluntaria, salvo que se trate de un sector específico de la contratación impuesto por el Gobierno.

Los Registros Provinciales llevarán los siguientes Libros:

- Libro Diario de presentación.
- Libro de Depósito y demás inscripciones y anotaciones.
- Índice de profesionales.

Las condiciones generales serán objeto de inscripción mediante el depósito del documento, ejemplar, tipo o modelo en que se contengan sin necesidad de ajustarse a ningún formulario de carácter oficial.

El Registro de Condiciones Generales se llevará por el sistema del folio personal de manera que las condiciones generales se inscribirán, clasificarán y consultarán por razón de la persona del predisponente.

Podrán también ser consultadas por razón de la materia y por sectores específicos de la contratación, a cuyos efectos dentro de las condiciones generales del mismo predisponente se clasificarán por razón de la materia asignando a cada una la misma denominación o nombre identificativo que hubiera utilizado aquél.

Los asientos en el diario de presentación tendrán una vigencia de quince días hábiles. La presentación podrá realizarse en cualquiera de los Registros de la Propiedad, Mercantiles o de Bienes Muebles de España.

Los modelos se presentarán por duplicado junto con solicitud suscrita por el profesional que las utilice o recomiende. También podrá presentar los modelos cualquier persona que se hubiera adherido a algún contrato que las contenga, siempre que conste la autorización para ello por el predisponente en el mismo mediante escrito suscrito por él o su representante, que el Registrador archivará. Con idénticos requisitos podrá efectuar el depósito cualquier entidad legitimada para ejercitar las acciones colectivas, declarativas, de cesación o retractación.

A falta de conformidad del predisponente, sólo podrán ser objeto de depósito las condiciones en virtud de ejecutoria de la sentencia firme estimatoria de una acción declarativa, de cesación o retractación; entre tanto, se tomará anotación preventiva de demanda si el juez, a instancia del interesado, así lo ordena. Cuando se trate de resoluciones judiciales, la presentación deberá acompañarse de mandamiento por duplicado. Uno de los ejemplares se devolverá al juez que lo hubiera librado, con nota de haberse practicado el depósito, y el otro se archivará.

El Registrador practicará asiento de presentación y devolverá al presentante uno de los ejemplares con nota acreditativa de la presentación efectuada.

También cabe la presentación por vía telemática.

El Libro de depósitos de las condiciones generales será de hojas móviles y deberá elaborarse por procedimientos informáticos o sustituirse por ficheros manuales o archivos informáticos, en cuyo caso deberán recogerse todas las circunstancias exigidas por la Ley y su reglamento de desarrollo.

A cada predisponente se le asignará un número correlativo, y cada folio irá precedido por dicho número y subnumerado correlativamente dentro de aquél, haciendo constar además del nombre del predisponente el tipo de asiento practicado, denominación identificativa de las condiciones generales, traslado literal de estas, datos de presentación en el diario, fecha de depósito y datos del legajo o archivo informático donde se contengan los modelos.

El Registrador de condiciones generales llevará un índice por orden alfabético y por procedimientos informáticos en el que se incorporará, al menos, la identificación del predisponente y un extracto de los diferentes

asientos practicados relativos al mismo en el libro depósito de condiciones generales, con indicación del libro, folio y asiento de que se trate.

El artículo 15 del Reglamento se refiere a la persistencia en la utilización de cláusulas nulas, indicando que podrá ser objeto de inscripción separada en el Registro, mediante el depósito, a instancia de cualquier adherente legitimado para interponer acciones colectivas, del ejemplar del contrato en que aparezcan tales cláusulas siempre que previamente se haya inscrito la sentencia firme de nulidad y se acredite al Registrador suficientemente por cualquier medio admitido en Derecho la persistencia en dicha utilización.

En cuanto a los efectos de la inscripción dispone el artículo 17 que las acciones colectivas de cesación y retractación prescriben por el transcurso de dos años desde la fecha en que se practicó la inscripción de las condiciones generales cuya utilización o recomendación pretenden hacer cesar; que las sentencias firmes obtenidas en ejercicio de acciones colectivas deberán inscribirse conforme al artículo 22 de la Ley y vincularán a los jueces y tribunales en ulteriores procesos en los términos previstos en su artículo 20, siempre que en el proceso sea parte el mismo predisponente. En este sentido, el artículo 18 de la Ley dispone que en las acciones de cesación, retractación o declarativas, cualquiera que sea su cuantía, se admitirá siempre el Recurso de Casación ante el Tribunal Supremo y que, el artículo 20 de la misma Ley establece que la Sentencia dictada en dicho Recurso, una vez que constituya doctrina legal, vinculará a todos los jueces en los eventuales procesos ulteriores en que se inste la nulidad de cláusulas idénticas a las que hubieran sido objeto de la referida Sentencia y siempre que se trate del mismo predisponente. Y que los Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles no autorizarán ni inscribirán aquellos contratos o negocios jurídicos en los que se pretendan contener o incluyan cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales.

Se prevé que, previamente a la interposición de las acciones colectivas de cesación, retractación o declarativas, podrán las partes someter la cuestión ante el Registrador Provincial competente para que, en el plazo de quince días hábiles, dictamine sobre la adecuación de las cláusulas a la legalidad. El dictamen podrá consistir en proponer a las partes una redacción alternativa de todas o alguna de las cláusulas

controvertidas o en determinar el alcance o interpretación de alguna de ellas. También podrá someterse a dictamen, sin efecto de conciliación, la calificación de la validez de las condiciones generales.

III. CARACTERÍSTICAS DEL REGISTRO DE BIENES MUEBLES

De todas las fuentes legales que hemos ido enumerando se deduce:

• Que el Registro de Bienes Muebles es un registro de titularidades y gravámenes sobre bienes muebles, así como de condiciones generales de la contratación y que, dentro de cada una de las Secciones que lo integran, se aplicará la normativa específica reguladora de los actos y derechos inscribibles que afecten a los bienes, o a las correspondientes condiciones generales de la contratación (Disposición Adicional Única párrafo 2.° del Real Decreto 1828/1999, de 3 de diciembre).

La calificación del Registro de Bienes Muebles como un registro de titularidades y gravámenes parece recoger la posición doctrinal mantenida por diversos tratadistas, entre ellos de Vallet de Goitisolo, de que el Registro de la Propiedad Inmobiliaria es un registro de títulos en sentido material, lo cual, si bien es cierto, ya que son los títulos los que acuden al registro, lo que en realidad se inscribe es la mutación jurídico-real contenida en ellos en cuanto al dominio y los derechos reales. Quizás tal calificación de registro de titularidades y gravámenes haya querido justificar la entrada en el Registro de Bienes Muebles de los derechos personales amparados por la Ley de Venta a Plazos en los que no hay tales modificaciones jurídico-reales.

En definitiva, esta disposición adicional única marca el modo de operar en el Registro de Bienes Muebles, consistente en que el *folio real* de cada una de sus cinco secciones primeras y en el *folio personal* de la sexta se inscribirán los distintos actos y derechos inscribibles a los que se aplicará su normativa específica, es decir, para los buques y aeronaves, los preceptos contenidos en el Reglamento del Registro Mercantil; para las hipotecas mobiliarias y prendas sin desplazamiento, las normas de su legislación especial, y para las ventas a plazos las disposiciones de L. V. P. y de su ordenanza.

• Que las Secciones que integran dicho Registro son las siguientes (según el párrafo 1.º de la DA citada):

1. Sección de Buques y Aeronaves.
2. Sección de Automóviles y Otros Vehículos de Motor.
3. Sección de Maquinaria industrial, establecimientos mercantiles y bienes de equipo.
4. Sección de Otras garantías reales.
5. Sección de Otros bienes muebles registrables.
6. Sección de Registro de Condiciones Generales de la Contratación.

En la disposición transitoria de la ordenanza, la sección cuarta se titula «De garantías reales sobre derechos de propiedad intelectual e industrial», lo que aclara su contenido, pues algunos tratadistas estiman inscribibles en esta sección las afecciones a favor de entidades bancarias a que se refiere el artículo 35 de la ordenanza, que sólo deben inscribirse en el Registro Central, en un libro especial para ellas.

• Que al integrarse el Registro de Ventas a Plazo en el Registro de Bienes Muebles y servirle de modelo, a las cinco primeras Secciones de este último registro le son aplicables los principios hipotecarios recogidos en la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles (artículo 15) y en su Ordenanza (artículos 24 a 30).

En cuanto a la sección sexta creo que sólo deben aplicarse las normas relativas al principio de legitimación contenidas en la LVP y su ordenanza.

• Que la demarcación del Registro de Bienes Muebles, en cuanto a los registros provinciales quedará centrada en las capitales de provincia, ostentando el Registrador Mercantil su titularidad, a excepción de aquellas provincias en que el Registro de Buques está ubicado en otra localidad provincial, ya que en estos casos la Sección 1. a respecto de los buques será llevada por el Registrador de buques y el resto de las Secciones por el Registrador Mercantil. Respecto a las aeronaves, su inscripción se efectúa en el Registro Central, integrado por dos Secciones: Bienes Muebles y Condiciones Generales.

• Que la competencia estará determinada por las normas establecidas en la Disposición Transitoria de la Ordenanza del Registro de Ventas a Plazo, a que ya nos hemos referido.

• Que los libros del Registro de Bienes Muebles son fundamentalmente tres:

l. Libro Diario.
2. Libro de Inscripciones y Depósitos.
3. y además, en el Registro Central, el Libro Especial para las Afecciones de Créditos No Hipotecarios Constituidas en favor del Banco de España, del Banco Central Europeo o de los Bancos Centrales de los Estados Miembros de la Unión Europea, a que se refiere el artículo 35 de la Ordenanza reguladora del Registro de Venta a Plazos

• Que existirá una intercomunicación telemática entre los Registros Provinciales y con el Central para la transmisión de datos con vistas a la publicidad formal. Dicha publicidad formal será general para las condiciones generales de la contratación y restringida a interesados, con una amplia especificación determinada en el artículo 31 de la Ordenanza, para las ventas a plazos; y se realizará por medio de notas simples y certificaciones.

• Que en el Registro de Bienes Muebles y sus libros de inscripciones el folio será real para todas las Secciones, menos para la 6.a en que será personal. A cada bien mueble se le asignará en su Sección número correlativo, y a los asientos que se practiquen una subnumeración. En la Sección de condiciones generales de la contratación igualmente a cada profesional predisponente se le asignará un número con la consiguiente subnumeración de los asientos que se practiquen. En los asientos practicados en los libros de inscripciones, que serán un breve resumen del documento que los origina, se hará referencia a los datos del documento respecto de su depósito.

• Que, en cuanto a los efectos del Registro de Bienes Muebles, es preciso distinguir entre las cinco primeras Secciones y la 6.ª En las primeras se producen los efectos que se derivan de los principios hipotecarios que le resultan de aplicación. Por el contrario, respecto de la Sección de condiciones generales, los efectos que se producen son beneficiosos para el profesional proponente que las inscribe pues, transcurridos dos años desde la inscripción (o, mejor dicho, desde su

asiento de presentación) prescriben las acciones colectivas que frente a él pudieran ejercitarse; y, en cuanto a los adherentes, ya sean consumidores o no, o sean profesionales que actúen fuera de su campo de actuación, se les dota de medios para que puedan luchar frente a las cláusulas ilegales y conseguir su eliminación.

IV. EL REGISTRO DE BIENES MUEBLES COMO AGRUPACIÓN DE OTROS

Como acabo de expresar, el Registro de Bienes Muebles se forma con la agrupación de cuatro registros que antes funcionaban con independencia, dejando a parte el Registro de Condiciones Generales de la Contratación cuya inclusión es meramente coyuntural para aprovechar la estructura del nuevo registro formado. De los cuatro registros antiguos, ahora fusionados, el Registro de Buques y el de Aeronaves tienen una formación netamente ajustada a los principios hipotecarios, con las consiguientes variantes derivadas de la gran movilidad de sus objetos; es decir, se trata de dos registros cuyo fin es la inscripción del dominio y los derechos reales referente a los buques y aeronaves, basados en documentación auténtica y con inscripción obligatoria, por lo que soportan bien la fusión realizada.

Con los otros dos registros no ocurre lo mismo, pues al tratarse de registros de cargas, sus características de temporalidad y único efecto jurídico de oposición a tercero se resisten a la unificación.

En cuanto al Registro de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento, a pesar de ser un registro de cargas, su integración al registro de bienes muebles era relativamente fácil pues las cargas objeto de inscripción eran la hipoteca y la prenda, ambos derechos reales, y su inscripción estaba basada en documentos públicos. Bastaba establecer la previa inscripción del bien mueble a favor de la persona que otorgue los títulos de constitución de la hipoteca mobiliaria o de la prenda sin desplazamiento, a lo que no se oponía el articulo 68 del reglamento que «*no la estimaba necesaria*», y que incluso la disponía para el caso de aeronaves, de conformidad con lo dispuesto en el Registro de Aeronaves, que establece su inscripción como obligatoria, y además suprimir la caducidad de los asientos, cosa indispensable al pasar de un registro de

cargas a un registro de bienes. Con ello se conseguiría la previa inmatriculación del dominio, imprescindible en este último tipo de registro.

En cambio en el Registro de Venta a Plazos la cuestión era más complicada. Este registro se creó para dar seguridad a la venta de bienes muebles a plazos, dando publicidad mediante dicho registro a las reservas de dominio y prohibiciones de disponer como lo confirma el articulo 15-1 de la Ley de Venta a Plazos, en que se expresa «*que para que sean oponibles frente a tercero las reservas de dominio o las prohibiciones de disponer que se inserten en los contratos sujetos a la presente ley, será necesaria su inscripción en el registro a que se refiere le párrafo siguiente*» -es decir en el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles. No obstante la ordenanza en su artículo 4 dispone que: «*la reserva de dominio sólo se inscribirá si así se hubiere pactado en el contrato, en tanto que la prohibición de disponer se entiende establecida por ministerio de la Ley y por el hecho de la inscripción, aunque no esté expresamente pactado, siempre que el vendedor o el financiador en su caso no autoricen la libre enajenación del objeto vendido*».

Esto quiere decir que puede haber contratos inscritos sin reserva de dominio y sin la prohibición de disponer, con lo cual el registro no tendría el objeto previsto en el artículo 15-1 de la Ley.

A mi juicio, el objeto de la leyes proteger mediante su publicidad los derechos inscritos -especialmente a favor de los vendedores y financiadores- y el modo de conseguirlo fue la inscripción de la compraventa en el Registro de Venta a Plazos, con lo cual las acciones de cobro del precio y en su caso la acción de resolución derivadas de la compraventa --establecidas para los contratos sinalagmáticos en el artículo 1124 y concordantes del CC-, a pesar de su carácter personal, podrían oponerse a tercero.

Para comprender las dificultades que surgen de la incorporación del Registro de Venta a Plazos al Registro de Bienes Muebles hay que partir de una previa distinción entre los meros registros de cargas y los registros de bienes, con aplicación de todos los principios hipotecarios tomados de la ley hipotecaria aplicables a los bienes inmuebles.

En los registros de cargas rige únicamente el principio de oponibilidad a tercero, que se basa en que la inscripción de la carga no

puede ser desconocida por terceros a quienes perjudica por el solo hecho de la publicidad de que la inviste su inscripción.

En cambio en los registros de bienes se aplican todos lo principios hipotecarios recogidos en la Ley Hipotecaria y, muy especialmente en su artículo 34 que contiene el principio de fe pública.

En la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles se recogieron una serie de principios hipotecarios derivados del principio de legitimación sólo amparados por una presunción «*juris tantum*» --es decir que admite prueba en contrario-, pero no se incluyó el principio de fe pública cuya aplicación origina las llamadas adquisiciones a «*non domino*», que están protegidas por una presunción «*iuris et de iure*» y que es básico en todos los sistemas hipotecarios y que garantiza por si solo el tráfico de bienes, y que implica un registro exacto e íntegro.

Posteriormente, la Ordenanza para el Registro de Venta a Plazos aprobada por RD de 19 de diciembre de 1999, influenciada por su integración en el Registro de Bienes Muebles (como lo dispuso en su Disposición Transitoria Primera), dio un paso más y agregó a los principios hipotecarios recogidos en el artículo 15 de la Ley de Ventas a Plazos el principio de fe pública en su articulo 29, que dispone que «*la inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes. No obstante quién adquiera a título oneroso y de buena fe algún derecho susceptible de inscripción en el Registro de Ventas a Plazos de Bienes Muebles, de quien según el propio registro sea titular con facultades de disposición será mantenido en su adquisición aunque posteriormente se anule o resuelva el derecho del transmitente por causa que no conste en el registro. La buena fe se presume*».

Este principio es perfectamente aplicable a los otros tres registros integrados en el Registro de Bienes Muebles. En cuanto al Registro de Buques y al de Aeronaves, ya lo tenían incorporado a la legislación que lo regula, y en cuanto al Registro de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento no habría obstáculo desde el momento que a la inscripción de los derechos de hipoteca y prenda les precediera la inscripción del título de adquisición del bien por el constituyente de la carga, cosa que ya hemos dicho no se prohíbe, en su legislación específica.

Pero en cuanto al Registro de Venta Plazos, la aplicación es improcedente hipotecariamente hablando y además puede resultar

peligrosa y desde luego perturbadora. En efecto: para la aplicación del principio de fe pública se requiere un registro completo que comience por la primera inscripción de inmatriculación del dominio del bien que será seguida por las transmisiones de dicho dominio y de las cargas que sobre el mismo se impongan. Sólo así podrá aplicarse el artículo 29 de la Ordenanza.

Pero es que la Ley de Venta a Plazos no dispone la inscripción del dominio, por lo que sus inscripciones no hablan de él, aunque lo presupongan, y es absolutamente necesaria una publicación completa - previa calificación registral del título dominical del vendedor a plazos y de los financiadores que se apoyen en él-o Si no existe tal publicación, las acciones de nulidad, de resolución ni ninguna otra que deriven del título deberían perjudicar a tercero, al no estar publicadas, sino sólo las que derivaran exclusivamente de la venta a plazos o de su financiación, que es únicamente lo que es objeto de la inscripción. Por eso creo que el principio de fe pública no se puede aplicar al Registro de Ventas a Plazos pues una aplicación parcial del mismo lo desnaturalizaría.

También hay que tener presente que la Ordenanza, al agregar en su artículo 29 el principio de fe pública a los demás principios hipotecarios recogidos en el artículo 15 de la Ley de Ventas a Plazos de Bienes Muebles, ha sobrepasado sus facultades puramente reglamentarias, pues se trata de una modificación fundamental a dicha Ley, que ha debido ser recogida en otra ley y no en una simple Orden Ministerial. Aquí se repite la historia, pues cuando la antigua Ordenanza de 12 de noviembre de 1982 recogió en su articulado los principios hipotecarios que no estaban incluidos en la Ley 50/65 de 17 de julio, la doctrina puso de manifiesto que tales principios carecían de cobertura legal, por lo que han sido recogidos en la vigente Ley de Venta a Plazos, que no ha incluido entre ellos el principio de fe publica registral, que luego ha sido establecido en el artículo 29 de la vigente Ordenanza, aprobada también por Orden Ministerial, por lo que igualmente carece de cobertura legal.

Ya en sus tiempos el célebre Conde de Romanones decía a los políticos «Haced las leyes, que yo luego haré su reglamento», en el que, sin pasar por los órganos legislativos, modificaba a su antojo la ley a que correspondía.

La Ordenanza ha seguido el criterio contrario, es decir el de inclusión del principio de fe pública, tratando de forzarla a través de su articulado. El artículo 24 párrafo 2 expresa que se presumirá que el arrendador con contrato inscrito y el favorecido con la reserva de dominio, sea el vendedor o el financiador, tiene la propiedad del bien. Y por último el artículo 29, ya relacionado, formula el principio de fe pública.

La presunción del artículo 24 es en principio «*juris tantum*» y carece de fundamento jurídico, pues es totalmente gratuita, ya que le falta la previa inscripción del dominio a favor del arrendador o del favorecido con la reserva de un dominio que no ha justificado.

Ello carecería de importancia pues siempre cabe su impugnación mientras que no exista un tercer adquirente a título oneroso, pero en cuanto éste aparezca, por aplicación del principio de fe pública consagrado en el artículo 29 de la misma ordenanza la posición de este último es inexpugnable, lo que puede originar expoliaciones totalmente intolerables.

En su artículo 15.2, la Ordenanza al tratar de la inscripción de los bienes en el Registro de Venta a Plazos especifica que el primer asiento será de «*inmatriculación del bien*». En esta calificación, que estimo como un último esfuerzo para justificar la aplicación del principio de fe pública, no debería dar lugar a equívocos. Es indudable que la primera inscripción de un bien mueble en el Registro de Venta a Plazos es de inmatriculación en el sentido adjetivo de la palabra, pero, en el sentido jurídico-hipotecario que es al que hay que atender en un registro jurídico en el que se aplican principios hipotecarios, sólo cabe hablar de «*inmatriculación*» en el caso del ingreso o acceso de un bien a la vida registral efectuada por una primera inscripción del dominio del mismo a favor del inmatriculante.

En este sentido, no cabe hablar de «*inmatriculación*» como aplicable a las primeras inscripciones del Registro de Venta a Plazos. La prueba más evidente de ello estriba en que, ni al tratar de las circunstancias de los modelos oficiales de los contratos inscribibles (artículo 11 de la Ordenanza), ni de las circunstancias de las inscripciones (artículo 15), se hace la más mínima alusión al título del vendedor.

V. CRÍTICA

En la creación del Registro de Bienes Muebles hay que criticar la dispersión de sus fuentes, contenidas en tres disposiciones adicionales de la Ley 28/1998, de 13 de julio de Venta a Plazos de Bienes Muebles, en la disposición transitoria de la Orden de 19 de julio de 1999 que aprobó la Ordenanza reguladora del mismo Registro y, por último, en la disposición adicional única del Real Decreto 1828/1999, de 3 de diciembre, de aprobación del Reglamento del Registro de Condiciones Generales de la Contratación.

De ellas, la más importante es la última, que crea el Registro de Bienes Muebles, da unas normas para su funcionamiento y establece que en lo no previsto se estará, en cuanto sea aplicable, a lo dispuesto en la Ordenanza del Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles, en el Reglamento del Registro Mercantil y en el Reglamento Hipotecario. Adicionalmente, indica que el Ministerio de Justicia, a través de la Dirección General de los Registros y del Notariado, dictará las disposiciones necesarias para resolver cuantas cuestiones se susciten en la aplicación del Real Decreto en orden al funcionamiento del Registro de Bienes Muebles.

La parquedad de las disposiciones dará trabajo a particulares y profesionales del Derecho relacionados con el Registro. Nuestra formación cartesiana y la importancia de la institución nos inducían a creer en la necesidad de la publicación de una Ley del Registro de Bienes Muebles y de un posterior Reglamento de aplicación pero, al parecer, razones de urgencia y de economía administrativa han determinado la constitución del Registro de Bienes Muebles a retazos y su creación en una disposición adicional de un Real Decreto que poco tiene que ver con los bienes muebles y su registración. Menos mal que actualmente disponemos de una tecnología avanzada que permite a los particulares localizar al instante las normas jurídicas, porque en tiempos anteriores tal amalgama normativa habría originado numerosos problemas de aplicación práctica.

Además, a poco de entrar en vigor el Registro de Bienes Muebles ya la Dirección General de los Registros y el Notariado, en 11 de abril de 2000 ha dictado una Resolución aclaratoria del funcionamiento de dicho registro, y creo que no será la última. Entiendo que la publicación de un reglamento es indispensable

Por otra parte, la suma de elementos heterogéneos está vetada en las matemáticas y creemos también que en el Derecho, ya que a resultas de ella nos vamos a encontrar en cada folio real con inscripciones de lo más variadas y originales, como por ejemplo en la correspondiente a buques con hipotecas navales constituidas en documento público junto a ventas a plazos de dichos buques pactadas en documentos privados entre otras.

También la existencia de derechos personales, a los que no sólo se aplica el principio de oponibilidad sino además el de fe pública, originará problemas. Pensemos en una venta a plazos por un no titular, cosa bastante posible sobre todo en bienes no sujetos a inscripción en los denostados registros administrativos. Ello obligará a todo titular de un bien mueble a conseguir la inscripción de su bien en el registro ante el temor a una adquisición a «*non domino*» que le despoje de su bien. Esto puede producir una conmoción en el tráfico de bienes muebles, actualmente regida por el artículo 464 del Código Civil.

Estimo que no hay inconveniente en la inscripción de derechos personales, siempre que a los mismos se aplique sólo el principio de oponibilidad a terceros. En el Registro de la Propiedad Inmobiliaria se inscriben algunos de ellos como los arrendamientos de bienes inmuebles pero a nadie se le ha ocurrido pensar que un adquirente del derecho de arrendamiento pueda estar protegido por el principio de fe pública, cuando su inscripción sólo pretende oponerse al principio de que «*venta quita renta*».

Creo que el edificio del Registro de Bienes Muebles debiera haberse construido sobre la base del Registro de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento; la obra hubiera quedado mejor y con más limpieza en cuanto a los principios hipotecarios y con más claridad en cuanto a la determinación por cualidades de bienes que se hace en dicho registro y no por su valor. La actual Ley de Venta a Plazos no fija tope máximo al valor de los bienes inscribibles pero sí al valor mínimo, remitiendo su cuantificación a su posterior desarrollo legal. Este criterio del valor es mucho más indeterminado, pues está sujeto a fluctuaciones en el tiempo y en el espacio, lo que puede dar lugar a confusiones e incertidumbres.

Basado el Registro de Bienes Muebles en el Registro de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento, y agrupados con él los Registros

de Buques y Aeronaves, quedarían fuera, como independientes, el Registro de Venta a Plazos y el Registro de Condiciones Generales de la Contratación. Con ello se respetaría sin modificaciones el Registro de Venta a Plazos, al que siempre perjudicarán en su misión de garantizar temporalmente las ventas a plazos de bienes muebles y su financiación, que hacen de este registro un modelo perfecto para lo que con él se persigue. ¡No hagamos malabarismos con él! pues como decía nuestro querido profesor D. Manuel Jiménez Fernández «*Las cosas son como son y no como nosotros queremos que sean*».

Ello, no obstante, hay que tener en cuenta que el funcionamiento del Registro de Venta a Plazos, como independiente del Registro de Bienes Muebles, originaría colisiones entre uno y otro en cuanto a la preferencia de las titulaciones, problema que ya se planteó con anterioridad entre el Registro de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento y el mismo registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles, y que trataron de resolverse mediante comunicaciones previas entre ambos registros.

Como este tipo de comunicaciones, además de afectar a la seguridad, entorpecería la marcha de los registros ocasionando retrasos que hoy se tratan de evitar, y que el Registro de Venta a Plazos está incorporado de derecho al Registro de Bienes Muebles, creo que el problema podría solucionarse mediante la no aplicación del artículo 24 de la Ordenanza, a las titulaciones que se inscriban en el Registro de Bienes Muebles y que estén regidas por la legislación de venta a plazos. Con ello se evitaría el forzamiento de los principios hipotecarios, ya que este criterio es análogo al seguido en el Registro de la Propiedad Inmobiliaria en cuanto a los arrendamientos de bienes inmuebles, que pueden inscribirse en él, pero a cuyas inscripciones no se aplica el Principio de Fe Pública.

De esta forma, se evitarían los problemas que anteriormente he planteado.

Para esta solución que propongo podría aprovecharse el futuro Reglamento del Registro de Bienes Muebles, ya que no es contraria a la Ley de Venta a Plazos, que no incluye entre los principios que enumera en el artículo 15 el Principio de Fe Pública Registral.

De todas formas las construcciones que hagamos sobre el Registro de Bienes Muebles para dar seguridad a los bienes y para fundamentar en ellos el crédito, resultarán minusvaloradas por los acreedores que sólo

acudirán a ellos en último extremo, dada la dificultad de hacer presa en los mismos debido a su movilidad, que les hace incontrolables a pesar de su identificabilidad.

En mis años de Registrador en activo he llevado la titularidad del Registro de Hipoteca Mobiliaria y de Prenda sin Desplazamiento, y pude comprobar que se podían contar con los dedos de las manos los contratos inscritos en él.

A lo largo de estos años observo una tendencia a pasar del Registro de la Propiedad tradicional, con toda su claridad y seguridad probada en casi siglo y medio de existencia, a otros registros basados en el archivo de títulos, quedando las inscripciones reducidas a una breve referencia a dichos títulos, a modo de un mero índice. De seguir así, llegaremos de nuevo a las antiguas contadurías de hipotecas, más modernizadas pero con sus mismos defectos, que dieron origen al actual sistema hipotecario que dio certidumbre al dominio y a los demás derechos reales, asentando sobre sólidas bases el crédito territorial, como anunció la prodigiosa Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria.

Ello me hace recordar la letra de un antiguo fandango de Huelva aprendida en mi juventud: «*agua dulce por salobre - cambiaste el sol por la luna - agua dulce por salobre - naranja y media por una - la plata fina por cobre - y el mar por una laguna*».

¡Pues eso!

ALGUNAS CUESTIONES EN TORNO A LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN

PEDRO LUIS SERRERA CONTRERAS

Ponencia presentada
en la Sesión Privada de la Academia
(Diciembre de 2002)

SUMARIO: I.-Con relación al Derecho administrativo. 1. Evolución de la responsabilidad de contratistas y concesionarios. 2. Tratamiento en la Ley de Contratos de las Administraciones públicas de 1.995. 3. El giro en el Texto Refundido de la Ley de Contratos, año 2.000. 4. Jurisprudencia sobre el orden jurisdiccional competente. 5. Inexistencia de solidaridad. II.-Con relación al Derecho penal. 1. Inexistencia de responsabilidad administrativa en las faltas. 2. Jurisprudencia correctora del TS. 3. Apoyo de dicha jurisprudencia. III. -Con relación al deslinde jurisprudencial. 1. Un auto discutible de la Sala de Conflictos. 2. Argumentos en pro de la postura que se defiende.

I. CON RELACIÓN AL DERECHO ADMINISTRATIVO

1. Evolución de la responsabilidad de contratistas y concesionarios

En materia de responsabilidad de la Administración supuso un paso formidable en nuestro derecho la aún hoy vigente Ley de Expropiación Forzosa de 16 de Diciembre de 1.954. Ésta regulaba además la responsabilidad de los concesionarios. Así en el apartado 2 del arto 121 establecía: «En los servicios públicos concedidos correrá la indemnización a cargo del concesionario, salvo en el caso en que el daño tenga su origen en alguna cláusula impuesta por la Administración al concesionario y que sea de ineludible cumplimiento para éste».

El procedimiento para exigir tal responsabilidad venía en el arto 123 de dicha ley: «Cuando se trate de servicios concedidos, la reclamación se dirigirá a la Administración que otorgó la concesión, en la forma prevista en el párrafo 2 del arto 122, la cual resolverá tanto sobre la procedencia de la indemnización, como sobre quién debe pagarla, de acuerdo con el párrafo 2 del arto 121. Esta resolución dejará abierta la vía

contencioso-administrativa, que podrá utilizar el particular o el concesionario, en su caso».

El Reglamento a la Ley de Expropiación Forzosa, de 1.957, regulaba en el arto 134 el procedimiento para la exigencia de responsabilidad a la Administración. Cuando se tratara de servicios concedidos el arto 137 se remitía a aquél e introducía estas especialidades: «A) El. lesionado deberá presentar una copia simple de su reclamación y de cuantos documentos acompañe. B) Presentado su escrito, se dará traslado de la copia al concesionario para que en el plazo de 15 días exponga lo que a su derecho convenga y aporte cuantos medios de prueba estime necesarios».

No contemplaba la Ley de Expropiación el supuesto de la responsabilidad del contratista de obras públicas. Fue el Reglamento a la Ley de Contratos del Estado de 25 de Noviembre de 1.975 el que dedicaba a la cuestión el arto 134.

«Será de cuenta del contratista indemnizar todos los daños que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución de las obras.

Cuando tales perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración, será ésta responsable dentro de los límites establecidos en la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado. También será ésta responsable de los daños que se causen a terceros como consecuencia de vicios del proyecto.

Las reclamaciones de los terceros se presentarán, en todo caso, en el término de un año, ante el órgano de contratación que decidirá en el acuerdo que dicte, oído el contratista, sobre la procedencia de aquéllas, su cuantía y la parte responsable. Contra su acuerdo podrá interponerse recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa».

Como puede apreciarse, los regímenes del concesionario y del contratista son enormemente parecidos. Son ellos los que responden en principio. Lo hará la Administración si el daño se debe a una cláusula impuesta por ella (caso del concesionario) o a una orden que haya dado (supuesto del contratista). En caso de este último, también responde la Administración de los vicios del proyecto, pues fue ella quien lo elaboró.

No entramos ahora en el tema de la jurisdicción competente para entender de estas reclamaciones, donde la unidad de fuero que impuso la Ley Jurisdiccional de 1.956 fue alterada por la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1.957.

A pesar de los valiosos precedentes que hemos mencionado, la Ley 30/1.992 sobre el procedimiento administrativo común guardó un total silencio sobre la responsabilidad de contratistas y concesionarios. Tanto más extraño cuanto que en esa materia de la responsabilidad es donde era más clara la competencia estatal para regularla.

El hueco fue llenado en cierta forma por el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial. El texto de 26 de Marzo de 1.993 alude al tema en el apartado 3 del arto 1 que regulaba el ámbito.

«Se seguirán los procedimientos previstos en los capítulos II y III de este Reglamento para determinar la responsabilidad de las Administraciones Públicas por los daños y perjuicios causados a terceros durante la ejecución de contratos, cuando sean consecuencia de una orden directa e inmediata de la Administración o de los vicios del proyecto elaborado por ella misma, con arreglo a la legislación de contratos de las Administraciones Públicas, sin perjuicio de las especialidades que, en su caso dicha legislación establece. En todo caso se dará audiencia al contratista, notificándole cuantas actuaciones se realicen en el procedimiento, al efecto de que se persone en el mismo, exponga lo que a su derecho convenga, y proponga cuantos medios de prueba estime necesarios».

El precepto para nada se ocupa de los servicios concedidos. Es más, al referirse a los contratos, para nada alude a los supuestos en que quien es responsable es el contratista, que son los que justifican esa intervención que al mismo se da en el procedimiento, y a la que en cierta forma incongruentemente, sí se refiere el texto. Ante todo ello habrá que pensar que seguían vigentes los textos sobre el concesionario y el contratista expuestos al principio, puesto que nada se regulaba en sentido contrario en la nueva legislación. Y esa vigencia tanto en cuanto al fondo como en cuanto al procedimiento.

2. Tratamiento en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 1.995

Sí que supone nueva regulación sustantiva la que introduce la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 18 de Mayo de 1.995. Porque se ocupa de la responsabilidad del contratista tanto en el contrato de obras, como en el de gestión del servicio público o en el de elaboración de proyectos.

En este último caso el arto 219 de la Ley establecía la responsabilidad del contratista «por defectos o insuficiencias técnicas del proyecto, o por los errores materiales, omisiones e infracciones de preceptos legales o reglamentarios, en que el mismo haya incurrido, imputables a aquél...». Si el Reglamento de la Ley de Contratos de 1.975 hacía responder a la Administración por los vicios del proyecto, por ser ella quien lo elaboraba, es lógico que aquello cargara sobre el contratista cuando fue éste el autor de tal proyecto.

En el caso del contrato de gestión de servicios públicos el régimen legal resulta bastante general. Conforme al arto 162, letra c), responde de los daños el contratista «excepto cuando el daño sea producido por causas imputables a la Administración». En realidad es esto puro derecho común, de ahí que habláramos de generalidad.

Finalmente y con relación al contrato de obras, el arto 98 de la ley reitera el sistema tradicional. Responde en principio el contratista. Pero el apartado 2 establece que responde la Administración cuando el daño se debiera de forma inmediata y directa a una orden de aquélla, o chupando sea consecuencia «de los vicios del proyecto elaborado por ella misma en el contrato de obras o en el de suministro de fabricación».

Si en la parte sustantiva no han aparecido novedades hasta ahora, sí las introduce en materia procedimental el arto 98 en sus apartados 3 y 4 y dentro del contrato de obras.

«Los terceros podrán requerir previamente, dentro del año siguiente a la producción del hecho, al órgano de contratación para que éste, oído el contratista, se pronuncie sobre a cuál de las partes contratantes corresponde la responsabilidad de los daños. El ejercicio de esta facultad interrumpe el plazo de prescripción de la acción civil.

La reclamación de aquellos se formulará, en todo caso, conforme al procedimiento establecido en la legislación aplicable a cada supuesto».

Poco después de publicarse tal norma se ocupó el que suscribe del problema de ante qué orden jurisdiccional tendría que plantear el tercero perjudicado su reclamación frente al contratista. Porque parecía que esa reclamación previa contra la administración era puramente potestativa y que al hablarse de acción civil, los tribunales que habían de entender eran los ordinarios.

No fue esa nuestra opinión. La acción civil podía entenderse como equivalente a acción indemnizatoria. La reclamación ante la Administración era necesaria si luego se quería acudir al contencioso-administrativo. Y sobre todo, dividir los órdenes jurisdiccionales según se demandase a la Administración o al contratista encerraba el grave riesgo de dividir la continencia de la causa en unos asuntos donde el deslindar las responsabilidades no era nunca tarea fácil. En definitiva, manteníamos la plena vigencia del procedimiento que la Ley de Expropiación Forzosa establecía para los concesionarios y el Reglamento de Contratos de 1.975 para los contratistas.

Esta opinión no fue compartida por toda la doctrina. Concretamente en el núm. 143 de la Revista de Administración Pública aparece un precioso artículo de la profesora de Sevilla Concepción Horgué donde mantiene que de esa reclamación frente al contratista deben entender los tribunales ordinarios. Al fin y al cabo se trata de una cuestión entre particulares y el arto 98 hablaba claramente de acción civil. No obstante, se reconocía ese posible riesgo de dividir la continencia de la causa.

3. El giro en el Texto Refundido de la Ley de Contratos, año 2.000.

Pasados varios años de aquella cuestión, el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas entendemos que ha venido a solventar aquellas dudas. Ese texto, aprobado por el Real Decreto Legislativo núm. 2 de 2.000 de 16 de Junio, recoge las normas que antes reseñamos para el contrato de obras, de gestión de servicios y de elaboración de proyectos. Sólo que ahora los arts. son los 97, 161 Y 219. En los dos últimos no hay novedad de número.

Pero el párrafo 3 del arto 97, que permite al interesado requerir a la Administración para que ésta se pronuncie sobre quién fuera responsables de los daños, termina ahora diciendo: «el ejercicio de esta facultad interrumpe el plazo de prescripción de la acción». No se habla pues de acción civil, que era uno de los argumentos fundamentales para los que defendían que de la reclamación frente a los contratistas habría de entender el tribunal civil. Por el contrario se ratifica nuestro criterio de que esa acción era indemnizatoria y que de ella había de conocer el orden contencioso-administrativo.

Y al decidir en tal sentido, el Texto Refundido no hacía sino tener en cuenta la importante novedad que en materia de fuero para los asuntos de responsabilidad había introducido la novísima Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

En efecto, dicha ley jurisdiccional de 13 de Julio de 1.998 en el arto 2 letra e) encomienda a ese orden el conocimiento de las cuestiones que se susciten en relación con «la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquéllas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social».

El asunto quedó definitivamente zanjado porque al mismo tiempo la Ley Orgánica 6 de 1.998 de 13 de Julio daba nueva redacción al arto 9 apartado 4 de la LOPJ. Ahora se dice que el orden contencioso administrativo conocerá «asimismo, de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive. Si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional». Al final pues se ha logrado la unidad de fuero que anticipó la Ley de 1.956.

Es más, no puede extrañamos lo anterior cuando el arto 2 de la nueva LJ de 1.998 encomienda a dichos tribunales conocer de las cuestiones relacionadas «con los actos de los propios concesionarios (de servicios públicos) cuando puedan ser recurridos directamente ante este orden jurisdiccional de conformidad con la legislación sectorial correspondiente». Porque si cabe recurrir actos del propio concesionario, mucho más los de la Administración concedente que haya determinado la

responsabilidad de ese concesionario. Y lo mismo cuando lo que haya establecido es que debe responder un contratista de las obras públicas. Por supuesto que exactamente igual cuando lo que la Administración decidiera es que ese concesionario o ese contratista no había incurrido en responsabilidad.

A la vista de todo ello el Texto Refundido de la Ley de Contratos ha consagrado ya la única solución que era coherente dentro de nuestro ordenamiento. Y el suprimir aquella palabra «civil» que adjetivaba a la acción de responsabilidad, estaba dentro de lo que podía realizar el Texto Refundido, el cual quedaba facultado para regularizar y armonizar.

Sólo de esta forma se evita aquel dividir la continencia de la causa que podía darse si la reclamación al contratista se deducía ante los tribunales civiles. División que hubiera sido sangrante y hasta imposible tratándose del contrato de elaboración de proyectos. Porque en éste el art. 219 de la Ley de Contratos en el apartado 2 establecía un tope cuantitativo a la responsabilidad de ese proyectista, superado el cual la indemnización correría de cuenta de la Administración. En este caso aquella opinión que atribuía el conocimiento del asunto a dos órdenes distintos (el civil para el contratista y el contencioso administrativo para la administración) llevaba a consecuencias verdaderamente aberrantes.

4. Jurisprudencia sobre el orden jurisdiccional competente

El criterio que hemos defendido encuentra su respaldo en algunas STS. Es la primera la de 3 de Mayo de 1.999 de la Sala Tercera con ponencia de Peces Morate (RA 4908). Se debatía la responsabilidad en que por demora hubiera podido incurrir el beneficiario de una expropiación forzosa. En tal sentido es decisivo lo que se sienta en el fundamento de derecho tercero.

«Esta Sala ha reconocido en sus sentencias de 11-X-1.991, 25-X-1993 y 10- VI-1.995, que existe idéntica razón para determinarse por la Administración la responsabilidad del concesionario de un servicio público en sentido estricto que para declarar la del beneficiario de la expropiación, que no es sino un concesionario de ésta al asumir un protagonismo material y jurídico de la misma naturaleza que el concesionario de servicios públicos, según se deduce de las facultades que le atribuye el arto 5 del

Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa, por lo que, ante la identidad de situación jurídica, es procedente, en ausencia de norma expresa, aplicar igual régimen jurídico que para los concesionarios de servicios públicos previene el citado arto 123 de la Ley de Expropiación Forzosa».

Más interesante si cabe es la Sentencia de la misma Sala de 8 de Julio del 2.000 y con el mismo ponente (RA 7156). Se debatía la responsabilidad de un contratista que lo era de una Confederación Hidrográfica. La Sala de instancia se abstuvo de conocer, decisión que fue casada por el TS. Aunque se hubiera tratado de una obligación del contratista, la Sala no debió dejar de enjuiciar el fondo del asunto, pues con ello incurrió en un proscrito *non liquet*, dice el TS. Pero la afirmación básica es la del fundamento de derecho tercero.

«Aún aceptando la ambigua tesis de la sentencia recurrida, que parece desviar la responsabilidad por la falta de riego sobre el contratista de la obra, sería la jurisdicción del orden contencioso administrativo la que debería enjuiciar la responsabilidad de éste». «Como hemos declarado en nuestras SS de 9-V-1.989 y 12-II-2.000, la Administración, una vez formulada la reclamación por el perjudicado, ha de resolver. .. tanto sobre la procedencia de la indemnización como sobre quién debe pagada, cuya decisión deja abierta la vía contencioso administrativa al particular o al contratista». «La Administración debió proceder en la forma prevista por el mencionado art. 134 del Reglamento General de Contratación del Estado, y decidir, una vez oído el contratista, sobre la procedencia de la indemnización, su cuantía y la parte responsable, cuyo acuerdo es revisable ante la jurisdicción contencioso-administrativa (SS de 9-V-1.995 y 12-III-2.000)».

Es más, como en aquel caso el contratista no fue llevado al proceso en la primera instancia, el TS afirma que si hubiera sido aquél el responsable, habría que reponer actuaciones para que el mismo fuera emplazado como parte codemandada. Lo que ocurre es que al final el TS decretó la responsabilidad de la Administración porque el daño se había debido a defectos del proyecto, que se mostró ineficaz e insuficiente.

Una tercera sentencia en el mismo sentido es la de la Sala Tercera del TS de 12 de Febrero de 2.000 con el ponente Peces Morate (RA 2172). En ésta lo que se resolvía era un recurso de apelación y lo que se debatía la

responsabilidad de un concesionario del servicio público municipal de abastecimiento de agua y alcantarillado por daños en una vivienda.

La Sala de instancia entendió que era competente la jurisdicción civil. Es más, en ese recurso ni siquiera fue parte el concesionario. Pero en la apelación, este último se limitó a alegar la incompetencia del orden contencioso-administrativo; y es que se dio entrada en la segunda instancia a dicho concesionario dándole traslado de cuantos escritos y alegaciones había formulado el particular perjudicado. Subsanada así la falta, en cuanto al fondo el TS condenó a dicho concesionario a pagar la correspondiente indemnización porque el daño se debió a la incorrecta conservación de la red de agua del municipio y no a una orden expresa o a una cláusula impuesta por la Administración municipal.

Pero lo importante es que el TS entiende competente al orden contencioso-administrativo. En efecto, «en los servicios públicos concedidos la indemnización corre a cargo del concesionario, salvo el supuesto contemplado por los mismos en que responde directamente la Administración., la que aún no siendo ella la responsable, ha de resolver, conforme a los mencionados arts. 123 de la Expropiación Forzosa y 137 de su Reglamento, tanto sobre la procedencia de la indemnización como sobre quién debe pagarla, cuya decisión deja abierta la vía contencioso-administrativa al particular o al concesionario, y así lo ha declarado repetidamente esta Sala, pudiéndose citar por todas la Sentencia de 9 de Mayo de 1.989».

En el mismo fundamento de derecho primero el TS concluye: «El ayuntamiento demandado ... debió proceder en la forma indicada ... una vez oído por 15 días el concesionario permitiéndole aportar los medios de prueba que estimase necesarios y sin perjuicio de la impugnación ante esta jurisdicción de la resolución adoptada, como ha expresado esta Sala, entre otras, en sus sentencias de ll-X-1.991, 25-X-1.993, 10-VI-1.995 y 3-V-1.999».

Es más, curiosamente esta sentencia condena al ayuntamiento en las costas de la primera instancia. Porque desestimó la reclamación del perjudicado alegando que al estar el servicio concedido no le alcanzaba responsabilidad alguna. Pues bien, con ello incumplió el deber que tenía de resolver el asunto en la forma arriba indicada. Y con esa conducta que incide en temeridad, con un incorrecto proceder dio lugar al litigio.

Procede afirmarse pues que las tres sentencias mencionadas, al estar en la misma línea, constituyen verdadera doctrina jurisprudencial.

5. Inexistencia de solidaridad

Con arreglo pues a la normativa vigente para los concesionarios y para los contratistas, la responsabilidad será de éstos o de la Administración según a quien se debiera el daño causado. No encontramos pues base para que siempre hubiera de responder la Administración en una especie de responsabilidad solidaria universal que luego le permitiera repetir contra aquéllos.

Esa solución contraria a la solidaridad es la que se desprende de la STS de 3 de Mayo de 1.999 que es la que citamos primero. Se niega en ella que hubiese tal solidaridad entre la Administración y el beneficiario de la expropiación. Al cual, como vimos antes, se aplica el régimen previsto para el concesionario del servicio público. Sobre ello se añade:

«Si bien tal responsabilidad solidaria ha sido reconocida por la jurisprudencia como forma de resarcimiento por las Administraciones Públicas de los daños y perjuicios causados en supuestos de concurrencia antes de la entrada en vigor de la citada ley (la 30/92), sin embargo no se está en este caso ante la gestión de un servicio público en forma colegiada (conjunta se dice en la redacción actual dada por la Ley 4/1.999 de 13 de Enero), que sería presupuesto para establecer la solidaridad según aquel precepto y esta jurisprudencia».

En el caso concreto había unas responsabilidades del beneficiario de la expropiación y otras del jurado provincial y «al ser posible distinguir las competencias y delimitar las respectivas intervenciones», la Sentencia atribuye a cada uno su parte de responsabilidad.

Esto mismo ha de predicarse en el caso de los concesionarios y en el de los contratistas, pues la normativa aclara cuándo responden ellos de los daños y cuándo la Administración concedente o contratante. Aparte de que la solidaridad no es lo que se presume en nuestro ordenamiento.

Que no existe responsabilidad solidaria de la Administración se desprende también de la STS de 5-VI-2001 (RA 5779) con ponencia de Mateos García. Se trataba de la responsabilidad del concesionario de una autopista. La había declarado el Consejo de Ministros ante reclamación de

un particular cuyo vehículo había sufrido daños al tropezar con obstáculos imprevistos que ocupaban la calzada.

La sentencia niega que para entender de ello fuera competente el orden jurisdiccional civil Invoca el arto 106 de la CE, los 139 Y sigs. de la Ley 30/1.992 Y los 1 y 19 del Reglamento sobre procedimiento en materia de responsabilidad de 26-III-1.993, e incluso el arto 123 de la Ley de Expropiación Forzosa de 1.954 que no está derogado. En concreto alude a la doble unificación que en materia de responsabilidad de la Administración produjo la Ley 30/92, no sólo en lo referente al procedimiento sino también en cuanto al orden jurisdiccional competente.

El Consejo de Ministros había declarado responsable del daño al concesionario porque, conforme al arto 19 de la Ley de Autopistas de Peaje de 10 de Mayo de 1.972, serían de cargo de aquéllos daños a que se refiere el arto 121 de la Ley de Expropiación Forzosa, que sean consecuencia de la explotación del servicio, a no ser que sean imputables exclusivamente a cláusulas o medidas impuestas por la Administración.

La Sala del TS confirma tal responsabilidad del concesionario puesto que resulta indeclinable que el accidente de autos se produjo por la omisión de aquél del deber de mantener la autopista en adecuadas condiciones con garantía de la seguridad vial Es claro pues que en la citada sentencia no hay la menor huella de una responsabilidad solidaria de la Administración en ese caso de servicio concedido que puede ser el emblemático. Lejos de cualquier presunción de solidaridad, aquí se ofrece el principio, dicho en términos vulgares, de que cada palo aguante su vela.

Esto mismo se desprende de la STS de 26-III-2.001 (RA del 2002 núm. 4815) con ponencia de Lecumberri Martí. Por unos daños que originó el vertedero municipal fue condenado el respectivo ayuntamiento. Éste recurrió en casación alegando que aquel servicio estaba concedido, por lo que la responsabilidad debía recaer sobre el concesionario. Sin embargo en la vía administrativa la corporación no había dado audiencia a dicho concesionario.

Por ello la sentencia confirma la de instancia y la responsabilidad municipal ya que había incumplido, con actitud pasiva, el trámite procedimental exigido en el arto 127 b) del Reglamento de Expropiación Forzosa. Deja a salvo el que el ayuntamiento pudiera repetir en acción de regreso frente al concesionario.

Pero donde se manifiesta más claramente la no existencia de solidaridad es en fundamento de derecho 2.° que dice así:

«Ciertamente, la Administración sólo responde de los daños efectivamente causados por su propia actividad o por sus propios servicios, no de los daños imputables a conductas o hechos ajenos a la organización de la actividad administrativa, pues cuando los perjuicios ocasionados a los usuarios o a terceros emanan o derivan de la actuación de los concesionarios de servicios públicos, no se imputan a la Administración concederte, salvo ... ; por ello, en estos supuestos, la responsabilidad originada es a cargo del concesionario y es administrativa y no civil, y se sustancia en el ejercicio de una actividad arbitral por la Administración concedente, ante la cual el perjudicado dirigirá la reclamación, según preceptúan los arts. 123 de la Ley Expropiatoria y 137 de su Reglamento».

II. CON RELACIÓN AL DERECHO PENAL

1. Inexistencia de responsabilidad administrativa en las faltas

La segunda cuestión en materia de responsabilidad está relacionada con la esfera penal y concretamente con la civil subsidiaria que corresponde a la Administración Pública en caso de infracciones de sus dependientes. El criterio tradicional fue el hacer responder al Estado en los casos de delitos o faltas de sus funcionarios. Pero esto se altera en el nuevo Código Penal.

En efecto, en el arto 121 del Código de 1.995 se establece: «El Estado, la Comunidad Autónoma, la provincia, la isla, el municipio y demás entes públicos, según los casos, responden subsidiariamente de los daños causados por los penalmente responsables de los delitos dolosos o culposos, cuando éstos sean autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos o funciones siempre que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que les estuviesen confiados, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento normal o anormal de dichos servicios exigible conforme a las normas de procedimiento administrativo, y sin que, en ningún caso, pueda darse una duplicidad indemnizatoria.

Si se exigiera en el proceso penal la responsabilidad civil de la autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos, la pretensión deberá dirigirse simultáneamente contra la Administración o ente público presuntamente responsable civil subsidiario».

Como se ve, la responsabilidad es por delitos dolosos o culposos pero no por faltas. No fue una omisión inadvertida, pues en trámite parlamentario se pretendió introducir una referencia a las faltas, la cual fue rechazada expresamente. La intención del legislador fue clara.

Y clara también la crítica de la doctrina que no encontraba razonable esa desprotección de la víctima en los casos de las faltas y cuando el funcionario causante fuera insolvente. Como tampoco era razonable que para evitar esa penosa consecuencia se forzaran los tipos penales en las sentencias para encajar como delitos lo que en verdad eran faltas.

2. Jurisprudencia correctora del TS

No obstante, el TS relativamente pronto tuvo ocasión de pronunciarse sobre tan discutible novedad. Y lo hizo en Sentencia de la Sala Segunda de 11 de Enero de 1.997 (RA 1128) con ponencia de Manzanares Samaniego. En ella se califica duramente a la reforma hablándose de pirueta. Con ella más que progresar, se retrocedió, al menos formalmente, hasta los textos de 1.848-1.850, 1.870 Y 1.932. Pero he aquí el fundamento de derecho capital que era el 7.°:

«Ocurre, no obstante, que el silencio del art. 121, 1 sobre las faltas no implica necesariamente su exclusión a efectos de responsabilidad civil subsidiaria por tales infracciones criminales leves. El nuevo Código, al igual que los anteriores, ofrece numerosas muestras de utilización del vocablo delito como sinónimo de infracción criminal. Véanse por todos, el párrafo 1.° del núm. 4 del arto 130, en relación con el arto 639 y el núm. 5 del repetido arto 130, o los arts. 80.4 y 86. En igual dirección cabe aducir el argumento de que, si ahora se incluyen de modo expreso los delitos culposos, con más razón deben incluirse también (desde la perspectiva de la responsabilidad civil subsidiaria) las faltas dolos as que pueden causar mayores daños y perjuicios. La exégesis deberá practicarse precepto por precepto, acudiendo no sólo al criterio gramatical, sino también al lógico y

al sistemático, y sin olvidar dos directrices básicas: de un lado, el valor que el arto 3.1 del Cc. atribuye a la realidad social del tiempo en que las normas han de ser aplicadas, con atención fundamental al espíritu y finalidad de aquéllas».

Ciertamente que era un tanto peculiar aludir a la realidad social del tiempo de aplicar una norma, cuando el nuevo Código Penal casi acababa de promulgarse. Mucho más calado en cambio tiene la otra directriz.

«Y de otro, que no se está en presencia de disposiciones penales (aunque se ubiquen el Código Penal), sino de un artículo de naturaleza civil, lo que permite una interpretación extensiva, conforme a la línea seguida por el TS para objetivar al máximo esa misma responsabilidad civil subsidiaria en el marco del arto 22 del Código Penal de 1.973. No sería por tanto incorrecta la exégesis favorable al entendimiento amplio del vocablo delito en el arto 121 del Código de 1.995».

Este criterio fue seguido por el TS en otras sentencias también de 1.997. La primera la de 26 de Septiembre de ese año (RA6366) con ponencia de García Ancos y extraordinariamente relevante al tratar de los estragos que produjo el aceite de colza. Al haberse condenado por falta, el Abogado del Estado formuló recurso de casación para que se no declarara la responsabilidad subsidiaria del Estado. Dicho recurso fue desestimado.

Se dice en el fundamento de derecho tercero: «Es cierto que el mencionado arto 121, referido a la responsabilidad civil subsidiaria del Estado y demás entes públicos (autonómicos, locales, etc.) sólo habla literalmente de los delitos dolosos o culposos, pareciendo excluir con ello a las simples faltas, a diferencia de lo que ocurre en los demás preceptos circundantes que al tratar de esa responsabilidad civil, tanto directa como subsidiaria, sí se especifica que la misma surge tanto de los delitos como de las faltas». Frente a ello la sentencia invoca el criterio ya marcado por la Sentencia de 11 de Enero de 1.997.

Es más, cuando en ésta se argumentaba con lo grave que son las faltas dolosas, en la posterior se añade: «también las simplemente culposas en cuanto pueden provocar y de hecho provocan ... gravísimos daños y perjuicios a terceras personas». Efectivamente el caso de la colza con faltas meramente culposas era un supuesto paradigmático.

Concluye la sentencia: «Se podría contrargumentar que esta interpretación del precepto, aunque lógica, tiene un carácter extensivo, no

sujeto a su propia literalidad o concreción, como exige la hermenéutica penal. Sin embargo, hay que tener en cuenta, como después tendremos ocasión de repetir, que aunque las cuestiones sobre responsabilidad civil nacida del delito, tanto las directas como las indirectas, estén reguladas o ubicadas por tradición legislativa (técnicamente no exenta de reproches) en el Código Penal, su naturaleza jurídica es puramente civil, de ahí que no debe extrañar que las normas que las regulan puedan (y deban) interpretarse, bien extensivamente, bien por analogía, no ciñéndose al estrecho margen interpretativo que necesariamente se impone cuando se trata de normas puramente penales».

Se abunda pues en este argumento o directriz y se abandonó el de la realidad social del momento que era más discutible. La doctrina de esta Sentencia queda ratificada en la de 24 de octubre de ese año 1.997 (RA 7290) también con ponencia de García Ancos. Puede pues decirse que se ha formado jurisprudencia al efecto. Una ulterior sentencia de 26 de marzo de 1.999 (RA 2054) con ponencia de Jiménez Villarejo, insiste en que el art. 121 del Código Penal tiene un contenido de naturaleza civil, lo que permite que se haga de él una interpretación extensiva o incluso analógica que no sería admisible en una norma penal. Finalmente hay que aludir a la Sentencia de 29 de junio de 2.000 (RA 5650) del ponente últimamente citado y que establece que son compatibles las responsabilidades subsidiarias del Estado por el arto 121 y por el 129.3. Porque en una lo fundamental es la dependencia funcional de autor del hecho punible y en la otra el lugar donde el hecho punible se comete (se trataba de un establecimiento penitenciario).

3. Apoyo de dicha jurisprudencia

Hay que decir que la línea jurisprudencial marcada por las tres sentencias del TS de 1.997 nos parece correcta. En primer lugar porque si en materia de faltas no respondiera subsidiariamente la Administración habría que duplicar los procedimientos: el penal frente al funcionario y el administrativo frente al ente público, con el inconveniente que esto tiene de dividir la continencia de la causa. Todavía hubiera tenido alguna coherencia la propuesta que en determinado momento se hizo en proyecto del gobierno de que los tribunales penales en ningún caso entendieran de la

responsabilidad civil. Así lo establecía el Borrador de 1.990 del que la STS de 11 de enero de 1.997 afirmaba que se apartaba de nuestros antecedentes históricos.

En segundo lugar ese régimen del arto 121 consagraba una desigualdad entre las administraciones públicas y el resto de las empresas. Mientras que éstas, conforme al núm. 4 del arto 120, respondían civilmente siempre de los delitos o faltas de sus empleados, aquéllas sólo lo harían si la condena penal era por delito. Habría aquí un trato desigual que quebrantaba el principio constitucional de igualdad, sin que se apreciara una razón justificativa de esa diferencia. Porque, aunque es cierto que la responsabilidad en vía administrativa siempre queda abierta, ello obligaba al particular perjudicado a una duplicidad jurisdiccional totalmente gravosa.

En tercer lugar y como acertadamente decían aquellas sentencias de 1.997, no había razón para que la responsabilidad subsidiaria de los entes públicos se estableciera en los delitos meramente culposos y no en las faltas dolos as que podían encerrar un mayor reproche culpabilístico.

En cuarto lugar el que en las faltas no hubiera responsabilidad civil subsidiaria de la Administración en la vía penal, lo que obligaba al perjudicado a accionar en otra vía si el funcionario no era debidamente solvente, podía mover al tribunal a, en los casos de límites imprecisos entre delito y falta, condenar por el primer concepto, con pena no muy severa pero que comportara la responsabilidad del ente público. La cual posibilidad, aunque sólo fuera esto, resultaba enormemente perjudicial para el funcionario o empleado público.

En quinto lugar puede invocarse lo que establece el párrafo 2.° del arto 121 del Código Penal. Cuando en el proceso penal se pedía la responsabilidad civil del funcionario, la pretensión había que dirigida también contra la Administración como responsable subsidiario. Pues bien, aquí se habla de proceso penal, sin distinguir entre delitos y faltas, y en todo caso se parte de la base de la responsabilidad subsidiaria del ente público. Por tanto, una interpretación sistemática del arto 121 en sus dos párrafos puede llevar también a la conclusión a que llegaron aquellas sentencias del TS de 1.997.

Finalmente esta interpretación que estamos defendiendo ha tenido recientemente confirmación a nivel legislativo cual ahora se razonará. En

efecto, en la Ley 30 de 1.992, cuando en el arto 146 se trataba de la responsabilidad penal de los funcionarios públicos, el apartado dos establecía que la exigencia de esa responsabilidad no interrumpiría el plazo de prescripción para iniciar los procedimientos de reconocimiento de responsabilidad patrimonial. Se instauraba pues una como incomunicación entre una vía y otra, lo cual podía ser conforme con lo que literalmente prescribe el arto 121 del Código Penal al omitir la mención de las faltas.

Pero cuando la Ley 30 de 1.992 se modifica en 1.999 por la de 13 de Enero de ese año, el apartado 2 del arto 146 cambia de redacción. Se ha suprimido aquella frase de que la exigencia de responsabilidad penal no interrumpía el plazo de prescripción para iniciar el procedimiento administrativo de responsabilidad. Juega pues el principio general de que la acción penal ejercitada interrumpe los plazos de prescripción. Y esto está en consonancia con la doctrina jurisprudencial de esas sentencias de 1.997 de que también en las faltas la responsabilidad subsidiaria de la Administración puede decretarse en vía penal. No hay pues incomunicación y de ahí la reforma introducida correctamente en 1.999.

III. CON RELACIÓN AL DESLINDE JURISDICCIONAL

l. Un auto discutible de la Sala de Conflictos

Una tercera cuestión a la que hemos de referimos es la planteada por el Auto de l7-XII-2.001 de la Sala de Conflictos de Competencia del TS (RA 4086). Decide un conflicto negativo entre juzgado de primera instancia y un juzgado central de lo contencioso-administrativo. Ambos se declararon incompetentes para conocer de una reclamación por responsabilidad que se había planteado frente a RENFE y una entidad aseguradora de ésta. Se parte de la base de que RENFE era administración pública.

A pesar de ello el Auto declara que en ese caso, de la reclamación debía entender el orden civil. Y ello porque la presencia de las aseguradoras en el proceso contencioso-administrativo no está contemplada expresamente en la legislación, a diferencia de lo que ocurre con los sujetos concurrentes a la producción de daño. Ante ello y como hay que rechazar el que el perjudicado tuviera que demandar a la

Administración en la vía contencioso-administrativa y al asegurador ente el tribunal civil, la solución está en encomendar el conocimiento total del asunto al orden civil en virtud de la competencia residual que éste tiene en nuestro ordenamiento.

Evidentemente que el duplicar las jurisdicciones supone un mayor coste para el perjudicado, un riesgo de sentencias contradictorias y en definitiva una falta de garantía para el mismo. Por supuesto que se rompería totalmente la continencia de la causa. Pero la solución del Auto nos parece desafortunada. Ya lo ha apuntado así un sector de la doctrina.

El tema de la unidad de fuero había quedado definitivamente resuelto en estos casos de responsabilidad por el art. 2 e) de la nueva LJ de 13- VII-1.998 y por la LO 6/98 de esa misma fecha 13- VII que dio nueva redacción al apartado 4 del arto 9 de la LOPJ. Como ambos preceptos se transcribían en la parte primera de este trabajo, puede evitarse el reproducirlos ahora.

En definitiva la Administración no podía ser demandada ante el orden civil y en cambio el particular cocausante del daño sí podía serlo ante la vía contencioso-administrativa. Yeso mismo es lo que debió decretarse para el caso de la aseguradora. Si cabe, aun con más claridad puesto que en ese supuesto sólo hay un verdadero causante del daño.

No es pues acertado acudir a la competencia residual o vis atractiva del orden civil cuando esta materia de responsabilidad administrativa está encomendada a lo contencioso-administrativo de forma evidente.

2. Argumentos en pro de la postura que se defiende

Por supuesto que si el arto 4 apartado 1 de la LJ de 1.998 establece que los tribunales de ese orden pueden extender su competencia al conocimiento y decisión de las cuestiones prejudiciales e incidentales directamente relacionadas con un recurso contencioso, salvo las de carácter penal y constitucional, y ello aunque aquéllas no pertenecieran al orden administrativo, mucho más cuando como en el caso que tratamos no existe propiamente cuestión prejudicial ya que el fondo del asunto es si hubo actuación que genera responsabilidad, siendo luego el tema de quién ha de responder una mera consecuencia. Concretamente de haber seguro, responderá también la compañía aseguradora.

La solución viene posibilitada por las prescripciones sobre acumulación subjetiva de acciones de la nueva LEC. Según su arto 72 podrán acumularse las acciones que uno tenga contra varios cuando entre ellas exista un nexo por razón del título o causa de pedir. Se entenderá que éste es idéntico o conexo cuando las acciones se funden en los mismos hechos. Que es lo que ocurre en el caso examinado, pues de ese hecho dañoso que causó el perjuicio se deriva la responsabilidad de la Administración y la de la compañía aseguradora.

Esa solución es la que está proclamada en nuestro ordenamiento. Así en el orden laboral el TR de su ley procesal, aprobado por RD Legislativo 2/1995 de 7 de Abril, en su arto 2 atribuye a ese orden el conocimiento de las cuestiones litigiosas que se promuevan c) en la aplicación de los sistemas de mejoras de la acción protectora de la seguridad social, incluidos los planes de pensiones y contratos de seguro siempre que su causa derive de un contrato de trabajo o convenio colectivo.

Es la postura ortodoxa de que lo accesorio sigue a lo principal. Justamente lo contrario de lo que ha propiciado el auto del TS que estamos criticando.

Es más, en el orden penal ocurre exactamente lo mismo. El Código vigente, aprobado por la LO 10/1995 de 23-XI, en su arto 117 al ocuparse de las personas civilmente responsables, establece que los aseguradores que hubieran asumido el riesgo, cuando se produzca el evento por un hecho penado, serán responsables civiles directos hasta el límite de la indemnización legalmente establecida o convencionalmente pactada. Otra vez lo accesorio sigue a lo principal, pues nadie ha pensado que esa responsabilidad hubiera que exigida en pleito aparte. Lo que es independiente del derecho de repetición que pudiera tener dicho asegurador.

Finalmente la presencia de particulares en el orden contencioso-administrativo en calidad de codemandados es algo tan frecuente y natural que no se comprenden los recelos del auto que comentamos para dar entrada al asegurador en ese concepto. Con el agravante de que en virtud de la eficacia de ese seguro, y aunque la responsabilidad declarada fuera de la Administración, sería la compañía aseguradora la que directamente y en primer lugar habría de asumir la condena recaída. Con la ventaja que esto

supone para el perjudicado, pues evidentemente es más fácil el apremio frente a quien no es Administración Pública.

EL NUEVO MODELO DE FINANCIACIÓN AUTONÓMICA. ASPECTOS JURÍDICOS

JAVIER LASARTE ÁLVAREZ

Ponencia presentada
en la Sesión Privada de la Academia
(Febrero de 2003)

SUMARIO: I.-Introducción. II.-Acuerdo del Consejo de Política Fiscal y Financiera. Normas reguladoras del nuevo modelo. III.- Competencia exclusiva de las Cortes Generales sobre la aprobación del modelo. 1. Aprobación del modelo. 2. Sobre el carácter de los acuerdos del Consejo de Política Fiscal y Financiera. IV.-Aplicación general del modelo. V.-Vigencia indefinida de las nuevas leyes y mecanismos de actualización del sistema. Superación de los modelos quinquenales. VI.-Cesión parcial del Impuesto sobre el Valor Añadido. 1. Previsión inicial de la LOFCA sobre posible cesión de la «imposición general sobre las ventas en fase minorista». 2. Régimen de la cesión según la Ley Orgánica 7/2001 y la Ley 21/2001. 3. No cesión de competencias normativas. Consulta a la Dirección General de Fiscalidad y Unión Aduanera de la Comisión Europea. 4. Valoración de la cesión. VII.-Previsiones normativas sobre cesión de los Impuestos Especiales en general. VIII.-Cesión parcial de los Impuestos Especiales armonizados sobre alcoholes, hidrocarburos y tabacos. 1. Referencia a la armonización comunitaria. 2. Régimen de la cesión según la Ley Orgánica 7/2001 y la Ley 21/2001. 3. No cesión de competencias normativas. Consulta a la Dirección General de Fiscalidad y Unión Aduanera de la Comisión Europea. 4. Valoración de la cesión. IX.-Cesión de los Impuestos Especiales no armonizados sobre la Electricidad y los Medios de Transporte. 1. Introducción. No cesión del Impuesto sobre las Primas de Seguros. 2. Impuesto sobre la Electricidad. 3. Impuesto sobre Determinados Medios de Transporte. X.-Creación y cesión del Impuesto sobre las Ventas Minoristas de Determinados Hidrocarburos. 1. La creación de nuevas figuras de imposición indirecta según el Informe de la Comisión. Consulta a la Dirección General de Fiscalidad y Unión Aduanera. 2. No cesión de competencias normativas sobre tipos impositivos. 3. La propuesta aprobada por el Consejo de Política Fiscal y Financiera. 4. Creación del Impuesto sobre las Ventas Minoristas de Determinados Hidrocarburos. Régimen jurídico. A. Tributo minorista que respeta las normas del IVA y de los Impuestos Especiales armonizados. B. Tributo con finalidad

específica. 5. Régimen de la cesión según la Ley Orgánica 7/2001 y la Ley 21/2001. 6. Valoración de la cesión. Addenda. Nueva Directiva comunitaria sobre imposición de productos energéticos.

I. INTRODUCCIÓN

El modelo de financiación autonómica para el quinquenio 1997-2001 debía considerarse vigente, como es lógico, sólo hasta 31 de diciembre de este último año; ese mismo día finalizaba también el acuerdo sobre financiación de la Sanidad. Al igual que en ocasiones anteriores con motivo del cese de la vigencia de los sucesivos modelos quinquenales, era necesario proceder a la revisión de dicho sistema y a la aprobación de las modificaciones normativas procedentes antes de 1 de enero de 2002. La alternativa de su prórroga fue unánimemente rechazada a lo largo de 2001 por el Gobierno de la Nación y por los Gobiernos autonómicos. Aunque en algún momento apareció como una posible decisión política que evitaría la laboriosa adopción de un nuevo acuerdo, a todos los protagonistas les resultaba evidente la inoportunidad de esa medida; las limitaciones del modelo anterior, su falta de adaptación a la financiación de las competencias ya asumidas por las Comunidades Autónomas, o que iban a serlo a corto plazo (en especial, Educación y Sanidad) y el hecho de que no hubiera sido aceptado por Andalucía, Castilla-La Mancha y Extremadura (gobernadas en 1996 por el Partido Socialista Obrero Español) eran argumentos suficientes para que la prórroga apareciera como un fracaso político, como dilación no deseada de los problemas pendientes, que tantas veces se presentan, con razón, como una *cuestión de Estado* que debe ser afrontada.

De ahí que el Gobierno del Partido Popular, respaldado por una mayoría parlamentaria de la que carecía en 1996, se decidiera por elaborar nuevas propuestas de financiación autonómica que pudieran traducirse en un modelo de general aceptación. La tarea básica la ha llevado a cabo el Ministerio de Hacienda, a través de la Secretaría de Estado de Hacienda y, en particular, de su Secretaría General de Política Fiscal Territorial y Comunitaria, con el apoyo técnico de la *Comisión para el estudio y propuesta de un nuevo sistema de financiación de las Comunidades*

Autónomas aplicable a partir de 2002[*] (cuyo Informe ha sido publicado por el Instituto de Estudios Fiscales) Al Gobierno de la Nación y a los Gobiernos de todas y cada una de las Comunidades Autónomas y de las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, representados todos ellos en el Consejo de Política Fiscal y Financiera, corresponde el mérito de haber alcanzado un acuerdo unánime sobre el sistema de financiación en un escenario político mucho más complejo que en 1996 por lo que se refiere a la diversidad política de los Gobiernos autonómicos; esa unanimidad sólo se rompió a la hora de examinar en dicho Consejo la propuesta de creación del nuevo impuesto sobre las ventas al por menor de hidrocarburos, aprobada por mayoría, como luego veremos.

En las páginas siguientes se hace una breve exposición y análisis de las principales cuestiones jurídicas suscitadas por esta reforma, centrándonos en particular en la aplicación del modelo y en la nueva cesión de tributos estatales, sin duda las que presentan mayor interés desde la perspectiva del Derecho Financiero y Tributario.

---

[*] Esta Comisión fue creada por Resolución del Secretario de Estado de Hacienda, Enrique GIMÉNEZ-REYNA, el 28 de septiembre de 2000. Fueron vocales de la misma Luis CARAMÉS, José Manuel GONZÁLEZ-PÁRAMO, Javier MARTÍN FERNÁNDEZ, Juan MARTíN QUERALT, Francisco PÉREZ GARCÍA y Andrés SÁNCHEZ PEDROCHE. Actuó como vocal secretario Francisco D. ADAME. Fue para mí un honor presidir esta Comisión. Contó con la colaboración de José Manuel DE BUNES, Juan José ESCOBAR, Natividad FERNÁNDEZ, Juan LÓPEZ RODRÍGUEZ, Gabriel PADRÓN CABRERA, Jaime PARRONDO, Jesús RAMOS, Juan José RUBIO y Javier SALINAS. Como se explica más adelante, este grupo de trabajo elevó una consulta a la Dirección General de Fiscalidad y Unión Aduanera de la Comisión Europea sobre temas relacionados con el Impuesto sobre el Valor Añadido, los Impuestos Especiales y el nuevo Impuesto sobre las Ventas Minoristas de Determinados Hidrocarburos. Dejo constancia del agradecimiento debido a dicha Dirección General por su atención y ayuda y en particular a Michel AUJEAN, Director de Política Fiscal. Y a Juan José RUBIO, Director del Instituto de Estudios Fiscales, por la publicación del *Informe sobre la reforma del sistema de financiación autonómica*, que en adelante citaremos como *Informe* de dicha Comisión. Algunos de los trabajos presentados a la misma han sido también publicados por el Instituto de *Estudios Fiscales bajo el título de Estudios jurídicos sobre la reforma del sistema de financiación autonómica*.

II. ACUERDO DEL CONSEJO DE POLÍTICA FISCAL y FINANCIERA. NORMAS REGULADORAS DEL NUEVO MODELO

El Consejo de Política Fiscal y Financiera aprobó el nuevo sistema de financiación autonómica en su sesión de 27 de julio de 200l. Fue presentado a este Consejo y debatido en el mismo como propuesta del Gobierno, con independencia de los pactos políticos previos con las Comunidades Autónomas sobre las líneas de reforma y las medidas concretas en que ésta se traduce. Recibió el voto favorable de todos los asistentes en representación de los Ministerios de Hacienda y de Administraciones Públicas así como de las Comunidades Autónomas de Régimen Común. En cuanto a las Comunidades Forales, el representante de Navarra excusó su asistencia (se nos permitirá que interpretemos esta ausencia en día tan señalado como significativa expresión de la especialidad del régimen navarro y del deseo de subrayar esa diferencia) La Consejera de Hacienda del País Vasco se abstuvo en la votación, dejando claro desde el primer momento, según figura en el acta, que «*aunque su Comunidad se rige por otro Modelo de Financiación, le consta la alta valoración política del acuerdo que ahora se trata de formalizar, y que no puede sino felicitar a todas las partes por ello*», pidiendo luego, a modo de explicación de su voto, «*que no se interprete su abstención como toma de posición ajena o distante a cuanto se ha aprobado en el Consejo, cuanto desde un punto de vista constructivo y de mutua cooperación*».

Estas breves intervenciones de la Consejera citada dan testimonio del grado de aceptación y apoyo de la reforma por parte de las Comunidades Autónomas. Algunos de los representantes de las mismas pusieron de manifiesto las limitaciones que, a su juicio, tenía el modelo propuesto así como la conveniencia de su desarrollo en puntos concretos. Pero su voto favorable fue inequívoco y sin ninguna restricción, de manera que ni hubo otras intervenciones de explicación de voto ni se formularon ruegos o preguntas. La propuesta del Gobierno quedó aprobada; el documento «*Sistema de Financiación de las Comunidades Autónomas de Régimen Común*» figura como anexo del acta de esa sesión.

De estos acuerdos y de los adoptados posteriormente en las sesiones del Consejo de 16 y 22 de noviembre de 2001 traen causa dos proyectos de leyes presentados a las Cortes Generales que se han traducido en la *Ley Orgánica 7/2001, de 27 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas (LOFCA) y en la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, por la que se regulan las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía. Y de esta última derivan las Leyes 17/2002 a 31/2002, todas ellas de 31 de julio, reguladoras del régimen de cesión de tributos del Estado y de fijación del alcance y condiciones de dicha cesión para cada una de las Comunidades Autónomas de régimen general. También se ha aprobado la Ley 22/2001, de 27 de diciembre, reguladora de los Fondos de Compensación Interterritorial.*

Estas son las normas jurídicas que regulan el nuevo sistema de financiación. No obstante, para conocer el panorama normativo actual conviene hacer referencia a la *Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social*, mediante la cual se crea el Impuesto sobre las Ventas Minoristas de Determinados Hidrocarburos, que ha sido cedido a las Haciendas autonómicas, así como a la *Ley 18/2001, de 12 de diciembre, General de Estabilidad Presupuestaria y a la Ley Orgánica 5/2001, de 13 de diciembre*, complementaria de la anterior; aunque ninguno de estos textos se refiere a dicho modelo, inciden directamente sobre el ejercicio de las competencias financieras de las Comunidades Autónomas y el segundo de ellos lleva a cabo una significativa modificación del Consejo de Política Fiscal y Financiera, como ahora veremos.

III. COMPETENCIA EXCLUSIVA DE LAS CORTES GENERALES SOBRE LA APROBACIÓN DEL MODELO

1. Aprobación del modelo

El hecho de que el sistema de financiación autonómica haya sido sometido, en primer lugar, a estudio y aprobación por parte del Consejo de Política Fiscal y Financiera y posteriormente se hayan promulgado las

Leyes citadas, no debe inducimos a pensar que la aprobación previa por parte del Consejo otorgue fuerza de obligar al acuerdo adoptado, vincule jurídicamente a las Cortes Generales o cree algún tipo de limitación de sus facultades legislativas. No es así, aunque pueda parecer que conducen a esa conclusión algunas de las expresiones del acta de la sesión citada o de las exposiciones de motivos de esas Leyes. Esta cuestión, que ya ha sido objeto de análisis doctrinales, no ofrece duda en Derecho.

El punto básico del orden del día de esa reunión del Consejo es el siguiente: «*Estudio y en su caso aprobación del nuevo Modelo de Financiación Autonómica*»; y, en efecto, tras la votación se declara aprobado. La Ley Orgánica 7/2001 parte de este resultado y dice en su preámbulo que el acuerdo del Consejo «*exige llevar a cabo una serie de reformas en la LOFCA*», insistiendo más adelante, al tratar de la corresponsabilidad fiscal, en que «*resulta necesario llevar a cabo una nueva reforma de las LOFCA que dé cobertura legal a los acuerdos alcanzados*». En términos similares se expresa la exposición de motivos de la Ley 21/2001 cuando afirma que la decisión del Consejo «*exige llevar a cabo una serie de reformas legales, unas con rango orgánico ... otras sin tal rango*» o al decir luego que la decisión de ceder nuevos impuestos «*obliga ahora a reformar el marco legal ordinario de la cesión de tributos del Estado*». Incluso la Ley 22/2001 advierte que el acuerdo del Consejo implica modificaciones en el Fondo de Compensación Interterritorial «*que hacen necesaria la creación de un nuevo marco legal*».

Sin embargo ninguna de estas expresiones debe ser interpretada al pie de la letra, lo que conduciría a conclusiones erróneas desde un punto de vista jurídico. La aprobación del modelo sólo se efectúa por obra de las leyes dictadas por las Cortes Generales en uso de su potestad legislativa.

2. Sobre el carácter de los acuerdos del Consejo de Política Fiscal y Financiera

El Consejo fue concebido y caracterizado por la *Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas* (LOFCA) como un órgano «*consultivo y de deliberación*» según su artículo 3.2. Recientemente este precepto ha sido reformado por la Ley Orgánica 5/2001, que lo ha convertido en «*órgano de*

coordinación» como consecuencia de las nuevas normas sobre estabilidad presupuestaria que, por una parte, se ven obligadas a afectar a las Comunidades Autónomas y, por otra, deben tener en cuenta su autonomía financiera, de manera que ese organismo se convierte en el escenario de la coordinación de las políticas presupuestarias estatal y autonómicas. Hubiera sido preferible, en nuestra opinión, mantener además su carácter consultivo y deliberante pues el Consejo sigue conservando sus antiguas funciones, que no son incompatibles con tareas de coordinación, como demuestra el hecho de que ya las tenía asignadas en materia de endeudamiento o inversiones públicas. Pero esa modificación se ha efectuado y nos encontramos pues ante un órgano de coordinación.

¿Puede otorgarse a sus acuerdos carácter de norma jurídica que vincule o limite las decisiones legislativas de las Cortes Generales? Evidentemente la respuesta es negativa antes y después de la reforma realizada por la Ley Orgánica 5/2001. Un órgano consultivo, deliberante o de coordinación carece de potestad legislativa. Sus acuerdos sólo pueden aprobar propuestas de actuación del Gobierno y de las Cortes Generales en la medida en que exijan modificación del ordenamiento vigente; o propuestas y decisiones de actuación en cuanto supongan mera aplicación de las normas en vigor y siempre en el ámbito de sus competencias legales, entre las cuales está claro que no figura la aprobación de ningún tipo de acuerdo con fuerza de obligar sobre la financiación autonómica. De ahí que el artículo 10.2 de su Reglamento de Régimen Interior diga que sus acuerdos «*adoptarán la forma de recomendaciones que se elevarán al Gobierno*». El asunto no merece mayor comentario, puesto que su reforma exige la modificación de leyes vigentes, cosa que sólo pueden hacer las Cortes Generales en uso de la potestad legislativa general que le atribuye el artículo 66.2 de la Constitución y de la concreta previsión del artículo 157.3 de la misma sobre regulación mediante ley orgánica del ejercicio de las competencias financieras de las Comunidades Autónomas.

El *Informe sobre la reforma del sistema de financiación autonómica* emitido por la Comisión antes citada, si bien no se ocupa directamente de esta cuestión, manifiesta una breve opinión, que compartimos:

«Ni la Constitución ni ninguna otra norma del llamado bloque de constitucionalidad otorgan a las Comunidades Autónomas la competencia para decidir, aceptar o rechazar ni para definir integralmente su modelo de financiación. Son las Cortes Generales las que tienen atribuida dicha misión, vertebradora del Estado, mediante ley orgánica según dispone el artículo 157.3 del texto constitucional.

Esta es una consideración que reputamos esencial. Y precisamente por ello insistimos en una circunstancia que consideramos clave a la hora de diseñar y aprobar el nuevo sistema de financiación autonómica: los acuerdos del Consejo de Política Fiscal y Financiera deben someterse a las decisiones legislativas que sobre el sistema deben adoptar las Cortes Generales. Son ellas quienes deben debatir, enmendar y aprobar las normas legales que articulan el nuevo sistema de financiación autonómica. Esto es así en nuestro Estado de Derecho ...

La modificación del sistema de financiación exige ley orgánica, de forma que pretender establecer un modelo con relevancia accionada, en el que la ley orgánica es una mera consecuencia del acuerdo previo de un órgano consultivo constituye una grave quiebra del esquema constitucional.

[...]

Tampoco es posible instituir un pretendido monopolio de la iniciativa legislativa de las Comunidades Autónomas, de forma tal que no quepa aprobar una ley de Cortes Generales sin que previamente se haya pronunciado sobre dicha materia el Consejo de Política Fiscal y Financiera».

El Consejo, como órgano colegiado, aprueba por votación un acuerdo que sólo tiene valor de una propuesta, en cuanto emana de un órgano consultivo o de coordinación, aunque el hecho de que esté formado por representantes de la Administración Central del Estado, de todas las Comunidades Autónomas y de Ceuta y Melilla otorgue máximo valor político a sus decisiones y garantice su posterior elevación a normas de rango legal, puesto que la mayoría parlamentaria está constituida por los partidos políticos que gobiernan el Estado y esas organizaciones

territoriales. Las frases antes transcritas de las leyes que articulan la reforma son impropias del preámbulo de un texto formativo, que debe utilizar los términos con mayor precisión; sólo pueden ser entendidas como declaraciones de significado político, en el sentido expuesto, que quizás pretendan resaltar el apoyo que todos han prestado a las medidas que se adoptan mediante ley.

Conviene por ello hacer una matización a la afirmación contenida en la exposición de motivos de la Ley 21/2001 cuando dice que su título 1 «*es algo novedoso en la técnica legislativa que se había seguido hasta ahora*», puesto que «*mientras que en momentos anteriores los acuerdos del Consejo de Política Fiscal y Financiera de las Comunidades Autónomas se publicaban como tales acuerdos en el Boletín Oficial del Estado, es la primera vez que, en vehículo con rango formal de Ley, se regula el nuevo sistema de financiación, lo cual ha parecido de todo punto indispensable dada su vocación de permanencia*».

Tampoco este párrafo puede ser tomado en estricto sentido literal. El sistema de financiación autonómica ha estado siempre básicamente regulado por normas de rango legal, a partir, en lo que ahora interesa, de la LOFCA, los Estatutos de Autonomía y de las diversas leyes de rango ordinario que lo desarrollan. Como ejemplo, basta con recordar las disposiciones sobre el modelo de financiación del anterior quinquenio 1997-2001 (Ley Orgánica 3 /1996, de Modificación de la LOFCA, Ley 14/1996, de Cesión de Tributos y Medidas Fiscales Complementarias, desarrollada por las específicas Leyes de cesión a las Comunidades Autónomas que aceptaron el modelo, y Ley 12/1996, de Presupuestos Generales del Estado para 1997 y de las sucesivas para ese quinquenio) La novedad consiste en que las Leyes aprobadas en diciembre de 2001, en particular la Ley 21/2001, contienen una regulación del nuevo modelo que va mucho más allá que los textos anteriores, elevando así a rango legal reglas técnicas de aplicación aprobadas por el Consejo de Política Fiscal y Financiera hasta ahora sólo recogidas en sus correspondientes acuerdos desde 1986, cuya publicación en el Boletín Oficial del Estado siempre nos ha parecido y aún nos parece oportuna, aunque evitamos en este momento entrar en la cuestión del efecto que pueda producir esa publicación en el carácter de tales acuerdos, que, en ningún caso, se convierten por ello en

norma legal (Acuerdos 1/1986, de 7 de noviembre; 1/1992, de 20 de enero; 1/1993, de 7 de octubre; 1/1996, de 23 de septiembre)

IV. APLICACIÓN GENERAL DEL MODELO

El sistema vigente a partir de 1 de enero de 2002 presenta una primera novedad sobre el sistema del quinquenio anterior que es muy significativa desde un punto de vista político: se aplica a todas las Comunidades Autónomas de régimen común y a las Ciudades Autónomas de Ceuta y Me1illa. Por lo que respecta a las primeras, como es sabido, Andalucía, Castilla-La Mancha y Extremadura se negaron a aceptar el sistema aprobado en 1996, de manera que quedaron fuera del mismo y siguió vigente para ellas la antigua Ley 30/1983 de cesión de tributos, que ahora ha sido derogada por la disposición derogatoria única de la Ley 21/2001. El caso de Ceuta y Melilla es diferente en cuanto se les permite incorporarse plenamente por primera vez al sistema de financiación autonómica (incorporación ya prevista en el Acuerdo del Consejo de 23 de septiembre de 1996 que no se hizo efectiva) aunque con limitaciones, derivadas algunas de ellas de su régimen jurídico, en especial de su carencia de potestad legislativa que les impide asumir facultades de regulación de los tributos cedidos; nos remitimos a la disposición transitoria primera de la Ley 21/2001. Por ello, el artículo 1 de este texto legal puede afirmar que «*regula el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas y Ciudades con Estatuto de Autonomía desde 1 de enero de 2002*». Ni su exposición de motivos ni el preámbulo de la Ley Orgánica 712001 destacan esta novedad, limitándose a aludir a la incorporación de Ceuta y Melilla; puede deberse este silencio al deseo de superar con máxima discreción política la decisión adoptada en 1996 por las tres Comunidades Autónomas citadas, que son bienvenidas al modelo común.

El hecho de que Andalucía, Castilla-La Mancha y Extremadura se negaran a aceptar el modelo anterior dio lugar a algunas interesantes observaciones jurídicas sobre el papel de las Comunidades Autónomas a la hora de aprobar su sistema de financiación y sobre la posibilidad de negarse a su aplicación en cuanto tal negativa no quedara limitada al

rechazo de la cesión de tributos, pretendiera imponer la permanencia de la anterior Ley 30/1983 o condicionar la facultad estatal de hacer efectivos mecanismos alternativos a esa cesión. No obstante, no nos detendremos en estas cuestiones, que son sin duda interesantes pero ajenas a la situación actual. Nos limitaremos a transcribir la conclusión del Informe antes citado, puesto que una de las preguntas formuladas a la Comisión que lo redactó versaba sobre la posibilidad, en el plano jurídico, de no aceptación del nuevo modelo por parte de algunas de las Comunidades Autónomas y los efectos de esa decisión. Dice así:

«Por todo ello, esta Comisión llega a la conclusión de que no cabe que las Comunidades Autónomas puedan oponer un rechazo total al modelo de financiación aprobado de conformidad con las leyes aprobadas por las Cortes Generales en desarrollo de las previsiones constitucionales.

[...]

Asunto distinto es lo que ocurre en el ámbito de una de las piezas del sistema de financiación autonómica: los tributos cedidos por el Estado. Las previsiones contenidas en los distintos Estatutos de Autonomía y los artículos 10 y 11 de la propia LOFCA han propiciado que el Tribunal Supremo se haya pronunciado, en su Sentencia de 29 de enero de 1999, poniendo de relieve que las leyes de cesión de tributos a las distintas Comunidades Autónomas constituyen «una modalidad de leyes paccionadas, que ha surgido como consecuencia del establecimiento por la Constitución de las Comunidades Autónomas, leyes que antes de la elaboración del correspondiente proyecto de ley exigen con carácter previo y necesario el acuerdo entre el Estado y las Comunidades Autónomas sobre las materias a regular ...

En rigor, en esta materia, frente a una primera visión que ajustada al texto literal normativo difícilmente admitía esta lectura de norma paccionada, se ha producido una profundización en el ámbito competencial autonómico que ha tenido como consecuencia el afloramiento de perspectivas que le otorgan este carácter. La posición del Tribunal Supremo, la profundización en el principio de autonomía y lo que ha ocurrido con el modelo en vigor en el quinquenio 1997-2001 conducen a esta situación. En el fondo, en relación con los tributos cedidos, quiérase o no, nos encontramos ante una materia que, amén de formar parte del

modelo de financiación, implica también la trasferencia de competencias en ese ámbito financiero, y en cuanto tal transferencia es indudable la necesaria aquiescencia de la Comunidad Autónoma destinataria de la misma. Razón, en definitiva, que nos lleva fácilmente a con venir en la necesidad del previo consenso entre el Estado y la correspondiente Comunidad Autónoma».

Las consideraciones de los dos últimos párrafos sólo se refieren a los tributos cedidos. Ni siquiera en este caso opinamos que pueda hablarse de *leyes paccionadas*; pero ésta es otra cuestión. No obstante, dejamos constancia de la importancia de los acuerdos políticos y técnicos previos a la aprobación de cualquier sistema de financiación autonómica, que suponen un respeto formal y substancial de la concepción de la autonomía que late en las normas del *bloque de constitucionalidad*.

Al ocuparnos del ámbito de aplicación de las nuevas Leyes no podemos olvidar la disposición final segunda, 2 de la Ley 21/2001, según la cual «*sólo serán de aplicación a las Comunidades Autónomas que hayan recibido la transferencia de los servicios que se financiarán mediante el nuevo sistema y, en Comisión Mixta, acepten este último*». Este precepto fue introducido como enmienda transaccional durante la tramitación del proyecto de ley en la Comisión General de Comunidades Autónomas del Senado. Su finalidad parece ser la de establecer una dura precaución para evitar que una Comunidad Autónoma que se opusiera al mismo (es decir, a la transferencia de los servicios o a la cesión de tributos) pudiera obtener beneficios del nuevo modelo, partiendo de la premisa de que está pensado para financiar la totalidad de los servicios prestados por las Administraciones autonómica; de ahí que en el párrafo segundo se prevea que la Comunidad Autónoma que se encontrara en ese caso recibiría las entregas a cuenta previstas en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado hasta que «*acepte en su integridad el nuevo sistema de financiación*». Pero no puede olvidarse que esa enmienda deriva de una propuesta presentada por las Comunidades Autónomas de Andalucía y Galicia (así se dice en el acta de la sesión del Consejo de 16 de noviembre de 2001) por lo que no parece lógico atribuirle esa finalidad, sino más bien la de dejar alguna constancia en los textos legales de esa pretendida

facultad de aceptación del sistema. Es pues probable que hayan confluido en la aprobación de esa norma intereses distintos.

Pero el precepto no ha resultado aplicable. Por una parte, cuando se refiere a los «*servicios que se financiarán mediante el nuevo sistema*» debemos entender que nos remite, en especial, al artículo 3 de la propia Ley, que a efectos de la financiación distingue un primer bloque de competencias comunes, entre las que debemos considerar que juegan un papel predominante las relacionadas con Educación, un segundo bloque constituido por los servicios de asistencia sanitaria de la Seguridad Social y el tercero por los servicios sociales de la Seguridad Social. Educación y Sanidad condicionan inevitablemente las Haciendas autonómicas dada la cuantía de fondos que exige su atención, lo que las convierte en piezas claves del sistema. Al haber aceptado y recibido todas las Comunidades Autónomas la transferencia de estos servicios la disposición no es aplicable.

Por otra, cuando exige que en la respectiva Comisión Mixta se acepte el sistema (añadiendo «*en su integridad*» en el párrafo segundo, como hemos visto) la norma se expresa con espíritu constructivo y falta de corrección técnica, puesto que esas Comisiones no son competentes para tal pronunciamiento. Esa no es su función. Aunque este trabajo no es el lugar oportuno para analizar el papel que deben cumplir estos órganos mixtos con representación paritaria del Estado y de cada Comunidad Autónoma, conviene recordar aquí que nacieron por obra de la disposición transitoria primera, 2 de la LOFCA con el fin de pronunciarse sobre el porcentaje de participación en los ingresos del Estado a que se refería su artículo 13.1. Posteriormente, a consecuencia de lo previsto en los Estatutos de Autonomía, han asumido el protagonismo a la hora de la cesión de tributos estatales, que, como hemos dicho, sólo puede ser efectiva previa aceptación de la Comunidad Autónoma. Pero el sistema de financiación no se somete «*en su integridad*» a la aprobación de tales Comisiones; ni antes de su formalización en los correspondientes textos legales es necesario conocer su opinión o dictamen, ni después de la aprobación de los textos legales por las Cortes Generales queda condicionada su efectividad a la decisión de esos órganos mixtos. En cualquier caso, tampoco esta previsión de la Ley 21/2001 ha entrado en juego, dado que todas las Comunidades Autónomas han aceptado el

modelo a través del Consejo de Política Fiscal y Financiera y el nuevo régimen de la cesión de tributos estatales a través de las respectivas Comisiones Mixtas.

A consecuencia de todo ello, el preámbulo de la Ley 21/2001 destaca que el sistema se inspira, entre otros, en el «*principio de generalidad*», en el doble sentido de que está pensado para financiar la totalidad de los servicios que pueden ser transferidos a las Comunidades Autónomas, de manera que no puede ser aplicable parcialmente, y que se benefician del mismo todas las que cumplan los requisitos de asumir tales transferencias y de proceder a su aceptación general (de ahí la disposición final segunda, antes comentada) Ambas cosas son dignas de elogio.

Por último, en cuanto a Ceuta y Melilla ya hemos advertido que se incorporan al sistema de financiación autonómica (y en particular a los Fondos de Compensación Interterritoria1, ahora regulados por la Ley 22/2001) pero con ciertas restricciones que no es el caso exponer, aunque nos permitimos llamar la atención sobre el tema, que ofrece aspectos de gran interés desde una perspectiva jurídica.

V. VIGENCIA INDEFINIDA DE LAS NUEVAS LEYES Y MECANISMOS DE ACTUALIZACIÓN DEL SISTEMA. SUPERACIÓN DE LOS MODELOS QUINQUENALES

La exposición de motivos de la Ley 21/2001 destaca la estabilidad como una de las características del modelo. Afirma:

«*Conforme al principio de estabilidad, el Sistema de financiación tiene vocación de permanencia. Ello permite que las Comunidades Autónomas puedan realizar una planificación a largo plazo con mayor certidumbre y seguridad*».

Por ello esta Ley se declara vigente en el artículo 1 y en la disposición final primera «*desde 1 de enero de 2002*» sin citar fecha alguna de cese de su vigencia, lo que implica que conforme a las previsiones generales del título preliminar del Código Civil continuará en vigor hasta que expresa o tácitamente sea derogada por una ley posterior. Por supuesto, así sucede también con la Ley Orgánica 7/2001 y la Ley 22/2001. Han

quedado pues superados los modelos de duración quinquenal, el último de los cuales finalizó e1 31 de diciembre de 2001 (tales quinquenios, a partir de los diferentes acuerdos del Consejo de Política Fiscal y Financiera, han alcanzado a los años 1987-1991,1992-1996 Y 1997-2001)

En la sesión del citado Consejo de 27 de julio de 2001, a la que ya nos hemos referido, el Ministro de Hacienda, Presidente del mismo, fundamentó esa estabilidad en el hecho de que el sistema «*supone un nuevo concepto de la financiación de las Comunidades Autónomas que prácticamente pasan a compartir todas las grandes fuentes de financiación del Estado*». El texto del acuerdo adoptado también destaca esta novedad como su primer principio inspirador, puesto que culminadas las transferencias de servicios el sistema «*debe ser estable, para dar continuidad y seguridad a las Comunidades Autónomas y permitir la planificación a largo plazo*». Se deduce de la lectura del acta de la sesión que no hubo oposición a la estabilidad del modelo por parte de los representantes autonómicos, aunque se hicieron algunas observaciones sobre la necesidad de conocer su comportamiento real para evaluar sus resultados y proceder, en su caso, a la oportuna revisión.

Tales advertencias son oportunas puesto que una cosa es la estabilidad y otra la rigidez. En el momento actual, somos partidarios de la superación de los modelos quinquenales; el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas, pieza básica de la Hacienda, no debe instrumentarse indefinidamente a través de normas de vigencia limitada en el tiempo, con la consiguiente sensación de provisiona1idad y la necesidad periódica de su revisión a partir de posiciones políticas que con frecuencia adoptan buena dosis de radicalismo, precisamente porque ese inevitable carácter de normas temporales induce a una permanente concepción *constituyente* de los debates sobre el modelo. Pero, al mismo' tiempo, se trata de un asunto con tanta complejidad política y técnica y tantos protagonistas en la escena que no permite soluciones rígidas que queden al margen de la realidad y de la evolución de los datos económicos.

La propia Ley 21/2001 se defiende de esa rigidez con preceptos concretos. Así, cuando el artículo 4,A) regula el fondo general para atender a competencias comunes, a cuyos efectos es básico el criterio de la población, utiliza 1999 como año base, pero añade que se realizará una revisión anual de acuerdo con la evolución del censo; esta medida atiende

las peticiones formuladas por varias Comunidades Autónomas en las distintas sesiones del Consejo y rompe uno de los motivos de rigidez más denunciados de los modelos anteriores. También hay que recordar las soluciones adoptadas por los artículos 7 y siguientes sobre evolución del sistema desde 1 de enero de 2002 para garantizar la «*suficiencia dinámica*» según la expresión de esa Ley. En esa misma línea deben destacarse las disposiciones sobre actualización de los datos de las variables de distribución del Fondo de Compensación contenidas en el artículo 5 de la Ley 22/2001. Y no podemos olvidar el nuevo principio de «*lealtad institucional*», introducido en el artículo 20 de la LOFCA por la Ley Orgánica 7/2001, que obliga a una valoración anual por parte del Consejo de Política Fiscal y Financiera del impacto de la legislación estatal en los ingresos y gastos de las Comunidades Autónomas.

Como es sabido, la LOFCA nunca ha impuesto la necesidad de construir cada cinco años un nuevo sistema de financiación. Esta limitación en el tiempo de los sucesivos modelos procedía de una decisión política, que lógicamente tenía el debido reflejo en las leyes ordinarias correspondientes, decisión que encontraba razonable fundamento en las precauciones que debían adoptarse para una operación financiera de tanta envergadura como la exigida por el *Estado de las Autonomías*. La LOFCA utilizaba la referencia quinquenal en el artículo 13,3,d) cuando admitía una revisión del porcentaje de participación en los tributos estatales si la Comunidad Autónoma así lo solicitaba «*transcurridos cinco años después de su puesta en vigor*», precepto actualmente inexistente tras la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 7/2001. También aparece esa referencia en el artículo 15.4 que permite la corrección del Fondo de Suficiencia (según su redacción actual) si las asignaciones complementarias de nivelación «*hubieren de reiterarse en un espacio de tiempo inferior a cinco años*»; y en el artículo 16.4 que declara «*revisable cada cinco años*» la ponderación de los criterios e índices de distribución del Fondo de Compensación. Sin embargo, como bien ha explicado la doctrina, todas esas normas tienen una finalidad específica y de ellas no puede deducirse la construcción obligatoria de modelos quinquenales. Así lo demuestra el hecho de que estos dos últimos preceptos han sobrevivido a la reforma de la LOFCA por la Ley Orgánica 7/2001, explicándose la desaparición del

primero por su falta de adecuación del sistema ahora vigente, basado en la cesión de tributos estatales y no en la participación en los mismos.

También en esta cuestión nos remitimos al *Informe sobre la Reforma del sistema de Financiación Autonómica*. A ella se refería la primera pregunta que se le hizo a la Comisión. Su principal conclusión fue la siguiente:

«De lo expuesto hasta aquí podemos concluir que no existe ningún mandato que obligue a revisar periódicamente el sistema mediante modelos o métodos de financiación, ni tampoco a proponer una vigencia concreta y limitada a cada uno de ellos. El hecho de que el Consejo de Política Fiscal y Financiera establezca una duración determinada a la generalidad de un modelo de financiación, y no sólo a aquellos recursos para los que se acepta dicha revisión en la LOFCA, no puede entenderse como vinculante -jurídicamente, al menos- para los órganos estatales en los que reside la competencia para definir dicho sistema mediante su aprobación por Ley, esto es, las Cortes Generales.

[...]

El sistema de ingresos de las Haciendas autonómicas debería, pues, adquirir una cierta vocación de perdurabilidad. Para ello sería necesario que el Consejo de Política Fiscal y Financiera adoptase un modelo de financiación no circunscrito a un quinquenio (2002-2006) sino de aplicación y vigencia indefinida. Lo anterior no estaría reñido, por supuesto, con la posibilidad de efectuar aquellas reformas parciales que puedan requerir las circunstancias que sobrevengan en el futuro, o las que vengan inspiradas por decisiones políticas sobre la Hacienda autonómica canalizadas por la vía de producción normativa propia de un Estado de Derecho».

Insistimos en esta última consideración. Si el sistema de financiación autonómica se resiente de cualquier tipo de rigidez o de falta de adecuación a la realidad siempre podrán efectuarse las modificaciones necesarias elevando a las Cortes Generales los correspondientes proyectos de nuevas leyes o de reforma de las vigentes. Ya hemos afirmado en otra ocasión que en un Estado de Derecho la ley no debe introducir rigidez sino certeza.

VI. CESIÓN PARCIAL DEL IMPUESTO SOBRE EL VALOR AÑADIDO

1. Previsión inicial de la LOFCA sobre posible cesión de la «*imposición general sobre las ventas en fase minorista*»

La cesión a las Comunidades Autónomas del 35% de la recaudación obtenida por el Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA) es sin duda una de las novedades más importantes del modelo, dada la potencia recaudatoria de este tributo. Veamos en primer lugar las normas que regulan esta cesión para hacer luego una valoración de la misma.

Desde su aprobación en 1980 se preveía en el artículo 11 de la LOFCA la posibilidad de ceder a las Haciendas autonómicas «*La imposición general sobre las ventas en su fase minorista*». El IVA se introdujo en España por la Ley 30/1985, comenzando su exigencia el 1 de enero de 1986 como condición ineludible para nuestro ingreso en la Unión Europea. El precepto de la LOFCA es por tanto anterior a este tributo, pero es evidente que se redactó teniendo en cuenta su existencia futura y su posible cesión parcial, como demuestra la disposición transitoria tercera de la LOFCA que se refiere a la cesión del antiguo Impuesto de Lujo «*Hasta que el impuesto sobre el Valor Añadido no entre en vigor*». De ahí que la cesión de este tributo (limitada a «*su fase minorista*») se contemplara también en diversas normas posteriores cuya exposición evitamos en este momento. Como el IVA somete a gravamen los consumos en general de bienes y servicios (con independencia ahora de la formulación técnica de su hecho imponible y de los sujetos pasivos) siempre se ha interpretado que podía llevarse a cabo esa cesión en virtud del precepto transcrito de la LOFCA; por ello fue objeto de reiteradas peticiones por parte de las Comunidades Autónomas a la hora de convenir los sucesivos modelos de financiación. También motivó una de las propuestas básicas del *Informe sobre el actual sistema de financiación autonómica y sus problemas*, emitido en 1994 por la Comisión creada por el Consejo el año anterior, conocido habitualmente como *Libro Blanco* (publicado por el Instituto de Estudios Fiscales en 1995).

Sin embargo esta cesión no se ha hecho efectiva hasta que ha sido aprobado el actual sistema de financiación. Y a la hora de proceder a su regulación tanto los servicios responsables del Ministerio de Hacienda como la Comisión creada para el estudio de la reforma e incluso los representantes de algunas de las Comunidades Autónomas advirtieron que la expresión de la LOFCA planteaba un problema prácticamente insoluble. No es posible ceder la *fase minorista* del IVA por la sencilla razón de que esa fase no existe como tal en este tributo; y si se quiere identificar con el IV A que soportan las operaciones al por menor, es decir las transmisiones de bienes o prestaciones de servicios a los consumidores finales, nos encontramos de nuevo en un callejón sin salida porque o bien nos estamos refiriendo a la totalidad del impuesto, que se repercute a esos consumidores, o bien nos vemos obligados a calcular el IVA correspondiente al incremento de valor que deriva de la comercialización minorista, cosa que con la estructura del tributo es muy difícil de hacer si queremos vincular de algún modo la recaudación al territorio de cada Comunidad Autónoma, lo que obligaría además a distinguir entre el IVA devengado y el recaudado para evitar la *exportación* de la carga fiscal. La complejidad de esta cuestión es evidente; las consideraciones anteriores resumen las tesis mantenidas en el *Informe* de la última Comisión citada y en los trabajos que mencionamos luego en la bibliografía; a ellos nos remitimos. Nos limitamos a dejar constancia de la principal conclusión de ese *Informe*:

«Puesto que la delimitación de la fase minorista a efectos de su posible cesión plantea importantes problemas técnicos, esta Comisión no considera aconsejable optar por la cesión del «IVA minorista». Resulta más aconsejable decantarse por la otra alternativa comentada, es decir, la cesión de una parte de la recaudación del impuesto sin referencia alguna a ninguna fase concreta, vinculando cantidades cedidas con consumos reales en cada Comunidad Autónoma».

2. Régimen de la cesión según la Ley Orgánica 7/2001 y la Ley 21/2001

La Ley Orgánica 712001 lleva a cabo una reforma del artículo 11 de la LOFCA conforme a esta propuesta. Desaparece la referencia general

a la imposición sobre consumos y, entre otros, se incluye un nuevo apartado e) que prevé la cesión del «*Impuesto sobre el Valor Añadido, con carácter parcial con el límite máximo del 35 por ciento*». Debemos pues olvidar la *fase minorista*; estamos ya ante una cesión parcial de la recaudación total del IVA. La exposición de motivos explica con acierto que se hace esta modificación «*al parecer más recomendable que la LOFCA contemple qué tributos concretos son susceptibles de cesión, en vez de contener una lista que agrupe géneros de tributos susceptibles de cesión*». Compartimos esta opinión, pues la nueva enumeración otorga al precepto la precisión propia de un texto legal y evita interpretaciones doctrinales conflictivas.

Esta vez sí se ha hecho efectiva la cesión parcial del IVA a través de la Ley 21/2001. Su articulo 6 regula los recursos financieros del sistema en 1999 (año base) e incluye en el apartado c) la cesión del 35% de la recaudación líquida del IVA en el territorio de cada Comunidad Autónoma, previsión que se completa con lo dispuesto en el artículo 9 al regular la evolución del modelo (la llamada «*suficiencia dinámica*») Más adelante, en su título 11, el artículo 17.1 ofrece una relación de tributos cedidos entre los que aparece el IVA y el artículo 18 precisa que se cede el rendimiento que corresponde al 35% de la recaudación líquida. Pero el precepto de mayor trascendencia es el artículo 27 que delimita el alcance de la cesión y el punto de conexión de este tributo; aquí queda claro que se cede el rendimiento «*que corresponda al consumo en el territorio de dicha Comunidad Autónoma, según el Índice de consumo territorial certificado por el Instituto Nacional de Estadística y elaborado a efectos de la asignación del Impuesto sobre el Valor Añadido por Comunidades Autónomas*». Con este mandato se evitan definitivamente los difíciles problemas antes aludidos. La cantidad que recibe por este concepto cada Hacienda autonómica se fijará en función del IVA soportado por las adquisiciones de bienes y prestaciones de servicios de la población real de su territorio, al margen del lugar donde se lleve a cabo su recaudación.

Ya que acabamos de resumir las normas contenidas en la Ley 21/2001 Y puede haber sorprendido a algún lector el orden de las mismas, hemos de advertir que la estructura formal de este texto legal no nos parece convincente. Su contenido es inevitablemente complejo pero la técnica

legislativa podía haber prestado mayor colaboración para mejorar su claridad y más fácil entendimiento. Precisamente porque el nuevo modelo encuentra su más sólido fundamento en la cesión de tributos estatales podría haberse comenzado por la regulación de esta materia para definir luego el sistema de financiación y sus reglas básicas de evolución, evitando la duplicidad actual de referencias legales a los tributos cedidos. Como puede comprenderse, se trata de una objeción formal a la que no debemos otorgar mayor importancia y que formulamos desde nuestra inevitable perspectiva jurídica.

3. No cesión de competencias normativas. Consulta a la Dirección General de Fiscalidad y Unión Aduanera de la Comisión Europea

Hay que destacar que si bien se cede parcialmente el rendimiento del IVA no se otorga a las Comunidades Autónomas ninguna competencia normativa sobre el mismo, característica que lo diferencia notoriamente (junto con los Impuestos Especiales armonizados y el Impuesto sobre la Electricidad) de los demás tributos cedidos. Así puede constatarse con la lectura de los artículos 19.2 de la LOFCA (según la redacción de la Ley Orgánica 7/2001) y 37 y siguientes de la Ley 21/2001. La razón queda explicada con claridad y brevedad en la exposición de motivos de ésta cuando dice que no se ceden esas competencias en el ámbito del IVA ni de los Impuestos Especiales armonizados «*dados los condicionantes de la normativa de la Unión Europea*» o, como afirma el preámbulo de la Ley Orgánica 7/2001, por «*la imposibilidad que deriva de la normativa de la Unión Europea*».

Esta cuestión ha sido objeto de especial atención por parte de la *Comisión para el estudio y propuesta de un nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas a partir de 2002*. Tales competencias legislativas habían sido pedidas por algunos representantes de las Haciendas autonómicas, centrándose en particular en la posibilidad de modificar los tipos impositivos al alza o a la baja; el *Libro Blanco* también se ocupó en su día de la posible disparidad de esos tipos dentro del territorio nacional. Pero no puede olvidarse que el IVA es un tributo armonizado en todos los países miembros de la Unión Europea, que están obligados a respetar las directivas comunitarias sobre el mismo, de manera

que era necesario responder a una pregunta previa: ¿permite la normativa europea que un Estado miembro otorgue facultades legislativas a sus entes territoriales, cualesquiera que éstos sean, y que éstas se traduzcan en diversidad de tipos impositivos dentro de su territorio de aplicación del IVA?

No es fácil dar una respuesta pacífica, especialmente si observamos el propio caso de España a consecuencia del régimen de sus Comunidades Forales. Navarra y los Territorios Históricos del País Vasco dictan normas reguladoras del IVA que se aplican en sustitución de la ley nacional en sus respectivos ámbitos territoriales; no obstante, como consecuencia de las exigencias derivadas del Convenio y del Concierto esas normas no presentan diferencias substanciales con la ley estatal y, en caso de que así fuera, podrían ser objeto de la correspondiente impugnación por parte del Estado (al margen ahora de la posible denuncia de cualquier norma de un Estado miembro por parte de la Comisión Europea ante el Tribunal de Luxemburgo si se considera que no respeta las directivas comunitarias) En particular, las normas forales no prevén en ningún caso tipos del IVA distintos a los que se exigen en el resto de España. Cabría pues admitir que las Comunidades Autónomas dispusieran de facultades legislativas sobre el IVA si se las otorgan las leyes estatales que regulan su actividad financiera, de acuerdo con los límites y condiciones que fueran establecidos y respetando siempre las normas de la Unión Europea. Pero si ello no puede traducirse en modificación de tipos impositivo s, que es la cuestión esencial, ese reconocimiento de competencias normativas será más formal que material, de modo que, en nuestra opinión, carecería de sentido. Esto es también lo que opinamos sobre la existencia de la normativa foral del IVA y de los Impuestos Especiales armonizados, que, precisamente por la exigencia de esa armonización de la que es responsable cada Estado, nos parece fruto de un entendimiento anticuado del *fuero*, inoportuno en el contexto actual de la Unión Europea, o de planteamientos políticos nacionalistas que no podemos compartir.

La citada Comisión se decidió por ello a elevar una consulta a la Dirección General de Fiscalidad y Unión Aduanera de la Comisión Europea; los documentos han sido publicados como anexo del *Informe*. Puesto que estamos de acuerdo con la respuesta dada por el Director de

Política Fiscal nos limitamos a la trascripción de la misma; es extensa, pero bien lo justifica la importancia del tema tratado.

«En el marco de la reforma del sistema de financiación de las Comunidades Autónomas, las autoridades españolas examinan diferentes posibilidades.

En el ámbito del IVA, una de las medidas consideradas concierne a la transferencia de una parte de la recaudación del IVA a dichas comunidades. En esta materia, las disposiciones comunitarias en materia de IVA no han previsto restricciones: los Estados miembros son soberanos. Estos pueden disponer de sus ingresos fiscales y los pueden distribuir en función de sus necesidades en la medida en que esto no tenga incidencia alguna sobre los recursos propios derivados del IVA.

Por el contrario, las disposiciones comunitarias actualmente en vigor aplicables en materia de IVA no permiten que las Comunidades Autónomas fijen tipos del IVA diferenciados a las operaciones localizadas en el territorio de su jurisdicción. El artículo 12 párrafo 3,a) de la sexta Directiva prevé que se fije un único tipo normal por cada Estado miembro. Los Estados miembros pueden asimismo aplicar uno o dos tipos reducidos.

Además, la hipótesis descrita en la primera cuestión puede conducir al riesgo de una situación en la que una misma operación tribute en mayor o menor medida según su lugar de imposición dentro de un mismo Estado miembro, España. No se puede considerar tal posibilidad puesto que resulta contraria a los principios comunitarios que rigen el IVA y sus características esenciales. En efecto, el IVA es un impuesto general puesto que tiene por objeto comprender al conjunto de las operaciones económicas dentro del Estado miembro concernido. es proporcional a los precios de los bienes y servicios, se percibe en cada fase del proceso de producción y distribución y se repercute sobre el consumidor final.

Además, las medidas adoptadas por los Estados miembros en la materia no pueden en ningún caso poner en peligro la libre circulación de mercancías ni el buen funcionamiento del mercado interior, ni crear riesgos de distorsiones de la competencia. Ahora bien, la propuesta considerada por España parece poner en tela de juicio estos principios, al introducir distorsiones de la competencia entre las Comunidades Autónomas.

A todo esto se une el principio de unidad de tipos del IVA. conforme al cual los bienes y servicios idénticos no pueden estar sometidos a tipos diferentes. Además, el objetivo buscado en materia de IVA es la armonización o al menos una aproximación más importante en los tipos del IVA. La existencia de distintos tipos en las diferentes Comunidades Autónomas iría en contra de este objetivo.

Las únicas excepciones a estos principios son las derogaciones precisas y de carácter transitorio previstas en el artículo 28 de la sexta Directiva, acordada durante las negociaciones de la Directiva 92/77/CEE sobre la aproximación de tipos de IVA o en las actas de adhesión, que son, en todo caso, aprobadas por unanimidad en el seno del Consejo por todos los Estados miembros.

Además, la posibilidad de prever un impuesto suplementario que tenga el carácter de impuesto sobre la cifra de negocios tampoco es admisible en el ámbito de las Comunidades Autónomas vistas las disposiciones del artículo 33 de la sexta Directiva.

Todas estas razones impiden, so pena de poner en riesgo la neutralidad del IVA, prever potestades para fijar los tipos de IVA en el ámbito regional o local».

Por todo ello, no resulta fácil comprender el sentido que pueda tener el artículo 12.1 de la LOFCA, conforme a la redacción dada al mismo por la Ley Orgánica 7/2001, cuando autoriza en general a las Comunidades Autónomas a establecer recargos sobre los tributos estatales pero difiere su existencia en el caso del IVA hasta que «*tengan competencias normativas en materia de tipos de gravamen*», es decir, *ad calendas graecas,* ya que nada hace suponer que las directivas comunitarias y la interpretación de las mismas que llevan a cabo la Comisión y el Tribunal de Justicia vayan a permitir disparidades de tipos sobre idénticas operaciones dentro de un territorio nacional cuando, además, son muchas las voces que se alzan a favor de mayor armonización de esta carga fiscal. Da la impresión de que nuestro legislador quiere hacer patente una inequívoca y generosa posición *autonomista*, reconociendo que no tiene inconveniente en que existan tales recargos sobre el IVA si alguna vez le permitiera el ordenamiento europeo otorgar competencias a las Comunidades Autónomas sobre sus tipos impositivos.

4. Valoración de la cesión

Nuestra valoración de las medidas adoptadas por la Ley Orgánica 712001 Y por la Ley 21/2001 sobre la cesión del IVA es positiva. En primer lugar, fortalecen los recursos financieros de las Haciendas autonómicas y diversifican la llamada *cesta de impuestos* en los que participan, como en su día hizo la cesión parcial del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas; se reparte pues el rendimiento de los dos tributos estatales de mayor potencia recaudatoria. En segundo lugar, porque se ha respetado la normativa europea, de la que emana la imposibilidad de ceder competencias normativas sobre tipos de gravamen, evitando poner nuevos obstáculos al difícil proceso de armonización fiscal. Y por último, porque el criterio de asignación a cada Comunidad Autónoma de las cantidades correspondientes logra un doble acierto: por una parte, al tener en cuenta índices de consumo, evita complejas operaciones que hubieran sido una fuente de conflictos y, por otra, aproxima el modelo de las Comunidades Autónomas de régimen general al método seguido con las Comunidades Forales; las disparidades substanciales (de *huevo*, no de *fuero*) nacidas de estos regímenes son una pesada carga que arrastra el sistema de financiación autonómica desde su concepción, por lo que es bienvenida toda decisión que pueda contribuir a su convergencia.

VII. PREVISIONES NORMATIVAS SOBRE CESIÓN DE LOS IMPUESTOS ESPECIALES EN GENERAL

Como en el caso anterior, desde su aprobación en 1980 admitía la LOFCA en su artículo 11 la posibilidad de ceder «*Los impuestos sobre consumos específicos en su fase minorista*». Lógicamente, la doctrina ha entendido siempre que esta expresión nos remitía a los Impuestos Especiales, actualmente regulados en la Ley 38/1992, de 28 de diciembre, lo que significa que pueden ser cedidos todos los enumerados en el título I de la misma bajo la denominación general de Impuestos Especiales de fabricación, así como el Impuesto Especial sobre Determinados Medios de Transporte a que se refiere su título 11, a los que cabe añadir el Impuesto

sobre las Primas de Seguros, que formalmente no tiene esa calificación ni es objeto de ese texto legal, puesto que fue creado por la Ley 13/1996, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

La expresión de la LOFCA no estaba exenta de problemas. Ese nutrido grupo de tributos no ha sido técnicamente concebido como imposición «*sobre consumos específicos*» y, además, son figuras plurifásicas, no monofásicas, de manera que no tienen «*fase minorista*» propiamente dicha. Evitamos no obstante entrar en estas cuestiones puesto que sus propias Leyes reguladoras los presentan como impuestos que recaen sobre los consumos a consecuencia de su repercusión a los adquirentes finales de los bienes y servicios y porque los textos normativos que establecen el nuevo modelo de financiación autonómica que comentamos han sustituido ya ese apartado de la LOFCA por una relación de los tributos concretos que pueden ser objeto de cesión.

El hecho es que hasta que se lleva a cabo esta última reforma ninguna de esas figuras había sido cedida a las Comunidades Autónomas, a pesar de sus frecuentes peticiones y de las razonadas consideraciones del *Libro Blanco* sobre la conveniencia de compartir su recaudación. En cambio el modelo convenido en la sesión de julio de 2001 del Consejo de Política Fiscal y Financiera incluye, como una de las novedades significativas, la cesión de los Impuestos Especiales de fabricación y del que grava la adquisición de medios de transporte. Como consecuencia, la Ley Orgánica 7/2001 ha modificado la enumeración del artículo 11 de la LOFCA, precepto en el que ahora aparecen los apartados f), g) y h) referidos a todos los tributos citados con excepción del Impuesto sobre las Primas de Seguros. Esa lista adquiere mayor precisión en el artículo 17.1, apartados g) a n), de la Ley 21/2001 (relación que encontramos también en las Leyes específicas de cesión aprobadas en 2002) que incluye la cesión total o parcial del rendimiento de los siguientes tributos:

- Impuesto sobre la Cerveza.
- Impuesto sobre el Vino y Bebidas Fermentadas.
- Impuesto sobre Productos Intermedios.
- Impuesto sobre el Alcohol y Bebidas Derivadas.
- Impuesto sobre Hidrocarburos.
- Impuesto sobre las Labores del Tabaco

- Impuesto sobre la Electricidad.
- Impuesto Especial sobre Determinados Medios de Transporte.

A efectos de análisis es necesario hacer una distinción importante en este amplio grupo, ya que aparecen en el mismo figuras que han sido armonizadas por la Unión Europea junto a otras ajenas a esa armonización. Y esta característica, como ya vimos en el caso del IVA, es básica para el diseño del régimen de esa cesión por parte del legislador nacional y, en particular, a efectos del reconocimiento de competencias normativas a las Comunidades Autónomas; habrá que preecisar además si se cede la totalidad o sólo parte del rendimiento. Vamos a proceder por ello a una exposición separada de ambos grupos de tributos.

VIII. CESIÓN PARCIAL DE LOS IMPUESTOS ESPECIALES ARMONIZADOS SOBRE ALCOHOLES, HIDROCARBUROS Y TABACOS

1. Referencia a la armonización comunitaria

La armonización de los Impuestos Especiales en la Unión Europea ha tenido lugar hasta ahora en el ámbito de los tributos que recaen sobre el alcohol y bebidas alcohólicas, los hidrocarburos y el tabaco. El régimen general se establece actualmente en la Directiva 92/12/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1992, existiendo además diversas directivas sobre cada uno de los productos citados (Alcohol y Bebidas Alcohólicas: Directivas 92/83 y 92/84. Hidrocarburos: Directivas 92/81, 92/82 y 95/60. Tabacos: Directivas 92/79, 92/80 Y 95/59) Ha sido un proceso laborioso que aún no puede considerarse cerrado, puesto que, aparte de diversos documentos comunitarios que insisten en la necesidad de aumentar el grado de convergencia lograda, existe una propuesta para armonizar la imposición de los productos energéticos, como luego veremos. Ciertamente, las directivas en esta materia no tienen un contenido tan completo y exigente como las relativas al IVA, ya que atienden sólo a la estructura de estos tributos específicos y a la fijación de tipos, en particular los mínimos. Pero su importancia es evidente y las normas estatales que deciden la cesión a las Comunidades Autónomas deben sujetarse por tanto a las exigencias de

la Unión Europea, que, como en al caso del IVA, afectarán sobre todo a las posibles competencias autonómicas en la fijación de los tipos de gravamen.

Esa armonización alcanza a los Impuestos Especiales de fabricación que aparecen en el artículo 2 de la Ley 38/1992, o sea, las llamadas *accisas* en la terminología europea. En primer lugar, los que gravan el alcohol y las bebidas alcohólicas: Impuestos sobre la Cerveza, sobre el Vino y Bebidas Fermentadas, sobre Productos Intermedios y sobre el Alcohol y Bebidas Derivadas. En segundo lugar, el Impuesto sobre Hidrocarburos. Y por último, el Impuesto sobre las Labores del Tabaco. El preámbulo de la Ley insiste en que para su creación y regulación se han respetado las directivas armonizadotas; así debe ser.

2. Régimen de la cesión según la Ley Orgánica 7/2001 y la Ley 21/2001

Todos estos tributos aparecen en el nuevo artículo 11 de la LOFCA en cuanto declara susceptibles de cesión a los «*Impuestos Especiales de Fabricación*» en general, habiéndose encargado la Ley 21/2001 de su concreta enumeración en los artículos 17 y 18, tras citarlos también individualmente en el artículo 6, apartados d) a h), como recursos financieros del sistema en el año base, precisando que la cesión se eleva al 40% de su recaudación líquida, y ocupándose de la evolución de la misma en los artículos 10 a 13 (nos remitimos a la observación formulada al tratar del IVA sobre esta técnica legislativa)

Puede que el lector de estos preceptos se sorprenda de que en el caso del Impuesto sobre el Vino y Bebidas Fermentadas la Ley 21/2001 se limite a su simple mención en el artículo 6.3, sin regulación alguna de su evolución, aunque más adelante, en su artículo 29 se refiera al alcance de su cesión cuantificándola también en el 40% de su rendimiento. La técnica normativa es mejorable, pero la explicación es sencilla: este tributo no recauda nada porque sus tipos impositivo s siempre son 0 en el momento actual. Como dice la exposición de motivos de la Ley 38/1992, nace para dar cumplimiento a las directivas de la Unión Europea, de modo que su establecimiento «*es meramente instrumental con objeto de posibilitar la utilización por los productores de vino y demás bebidas fermentadas del sistema intracomunitario de circulación*». Desde el punto de vista financiero, la cesión del Impuesto sobre el Vino y Bebidas Fermentadas

puede considerarse, si se quiere, como *un brindis al sol*, pero responde a la lógica de no excluir formalmente a las Comunidades Autónomas de ninguno de los Impuestos Especiales armonizados presentes o futuros en el ámbito del alcohol, hidrocarburos y tabaco, de modo que si en el futuro este tributo se tradujera en una carga real pudiera llevarse a cabo la cesión de su rendimiento con mínimas reformas legislativas.

Sobre los criterios de asignación a cada Hacienda autonómica de las cantidades cedidas debemos hacer un breve comentario, a partir de la premisa de que participan en el rendimiento de estos tributos obtenido en su respectivo territorio. La producción de alcoholes, hidrocarburos y tabacos se localiza, como es sabido, en determinados puntos del territorio nacional; además, al tratarse de sectores económicos en los que tienen un fuerte protagonismo las grandes empresas (especialmente en el ámbito de los dos últimos productos) sus domicilios fiscales se concentran en puntos concretos de ese territorio; igual sucede en la práctica con la ubicación de los importadores. En cambio, la distribución y consumo alcanza a toda España. Recuérdese además que se trata de tributos monofásicos que gravan esa producción o importación aunque la repercusión de los mismos acabe por incorporar la carga fiscal al adquirente final, es decir, al consumidor. Todo ello implica que no debemos vincular la cesión a las cantidades recaudadas en cada Comunidad Autónoma, lo que beneficiaría inevitablemente a aquellas en las que se encuentran situados los domicilios fiscales de fabricantes e importadores. El problema es similar al que origina la cesión del IVA aunque su planteamiento técnico sea diferente a causa de su carácter plurifásico. Por tanto, también en este caso hay que buscar criterios de imputación distintos del lugar de devengo o de recaudación efectiva.

El *Libro Blanco* ya llamó la atención sobre esta cuestión advirtiendo que «*se trata de tributos trasladables sobre otras jurisdicciones y, por tanto, no aptos para ser utilizados como impuestos autonómicos normalizados*», de forma que se inclinaba por alguna modalidad de las llamadas «*participaciones territorializadas*». El Informe *sobre la reforma del sistema de financiación autonómica* también ha señalado la fuerte disparidad regional de sus recaudaciones, llegando a la siguiente conclusión:

«*Dada la configuración actual de los Impuestos Especiales armonizados no cabría, como decimos, la cesión a cada Comunidad Autónoma de las cantidades recaudadas en su territorio. Sería necesario llevarla a cabo conforme a índices de consumo de los productos gravados*».

Así lo hace la Ley 21/2001 en sus artículos 28 a 31 en relación con los cuatro tributos que gravan el alcohol y las bebidas alcohólicas. Al igual que en el NA, se cede el 40% del rendimiento de cada uno de ellos calculando indirectamente ese rendimiento en función del «*consumo en el territorio de dicha Comunidad Autónoma, según el índice de consumo territorial certificado por el Instituto Nacional de Estadística*». En cambio, en los gravámenes sobre hidrocarburos y tabacos se puede actuar con mayor precisión evitando dicho índice de consumo. Las conocidas características del mercado de estos productos permiten que los artículos 32 y 33 de la Ley se remitan al «*índice de las entregas de gasolinas, gasóleos y fuelóleos en el territorio de dicha Comunidad Autónoma, según datos del Ministerio de Economía*» y al «*índice de ventas a expendedurías de tabaco en el territorio de dicha Comunidad Autónoma, según datos del Comisionado para el Mercado de Tabacos*». Conforme a la información facilitada por la Secretaría de Estado de Hacienda a la Comisión citada no hay dificultad para la obtención de estos datos aunque supongan un trabajo adicional para el Ministerio, el Comisionado y, sobre todo, para las empresas distribuidoras de los productos que, al parecer, disponen ya de esa información a efectos de su actividad y política comercial. En nuestra opinión, las decisiones del legislador son pues acertadas. Permiten además la aplicación de idénticos criterios para la asignación del rendimiento de estos tributos a Navarra y País Vasco.

3. No cesión de competencias normativas. Consulta a la Dirección General de Fiscalidad y Unión Aduanera de la Comisión Europea

Una característica básica de la cesión de los Impuestos Especiales armonizados a las Comunidades Autónomas es que no se otorga a las mismas ninguna competencia normativa que, por tanto, no podrán en ningún caso modificar los tipos impositivos. Esta restricción, como sucede

en el IVA, emana de las directivas comunitarias; nos remitimos por ello a lo ya expuesto sobre las explicaciones facilitadas por los preámbulos de las nuevas Leyes. De ahí que tales tributos armonizados no aparezcan contemplados en la actual redacción del artículo 19.2 de la LOFCA, dada por la Ley Orgánica 712001, ni en los artículos 37 y siguientes de la Ley 21/2001. El asunto fue también abordado por la *Comisión para el estudio y propuesta de un nuevo sistema de financiación autonómica*, siendo igualmente objeto de la consulta ya citada a la Dirección General de Fiscalidad y Unión Aduanera de la Comisión Europea (los documentos constan en su *Informe*, como quedó dicho) De nuevo nos limitamos a transcribir su respuesta, que compartimos, con el mismo ruego de que se excuse su extensión.

«*Antes de responder de manera más detallada a las cuestiones relativas a las accisas y a los nuevos impuestos,* ***la Comisión recuerda que se opone a toda iniciativa que ponga en peligro la necesaria aproximación de los sistemas fiscales de los Estados miembros****, en particular en lo que concierne a los tipos de los impuestos aplicables a los productos sujetos a los Impuestos Especiales.*

A) Cuestiones relacionadas con los impuestos especiales armonizados En relación con las directivas aplicables a los productos sujetos a accisas, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia establece, para cada producto sujeto a accisas armonizadas en el ámbito comunitario, que se aplique por los Estado miembros un tipo de gravamen nacional único. superior al valor mínimo establecido en la correspondiente directiva.

Por otra parte, el procedimiento del artículo 8 párrafo 4 de la Directiva 92/811CEE relativa a la armonización de las estructuras del impuesto especial sobre los hidrocarburos prevé que el Consejo, por unanimidad y a propuesta de la Comisión, puede autorizar a un Estado miembro a introducir otras exenciones o reducciones por motivos de políticas específicas. No obstante, este procedimiento no está previsto para permitir que se eluda el principio de unidad mencionado antes sino para dotar al sistema de cierta flexibilidad. No existe ningún precedente de diferenciación regional general de las accisas en la Unión Europea.

De manera general, las diferencias en los impuestos especiales deben respetar el conjunto de las políticas comunitarias: en particular, tales diferencias no pueden poner en peligro la libre circulación de mercancías y el buen funcionamiento del mercado interior. Con este motivo, la Comisión se pregunta acerca de las condiciones para la puesta en práctica de la creación de las accisas regionales, por ejemplo las que conciernen la adquisición de tabaco con la obligación establecida a cargo de los productores comunitarios de colocar en los paquetes de cigarrillos timbres fiscales autonómicos, así como también sobre la cuestión relativa a las ventas a bordo de aviones y buques. En fin, los riesgos de fraude o de distorsión del tráfico no se pueden ignorar.

La diversidad de impuestos especiales debe también ser compatible con las reglas comunitarias sobre concurrencia y, en particular, con las normas relativas a las ayudas del Estado. La introducción de competencia fiscal entre las Comunidades Autónomas respecto de los productos sujetos a impuestos especiales podría conducir además a la erosión de la base fiscal.

Es por estas razones en particular por las que la Comisión busca una aproximación mayor de las accisas. La diversidad regional de impuestos no va, a priori, en esa dirección deseable.

Conclusión:

En este estado de cosas, de acuerdo con la información disponible, parecería que el principio fundamental de la unidad de impuestos especiales armonizados no sería respetado en el supuesto de diferenciación autonómica de estos impuestos.

De esta forma, la respuesta a la pregunta sería negativa».

Nos permitimos pues reiterar las observaciones hechas a la nueva redacción del artículo 12.1 de la LOFCA según lo dispuesto en la Ley Orgánica 7/2001. Los recargos allí previstos nunca serán efectivos con la actual normativa europea.

4. Valoración de la cesión

Manifestamos también ahora que consideramos oportunas las decisiones legislativas comentadas por las razones expuestas al estudiar la

cesión del IVA. Por supuesto, estos tributos tienen menos potencia recaudatoria; su cesión parcial es por tanto menos trascendente para el fortalecimiento de la autonomía financiera. En cambio, si se atiende a los productos sobre los que recaen y a los problemas derivados de su consumo, especialmente los sanitarios por lo que respecta al tabaco y al alcohol y los medioambientales en cuanto a los hidrocarburos, como ya hizo ver en su día el *Libro Blanco,* se encuentran fundadas razones para su cesión a las Comunidades Autónomas, entre las que no podemos olvidar la vinculación de su financiación a los habitantes de hecho, a la que colaboran igualmente la cesión del IVA y de los Impuestos Especiales.

IX. CESIÓN DE LOS IMPUESTOS ESPECIALES NO ARMONIZADOS SOBRE LA ELECTRICIDAD y LOS MEDIOS DE TRANSPORTE

l. Introducción. No cesión del Impuesto sobre las Primas de Seguros

Junto a los tributos examinados en el apartado anterior, la Ley 38/1992 incluye en su título I el Impuesto sobre la Electricidad y en su título II el Impuesto sobre Determinados Medios de Transporte. Ambos han sido cedidos a las Comunidades Autónomas a partir de 1 de enero de 2002, lo que constituye otra novedad del sistema de financiación. Se ceden pues todos los Impuestos Especiales regulados en esa Ley, aunque con regímenes distintos. Así que del grupo de tributos a los que la doctrina otorga ese carácter sólo queda en la Hacienda estatal el Impuesto sobre las Primas de Seguros.

Este tributo, como hemos dicho, no aparece en la Ley 38/1992 sino en la Ley 13/1996, sin la calificación formal de Impuesto Especial pero como gravamen unifásico que somete las operaciones de seguro y capitalización de las entidades aseguradoras; incide en un *consumo específico* como consecuencia de su repercusión a quienes contraten esos servicios. Por estas razones, su cesión quedaba cubierta por la anterior redacción del artículo 11 de la LOFCA; sólo hubiera sido necesario buscar un criterio de asignación de rendimientos a cada Hacienda autonómica ajeno a la recaudación territorial por las razones ya expuestas al analizar los Impuestos Especiales armonizados.

Tampoco en este caso nos encontramos ante una figura que haya sido objeto de armonización por parte de las directivas comunicarías, aunque parezca deducirse lo contrario de la exposición de motivos de la Ley 13/1996 que le atribuye la finalidad «*de adecuar el sistema impositivo español con el de la Unión Europea*»; desde esta perspectiva no hubiéramos encontrado pues ningún obstáculo para su cesión a las Comunidades Autónomas, incluso con reconocimiento de competencias normativas. Recordemos que su exacción corresponde actualmente a Navarra y al País Vasco, aunque sólo disponen de las facultades de aprobar los modelos de declaración y de fijar los plazos de ingreso.

Sin embargo, se ha adoptado la decisión de no ceder este tributo. De ahí que no aparezca en la Ley Orgánica 712001, en la Ley 2112001 ni en las Leyes específicas de cesión. Tampoco encontramos ninguna referencia al mismo en el modelo acordado en el Consejo de Política Fiscal y Financiera ni en el acta de la sesión correspondiente; no fue objeto de análisis por parte de la Comisión que informó sobre la reforma. Se trata de una decisión política que, según la información disponible, no ha provocado reacciones adversas y sobre la que no hacemos en este momento ninguna valoración, aunque dejamos constancia de que somos partidarios de su cesión en el contexto de la actual concepción del sistema de financiación autonómica así como de la utilización, en ese caso, de los mismos criterios de imputación para las Comunidades Autónomas de régimen general y las forales.

2. Impuesto sobre la Electricidad

Este tributo es uno de los Impuestos Especiales de fabricación que encontramos en el título I, artículo 2.1.4 de la Ley 38/1992. Fue creado por la Ley 66/1997 de Medidas Fiscales con el fin de ayudar a la financiación de la minería del carbón. Hubiera podido cederse conforme a la expresión general del antiguo artículo 11 de la LOFCA, ya comentada, y puede ser cedido ahora puesto que aparece expresamente citado en la enumeración actual de dicho artículo 11 tras su reforma por la Ley Orgánica 7/2001 (apartado g) De hecho su cesión es ya efectiva por obra de la Ley 21/2001 y de las Leyes específicas para cada Comunidad Autónoma.

Como en los casos anteriores, aparece citado como recurso financiero del año base en el artículo 6.i) de la Ley 21/2001, alcanzando esa cesión a la totalidad de su recaudación líquida, se contempla luego en el artículo 14 al regular la evolución del sistema y está en las enumeraciones de los artículos 17 y 18. En este último precepto sorprende su ubicación; aunque se cede su rendimiento total (como se comprueba además en el artículo 34.1) no figura en el apartado A) como hubiera correspondido en principio, sino en el apartado B) donde se relacionan los tributos que son objeto de cesión parcial, cuando ya desde la aprobación del modelo por parte del Consejo se parte de la imputación a las Haciendas autonómicas del 100% de su rendimiento. En cuanto a la forma de determinar la asignación que corresponde a cada una de ellas, el artículo 34.2 la fija en el rendimiento «*que corresponde al índice de consumo neto de energía eléctrica en el territorio de dicha Comunidad Autónoma, elaborado a partir de los datos del Ministerio de Ciencia y Tecnología*». Nos parece correcta la utilización de este índice puesto que se dispone de tales datos y damos por reproducidas las consideraciones sobre este mismo tema formuladas al analizar los Impuestos Especiales armonizados, insistiendo en particular en la posibilidad de utilizar esos índices para el cálculo de las cantidades correspondientes a las Comunidades Forales, puesto que este tributo se encuentra convenido con Navarra y concertado con el País Vasco.

La cuestión de mayor interés es sin duda que la cesión se ha efectuado sin competencias normativas, como se deduce de las disposiciones citadas y en particular del actual artículo 19 de la LOFCA y de los artículos 37 y siguientes de la Ley 21/2001. Los preámbulos de estas Leyes no hacen ningún comentario sobre esta restricción; curiosamente son las Leyes específicas de cesión 17 a 31/2002 las que aluden a la clave de esta decisión cuando advierten en sus exposiciones de motivos que es un tributo «*de inminente armonización*». Existe en efecto una *Propuesta de Directiva del Consejo por la que se reestructura el marco comunitario de imposición de los productos energéticos*, presentada por la Comisión en marzo de 1997, que pretende, entre otras cosas, extender la armonización a los gravámenes sobre la electricidad; no podemos saber si su aprobación (a la que España se ha opuesto hasta ahora) se llevará a cabo de forma tan inmediata como anuncian esos preámbulos. Pero nuestro legislador ha

adoptado una postura prudente al evitar la cesión de competencias normativas, lo que hubiera podido introducir mayores dificultades en ese futuro proceso de armonización, que nos parece un objetivo prioritario. Consideramos por ello acertado que se haya corregido la línea de cesión anunciada en el documento aprobado por el Consejo de Política Fiscal y Financiera, en el que se anuncia que estaba en estudio «*la posibilidad de ceder capacidad normativa sobre el tipo, que permitiría actuar al alza o a la baja, en una banda del más, menos 10 por 100*».

El Informe de la Comisión para el estudio y propuesta de un nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas aplicable a partir de 2002 había llegado a las siguientes conclusiones:

> *«En cuanto a los Impuestos Especiales no armonizados, la Comisión no estima conveniente ceder facultades normativas ni competencias de gestión en el Impuesto sobre la Electricidad a las Comunidades Autónomas, pues (al margen de problemas técnicos derivados de su producción y distribución) si bien no hay especiales limitaciones para ello ni en la formativa comunitaria ni en el ordenamiento interno, es posible que la Propuesta de Directiva del Consejo por la que se reestructura el marco comunitario de imposición de los productos energéticos pueda ser aprobada o se traduzca en recomendaciones concretas en el ámbito de la fiscalidad de la energía. En cambio, la Comisión no advierte ningún inconveniente que impida la cesión de la totalidad o parte de la recaudación de este tributo, decisión que obligaría, no obstante, a un estudio detenido de los posibles criterios de atribución de esa recaudación».*

Como puede comprobarse, las Leyes comentadas han seguido estas directrices de reforma, adoptando un criterio de imputación de los rendimientos a cada Comunidad Autónoma que nos parece acertado.

3. Impuesto sobre Determinados Medios de Transporte

Es el único Impuesto Especial que aparece en la Ley 38/1992 que no se incluye entre los llamados «*de fabricación*»; de ahí su regulación separada en el título II de esta Ley (artículos 65 y siguientes) cuyo

preámbulo explica con claridad que su creación se debió a la decisión de mantener una elevada presión fiscal sobre las adquisiciones de medios de transporte una vez que la entrada en vigor del IVA había obligado a reducir los tipos incrementados que recaían sobre esas operaciones, carga que «*no respondía exclusivamente al gravamen de la capacidad contributiva puesta de manifiesto en su adquisición, sino a la consideración adicional de las implicaciones de su uso en la producción de costes sociales específicos en el ámbito de la sanidad, las infraestructuras o el medio ambiente*». No es un tributo armonizado; aunque en algún documento de la Unión Europea se hable de la conveniencia de reestructurar la fiscalidad sobre los vehículos para lograr una aproximación de los gravámenes, no se han dictado hasta ahora directivas armonizadoras ni se esperan actuaciones inmediatas para lograr ese objetivo. Su posible cesión a las Comunidades Autónomas no encontraba pues obstáculos por parte de la normativa comunitaria.

También podía haber sido objeto de cesión en virtud de la previsión general de la LOFCA, ya examinada, sobre los impuestos que inciden en consumos específicos. Es más, de todas las figuras contempladas en la Ley 38/1992 es la que mejor se adapta a esa previsión dado que no grava la fabricación o importación, sino la adquisición del bien por el consumidor final que se ve obligado a su matriculación, operando por tanto en *fase minorista*. En este punto cabe hacer una importante observación: este tributo unifásico es conocido usualmente como «*de matriculación*» puesto que, en general, su hecho imponible es precisamente la «*primera matriculación definitiva*». Siendo ésta una típica actividad administrativa, bien podía ser caracterizado como tasa, no como impuesto, conforme a lo establecido en la Ley General Tributaría y en la Ley 8/1989 de Tasas y Precios Públicos. Pero al margen del interés teórico que pueda tener este análisis, no cabe duda de que nuestro ordenamiento lo configura como impuesto y que la doctrina jurisprudencial no le ha negado hasta ahora esa calificación. De manera que evitamos esta cuestión, considerándolo como uno de los Impuestos Especiales susceptibles de cesión desde la aprobación de la LOFCA en cuanto recae sobre un consumo específico, con independencia de la formulación técnica de su hecho imponible.

El *Informe* ya citado de la Comisión que estudió la reforma concluía:

«*En relación con el Impuesto sobre Determinados Medios de Transporte, la Comisión valora positivamente la cesión de la totalidad o parte de la recaudación de este tributo y la cesión de competencias de gestión, aunque deberá tenerse en cuenta que la matriculación de vehículos es actualmente una competencia de la Administración Central. Y por lo que respecta a la cesión de facultades normativas, la Comisión no encuentra especiales obstáculos ni en nuestro ordenamiento interno ni en las disposiciones de la Unión Europea para que se haga efectiva dicha cesión con ciertos límites, aunque convendría de todos modos tener presentes las consideraciones formuladas por la Comisión Europea sobre la conveniencia de armonizar este ámbito de la fiscalidad en una comunicación de 23 de mayo de 2001 dirigida al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social, titulada* ***Política Fiscal de la Unión Europea. Prioridades para los próximos años [COM (2001 260 final)]***».

En esta línea se ha producido la reforma. La modificación de la LOFCA efectuada por la Ley Orgánica 7/2001 hace que en el actual artículo 11.h) aparezca ya específicamente designado como uno de los tributos que pueden ser cedidos, con la posibilidad de que las Comunidades Autónomas puedan regular sus tipos impositivos según el artículo 19.2.f) Y como tal aparece en la Ley 21/2001, que lo incluye entre los recursos financieros del año base en el artículo 6.a) Esta ubicación implica la cesión de todo su rendimiento, como confirma luego la lectura de los artículos 18.l.A).e) y 35, computándose ese rendimiento a cada Comunidad Autónoma «*cuando la primera matriculación definitiva en España tenga lugar en su territorio*», remitiéndose a tal efecto a la normativa en vigor, aunque con la precisión de que las personas físicas realizarán esa matriculación «*en la provincia en que tengan su domicilio fiscal*». En cuanto a la facultad de las Comunidades Autónomas para variar los tipos de gravamen nos remitimos al artículo 43, que fija la banda comprendida entre tipos mínimos y máximos (que resultan de incrementar los mínimos en un 10%) dentro de la que puede efectuarse esa variación; se aplica pues lo previsto en el modelo aprobado por el Consejo de Política Fiscal y Financiera, aunque eliminando la posibilidad de reducir los tipos antes en

vigor (equivalentes a los mínimos indicados) Las posibles decisiones autonómicas sobre incremento de esos tipos no tendrán repercusión alguna en el IVA, pues si bien la regla general es que lo pagado por Impuestos Especiales constituye a su vez base imponible del IVA, el artículo 78.Dos.4 de la Ley 37/1992 excluye de esa regla a este tributo; este ha sido, sin duda, un argumento que también se ha tenido en cuenta para otorgar esa facultad legislativa.

Importante novedad: se cede a las Haciendas autonómicas la gestión de este impuesto, cosa que no se ha hecho con ninguno de los nuevos tributos cedidos, puesto que tanto el IVA como los Impuestos Especiales de fabricación siguen siendo gestionados por los órganos estatales, es decir, por la Agencia Estatal de Administración Tributaria. La Ley 21/2001 así lo establece en el artículo 46.l.e) regulando esas competencias gestoras en los artículos 47 y siguientes. Las Leyes específicas de cesión establecen no obstante que siga ocupándose provisionalmente la citada Agencia de esa gestión «*hasta tanto no se haya procedido, a instancia de la Comunidad Autónoma, al traspaso de los servicios adscritos a dichos tributos*» (disposición transitoria única).

Finalmente, nos permitimos recordar que el rendimiento de este tributo ya estaba cedido a Ceuta, Melilla y Canarias por obra de los artículos 73 y 74 de la Ley 38/1992, así como a Navarra y País Vasco, utilizando ese mismo criterio de imputación del rendimiento.

Por todo ello, también en este caso valoramos positivamente la cesión, aunque debemos advertir que se ha llevado a cabo una interpretación laxa del artículo 149.1.21.ª de la Constitución, que reserva como competencia exclusiva del Estado el «*tráfico y circulación de vehículos a motor*» y que la nueva facultad de las Comunidades Autónomas para fijar los tipos impositivos en la banda indicada no facilita la aproximación de este ámbito de fiscalidad que pretende la Comisión Europea; es posible que en el futuro nos veamos obligados a revisar esta decisión.

X. CREACIÓN y CESIÓN DEL IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS MINORISTAS DE DETERMINADOS HIDROCARBUROS

l. La creación de nuevas figuras de imposición indirecta según el *Informe* de la Comisión. Consulta a la Dirección General de Fiscalidad y Unión Aduanera

La Comisión que había estudiado la reforma se ocupó de este tema al responder a la pregunta que se le había formulado en general sobre «*Posibilidad de creación de nuevas figuras de la imposición indirecta que abran nuevas perspectivas a la corresponsabilidad fiscal de las Comunidades Autónomas*». Su trabajo se centró inicialmente en el análisis de posibles tributos sobre los productos sujetos a los Impuestos Especiales armonizados, en particular sobre ventas de tabacos y de hidrocarburos, tras rechazar un gravamen adicional sobre alcoholes, principalmente por las dificultades de gestión si se concibe como un impuesto minorista que deba ser exigido en el momento de la venta al consumidor.

Era necesario estudiar, en primer lugar, si la creación de esas nuevas figuras podía encontrar obstáculos en las directivas europeas, puesto que incidirían en un ámbito fiscal objeto de armonización. En principio, su compatibilidad con el IVA no debía ser fuente de problemas, ya que el artículo 33.1 de la Sexta Directiva admite la existencia de cualquier otro «*impuesto, derecho o gravamen que no tenga carácter de impuesto sobre el volumen de negocios, siempre que dichos impuestos, derechos o gravámenes no den lugar, en los intercambios en estados miembros, a formalidades relacionadas con el paso de una frontera*». Ambas limitaciones eran ajenas a posibles tributos sobre las ventas al por menor de tabacos e hidrocarburos. La primera, porque indiscutiblemente no se trataría de *impuestos sobre el volumen de negocios* de acuerdo con los requisitos definidos por una amplia jurisprudencia de Tribunal de Luxemburgo; la segunda, porque sólo incidirían sobre los consumos realizados en el territorio nacional, con la única exigencia de que la técnica de gestión evitara esos efectos. El asunto no merece ahora mayor atención. En cambio había que analizar con mayor cuidado el artículo 3 de la Directiva 92/12/CEE sobre Impuestos Especiales, puesto que este precepto sólo acepta que los productos sometidos a los mismos estén gravados «*por otros impuestos indirectos de finalidad específica, a condición de que tales impuestos respeten las normas impositivas aplicables en relación con los*

impuestos especiales o el IVA para la determinación de la base imponible, la liquidación, el devengo y el control del impuesto».

La Comisión decidió por ello incluir también estas cuestiones en la consulta a la Dirección General de Fiscalidad y Unión Aduanera de la Comisión Europea, a la que ya se ha hecho referencia. La respuesta fue inequívoca:

> ***«España podría crear nuevos impuestos nacionales sobre el tabaco y los hidrocarburos bajo ciertas condiciones, en particular: i) que el objetivo perseguido sea otro que principalmente el presupuestario; ü) que el impuesto no sea exigible sino en el momento de la puesta al consumo».***

El primer requisito hace referencia a la *finalidad específica* exigida por las normas comunitarias citadas. Pretende, en nuestra opinión, que tales tributos no tengan sólo una intención recaudatoria, sino que, además, se conciban y utilicen como instrumentos extrafiscales, es decir, al servicio de objetivos económicos o sociales que corresponde definir a cada Estado miembro con respeto de los tratados de la Unión Europea. En el caso de un posible gravamen adicional sobre consumo de tabacos o hidrocarburos se cumpliría sin duda esa condición, sobre todo si se tiene en cuenta que quedarían afectados a la financiación de la sanidad, pues son indiscutibles los efectos sociales del consumo de ambos productos; afianza esta conclusión la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia cuando fue impugnado por la Comisión un tributo similar aprobado en Francia, ejemplo bien conocido (Sentencia de 24 de febrero de 2000, asunto C-434/97, Comisión/República Francesa) Aunque somos conscientes de las dificultades teóricas y prácticas que derivan de ese impreciso concepto de *finalidad específica*, en el supuesto de creación de estos posibles tributos podemos pues evitar la polémica sobre su interpretación, propiciada por los diferentes pronunciamientos del Tribunal.

En cuanto al segundo requisito, sólo pretende garantizar que se trate efectivamente de gravámenes sobre el consumo y que su técnica de gestión no incida sobre la exigencia del IVA ni de los Impuestos Especiales armonizados; hay que contar con ello a la hora de formular técnicamente la base imponible, los mecanismos de liquidación, el devengo y el control del

tributo. El asunto no tiene especial dificultad en el actual Derecho Tributario, aunque el seguimiento estricto de la literalidad de la respuesta puede provocar algún problema.

Cabe entender, en efecto, que «*el momento de la puesta al consumo*» se refiere a la operación de venta al por menor propiamente dicha, o sea, la transmisión del bien al consumidor final por parte del comerciante minorista; en tal caso nos veríamos obligados a vincular a esa operación el devengo y la exigibilidad del tributo, lo cual complicaría su gestión pues habría que designar sujetos pasivos a los comerciantes al por menor (aunque con obligación legal de repercutir el gravamen) Podría también interpretarse que ese momento coincide con la adquisición del bien por parte de los comerciantes minoristas, ya que, en razón de su actividad, lo adquieren con destino al consumo, para ponerlo a disposición de los consumidores; y ello permitiría unir su devengo y exigibilidad a la operación de venta por parte del comerciante mayorista que podría ser designado sujeto pasivo (estableciendo siempre la obligación legal de repercusión hasta el consumidor final) con la consiguiente simplificación de la gestión. No obstante, se trata, a nuestro parecer de una interpretación forzada; además, hay que aclarar que en el documento remitido a la citada Dirección General de la Comisión Europea con motivo de la consulta (aparece en los anexos del *Informe*) sobre «*La creación y gestión de los impuestos minoristas sobre hidrocarburos y labores de tabaco y su posible encaje en la normativa comunitaria armonizada sobre Impuestos Especiales*» se explica que esos posibles tributos serían exigidos en el momento de la venta por parte del comerciante minorista, que quedaría obligado al pago (aunque con repercusión al consumidor) evitándose así cualquier interferencia en la circulación intracomunitaria.

La Comisión citada abandonó la idea de un impuesto adicional sobre el consumo de tabacos. La razón puede explicarse con brevedad: existe una regla comunitaria (artículos 1.2.b de la Directiva 92/79/CEE, 3.1 de la Directiva 92/80/CEE y 8.1 de la Directiva 95/59/CE) que obliga a considerar base imponible del correspondiente Impuesto Especial sobre estos productos el precio de venta más elevado en el país, incluidos los demás tributos; nuestra Ley 38/1992 incorpora ese mandato en su artículo 58. 1. a) fijando como base imponible del Impuesto sobre las Labores del Tabaco «*su precio máximo de venta al público, en expendedurías de*

tabaco y timbre situadas en la Península o Islas Baleares, incluidos todos los impuestos». Ello implicaría una inevitable repercusión de las decisiones de una Comunidad Autónoma sobre la carga fiscal soportada por los consumos efectuados en todas las demás. Esta cuestión está explicada con claridad en el *Informe* comentado en el documento que acaba de citarse, al que nos remitimos en general y en el que constan los preceptos comunitarios aplicables, así como en la respuesta a la consulta. El análisis de la Comisión se limitó por tanto a un posible impuesto sobre el consumo de hidrocarburos, única figura a la que se refiere dicho *Informe*.

2. No cesión de competencias normativas sobre tipos impositivos

Como en el caso del IVA y de los Impuestos Especiales armonizados, aún quedaba una cuestión básica que resolver: ¿permitían las directivas comunitarias que las Comunidades Autónomas pudieran fijar tipos de gravamen distintos si se les otorgaba esa competencia normativa? También sobre este tema se formuló la correspondiente pregunta a la Dirección General de Fiscalidad y Unión Aduanera. La respuesta fue la siguiente:

«En primer lugar se debe recordar que los argumentos ya invocados a propósito de la diferenciación regional de las accisas son válidos respecto de la diferenciación regional de los nuevos impuestos.

Por otra parte, si se puede demostrar que la medida fiscal se integra en el ámbito nacional en el marco de las políticas de sanidad o de protección del medio ambiente, conviene acreditar sin equívocos que las diferencias regionales que se efectuarían responderían a imperativos generales de coherencia entre el montante del impuesto y los problemas que aspira a resolver. De esta manera, el importe del impuesto debería estar definido en las Comunidades Autónomas en función de criterios objetivos fijados en el ámbito nacional. En su defecto, el objetivo esencial de la diferenciación regional aparecería básicamente como objetivo de naturaleza presupuestaria.

[...]

Conclusión:

La Comisión considera que, según la información a su disposición, el proyecto presentado, relativo a la introducción de impuestos con tipos de gravamen diferentes en las Comunidades Autónomas aplicables al tabaco y a los hidrocarburos, no respetaría la legislación comunitaria».

Conviene aclarar dos cuestiones. La primera, que, como se ha advertido, la Comisión renunció a estudiar un posible tributo minorista sobre tabacos por las razones expuestas. La segunda, que la referencia concreta a las políticas de sanidad y medio ambiente derivan del propio planteamiento de la consulta, lo que quiere decir que puede cumplirse el requisito de la *finalidad específica* atendiendo a otros objetivos. Pasemos ahora a comentar el fondo del asunto.

Esta respuesta parece partir de la premisa de una interpretación restrictiva de las disposiciones comunitarias. Como es lógico, la disparidad de figuras tributarias de los Estados miembros y la diversidad de sus tipos impositivo s en un mismo territorio nacional inquieta a la Comisión Europea, que lucha por conseguir la armonización fiscal o, al menos, la mayor aproximación de los distintos sistemas nacionales. Además, la proliferación de tributos específicos sobre los productos sometidos a los impuestos especiales armonizados o pendientes de posible armonización (ya nos hemos referido a la electricidad y los medios de transporte) aumenta esa inquietud en un panorama de imposición indirecta dominado por el IVA, desde cuya perspectiva general no puede evitarse observar con recelo cualquier figura particular que incida sobre el mercado de bienes y servicios, porque incluso si aumenta su base imponible merma su capacidad recaudatoria. Y si a ello unimos la posibilidad de aplicar tipos impositivos distintos dentro de un mismo Estado, cualquiera que sea la Administración territorial que pueda adoptar esa decisión, se comprenderá que la Dirección General de Política Fiscal y Unión Aduanera sea proclive a interpretaciones restrictivas que les faciliten sus objetivos, al igual que los Estados se resisten a las normas armonizadoras que ellos mismos han aprobado como miembros de la Unión Europea, arrastrados por sus problemas y equilibrios internos y por el comportamiento de cada uno de sus socios comunitarios.

En este caso, dicha Dirección General pone como condición básica de la posible diversidad regional de tipos impositivos que obedezca a «*criterios objetivos fijados en el ámbito nacional*». A ello se reduce la cuestión. Por supuesto, según hemos visto, acepta la existencia de un impuesto sobre las ventas al por menor de hidrocarburos pero le exige una *finalidad específica* de acuerdo con el correspondiente precepto comunitario, que en este caso bien puede identificarse con el control o encarecimiento de su consumo por los problemas económicos y sociales que origina, de manera que su afectación a sanidad forma parte de esa finalidad. Se deduce de su respuesta que considera que la repetida *finalidad específica* es la misma para todo el territorio nacional (estamos ante un impuesto estatal que encarna una opción de política fiscal del Estado) Por tanto, si el tributo es un instrumento al servicio de ese objetivo debe ser igual para todo ese territorio, a no ser, dice literalmente, que se pueda «*acreditar sin equívocos que las diferencias regionales que se efectuarían responderían a imperativos generales de coherencia entre el montante del impuesto y los problemas que aspira resolver*». Son pues esos *criterios objetivos* los que deben fundamentar las diferencias de tipos impositivos; si éstos son distintos y los problemas son los mismos, lo único que pretenderán los gravámenes más elevados será la obtención de mayores ingresos, es decir, un «*objetivo de naturaleza presupuestaria*» y en tal caso la creación del tributo no respetará el artículo 3 de la Directiva 92/12/CEE sobre Impuestos Especiales. Por ello, concluye la Comisión, no se respetaría la legislación comunitaria si los tipos de gravamen no son los mismos en todas las Comunidades Autónomas, a no ser, debemos añadir, que esa diferencia venga fundamentada en «*criterios objetivos fijados en el ámbito nacional*».

Estos razonamientos están vinculados a la propuesta de creación de un impuesto estatal (aunque cedido a las Haciendas autonómicas con esa hipotética competencia normativa) Puede pensarse por ello que carecerían de valor si se tratara de un tributo propio de las Comunidades Autónomas, cada una de las cuales podría crearlo (o no crearlo) de acuerdo con su propia normativa y, en consecuencia, con distintos tipos de gravamen. Pero esta conclusión sería apresurada. Es evidente que la Dirección General ha contestado a la pregunta concreta que se le formula y que no pretende responder sobre la compatibilidad de las normas europeas con gravámenes

regionales o locales que pudieran ser diferentes entre sí o incluso inexistentes en parte del territorio de un Estado miembro. Por supuesto tales tributos pueden existir, y de hecho existen. Pero no escapan del control de la Comisión Europea, que en tales casos analiza con una perspectiva diferente si respetan la exigencia de la *finalidad específica*, comprobando si realmente persiguen objetivos extrafiscales, no recaudatorios, y si se utiliza el tributo de manera adecuada para conseguir esa finalidad. Así lo demuestran los frecuentes conflictos ante el Tribunal de Justicia cuyos dispares pronunciamientos dan testimonio de la dificultad del asunto; por citar sólo el caso que tal vez sea el más conocido, recuérdese la Sentencia de 9 de marzo de 2000, *Evangelischer*, asunto C-437/97, que declaró incompatible con las directivas comunitarias un impuesto local austriaco sobre bebidas alcohólicas por perseguir objetivos exclusivamente presupuestarios.

La doctrina de la Dirección General de Fiscalidad y Unión Aduanera que inspira la respuesta dada a la consulta de la Comisión ha provocado ya algunas reacciones críticas por parte de quienes estiman que las limitaciones expuestas de esos posibles gravámenes específicos no tienen el debido apoyo en los preceptos comunitarios. Sin entrar en el contenido de las mismas y con el respeto que nos merece toda opinión bien fundamentada en Derecho, convendría recordar que ese duro pronunciamiento de la citada Dirección General («*según la información a su disposición, el proyecto presentado ... no respetaría la legislación comunitaria*») trae causa del régimen del posible impuesto minorista sobre hidrocarburos diseñado en los documentos que se presentan (todos los cuales, repetimos, aparecen publicados en el *Informe* citado)

En la consulta inicial se preguntaba si las Comunidades Autónomas podían fijar los tipos impositivos sin limitación o restricción alguna (salvo una posible fijación de tipos mínimos y máximos en la ley estatal) y sin ninguna explicación adicional sobre las razones de la divergencia de carga fiscal. Cuando la Dirección de Política Fiscal solicitó mayor información sobre el asunto y se le envió el documento ya referido sobre creación y gestión de los impuestos minoristas se reiteró ese planteamiento al tratar del gravamen sobre hidrocarburos en los términos siguientes, después de haber concluido que no provocaría interferencias en los mecanismos de circulación intracomunitaria:

«A la vista de lo expuesto más arriba, no parece que existan problemas de aplicación práctica que impidan la atribución de capacidad normativa a las Comunidades Autónomas en estos impuestos minoristas.

Efectivamente, cada Comunidad Autónoma podría exigir los impuestos con tipos impositivos distintos dentro del margen fijado por la ley estatal. De ello se sigue que la carga fiscal total de los hidrocarburos podría ser diferente en cada Comunidad Autónoma, aunque esa diferencia no parece que pueda ser causa de interferencia en el Impuesto Especial armonizado sobre Hidrocarburos.

No consideramos que ninguna norma comunitaria pueda ser directamente aducida contra esa disparidad de tipos impositivos dentro del territorio nacional, dado que se trataría de un tributo no armonizado cuya exigencia tampoco parece que pueda introducir distorsiones en el régimen de la imposición indirecta armonizada sobre hidrocarburos».

Contra esta libertad autonómica para fijar tipos impositivos reacciona la Dirección General. Como hemos dicho, la normativa europea admite la existencia de tributos específicos en el ámbito de los productos gravados por los Impuestos Especiales armonizados; e incluso es compatible con la diversidad de los tipos, pero siempre que haya razones que justifiquen la disparidad de la carga fiscal, puesto que esos tributos no deben nacer con fin recaudatorio o presupuestario, sino para servir *finalidades específicas*. De ahí los *criterios objetivos* exigidos por la Dirección de Política Fiscal. Por todo ello, aceptamos esta doctrina, que nos parece acertada en cuanto busca un equilibrio entre directivas armonizadoras y libertad de imposición de los Estados miembros; soluciona de manera constructiva la difícil convivencia entre Impuestos Especiales armonizados y tributos específicos sobre los mismos productos.

El Informe de la Comisión que estudió la reforma también asumió esta interpretación; aunque reaccionó contra la dureza formal de la respuesta afirmando que no compartía la conclusión, matizaba a renglón seguido «*siempre que tales diferencias respondieran a parámetros obbjetivos, como reclama la citada Dirección General*». Tal vez no insistió debidamente en este requisito a la hora de concretar su propuesta, pero

siguió esa doctrina al pronunciarse a favor de un impuesto estatal y no de un tributo propio de las Comunidades Autónomas, aunque éstas deberían tener facultad para variar los tipos de gravamen «*dentro de unos parámetros máximos y mínimos*».

3. La propuesta aprobada por el Consejo de Política Fiscal y Financiera

En la sesión del Consejo de Política Fiscal y Financiera de 27 de julio de 2001 se formalizó la propuesta inicial de que un grupo de trabajo analizara la posible creación de este tributo. Se debía, según consta en el acta, a una iniciativa de la Generalidad de Cataluña a la que se había unido la Junta de Galicia, que ese día, en el que se llevó a cabo la aprobación general del nuevo modelo, aún no se había traducido en un texto concreto; no obstante, aparece ya configurado como un impuesto estatal que debía recaer sobre las ventas minoristas, es decir, las destinadas al consumo de los adquirentes, que sería cedido a las Comunidades Autónomas atribuyéndoles capacidad normativa en relación con los tipos de gravamen y afectado a la sanidad. Se les pedía que reemitieran al Consejo las sugerencias oportunas para ultimar el proyecto durante el primer semestre del 2002.

Sin embargo no hubo que esperar tanto tiempo. En la sesión del Consejo de 16 de noviembre de 2001 el Secretario General de Política Fiscal Territorial y Comunitaria del Ministerio de Hacienda presentó las conclusiones de ese grupo de trabajo de las que ahora interesa destacar este párrafo:

« ... Se propone por parte de la representación que se atribuya a las Comunidades Autónomas capacidad normativa sobre tipos de gravamen en la forma que a continuación se dirá y cuyos recursos, con objeto de dar cumplimiento a la normativa de la Unión Europea, deberán quedar afectos, en virtud de criterios objetivos fijados en el ámbito nacional, a sanidad en su cien por cien, en cuanto a la recaudación derivada de los tipos de gravamen fijados por el Estado, y en cuanto a la recaudación derivada de los tipos de gravamen autonómicos a sanidad y, excepcionalmente, a medio ambiente».

Se delimitaba una banda de tipos mínimos y máximos para los diferentes productos dentro de la cual las Comunidades Autónomas podrían decidir los tipos aplicables en su territorio y se hacía una breve referencia a la estructura del impuesto («*que es idéntica a la del impuesto especial de fabricación*»)

Pero la propuesta no fue aprobada. Los Consejeros autonómicos hicieron una serie de observaciones críticas, cuya exposición evitamos en estas páginas, que llevaron al Consejo a decidir que no era un proyecto *maduro*, retirándose por tanto del orden del día sin proceder a su votación. No obstante, en el cálido clima político de búsqueda de consenso y de deseo de inmediata aprobación del nuevo sistema de financiación, maduró en una semana. El 22 de noviembre tuvo lugar una nueva sesión del Consejo en la que quedó aprobada la propuesta, aunque hay que advertir que se hizo por mayoría, rompiéndose la unanimidad alcanzada en julio sobre el modelo de financiación en general. Votaron en contra los representantes de las Comunidades Autónomas de Andalucía, Aragón, Asturias, Baleares, Castilla-La Mancha y Extremadura, o sea, todas las gobernadas en ese momento por el Partido Socialista Obrero Español, bien por haber obtenido la mayoría absoluta, bien por haber llegado a acuerdos con otros grupos políticos; votaron a favor los representantes del Gobierno de la Nación, de todas las demás Comunidades Autónomas (no estuvieron presentes las Comunidades Forales) y de Ceuta y Melilla (el nuevo impuesto no se exige en su territorio) o sea, todos los representantes de Gobiernos encomendados al Partido Popular, bien por haber obtenido la mayoría absoluta, bien por haber llegado a acuerdos con otros grupos políticos, más Convergencia y Unión y Coalición Canaria (en cuya Comunidad Autónoma tampoco se aplica la figura aprobada).

El nuevo tributo debía gravar las ventas minoristas de hidrocarburos, las Comunidades Autónomas podrían decidir los tipos impositivo s dentro de la banda establecida por la ley estatal, se cedería a las Haciendas autonómicas la gestión y la totalidad de sus rendimientos, que quedarían afectados a sanidad y medio ambiente en la forma explicada, computándose como un recurso más de los destinados a cubrir las

necesidades generales de financiación; se exigiría en Navarra y País Vasco hasta tanto fuera objeto de convenio o concierto.

4. Creación del Impuesto sobre las Ventas Minoristas de Determinados Hidrocarburos. Régimen jurídico

Conforme a estas directrices, el Impuesto sobre las Ventas Minoristas de Determinados Hidrocarburos fue creado y regulado por el artículo 9 de la Ley 2412001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social; su exposición de motivos se limita a dar cuenta de su establecimiento «*en el marco del modelo de financiación de las Comunidades Autónomas*» y de su afectación a gastos de sanidad y medio ambiente. Lógicamente, estas páginas no son el lugar adecuado para exponer ni analizar la regulación de este nuevo tributo; nos limitaremos a hacer referencia a algunas cuestiones básicas en relación con lo expuesto en los apartados anteriores.

El hecho de que la nueva figura haya sido creada por esa Ley *de acompañamiento* le ha valido algunas críticas doctrinales que no la consideran vehículo apropiado para la creación de tributos, prohibida expresamente por la Constitución, como se sabe, a la Ley de Presupuestos (artículo 134.7) No entramos en esta cuestión, de indudable interés, que desviaría nuestro análisis hacía el principio de legalidad o de reserva de ley en materia tributaria. Aunque es evidente que la polémica hubiera podido evitarse actuando a través de ley ordinaria, la urgencia en la aprobación del nuevo modelo de financiación llevó a la utilización de esta vía no exenta de problemas y pendiente de enjuiciamiento por parte del Tribunal Constitucional.

A. Tributo minorista que respeta las normas del IVA y de los Impuestos Especiales armonizados

El Impuesto sobre las Ventas Minoristas de Determinados Hidrocarburos, que se exige a partir de 1 de enero de 2002, «*es un tributo de naturaleza indirecta que recae sobre el consumo de aquellos, gravando en fase única, las ventas minoristas de los productos*» (apartado Uno.1) El texto legal entiende por tales las entregas, importaciones o adquisiciones

intracomunitarias destinadas al consumo directo de los adquirentes. Su devengo se identifica con el momento de esa operación de venta. Se designa sujeto pasivo al transmitente de dichos productos en cuanto propietario de los mismos; en términos generales podemos identificarlo con el comerciante minorista que tiene abierto un establecimiento de venta al por menor, aunque se le asigna la obligación de repercutir las cuotas devengadas sobre los adquirentes, los cuales no deben cumplir ninguna obligación formal, dado que son los sujetos pasivos los obligados a practicar las correspondientes declaraciones y autoliquidaciones (los modelos han sido aprobados por Orden del Ministerio de Hacienda de 14 de febrero de 2002) Así configurado, este tributo cumple las exigencias de la normativa europea antes expuesta a la que se refería la Dirección General de Fiscalidad y Unión Aduanera: grava exclusivamente operaciones minoristas, se exige en el momento de la puesta al consumo del bien gravado, no interfiere en el régimen del IVA, del Impuesto Especial armonizado ni en la circulación intracomunitaria.

B. Tributo con finalidad específica

La Ley 24/2001 no hace ninguna referencia al fin u objetivo que se pretende alcanzar con este tributo. Pero desde el momento en que declara que sus rendimientos quedan totalmente afectados a la financiación de gastos de sanidad y de actuaciones medioambientales se presupone su finalidad: controlar su consumo mediante una elevación de carga fiscal que permite al mismo tiempo una financiación especial de gastos públicos vinculados directa o indirectamente a ese consumo. El *Libro Blanco* expuso en su día este importante argumento refiriéndose en general a los Impuestos Especiales:

> *«Si nos atenemos estrictamente a su naturaleza posponiendo, de momento, su configuración legal, se trata de impuestos que juegan un doble papel, nada infrecuente en los instrumentos tributarios de carácter regulador. Por una parte aparecen como un instrumento útil para recuperar determinados costes públicos que infringen los consumidores de los productos gravados. Así, por ejemplo, el impuesto de matriculación y, en mayor medida la imposición sobre*

hidrocarburos, permite recuperar los costes públicos que apareja el tráfico rodado, especialmente la construcción de carreteras y servicios conexos. Otro tanto podría decirse de los impuestos que recaen sobre el consumo del alcohol y el tabaco pues no cabe duda de que dichos consumos tienen consecuencias en los costes sanitarios

Pero junto a este quehacer que aproxima la lógica de estos tributos al precio público más que a la tasa y, en todo caso, a los instrumentos que operan con criterios de contraprestación, los impuestos especiales pueden utilizarse igualmente y sin solución de continuidad, como instrumentos reguladores; es decir, como mecanismos cuyo propósito no es recuperar costes ni obtener ingresos sino reducir las cantidades consumidas de los bienes gravados».

En esta misma línea, el *Informe* de la Comisión dio por supuesto que la simple afectación del tributo a sanidad y medio ambiente implicaba ya unos objetivos concretos, más allá de la intención recaudatoria. Tal vez hubiera sido preferible que tanto este *Informe* como la Ley 24/2001 fueran más explícitos en este punto, siguiendo la pauta del *Libro Blanco*. Pero, en nuestra opinión, esa afectación, en sí misma, supone el cumplimiento del requisito de la *finalidad específica* exigido por la Directiva 92/12/CEE. Obsérvese que el párrafo que acaba de transcribirse relaciona la imposición de hidrocarburos con las carreteras y servicios anexos, no con sanidad ni medio ambiente; a nuestro entender se trata de ejemplos de vinculaciones indiscutibles, no excluyentes. El nuevo tributo puede ser concebido como instrumento al servicio de una determinada política sobre consumo de hidrocarburos a través de su afectación a esos gastos públicos, como ha aceptado expresamente la Comisión Europea.

5. Régimen de la cesión según la Ley Orgánica 7/2001 y la Ley 21/2001

La Ley 2412001 crea este tributo «*con la condición de impuesto estatal cedido a las Comunidades Autónomas*», según dice su preámbulo; el artículo 9.Uno.2 se remite en general a la normativa reguladora de la cesión de tributos del Estado a las Haciendas autonómicas, reemisión que encontramos de nuevo en el apartado Diez de ese precepto sobre el tipo de gravamen.

Debemos pues acudir en primer lugar a la Ley Orgánica 7/2001, cuya exposición de motivos destaca como novedad la posibilidad de ceder el Impuesto sobre Ventas Minoristas de Determinados Hidrocarburos, incluyéndolo por tanto en la lista del artículo 11 (apartado j) Su artículo 12.1 prohíbe expresamente que puedan establecerse sobre el mismo recargos autonómicos; aunque nada se explica sobre esta limitación, debemos ponerla en relación con el hecho de que la imposición sobre los productos gravados es objeto de armonización por parte de las directivas europeas y, en consecuencia, con el control de las decisiones de las Comunidades Autónomas sobre incremento de los tipos impositivo s en los términos que ya han sido expuestos. La libertad de creación de recargos autonómicos sobre este tributo estatal permitiría sortear las precauciones normativas sobre diferencias regionales de carga fiscal. Por último, hay que dejar constancia de los amplios términos en que esta Ley Orgánica otorga la cesión, al decir en el artículo 19.2.g) que alcanzará a «*la regulación de los tipos de gravamen, así como la regulación de la gestión, liquidación, recaudación e inspección*»; todo ello, por supuesto, conforme a lo que establezca la correspondiente ley.

Por su parte, la Ley 21/2001 sólo hace en su preámbulo una simple mención de esta figura transcribiendo dicho artículo 19.2.g) En el artículo 6.a) lo cita entre los recursos financieros del sistema en el año base 1999 (aunque tal tributo no existía en esa fecha) Como es lógico, aparece luego en la enumeración de los artículos 17.1 (apartado ñ) y 18.1.A (apartado f) El artículo 36 extiende el alcance de la cesión a la totalidad del rendimiento producido en el territorio de cada Comunidad Autónoma, con algunas limitaciones técnicas para ajustar ese rendimiento a los consumos reales. Sin duda el precepto más significativo es el artículo 44 que, en combinación con la disposición transitoria tercera, otorga competencias normativas a las Comunidades Autónomas para fijar los tipos impositivos dentro de una banda de tipos mínimos (siempre iguales a 0) y máximos que aparecen en ambas disposiciones. No olvidemos que es un impuesto estatal cuyos tipos, aplicables en todo caso, han sido establecidos por el artículo 9.Diez de la Ley 24/200l. La facultad de las Comunidades Autónomas consiste en decidir si, además de los tipos estatales, se aplican a esas ventas minoristas tipos autonómicos cuantificados por ellas mismas dentro del margen permitido por la Ley. Si no adoptan esta decisión, se llegará al

resultado claramente descrito en ese artículo 9.Diez.3: «*el tipo de gravamen del impuesto será sólo el estatal*». Y de ser así, todos sus rendimientos quedarán afectados a sanidad, puesto que la posibilidad de aplicarlos también a gastos medioambientales sólo ha sido prevista por la Ley 24/2001 para lo recaudado por aplicación de tipos autonómicos.

Si las Comunidades Autónomas deciden hacer uso de esa competencial normativa hay que tener en cuenta una cuestión básica a la que no hay ninguna alusión en la Ley 21/2001 pero de la que se ocupa el artículo 9.Uno.3 de la Ley 24/2001. La importancia que otorgamos a este apartado nos induce a su transcripción:

«Los rendimientos que se deriven del presente Impuesto quedarán afectados en su totalidad a la financiación de gastos de naturaleza sanitaria orientados por criterios objetivos fijados en el ámbito nacional. No obstante lo anterior, la parte de los recursos derivados de los tipos de gravamen autonómicos podrá dedicarse a financiar actuaciones medioambientales que también deberán orientarse por idéntico tipo de criterios».

Aquí aparecen los «*criterios objetivos fijados en el ámbito nacional*» exigidos por la Dirección General de Fiscalidad y Unión Aduanera. Pero el precepto exige un breve comentario. Tales criterios no están directamente referidos a la disparidad de tipos de gravamen de las Comunidades Autónomas, como decía su contestación a la consulta comentada, sino a los gastos de sanidad o medio ambiente; así se deduce de la literalidad de su expresión, que, entendida estrictamente, no limitaría la competencia autonómica de fijar los tipos, sino la facultad de decidir los gastos a los que deben aplicarse los rendimientos.

Sin embargo, basta la lectura de esta norma para comprender que ha querido dar cumplimiento a la exigencia antes explicada de la citada Dirección General, traduciendo a disposición vigente la expresión que utiliza en la contestación a la consulta. Por ello es conveniente superar esa interpretación literal y deducir que la financiación de actuaciones sanitarias o medio ambientales que pueden ser distintas en las diversas Comunidades Autónomas como consecuencia de criterios objetivos de determinación de las mismas, en razón de específicas situaciones o necesidades, puede llevar

a disparidad de tipos impositivos que guarden la debida relación con aquellas diferencias, adaptándose de esa manera a los criterios que han definido dichas actuaciones. Sería aconsejable, no obstante, una revisión crítica de este texto legal o su oportuno desarrollo a la hora de fijar esos criterios en el ámbito nacional con el fin de que quede formulada con claridad su necesaria relación con la cuantía de los tipos autonómicos de este tributo.

Finalmente, debemos señalar que el artículo 46.1 de la Ley 21/2001 permite que las Comunidades Autónomas se hagan cargo por delegación de «*la gestión, liquidación, recaudación e inspección, así como de la revisión de los actos dictados en vía de gestión*» del Impuesto sobre Ventas Minoristas de Determinados Hidrocarburos, decisión también adoptada por esta Ley en cuanto a la nueva cesión del Impuesto Especial sobre Determinados Medios de Transporte. Ambos tributos tienen pues el mismo régimen que los ya cedidos con anterioridad a esta reforma (con excepción del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas) Ello los diferencia del IVA y de los demás Impuestos Especiales, en los que tales competencias son asumidas por los órganos estatales encargados de la Administración tributaria.

6. Valoración de la cesión

Como en los casos anteriores y por razones similares valoramos positivamente la cesión del Impuesto sobre Ventas Minoristas de Determinados Hidrocarburos, así como su configuración como tributo estatal, si bien debemos recordar que la obediencia de las normas europeas sobre el ámbito de los productos sometidos a los Impuestos Especiales armonizados conforme a la interpretación de las mismas defendida por la Dirección General de Fiscalidad y Unión Aduanera, que aceptamos, obliga a limitar las facultades autonómicas de fijación de tipos impositivos en razón de los repetidos criterios objetivos que deberían ser fijados por una norma estatal con el fin de que las Comunidades Autónomas puedan hacer efectiva su facultad de determinación de dichos tipos en la forma exigida por la Comisión Europea.

ADDENDA

Nueva Directiva comunitaria sobre imposición de productos energéticos

En esta Addenda sólo vamos a referimos a un tema concreto, al que hemos aludido en las páginas anteriores, porque estimamos que se trata de una significativa modificación del Derecho Comunitario.

Como se esperaba desde hace casi una década, ha sido finalmente aprobada la *Directiva 2003/96/CE, de 27 de octubre, del Consejo, por la que se reestructura el régimen comunitario de imposición de los productos energéticos y de la electricidad*. El trabajo más completo que hasta ahora se ha publicado sobre la misma ha sido redactado por J.J. ESCOBAR LASALA, «El nuevo marco comunitario de la tributación de los productos energéticos» (citado en la bibliografía) cuyas observaciones y conclusiones compartimos en general. No pretendemos resumir ni analizar el contenido de esta Directiva, sino dar noticia de su existencia. Y puesto que consideramos de especial importancia que se haya armonizado en la misma la imposición sobre la electricidad, reproducimos el acertado comentario del autor citado; en el estudio siguiente haremos referencia a las principales novedades en la imposición de hidrocarburos. Dice ESCOBAR:

«*La nueva Directiva obliga a establecer un impuesto sobre la electricidad con unos niveles mínimos de 0,50 E/MWh (uso empresarial) y 1 E/MWh (uno particular) (véase arto 10 y anexo 1.C).*

No obstante, de acuerdo con lo dispuesto en el arto 10.2, los Estados miembros conservan la opción de determinar la base imponible siempre que se superen los niveles mínimos. Esto debe interpretarse en el sentido de que, en las condiciones indicadas, un impuesto ad valorem como el español podría ser conforme con la Directiva.

En efecto, España tiene un impuesto sobre la electricidad ad valorem, cuyo tipo impositivo efectivo es el 5,113% del precio al que la electricidad se suministra que es, o bien el que resulta de la tarifa eléctrica, o bien, para quien tiene acceso al mismo, el pactado en el mercado eléctrico.

Por tanto, sin perjuicio de la mayor corrección técnica de un impuesto específico para gravar el consumo de energía (euros/MWh), el vigente impuesto español ad valorem podría servir a los efectos de la nueva Directiva siempre que la carga fiscal que represente, expresada en euros por MWh, sea en todos los casos superior a los indicados niveles mínimos. En la medida en que esta condición se cumpla la nueva Directiva no obliga a modificar el sistema actual. Ahora bien, como la base del impuesto no la fija en todos los casos un organismo público -es el mercado el que fija el precio para buena parte de las transacciones- es imposible garantizar a priori que dicha condición se cumplirá en cualquier situación».

Ya hemos dicho que compartimos la exposición del autor sobre la Directiva 2003/96/CE y sus observaciones sobre su aplicación a nuestro ordenamiento. Pero en este caso, y siguiendo sus propias advertencias, estimamos conveniente revisar el actual Impuesto sobre la Electricidad para adaptarlo formalmente a la nueva norma europea como manifestación de respeto hacia una armonización, que tan difícil viene resultando, y para simplificar la vigilancia sobre el nivel de imposición que evite los consiguientes conflictos. Animamos pues al Ministerio de Economía y Hacienda a proponer las modificaciones pertinentes.

-0-0-0-0-0-0-0-

BIBLIOGRAFÍA

Dada la amplitud de la bibliografía sobre financiación de Comunidades Autónomas, se citan a continuación algunos trabajos seleccionados todos los cuales se refieren al nuevo modelo vigente a partir de 1 de enero de 2002, al sistema de financiación en general o a la imposición sobre hidrocarburos. Han sido publicados con posterioridad a la aprobación de las Leyes comentadas o con anterioridad a las mismas pero directamente referidos a posibles líneas de reforma del modelo anterior, vigente durante el quinquenio 1997-2001. Se incluye el Libro Blanco, puesto que hemos hecho varias referencias al mismo. Las relaciones bibliografiíllas recientes más completas que conocemos sobre financiación autonómica, a las que nos remitimos, aparecen en los magníficos libros de Jesús RAMOS y Esteban QUINTANA, que también citamos a continuación puesto que se ocupan de la revisión crítica del sistema, tema sobre el que formulan propuestas. Hay igualmente una extensa bibliografía en los recientes libros de Emilia GIRÓN REGUERA, M.ª Desamparados MORA y Violeta RUIZ ALMENDRAL.

ADAME MARTÍNEZ, Francisco D., *El sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen general*, Editorial Comares, 1998.

ALONSO GONZÁLEZ, L. M., *Análisis crítico de los impuestos autonómicos actuales*, Instituto de Estudios Económicos, 2004.

BORRERO MORO, C. J., *La Materia Imponible en los Tributos Extrafiscales ¿ Presupuestos de Realización de la Autonomía Financiera?*, Aranzadi, 2004.

CAMAÑO ANIDO, Miguel A., «Tres notas sobre el nuevo impuesto sobre ventas minoristas de determinados hidrocarburos», *Estudios Financieros*, núm. 227,2002.

CALVO ORTEGA, Rafael, «La financiación posible de las CCAA (En torno al nuevo modelo) », *Nueva Fiscalidad*, n.º 1, 2002.

CAYÓN GALIARDO, Antonio, «Las competencias normativas de las Comunidades Autónomas sobre los tributos cedidos», *Alcabala, Revista de Hacienda Pública de Andalucía*, n.º 28, 2/2001.

COMISIÓN PARA EL ESTUDIO Y PROPUESTA DE UN NUEVO SISTEMA DE FINANCIACIÓN DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS APLICABLE A PARTIR DE 2002, *Informe sobre la reforma del sistema de financiación autonómica*, Instituto de Estudios Fiscales, 2002.

CORNEJO PÉREZ, Alberto, «La nueva Directiva sobre fiscalidad de los productos energéticos», *Crónica Tributaria*, 111,2004.

EDO, Valentín y RODRÍGUEZ LUEGO, Javier, *La imposición sobre hidrocarburos en España y en la Unión Europea*, Instituto de Estudios Fiscales, *Documentos*, n.º 3/00.

ESCOBAR LASALA, Juan José, «El nuevo marco comunitario de la tributación de los productos energéticos», *Carta Tributaria, Monografías*, núm. 13,2004

FALCÓN y TELLA, Ramón, «La Ley de acompañamiento y el Impuesto sobre las ventas minoristas de hidrocarburos», editorial de *Quincena Fiscal*, n.º 1, 2002.

GARCÍA DÍAZ, Miguel Ángel, *La financiación autonómica de régimen común. Perspectivas después del Acuerdo de 2001*, Editorial Bomarzo, 2002.

GARCÍA MARTÍNEZ, Andrés, «La asunción autonómica de las competencias normativa y de

gestión sobre los tributos cedidos», *Crónica Tributaria*, n.º 103, 2001.

GARCÍA MARTÍNEZ, Andrés y HERRERA MOLINA, Pedro, «El Derecho Comunitario como límite a la cesión del IVA a las Comunidades Autónomas», *Revista Valenciana de Economía y Hacienda*, n.º 2, II, 2001.

GARCÍA-MONCÓ, Alfonso M., «El nuevo modelo de financiación autonómica. Lecciones de una reforma», *Nueva Fiscalidad*, n.º 6, octubre 2002.

GIRÓN REGUERA, Emilia, *La financiación autonómica del Sistema Constitucional Español*, Universidad de Cádiz, 2003.

GONZÁLEZ, Ana Isabel, «El nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común: principales novedades», *Información Fiscal*, n.º 53, 2002.

GONZÁLEZ-PÁRAMO, José Manuel (Editor), *Bases para un sistema estable de financiación autonómica*, Fundació BBVA, 2001. Contiene trabajos de AJA, E., ALCALA, F., GONZÁLEZ-PÁRAMO, J. M., LÓPEZ LABORDA, J., MONASTERIO, C., RAMALLO, J. Y URIEL, E.

GRUPO DE ESTUDIO CONSTITUIDO A PROPUESTA DEL CONSEJO DE POLÍTICA FISCAL Y FINANCIERA, *Informe sobre el actual sistema de financiación autonómica y sus problemas Instituto de Estudios Fiscales*, 1995

HERRERA MOLINA, Pedro M. (Director), *Comentarios de Jurisprudencia tributaria del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Años 2000-2001*, Instituto de Estudios Fiscales, 2002. En particular, los comentarios de I. MARTÍ DÉGANO sobre la sentencia *Comisión/República Francesa* y de P. HERRERA MOLINA sobre la sentencia *Evangelischer*.

HERRERA MOLINA, Pedro M. (Director) *Comentarios de Jurisprudencia Tributaria Constitucional*. Años 2002-2003, Instituto de Estudios Fiscales, 2003.

LABANDEIRA, Xavier y LÓPEZ NICOLÁS Ángel, «La imposición de los carburantes de automoción en España: Algunas observaciones teóricas y empíricas», *Hacienda Pública Española* n.º 160, I/2002.

LASARTE, Javier, ESEVERRI, Ernesto, ADAME, Francisco y MARTÍN FERNÁNDEZ, Javier, *Turismo y financiación autonómica y local*, Editorial Comares, 2001.

LASARTE ÁLVAREZ, Javier (Director), *Estudios jurídicos sobre la reforma del sistema de financiación autonómica*, Instituto de Estudios Fiscales, 2003. Contiene trabajos de ADAME, F., LASARTE, J., MARTÍN FERNÁNDEZ, J., MARTÍN QUERALT, J., RAMOS, J., Y SÁNCHEZ PEDROCHE, A.

LASARTE ÁLVAREZ, Javier (Director), ADAME, Francisco y RAMOS PRIETO, Jesús (Coordinadores) *El debate sobre el sistema de financiación autonómica*, Jornadas conmemorativas del XX Aniversario del Estatuto de Autonomía para Andalucía, Parlamento de Andalucía, Editorial Comares, 2003. Nos remitimos en general a todos sus trabajos; se refieren a los temas tratados en las páginas anteriores los de ADAME, F., CASTELLS, A., ESTEPA, A., GÓMEZ SALA, J. S., LÓPEZ ESPADAFOR, C. M., MARTOS, J. J., SÁNCHEZ MALDONADO, J., VÍBORAS, J. A. Sobre los impuestos cedidos que no han sido analizados en nuestro estudio, ARRIBAS, M., BRAVO, A., CARRETERO, J. L., HERMOSÍN, M., IBIZA, A. M., RAMOS, J., REQUEJO, M., TRIGUEEROS, M. J., Y VENTURA, J.

LUCHENA Mozo, Gracia M.ª, «Fiscalidad de la Energía», *Crónica Tributaria*, n.º 108, 2003.

MARTÍN FERNÁNDEZ, Javier, «El nuevo sistema de financiación autonómica», *Estudios Financieros*, n.º 17,2002.

MARTÍN LÓPEZ, J. «El nuevo modelo de financiación autonómica de la sanidad», *Presupuesto y Gasto Público*, n.º 28, 2002.

MARTÍNEZ-PUJALTE, Vicente (Director), *Análisis del sistema de financiación autonómica: bases para un nuevo modelo*, BANCAJA, 2000. Contiene trabajos de ADAME, F., BARREIRO, I., GARCÍA-MARGALLO, J. M., LASARTE, J., MARTÍNEZ-PUJALTE, V., OLIETE, P SÁNCHEZ PEDROCHE, A. Y TORRES, F

MORA LORENTE, M.ª Desamparados «Implicaciones de la autonomía política en el desarrollo de la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas: la incuestionada corresponsabilidad fiscal», *Crónica Tributaria*, n.º 110, 2004.

- *Impuestos cedidos: implicaciones internas y comunitarias*, Tirant lo Blanch, 2004.

PEDRAJA, Francisco y SALINAS, Javier «La descentralización del IVA: propuestas, experiencias y

enseñanza: para la financiación de las Comunidades Autónomas», *Hacienda Pública Española*, monografía 2003 sobre *Tendencias de reforma fiscal*.

PÉREZ DE AYALA, José Luis (Coordinador), *Estudios del sistema de financiación autonómica*, EDERSA e Instituto de Estudios Fiscales, 2002. Contiene trabajos de BARRUSO, B., CAÑAL F., GOROSPE, J. L., PÉREZ DE AYALA, J L., PÉREZ DE AYALA BECERRIL, M. SIMÓN, M. Y VILLAR, M.

PITA GRANDAL, Ana María (Dirección) y FERNÁNDEZ LÓPEZ, Roberto (Coordinación), *Hacienda Autonómica y Local*, Tórculo Edicións, 2003 Contiene, entre otros, trabajos de ADAME, F., ALONSO, L. M., FERNÁNDEZ, R. I. FERNÁNDEZ JUNQUERA, M., FERREIRO, J. J., GARCÍA NOVOA, C., GONZÁLEZ, A. I., MOSQUERA, J., PITA, A. M., RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, J., RUIZ HIDALGO, C., Y SÁNCHEZ PINO, A. J.,

QUINTANA FERRER, Esteban, *Los recursos participativos en el marco de la articulación entre las Haciendas autonómica y estatal*, Generalidad de Cataluña y Editorial Tirant lo Blanch, 2001.

RAMOS PRIETO, Jesús, *La cesión de impuestos del Estado a las Comunidades Autónomas*, Editorial Comares, 2001.

ROMERO JORDÁN, D. y SANZ, J. F., «El Impuesto sobre las Ventas Minoristas de Determinados Hidrocarburos. Una evaluación de sus efectos económicos», *Hacienda Pública Española*, n.º 164, 2003.

RUIZ ALMENDRAL, Violeta, *Impuestos cedidos y corresponsabilidad fiscal*, Editorial Tirant lo Blanch, 2004.

SALINAS JIMÉNEZ, Javier (Director), *El nuevo modelo de financiación autonómica (2002)*, Instituto de Estudios Fiscales, 2002. Contiene trabajos de CANTARERO, D., MONASTERIO, C., URBANOS, R. M., UTRILLA, A. Y VALLÉS, J.

SÁNCHEZ, Ángel, «Los impuestos especiales como instrumento de financiación autonómica», *Hacienda Pública Española*, n.º 155, 2000.

SERNA RODRÍGUEZ, Almudena y RODRÍGUEZ OLIVARES, Rocío, «El Impuesto sobre la venta minorista de determinados hidrocarburos desde una perspectiva comunitaria», *Crónica Tributaria*, n.º 110, 2004.

SEVILLA SEGURA, José V., *Las claves de la financiación autonómica*, Crítica, 2001.

VARIOS AUTORES, *El sistema de financiación territorial en los modelos de Estado español y alemán*, INAP, 2000. Contiene trabajos de ALARCÓN, G., CALVO, R., COSTA, J., GIMÉNEZ-REYNA, E., FALCÓN, R., MARTÍN, J., MARTÍNEZ EGAÑA, D., PÉREZ GARCÍA, F., SIMÓN ACOSTA, E. Y TIPKE, K.

VARIOS AUTORES, *XIII Jornadas de Estudios Andaluces. Financiación Autonómica*, *Revista de Estudios Regionales*, n.º 66, volumen extraordinario VII. Contiene, entre otros, trabajos de CANTERERO, D., DE PABLOS, L. Y GÓMEZ DE LA TORRE, M., GONZÁLEZ-PÁRAMO, J. M., HERMOSÍN, M., LAGO, S., LASARTE, J., LASARTE, R., LÓPEZ CASASNOVAS, G., RAMOS PRIETO, J., SÁNCHEZ MALDONADO, J. Y GÓMEZ, S., TANCO, J., TRIGUEROS MARTÍN, M. J.

INFORME SOBRE EL BORRADOR DE ANTEPROYECTO DE LEY DE ORDENACIÓN URBANÍSTICA DE ANDALUCÍA

SEVERIANO MONTERO GONZÁLEZ

Ponencia presentada
en la Sesión Privada de la Academia
(Curso 1999-2000)

Desde los inicios del Derecho Urbanístico, la Ley de 1.956, hemos encontrado una evolución positiva en la conexión con el Registro de la Propiedad en la materia que afecta a los actos de ejecución. El legislador, a través del Reglamento de Gestión Urbanística, ha aproximado la actuación pública y el registro. Sin embargo, en la actualidad sigue habiendo el mismo olvido en los primeros periodos de ordenación y desarrollo del Planeamiento, Planes Generales y Planes Especiales, a pesar de que la institución pública que tiene encomendada la publicidad inmobiliaria oficial ofrece unos beneficios innegables e insustituibles, tanto para la comunidad y la propia Administración, como para los particulares. A todos les dispensa una protección jurídica tan especial e inigualable como es la Fe Pública Registral. Pero además produce unos efectos añadidos de coordinar este órgano con actuaciones judiciales y administrativas, facilitando la comunicación y conocimiento a través de notas marginales que publican el grado o estado de ejecución procesal en los procedimientos ejecutivos o la actitud de la Administración en casos de expropiación. En estos casos, se entiende que para los adquirentes posteriores a la constancia de la nota extendida al margen de la inscripción de dominio de la finca, esa nota equivale a una notificación con lo que se consigue una importante economía procesal de actuaciones tanto en lo que hace al tiempo como a los costes que su realización implican.

Pues bien, en la actualidad, en cuanto a la fase de ordenación de desarrollo del planeamiento, nos encontramos en la misma situación que en sus orígenes.

El propietario, protagonista del proceso urbanizador, si no quiere perder su derecho, y el potencial adquirente futuro, que no podrá librarse de la subrogación legal forzosa, dispone de los mismos medios de

publicidad que tienen los administrados a pesar de que además de administrado, en cuanto ciudadano, tiene que ser además empresario, urbanizador o financiado a la fuerza por la razón de la ubicación de la finca. El sistema de publicidad de la Legislación del Suelo para estas fases es el mismo que en la Ley de 1.956 y siempre ha sido insuficiente, porque la acción urbanística, al incidir directamente en el núcleo y en la esencia de la propiedad, produce en el Registro una situación jurídico registral parcialmente contradictoria con la realidad, que debería ser rectificada mediante las oportunas comunicaciones. Esta situación anómala ha sido prevenida en la Ley de Costas, precisamente la que regula el único demanio de origen y definición directa constitucional, que recomienda la inscripción.

Por eso consideramos necesario la interconexión de la actuación administrativa y la publicidad inmobiliaria pública y oficial en beneficio de la seguridad y simplificación del proceso y la seguridad jurídica de los derechos afectados y del tráfico jurídico de los negocios inmobiliarios. Eso como primera medida. Tenemos que pensar que entre la Ley de 1.976 y la Ley de 1.990 y el texto refundido de 1.992 ha tenido lugar el acontecimiento de tanta trascendencia histórica como la Constitución, que consagró la Seguridad Jurídica como valor supremo y como principio básico de todo el sistema.

En cuanto al problema competencial, por una parte nos encontramos con el artículo 149, que dice que el Estado *tiene* la competencia *exclusiva* de las siguientes materias: La. La regulación de las *condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de todos los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales.* Y en el Título Primero relativo a los *Derechos y Deberes fundamentales,* Capítulo II, sección segunda, entre los derechos y deberes de los ciudadanos está el artículo 33 que *reconoce el derecho a la propiedad privada* con la delimitación de su contenido por la *función social de acuerdo con las leyes*. La 8.ª sobre la legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas, de los derechos civiles, forales y especiales, *allí donde existan*. Igualmente la *ordenación de los registros y los instrumentos públicos*. La l3.ª Sobre bases y coordinación de la *planificación general de la actividad económica*.

Por otra parte el artículo 148 establece que las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias sobre las siguientes materias: *Ordenación del territorio, urbanismo y vivienda.*

Modestamente creo que es difícil armonizar unas reglas con otras, ¿hasta dónde abarca las condiciones básicas de igualdad, la Legislación civil, el derecho a la propiedad privada, la planificación general de la actividad económica, con relación a la ordenación del territorio, urbanismo y vivienda? Porque la legislación autonómica puede orientar la actividad urbanística a su ámbito en detrimento de otros, y, en este caso, ¿en qué medida puede incidir en las condiciones básicas de igualdad, o en la planificación de la actividad económica e incluso en el contenido básico de la propiedad? Este puede ser un problema. Por lo que afecta a mi propósito, quiero señalar que ha sido siempre mi intención contemplar el urbanismo desde mi prisma profesional, que es el de la Publicidad Inmobiliaria, como experiencia vivida diariamente y mi disposición abierta también siempre a otros estudiosos y profesionales, convencido firmemente de que todos somos necesarios, y más en materia tan compleja y complicada como ésta que tratamos, y de la imprescindible interdependencia solidaria de todas las disciplinas que contemplan y se dedican a tan interesante fenómeno.

No en balde decía Ortega que «no hay ninguna ciencia que no esté mediatizada por otra» y que «el especialista, como tal, ignora esas otras ciencias que se *entreverán* con ellas», con las de su especialidad. Podríamos pensar que no hay ninguna rama del Derecho que se baste a sí sola.

Utilizando esta reflexión podemos pensar que en el Estado de Autonomías también están entreverados unos con otros, que los autonómicos no son del todo independientes de los estatales, que unos y otros deben estar concatenados entre sí formando el ordenamiento jurídico integrado, un sistema irreductible y completo como una especie de totalidad operativa y funcional integrada por subsistemas coordinados entre sí por una interconexión, una relación de dependencia intrínseca y formalmente solidaria, de tal manera que no puedan darse ni valerse unas normas sin las otras.

Y en línea quiero recordar a Pretel Serrano refiriéndose al ámbito registral de competencia estatal, sobre lo que opina «que ello no quiere decir que la Legislación autonómica no pueda hacer ni la más mínima

referencia al Registro de la Propiedad, porque esto llevaría al absurdo de que constatada la necesidad de la utilización del mismo se tuviera que solicitar al Estado la regulación registral de una cuestión sustantiva fijada por la Comunidad Autónoma. Es necesario reconocer cierta posibilidad de utilización de la institución registral al legislador autónomo, y este argumento fue utilizado ya por el T. C. En sentencia 37/1987 de 27 de marzo».

Señala unos límites a esta posibilidad como son:

- No regular los efectos de la constancia registral, porque desmembraría el sistema unitario del Registro;
- Ni regular la clase de asiento a practicar;
- Ni regular la conducta de los registradores sometidos a un régimen unitario estatal (S. T. C. 10/1.992 y6111.991).

Parece como si tratara de un casuismo sobrevenido, como si de repente se acordara sin sistema.

En cuanto al texto: son trece (13) los artículos que tienen referencias o remisiones al Registro de la Propiedad. Así la Ley de 1.956 contenía ocho (8) usos y obras provisionales (artículo 47), servidumbres forzosas (artículo 55), Parcelaciones (artículos 78 y 79), Reparcelaciones (artículo 82.3), Cargas incompatibles (artículo 83.4), derecho de superficie (artículo 158), inscripciones y anotaciones de actos administrativos (artículo 209).

El reglamento de Edificación Forzosa, D. 635/1.964: cuatro (4), artículos 10, 15, 18, 19 y 37.

Reglamento de Reparcelaciones, D. 1.066/1.966: diez (10), artículos 9.3, 20.1, 21, 24, 27.2, 28, 31.1,45.

El Texto refundido de 1.976, R. D. 1346 conserva los mismos de la Ley de 1.956: los ocho, y además incorpora otros cuatro: afecciones a las obligaciones *inherentes* al sistema (artículo 129), certificaciones negativas a efectos de pago de justiprecio (artículo 139), inscripción de expropiaciones por tasación conjunta (artículos 140 y 141).

Reglamento de Gestión Urbanística: diecisiete artículos, 39, 53.3, 54,102,113.2 Y 3,115.2, 116.e), 126, 169, 174.4 Y 5,177,178,199.2, 2205.1,209 Y 210. Hay que señalar que este texto reglamentario estaba

vigente en el anteproyecto, al igual que los reglamentos de Planeamiento y Disciplina urbanística, estos últimos no hacen alusión ninguna al Registro, con la falta que hace, por lo menos, en materia de disciplina para proteger los intereses de la Administración.

La Ley de reforma de 1.990 supuso una transformación fundamental no sólo del urbanismo sino incluso del instituto de la propiedad a la que tendencionalmente casi funcionarizaba. Introdujo otros nueve preceptos: el 25 sobre inscripción de obras nuevas, muy importante, fue trascendental porque favoreció la concordancia de la realidad registra1 con la extrarregistral; el 28 que aplica la protección del artículo 34 L. H. al adquirente de buena fe de edificación en exceso; el 27 y 29 que promueven una mayor colaboración de los Ayuntamientos con los registros; el 56 y 57 que regulan la inscripción de transferencias urbanísticas; el 59 sobre ocupación directa; e191 y 96 supeditando la inscripción en determinadas áreas a unos derechos de preferencia, de contenido social, a favor de los Ayuntamientos. Finalmente la Disposición adicional séptima que salió del Senado sin haber pasado por el Congreso.

El texto refundido de 1.992 recoge los 8 de 1.956, mantenidos en 1.976, los 4 nuevos de este texto, los 9 de la Ley de reforma de 1.990 y 3 añadidos en él. En total 24 remisiones.

En consecuencia el borrador que contemplamos supone un cierto retroceso. Sólo trece remisiones, más naturalmente las 17 del Reglamento de Gestión por estar adoptado por este anteproyecto. Pero entre medias se ha promulgado el Real Decreto 1.093/1.097 que intenta regular todo lo relativo a las potencialidades del registro para garantizar la eficacia de la actuación urbanística, a través de sus 91 artículos vigentes en todo el territorio España.

> Artículo 62. Inscribibilidad de las transferencias de aprovechamientos urbanísticos, que tiene su origen en el 56/1.956 = 198/1.992.

Artículo 66. Parcelaciones, que procede incluso del artículo 78/1.956, objeto de recepción íntegra en las sucesivas leyes.

Artículo 79. Derecho de Superficie, cuyo origen se encuentra en el 158/1.956, también adoptado en las siguientes.

Artículo 89. Derecho de Tanteo y Retracto, que fue implantado en el 90 y 92 de la Ley de 1.990.

Artículo 105. Acreditación de titularidad mediante certificación registral y subsidiariamente por acta de notoriedad.

Artículo 108. Inscripción de reparcelaciones, cuyo nacimiento estuvo en el Reglamento de Reparcelaciones de 1.966.

Artículo 118. Sobre sistema de expropiación.

Artículo 131. Inscripción de cesiones. Ya estaba en el artículo 113 del Reglamento de Gestión Urbanística.

Artículo 135. Sistema de Compensación. Citación en el domicilio fiscal que figure en el Catastro y el Registro de la Propiedad. Se olvida absolutamente del artículo 307/1.992 = Disp. Adic./l.990 y del artículo 5 Real Decreto 1.093/1.997.

Artículo 145. Ocupación directa, que proviene del 59/1.990 = 203/1.992.

Artículo 169. Expropiación, que viene del 203/1.992.

Artículo 180. Inscripción de Declaraciones de Obra Nueva, que sigue la orientación implantada por el artículo 25/1.990 = 38/1.992. Naturalmente este borrador no pudo tener presente a la Ley 38/1.999, de ordenación de la Edificación. Que por otra parte tampoco será imprescindible en el futuro, puesto que el último párrafo de la disposición final primera establece «lo dispuesto en esta Ley *será de aplicación* sin perjuicio de las competencias legislativas y de ejecución que tengan asumidas las Comunidades Autónomas en este ámbito». Dice el prof. González Pérez que esta fórmula no puede ser más cómoda y menos

comprometida, sin duda por el temor a que el T. C. haga una de las suyas. Continua este autor afirmando que «el Gobierno, cuando envía un proyecto de Ley a las Cortes Generales, debe estar seguro de la competencia estatal en la materia que regula y *determinar el grado de aplicación* en las Comunidades Autónomas».

Artículo 181. Actos administrativos que serán inscribibles.

a) La situación legal de fuera de ordenación
b) Situación de venta forzosa.
c) Resoluciones de incumplimiento de deberes legales y obligaciones inherentes a los sistemas de actuación.

En materia de licencias.

d) Orden de cese o demolición de los usos y obras justificadas de carácter provisional.
e) Suspensión de actos de construcción o edificación, instalación o de uso del suelo que se ejecuten, realicen o desarrollen *sin licencia u orden de ejecución o contraviniendo las condiciones* señaladas en una u otra.
f) Suspensión de la eficacia de licencias u órdenes de ejecución y la paralización de obras que se ejecuten bajo su amparo.
g) Iniciación del procedimiento de revisión de licencias u órdenes.
h) Ejecución de Sentencias que hayan declarado la anulación, y la anulación administrativa de licencias u órdenes de ejecución. La Disposición décima. Primero; de la Ley 8/1.990; disposición que se precipitó a última hora en el Senado sin haber pasado por el Congreso, transplantada después al artículo 307 del Texto de 1.992 y al 1 del R. D. 1093/1.997, sin haber desarrollado todavía el amplio y compendioso párrafo 8 de la referida disposición décima, de contenido tan aprovechable cuando recoge también y además *cualquier otro acto administrativo que, en desarrollo del planeamiento o de sus instrumentos de ejecución modifique, desde luego o en el futuro, el dominio o cualquier otro derecho real sobre fincas determinadas o la descripción de estas*. El

contenido tan dinámico, tan abierto, como el de este precepto hace que las posibilidades formativas de las Autonomías sean amplias.

i) El acuerdo de *reposición* de la realidad física alterada a su estado originario; incluida la demolición y/o reconstrucción.

j) *Cualesquiera otros que afecten al régimen de propiedad o derechos de aprovechamiento urbanístico* de los terrenos o edificaciones, en los términos dispuestos por esta Ley. Con esta afirmación se muestra una postura, una actitud de franca y confiada apertura a la Publicidad Inmobiliaria instituida, en aras de perseguir un pleno orden jurídico, urbanístico, administrativo y procesal, pero aún así recorta el párrafo 8 de la disposición adicional décima.

Otros artículos de interés.

Artículo 30. Publicidad de los convenios para el desarrollo de la actividad urbanística, tanto en el proyecto de elaboración y tramitación como en el de ejecución.

2.a) La Administración publicará el convenio en el plazo de un mes desde su celebración, y lo mantendrá en régimen de consulta.

2.b) La cesión del aprovechamiento urbanístico correspondiente a la Administración, según las condiciones que se establezcan en el convenio, se integrará en el patrimonio municipal del suelo.

Artículo 30.c). Aquellos convenios que para su cumplimiento impliquen la aprobación del instrumento de planeamiento, y en su caso su innovación, *sólo tendrán efecto de vincular a las partes* para la iniciativa y tramitación del mismo conforme a las normas establecidas en esta Ley.

Observamos que no tiene en cuenta lo previsto en el artículo 21 de la Ley 6/1.998, que supedita la subrogación forzosa a la inscripción de los convenios en el registro.

Así el artículo 21/1998: El nuevo titular quedará subrogado en el lugar y puesto del anterior propietario en sus derechos y deberes urbanísticos, *así como en los compromisos* que éste hubiera acordado con la Administración urbanística competente y *hayan sido objeto de inscripción registral*, siempre que tales compromisos se refieran a un posible efecto jurídico real.

Por otro lado, en cuanto a la cesión de aprovechamientos a la Administración, pienso que el legislador debería buscar garantías efectivas y actualidades, no diferidas ni mediatizadas por ninguna otra formalidad, para proteger desde ahora sus intereses.

Artículo 32. Audiencia de los propietarios mediante llamamiento a los que figuren *como propietarios en el Catastro*.

Observamos que el Catastro es un censo, inventario o catálogo de la riqueza fiscal de clara naturaleza tributaria, pero nunca un registro de titularidades, como lo es el de la Propiedad, cuyos asientos en cuanto a los derechos inscritos *están bajo la salvaguarda de los tribunales* y producirán todos su efectos mientras no se declare su inexactitud, gozando mientras tanto de unas presunciones en cuanto a la existencia y pertenencia de los derechos. Absolutas e irrebatibles, *iuris et de iure*, cuando el titular reúna los requisitos exigidos en el artículo 34 L. H., o relativa pero preferente, *iuris tamtun*, salvo prueba en contrario estimada en juicio que sólo puede rebatirse mediante prueba en contrario que prosperase judicialmente.

Por otra parte no tiene presente que la Ley de Expropiación Forzosa que en artículo 32 dice:

«Deberá llamarse al trámite de la información pública, para que surta los efectos propios de la audiencia a los propietarios de terrenos comprendidos en el ámbito de Planes Parciales de Ordenación, Planes Especiales que tengan por finalidad ordenar áreas urbanas sujetas a reforma interior, de ámbito reducido y específico, o Estudios de Detalle. El *llamamiento* se realizará a cuantos *figuren como propietarios* en el *Catastro*, mediante comunicación de la apertura y duración del periodo de

información pública y audiencia dirigida al *domicilio fiscal que figure en aquel.*

Las actuaciones del expediente expropiatorio la Administración considerará propietario o titular a quien conste en Registros Públicos *que produzca presunción de titularidad que sólo puede ser destruida judicialmente*. O en su defecto a quien aparezca con tal carácter en registros fiscales. En esta Ley el Catastro, en materia de titularidades y derechos, tiene una función subsidiaria y una posición sucedánea».

ESTO PODÍA SER UN LAPSUS, que debería rectificarse.

El artículo 135.l.b), respecto al sistema de compensación, establece que: la aprobación «inicial de la iniciativa» y su tramitación por el procedimiento de delimitación de unidades de ejecución (se llevará a cabo) abriendo inmediatamente información pública por el plazo que proceda, con *citación personal de los propietarios afectados* que no hayan suscrito la iniciativa. Y para esta *citación de los propietarios* no se requerirá *notificación* (?) formal del acuerdo de apertura de información pública, bastando con la *remisión individualizada*, antes de la preceptiva publicación del anuncio de dicha apertura, de aviso expresivo de los datos esenciales de su contenido al *domicilio fiscal de quienes consten en el Catastro y el Registro de la Propiedad* (?).

Es palpable la falta de unidad de criterio del borrador del anteproyecto. Se confunde el Registro que publica la titularidad, el derecho, y el Catastro que sólo *controla* las fincas como *hechos imponibles*. No cabe ninguna duda que tienen *ámbitos* absolutamente diferentes. Inexorablemente se tienen que completar entre sí, se tienen que integrar, pero tienen diferentes campos de actuación y fines distintos.

Pero es que además las fincas resultantes (vuelven al mismo sitio de donde venían) tienen que desembocar en el Registro de la Propiedad, en él todavía figurarán inscritas las de origen o procedencia a las que heredan o suceden en el mismo puesto y en el mismo lugar. El Principio de Subrogación Real constituye la razón esencial, necesaria y suficiente, para

que la Administración Urbanística tenga que acudir a la fuente de origen y no a ningún otro sitio.

Y no sólo por la previsión legal imperativa de los artículos 307/1.992, 113 Y 174/R. G. U. (*será inscrito o se procederá a su inscripción*, en futuro imperativo).

Además, cuando las notificaciones no se han hecho a los titulares regístrales tropezaremos con el Principio de Tracto Sucesivo, artículo 20 L. H., o de Consentimiento, artículo 82, que, se quiera o no, fue precedente o profético del artículo 24 de la C. E., cuyo incumplimiento impediría la inscripción de las fincas resultantes, precisamente por no haber sido parte en el procedimiento.

Esto supondría un despilfarro, o mejor un caos.

No podemos olvidar que el producto final de la actividad urbanística se concreta en fincas, sean privativas, lucrativas o demaniales. Todas necesitadas de Seguridad Jurídica pacífica, actual, de los derechos ya adquiridos, y de Seguridad del Tráfico, y de mercado, que garantiza la adquisición de los futuros propietarios; en definitiva, la prosperidad del país y su desarrollo económico y social, integral. Porque la Seguridad Jurídica y la del Tráfico Jurídico inmobiliario, aparte ser un valor, un principio también constitucional, fundamento del orden público y de la paz social, es el motor de toda la economía y del desarrollo del bienestar.

Además el artículo 51.9 del Reglamento Hipotecario recoge específicamente la previsión de que el titular inscrito pueda en cualquier momento instar del Registrador que por nota marginal se haga constar las circunstancias de un domicilio a efectos de recibir comunicaciones relativas al derecho inscrito. Y todos los procedimiento judiciales y administrativos, de apremio o expropiación, se apoyan en el domicilio que consta en el Registro. Y finalmente hay que resaltar que desde la Ley 13/1.996, sobre coordinación de Registro y Catastro, el Registro es la fuente de los datos descriptivos de las fincas y de los titulares, Catastro que tiene finalidad preferentemente tributaria y en beneficio exclusivamente del fisco; en definitiva, en favor de parte y carente de neutralidad.

> Artículo 34.1.c). Usos y obras provisionales. Si no hubieren de dificultar la ejecución del correspondiente instrumento, podrán autorizarse sobre los terrenos, usos y obras justificados de carácter

provisional que habrán de demolerse cuando lo acordare el Ayuntamiento, sin derecho a indemnización.

Hace caso omiso del Registro de la Propiedad que puede amparar al que adquiere confiado en su contenido. Esta preterición es contraria a lo contenido en los artículos 47 de la Ley de 1.956, 58 de la de 1.976, 136 de la de 1.992. Se ha comido el último párrafo del de estos artículos «la autorización *aceptada* por el propietario *deberá inscribirse* bajo las indicadas condiciones, en el *Registro de la Propiedad*». y además el artículo 133 de la Ley Foral 10/1.994 de 4 de julio de Narrara, artículo 58 de la Ley 1.994 de 15 noviembre de Comunidad Valenciana, artículo 4 de la Ley 10/1.995 de 30 diciembre de Comunidad de Murcia, artículo 57 de la Ley 1/1.997 de Comunidad de Galicia. Estas imponen imperativamente la constancia registral.

Es importante el artículo 17 de la Ley 6/1.998 «la autorización (de usos y obras de carácter provisional) *bajo las indicadas condiciones aceptadas por los propietarios* se hará constar en el Registro de la Propiedad de conformidad con lo establecido en la legislación hipotecaria». Curiosamente esta frase es casi idéntica a la declaración del último párrafo del artículo 47 de la primitiva Ley de 1.956, que desde entonces sigue superviviendo en materia como esta y otras.

Este anteproyecto ha trasladado el deber de inscripción al artículo 181 dedicado a la inscripción de actos administrativos.

No obstante quiero advertir que en estos artículos lo que el legislador hace es velar por sus intereses propios, por defender sus fondos, aunque sean públicos, privando a terceros de su potencial derecho a indemnización cuando haya que demoler las obras o extinguir los usos provisionalmente autorizados.

Información Pública y Publicidad. Artículo 39. La información pública regulada en esta Ley para la tramitación de los instrumentos *planeamiento* así como la publicación a la suspensión completa o parcial de estos y a la suspensión de las licencias *deberá practicarse en el B. O*. que corresponda y en uno de los diarios de mayor difusión provincial o regional. (Los antecedentes de este párrafo están en el artículo 35/1.956 = 44/1.976 = 124/1.9929).

La información de Convenios Urbanísticos *lo será exclusivamente en el referido B. O.* (se olvida totalmente del artículo 21 de la Ley estatal 6/1.998).

Por lo dicho antes, para que el planeamiento obtenga la eficacia plena necesita del Registro, reforzando la información puramente administrativa y consiguiendo así una difusión jurídicamente completa. El Registro tiene el poder de advertir a todos permanentemente la afectación urbanística de la finca derivada del planeamiento. Quiero recordar el indudable efecto notificador que despliega la publicidad registral inmobiliaria, efecto que implica de forma inexorable una economía procesal, de trámites y actuaciones, de trabajo y de tiempo inconmensurablemente beneficiosa para la eficacia administrativa.

De todas formas el artículo 30.3.c) de este mismo borrador dice «que aquellos convenios que para su cumplimiento impliquen la aprobación del instrumento de planeamiento, y en su caso su innovación, *sólo tendrán el efecto de vincular a las partes* para la iniciativa y tramitación del mismo». Por consiguiente este tipo de convenio quedaría oculto y opaco para los terceros ajenos al convenio.

Artículo 40. Crea el Registro administrativo de instrumentos de Planeamiento aprobados, con sede en el Ayuntamiento y en la Consejería competente y añade que los Ayuntamientos deberán *regular*, mediante la correspondiente ordenanza, la *cédula urbanística* de los terrenos o edificios existentes, acreditativa del régimen urbanístico aplicable y demás circunstancias, (antecedentes de la cédula: artículos 51/1.956 = 63/1.976 = 44/1.992).

Hay que destacar el avance que implica la expedición de copias por este registro de documentos de los instrumentos de planeamiento, sobre todo en comparación con la disponibilidad de un único ejemplar que se veía antes.

Evidentemente de la disponibilidad de *un sólo ejemplar* que exigía el Reglamento de Planeamiento de 1.978, se pasó al deber de *tener a disposición de los ciudadanos que lo soliciten copias completas del*

planeamiento, se pasa ahora a la *expedición de copias*. No obstante tenemos que recordar que el antiguo Reglamento de Edificación Forzosa y Registro Municipal de Solares, D. 635/1.964, a través de sus artículos 10.2, l5.l.b), 18.2 Y 3,19.1 Y 3, estableció una interconexión recíproca entre el registro municipal administrativo y el jurídico de los derechos reales *in re*. Por eso consideramos necesario para la Seguridad Jurídica proclamada y *adoptada como propia por la Constitución* establecer una correspondencia entre ambos registros, para que el de la Propiedad que lo es de *eficacia jurídica,* no sólo de información, pueda extender sus efectos para servir de *advertencia* a posibles interesados de la existencia de factores, no derivados de la conducta de los titulares, sino de determinaciones públicas, que penetran directamente sobre el contenido de los derechos como inherencia que modaliza y hasta transforma su originaria esencia.

> Artículo 41. Publicación. Se publicará en el B. O., con indicación de haberse procedido al depósito en el registro administrativo: a) *el contenido integro de los acuerdos de aprobación* definitiva (antecedentes: artículo 35/1.956 = 44/1.976=124/1.992).

Advertimos, sin embargo, que el artículo 70.2 de la Ley reguladora de Bases de Régimen Local 7/1.985, posterior al Texto refundido de 1.976 y anterior a la Ley del Suelo de 1.990 y del Texto refundido de 1.992, estableció que «las ordenanzas, incluidas las normas de los Planes urbanísticos se publican en el B. O. de la Provincia y no entran en vigor hasta que se haya publicado completamente su texto».

> Artículo 48. Dentro de la sección La del capítulo 11 del título 11. La clasificación y, en su caso la calificación urbanística del suelo *vinculan los terrenos y las construcciones, edificaciones* o instalaciones a los correspondientes destinos y usos, y definen la función social de los mismos delimitando el contenido del derecho de la propiedad.

Se trata de una vinculación *in rem*, anterior, a priori, de la voluntad y de la conducta del propietario, exclusivamente por razón de la ubicación de la finca, no sólo como unidad apta para la edificación, y como objeto de

derecho de propiedad, como dice la disposición adicional primera de este anteproyecto, sino además como unidad de tráfico y de responsabilidad patrimonial universal. Todo lo relativo al derecho de propiedad tiene su sede en el registro del mismo nombre, en el que ya obra el historial de la finca de manera exclusiva y especializada y por eso es muy conveniente la conexión con el Registro de la Propiedad.

> Artículo 51. *Carácter real de los deberes de la propiedad del suelo.* La enajenación del suelo (fincas) y las construcciones o edificaciones e instalaciones *no modifica su situación* jurídica *definida por esta Ley* y, en virtud de ella, por los instrumentos de planeamiento y los actos que los ejecuten o apliquen, *quedando el adquirente legalmente subrogado en el lugar y puesto del anterior propietario*, en particular por lo que *respecta a los compromisos de cesión, urbanización y edificación*, sin perjuicio de la facultad de ejercitar contra el transmitente las acciones que procedan.

Este artículo tuvo su origen, con pequeñas variaciones, en el artículo 71/1.956 = 88/1.976 = 22/1.992. Sin embargo este borrador de anteproyecto, que llegó a mi poder, lleva fecha de 16 de julio de 1.999 y la Ley estatal 6/1.998, sobre régimen del suelo y valoraciones, contiene el artículo 21, que difiere sustancialmente del artículo 22/1.992 y sus precedentes en materia de compromisos, que ahora sólo producirán los efectos de la subrogación, con relación a los nuevos titulares, cuando los referidos compromisos hayan sido objeto de inscripción, siempre que se refieran a un posible efecto de mutación jurídico real. Me parece que esta nueva orientación formativa, introducida de nueva planta en la última Ley estatal sobre el régimen del suelo, deberá estar presente en futuros proyectos y por supuesto en la nueva ley.

Artículo 66. Parcelación urbanística. Reproduce párrafos enteros de los contenidos en los artículos 257 a 259/1.992. Estos a su vez de los artículos 94 a 96/1.976 y estos también de los 77 a 79/1.956.

Artículo 66.2. Es *nula* toda parcelación urbanística que sea contraria a las condiciones de ordenación urbanística del respectivo

instrumento de planeamiento en vigor o que infrinja lo dispuesto en esta Ley. Declaración que aparece aun más categórica en el artículo 68.2 cuando afirma «En suelo no urbanizable *quedan prohibidas bajo pena de nulidad absoluta* las parcelaciones urbanísticas, salvo que en los terrenos adscritos a la categoría de *Hábitat rural diseminado* para los actos propios de las mismas (?) o cuando la edificación, construcción, obra o instalación a realizar en el lote, parcela o finca resultante, sea autorizable de conformidad con el régimen establecido en esta Ley, para dicha clase de suelo, en sus distintas categorías, y con las condiciones de ordenación de los respectivos instrumentos de planeamiento».

Estas declaraciones de nulidad tan tajantes se conectan con la ya antigua del artículo 14 de la Ley 4/1.984 de 10 de febrero sobre medidas de Disciplina Urbanística de la Comunidad de Madrid, que tanto dio que hablar entonces. Establece que «*serán nulas de pleno derecho* las parcelaciones rústicas que infrinjan lo dispuesto en los apartados anteriores», (sometimiento a la legislación agraria a lo previsto en la referida Ley y demás disposiciones aplicables y ser autorizadas por la Comisión de Urbanismo y Medio ambiente de Madrid, previo informe de la Consejería de Agricultura y Ganadería e informe del Ayuntamiento correspondiente).

Artículo 66.3. *No podrá autorizarse ni inscribirse* escritura pública alguna en la que se contenga acto de parcelación *sin la aportación de la preceptiva licencia municipal o la aprobación del proyecto de reparcelación o, en su caso, de la declaración de innecesariedad* de la misma.

Pero nos llevamos la sorpresa cuando a continuación llega a afirmar que:

«Las Licencias de parcelación y las declaraciones de innecesariedad de las mismas se entenderán otorgadas y expedidas legalmente bajo la condición de la presentación en el Municipio, dentro de los tres meses siguientes a su otorgamiento o expedición, de la escritura pública en la que se contenga el acto de parcelación».

Contempla los hechos consumados los casos de segregación o división, actos de modificación de la entidad de la finca que por sí sola no dejan de ser una posibilidad de la voluntad del propietario por ser un acto de riguroso dominio que sólo puede hacer el dueño.

Pero en la práctica suele ser un negocio jurídico de puesta en tráfico de nuevas unidades de dominio que va unido a compraventas. El legislador, siempre, ha contemplado sólo el acto de modificación, sin tener en cuenta para nada a los compradores de las nuevas fincas. A estos sólo les concede una acción personal de repetición o rescisión que tiene que dilucidarse ante los tribunales, con las cargas y costas que esto supone y que ocasiona un grave perjuicio al comprador, que queda amparado exclusivamente por las acciones personales rescisorias, en definitiva, a acudir a los tribunales. Lo que supone un agravio comparativo cuando el adquirente haya comprado por ignorancia o con buena fe. Pero incluso cuando el comprador obra a sabiendas éste, de momento, se queda sin el dinero que supuso el precio de la finca, que no vale lo que se pagó, por circunstancias urbanísticas. En este caso preciso el comprador que sería una especie de cómplice saldría más perjudicado que el transmitente que sería el autor directo de la infracción, mientras no se dicte la sentencia correspondiente.

Ya va siendo hora de que los redactores y, en definitiva los legisladores, se vayan dando cuenta que la disciplina urbanística se realice por la autoridad competente, mediante los actos administrativos pertinentes. Pero no nos engañemos, el instrumento público y el registro son dos instituciones a las que se puede acudir o acceder voluntariamente, de la misma forma que la justicia civil es rogada. Y prohibir la autorización o la inscripción no impide, en absoluto, el que se lleven a cabo parcelaciones clandestinas y construcciones sin licencia en documento privado que a pesar de su ilegalidad, se perpetúan en la realidad, práctica muchas veces a la vista de la Administración.

Artículo 70. Patrimonio Público del Suelo. No hace referencia alguna a la obligatoriedad de inscripción de acuerdo con el artículo 36 del Reglamento de Bienes de Entidades Locales.

Artículo 110. Delimitación de las unidades de ejecución, cuando no esté contenida en el instrumento de planeamiento se efectuará previa información pública y audiencia de los propietarios y publicación en el B. O. P.

Observaciones, seria conveniente remitir al registro los planes, relación detallada de calles y si pudiera ser de los bienes concretos como lo establece el artículo 89 para el tanteo y retracto.

Artículo 135.1. Sistema de compensación. Citación a propietarios al domicilio fiscal de quienes consten en el CATASTRO y en el Registro de la Propiedad. Me remito a lo dicho con relación al articulo 32.1.b.3. Al Catastro le corresponde lo suyo y al Registro lo suyo, que es la Seguridad Jurídica de los Derechos y del Tráfico. Y está bajo la salvaguardia de los Tribunales.

Sigue causando sorpresa, casi alarma, que siga e11egis1ador poniendo al mismo nivel dos instituciones que tienen finalidades distintas. Una está destinada a la finca en cuanto hecho tributario y la otra a la acreditación de los derechos reales y a las titu1aridades. Y sobre todo si se piensa que las fincas producto del p1aneamiento inexorablemente tienen que desembocar en el registro único medio que puede evitar que aquel se eche en saco roto.

Artículo 161; Situación Legal de ruina. Observación: la conexión con el Registro de Propiedad es esencial, como lo hacia el Registro del Registro de solares (artículos 10, 18 Y 27. D.635/1.964, Reglamento de Edificación Forzosa). Por razones de seguridad del tráfico, advertencia al futuro adquirente, y por economía de procedimiento.

Artículo 166. Tasación conjunta. Notificación individual a los que aparezcan como titulares en el expediente. La citación debe hacerse a los titulares de los registros que *produzcan presunción de titularidad que sólo pueda ser destruida judicialmente*, como prevé el artículo 3 de la Ley de Expropiación Forzosa, ya referido.

Artículo 177.3. Caducidad de licencias. «El órgano competente para otorgar la licencia *declarará de oficio o a instancia de cualquier persona la caducidad de la misma, previa audiencia del interesado*».

Seria muy útil la comunicación al registro para prevenir a terceros y evitar pleitos y litigios innecesarios, porque el Registro, como se ha dicho desde antiguo, excusa muchos pleitos (como preveía la vieja pragmática) incluso, tal vez más, a la propia Administración.

Artículo 180. Inscripción de los actos de edificación. No tiene en cuenta la Ley de Ordenación de la Edificación.

Artículo 181. Inscripción de actos administrativos. Bastantes diferencias con el artículo 307 de la Ley de 1.992 y el artículo 1 del R. D. 1.093/1.997. Seria conveniente armonizar las normas.

Especial transcendencia tiene la Disposición Adicional, tiene por objeto definir una serie de conceptos básicos. La primera se dedica al suelo, espacios y unidades de suelo.

1.1. Suelo es el recurso natural tierra o terreno utilizado para el aprovechamiento urbanístico, comprensivo siempre, junto con la superficie, del suelo y del subsuelo precisos para realizar dicho aprovechamiento.

Cuando el instrumento de planeamiento no precise el subsuelo que corresponda al aprovechamiento urbanístico, dicho subsuelo se presume público.

Antonio Pérez Marín ha puesto de relieve lo desafortunada de la disposición en este punto concreto, advirtiendo de que puede tener efectos confiscatorios y puede suponer una extralimitación competencial.

Naturalmente se publicará en su día la Ley y perderá este informe todo su posible valor, dentro de su discreta pretensión.

Cuando se edite *Los Anales* ya estará en vigor la Ley.