

ABBADESSA, PIETRO: *La gestione dell'impresa nella società per azioni*.  
Guiffrè, Milano, 1975, 218 págs.

Dentro de la maravillosa producción jurídica italiana, tan generosa que no puede menos de recordar a Abelardo quien, además de amante de Eloísa y monje era poeta, músico, orador, filósofo y teólogo, venimos siguiendo con especial interés los estudios de ABBADESSA, cuyo sentido de la realidad, agudeza y preparación nos resultan singularmente atractivos.

La Universidad de Catania acaba de ofrecernos la obra enunciada, en la que pese a que su meticuloso engarce con la normativa italiana parecería desvincularla de generalizaciones comparatistas, ya que la legislación española difiere de aquélla en diversos supuestos, desenvuelve, no obstante, un amplio abanico de sugerencias o temas a reconsiderar no exentos de interés. El estudio, con el título consignado, comprende tres partes o perspectivas relativamente separadas, que pasamos a examinar:

#### I. *La gestión de la empresa social en sus relaciones con la Asamblea y los Administradores*

Se inicia con la definición de la «gestión de la empresa», actividad desplegada en función al desarrollo de la iniciativa económica del empresario, que reputa «inauténtica», conforme a las tesis de GIANNINI y CORSO, ya que está condicionada por los cauces delimitativos del poder-iniciativa, que en las sociedades corresponde exclusivamente a los socios, quienes hicieron uso del mismo al constituir la entidad y fijar sus bases esenciales, que sólo ellos, y en Asamblea, pueden alterar variando la actividad social o la forma de su ejercicio.

Ello le lleva a plantear el tema de la «soberanía» de la Asamblea, la «autonomía» de la Administración y la medida de competencia de esta última, que en el Derecho italiano, y para las s.p.a., viene determinada principalmente en torno al artículo 2.364 del Código civil, que dispone que la Asamblea resolverá sobre las materias que los Estatutos determinen y aquellas otras que le propongan los Administradores.

A los fines indicados es altamente ilustrativo un resumen histórico. El Código civil francés de 1837 sentaba el principio, recogido en otras legislaciones posteriores, de que la sociedad está administrada por mandatarios revocables, lo que se interpretaba en el sentido de que el poder de administrar, en principio, sólo correspondía a la masa de accionistas y que sus «mandatarios generales» sólo disponían de simples poderes de administración. Tal criterio penetró en Alemania e incluso llegó a EE. UU., donde los Administradores no pasaban de ser meros *agents*.

Pero la superación de tal postura subordinada de la Administración se produjo precisamente en esta última nación y al cabo de muy poco tiempo, en 1859, en el célebre caso «Hoyt v. Thomson's Executor», en el que el Tribunal Supremo rechazó la aplicación a los *Directors* de la doctrina

de la *Agency* afirmando el carácter originario de sus poderes y sentando el criterio de que *the function of corporation law was to enable business men to act*. Con ello aparecen los primeros «mitos» del gran capitalismo a favor de la omnipotencia de la Administración: el individualismo y la responsabilidad social.

Tales criterios, no obstante, no encajaban con las *close corporations*, cuya *corporate philosophy* es muy distinta. Por ello se adiciona y pasa a primer plano el argumento de la tutela de la minoría: la misión de los Administradores es velar por el interés de todos los socios, y no sólo por el de los mayoritarios, como ocurre en las Asambleas. Pese a ello dichas reducidas compañías continúan ostentando cláusulas estatutarias limitativas de los poderes del *board*, y aún, en algunos casos, lo suprimen y asumen directamente los socios la gestión y las responsabilidades.

En Inglaterra, pese a que los artículos de los Estatutos-tipo indican la posibilidad de la Asamblea de realizar actos de administración, la jurisprudencia va presionando en el sentido de que *the only way in which the general body of shareholders can control the exercise of the powers vested by the articles in the directors is by altering their articles*. Y en Alemania triunfa la reacción, iniciada por GIERKE y seguida por RATHENAU, en méritos de la cual la gran empresa es un factor de la economía nacional que se independiza de los intereses de los socios. Los Administradores pasan a ser el centro de gravedad de la estructura societaria, y de ahí al *Führerprinzip* y al *Vorstand* hay sólo un paso. Es de advertir, no obstante, que la sociedad anónima sólo se utiliza normalmente por las grandes empresas en Alemania.

En Francia, las doctrinas de HAURIOU sobre el institucionalismo y el *équilibre des pouvoirs* señalaron la propia tendencia recogida en el célebre *Arrêt Motte*, en el que en casación se afirmó que dados los órganos jerarquizados de la sociedad anónima, *il n'appartient donc pas a l'assemblée générale d'empiéter sur les prerrogatives du conseil en matière d'administration*. Ultimamente, la tesis de la autonomía de la Administración aparece reafirmada en la amplia recepción de temas del «institucionalismo tecnocrático», que mantiene la preeminencia de la empresa sobre la sociedad, a la que impone su técnica de organización.

Tales influencias francogermanas repercuten en Bélgica, Holanda, Suiza e Italia. También en España, donde señala las posturas de GARRIGUES y DUQUE (prólogo a la obra de R. ARTIGAS sobre «Consejeros Delegados»). Anota, no obstante, las resistencias que se encuentran en países de capitalismo retrasado, como Brasil, aludiendo de paso al caso excepcional de España, constituido por DE LA CÁMARA, en este sentido. Tenemos la convicción de que ABBADESSA ha interpretado inadecuadamente a este último autor y, por el contrario, ha omitido a BÉRGAMO, quien, aun lamentándolo, también acepta el criterio de la «autonomía administrativa».

Nuestro autor, como es natural, insiste sobre el problema en Italia. Antes de la codificación del 42 nadie dudaba de la subordinación de los Administradores, y tal codificación, que no deseaba introducir novedades en el sistema, lo expresó en forma reputada meridiana en su artículo 2.364, ya detallado.

Fue CANDIAN quien inició su oposición al criterio tradicional en el mismo año 1942, habiendo tenido un éxito tan extraordinario que hoy los clásicos son sólo una ínfima minoría: MOSSA, BERTINI, CERAMI y alguno más. También la jurisprudencia, forzando la interpretación de dicha norma, ha aceptado tal criterio con los detallados argumentos de la tutela de los acreedores, la protección de las minorías, la funcionalidad de la empresa y otros argumentos aptos para «grandes sociedades».

Así, pues, el resultado ha sido deducir del artículo indicado el criterio de que el mismo excluye claramente la existencia de actos de gestión propios

de la Asamblea, aunque ya FERRI indicó, y ABBADESSA acepta, que tal norma no se refiere al poder deliberativo, sino al representativo del Consejo.

La equiparación con el *institor* y la imposibilidad de éste de realizar actos excedentes normalmente del objeto de la empresa, como enajenar o gravar inmuebles y, por ende, transformar o modificar la empresa, tampoco se reputa aceptable doctrinalmente. Una Administración que mediante contratos de coparticipación, de estabilización de precios, de limitación de producción, cambio de sede administrativa, etc., puede alterar gravemente la economía de la misma y aun provocar situaciones críticas, no debe entenderse limitada en forma alguna por criterios tradicionales.

ROSSI planteó la independencia de la Administración en términos próximos al institucionalismo tecnocrático, en la que el accionista no se considera como socio, sino como simple «inversor»—*rentier*—. GALGANO aporta argumentos sociales. Los minoritarios, clases parasitarias e improductivas, no deben entorpecer el desarrollo económico, que es progreso social. Es el mismo GALGANO, notorio marxista, quien alude a la «democrática» Ley de Sociedades Anónimas española: la representación proporcional del artículo 71 y su artículo 80, 3.º

ABBADESSA estima que tales posiciones están tomadas exclusivamente desde la perspectiva de la *giant corporation* y destaca la postura de PELLIZZI, que aplica el «método tipológico», señalando que la imagen directriz de la sociedad anónima, la *Leitsbild* o *Typustehre*, no puede contener la entera gama que va desde la sociedad unipersonal a la *Mammuts Gesellschaft*. El tipo considerado por la ley es probablemente la *Publikumgesellschaft*, de donde las anónimas atípicas no pueden ni deben entenderse sometidas a las mismas normas, sino que, como han sostenido KOLLER, WOHLMANN y JAEGGI, su disciplina legal debe tener simple carácter analógico e incluso la plena *freie Rechtsfindung*. El problema de la independencia de la Administración, o mejor, el de la intervención de la empresa en la actividad gestora, no puede apartarse del tipo de sociedad adoptado. Y, por tanto, debe entenderse lícito y posible eliminarlo en sociedades de número limitado de accionistas o de concentración del capital en pocas manos.

En la doctrina italiana, el *leit motiv* de la independencia de los Administradores está representado en muchas ocasiones por el problema de la responsabilidad hacia los acreedores. Si se aceptara la gestión de la Asamblea, los Administradores podrían verse envueltos en acciones de indemnización motivadas por operaciones imputables a los socios. Aunque ABBADESSA alude al hecho de que los acuerdos de la Asamblea no obligan a la Administración, la conflictividad entre ésta y la Asamblea es tema no pacífico, y los temas del «veto-model», lo decisorio y lo ejecutivo, la responsabilidad por culpa y el simple riesgo, así como el llamado «riesgo de la Administración», la responsabilidad social y la de los Administradores y otros relacionados, son sumamente delicados y de difícilísima delimitación.

En definitiva, la llamada «soberanía» de la Asamblea no tiene un significado unívoco ni un preciso fundamento técnico-jurídico. Lo mismo sirve para delatar que sus acuerdos no pueden ser censurados por minorías o Tribunales, que para expresar el derecho de revocar Administradores y modificar Estatutos o simplemente destacar su postura jerárquica frente a la Administración, como ha puesto ampliamente de relieve GLIOZZI. Y aunque del poder de revocar Administradores no puede deducirse *a fortiori* el derecho de «ordenarles», ya que las situaciones jurídicas no son homogéneas, ni las teorías de la organicidad son convincentes, ABBADESSA acaba inclinándose por la solución afirmativa en el problema del poder de instrucción de la Asamblea. A su juicio, el criterio decisivo es la exigencia de la plena operatividad de la relación «riesgo-poder», uno de los cánones hermenéuticos fundamentales del derecho accionario. No la constatación de la crisis democrática de las sociedades anónimas, que sólo afecta a un tipo social

perfectamente delimitado y que no es susceptible, por tanto, de constituir parámetro exclusivo de interpretación. La negativa al cumplimiento de las instrucciones de la Asamblea implica la distinción de la esfera de actuación del órgano administrativo delimitada por el objeto social. Si el incumplimiento no puede considerarse como una actuación «excedente», no procede sanción de carácter real. Si, por el contrario, lleva consigo un «exceso de poder», ABBADESSA se inclina por la contestación afirmativa.

## II. *La gestión de la empresa social y la facultad de delegar de los Administradores*

En principio, los Administradores deben ejercer personalmente sus funciones. Ello, al decir de SPADA, se difumina en una variedad de actuaciones, que van desde la propia acción física hasta la dirección de la actividad ajena.

Nadie ha dudado de que pueden nombrar delegados para actos de ejecución o misiones especiales; pero la perplejidad empieza a surgir con los poderes generales, que implican decisiones superiores a la simple rutina. La jurisprudencia enseña que su legitimidad termina con la «abdicación», pero tal límite no es precisamente diáfano. Las normas relativas a la sustitución del mandato no resultan satisfactorias teniendo en cuenta la limitación de la responsabilidad a la culpa *in eligendo* o *in instituendo*, de forma que respecto al resto se produce una plena extromisión de la relación gestora, incompatible con la disciplina del oficio de Administrador.

A juicio de ABBADESSA, la línea de investigación pasa por aquellas normas que reconducen al «control de los socios» los actos típicos de descentralización gestora. El nombramiento de Director General (art. 2.396) y la creación de sedes secundarias (art. 2.338, 2.º) son dos puntos preciosos de referencia para discriminar aquellas funciones que los Administradores deben retener, de aquellas otras que pueden libremente delegar.

Respecto a la primera, aunque parece que en el Derecho italiano el nombramiento de Director General no puede realizarse sin el consentimiento de la Asamblea o los Estatutos, precepto contradictorio con el Código de Comercio, en la práctica, la contradicción es intrascendente, y más que un problema de legitimidad, lo es de responsabilidad, conforme resulta del examen de la perspectiva histórica de tal norma, de la jurisprudencia y de la doctrina. Sobre si la «autorización» implica una atenuación de la responsabilidad de los Administradores, la doctrina se halla profundamente dividida.

ABBADESSA señala las funciones anejas al «concepto» de Director General: la organización de todas las prestaciones de obras para realizar la ejecución de los acuerdos y el control de tales prestaciones. Cita los estudios de PRESUTTI, GRECO y DE GREGORIO en relación con su distinción de los Directores Técnicos, y después de insistir reiterativamente en la descripción y delimitación de sus funciones típicas y sumamente variadas, concluye manifestando sus dudas sobre la posibilidad de coincidencia con las del *institor*.

Respecto a la norma italiana exigiendo autorización de la Asamblea para las sedes secundarias, señala la dificultad de separar éstas de las filiales menores, de operaciones meramente mecánicas o rutinarias. Se trata de algo puramente cuantitativo y la valoración del grado de discriminación es relativo, según la naturaleza de la empresa. La dificultad de todo ello, y aun de si los poderes del titular de la sede secundaria deben ser también autorizados por la Asamblea, es causa de dudas en la esfera doctrinal y aun jurisprudencial. Desfila la doctrina germánica de la *Zweigniederlassung*, relacionada probablemente con las *tabernae eiusdem negotiationis* y las

rigurosas condiciones determinadas por la misma para calificar la «autonomía» de la sede (desarrollo de proceso productivo independiente, destinación de medios estables suficientes, contacto directo con el mercado, contabilidad separada y discrecionalidad gestora del *Leiter*), entre otras digresiones de considerable interés.

Concluye con el estudio de los Consejeros Delegados, que en Italia deben estar autorizados por los Estatutos o la Asamblea; detalla y estudia sus características específicas, que las hacen inasimilables al mandato, con expresa alusión a los problemas dimanantes de la confección del balance y al criterio sostenido por RODRÍGUEZ ARTIGAS sobre tal extremo, así como los planteados por los doctrinarios de organización empresarial, en especial los americanos.

### III. *La disciplina de la representación*

En el Estatuto originario de las sociedades anónimas, la representación no constituía momento organizativo autónomo de la actividad social, reputándose simple modalidad del mandato, a cuya disciplina se acogía la gestión social.

En Italia, sin embargo, al establecerse que el acto fundacional debía indicar «los Administradores que representarían a la sociedad», se constituían unos delegados de firma que evidenciaban la dualidad de fases decisión-exteriorización, lo que percibido por VIVANTE le llevó a sentar unas tesis que no se ajustaban a las clásicas y que, aunque abandonadas por el mismo, fueron recogidas por gran parte de la doctrina y aun por el Código nuevo, en sus artículos 2.384 y 2.298, si bien con ciertas tamizaciones, que quedaron rectificadas en la última modificación del primero de dichos artículos, a la que se hará referencia. Con ello quedó clarificada la legitimación del representante para realizar todos los actos comprendidos en la esfera del objeto social y la determinación del legislador de garantizar el tráfico mercantil de la sociedad sin otra limitación que la *exceptio doli*.

Tal modificación, de 29 de diciembre de 1969, obedeció a la Primera Directiva relativa a Sociedad Anónima de la C.E.E., que sancionaba, conforme a influencias germánicas, la relevancia meramente interna de las limitaciones estatutarias de representación, sin perjuicio de facultar a las normativas nacionales la inoponibilidad de los actos *ultra-vires*, dentro de los límites de la culpa grave.

En la nueva regulación italiana esta última excepción está condicionada por la buena fe de la contraparte, expresión lo suficientemente ambigua para hacer dudar si se refiere a la «buena fe simple o pura», a la que exige un mínimo de diligencia en el agente (no temeraria) o el uso de una diligencia ordinaria (buena fe excusable). La directiva comunitaria contenía ya elementos para excluir la última, pero no para distinguir entre las dos primeras, no debiéndose estimar intrascendente la elección, ya que la buena fe simple puede incluso abarcar el pleno desconocimiento del objeto social, elemento delimitativo frente a terceros. Por ello estima ABBADESSA que lo que mejor encaja en la interpretación es la buena fe no temeraria, si bien tal fórmula ha suscitado numerosas consideraciones, que detalla con remisiones a BIGIAMI, VALERI, FERRI, SANTINI, BRUNETTI y otros.

Los *engagements sociaux* pueden además producirse mediante la actuación directa del Consejo, es decir, prescindiendo de los «encargados de la firma». También mediante la actuación de Consejeros Delegados o apoderados. La *procura* origina posturas antagónicas en materias de responsabilidad y otras en autores tan destacados como GORLA, MINERVINI, FERLI, GRAZIANI, por una parte, y MACCARONE, GIULIANO y otros, de otra. Respecto a las actuaciones directas del Consejo, aunque CHIOMENTI, remozando muy

recientemente alegatos de VON THUR, ha sostenido su inidoneidad, pues la típica actividad del Consejo es la formación de voluntad, no su exteriorización, estima que tal objeción se desvanece ante declaraciones no recepticias, en las que además el órgano colegial puede adoptar acuerdos accesorios para que su decisión llegue a conocimiento de terceros interesados, con lo que quedan eliminadas dificultades dogmático-estructurales.

Las posibles intervenciones del Consejo en actos formales le conduce al examen de las actas de la sociedad, que normalmente no sólo reproducen acuerdos, sino, *ad substantiam actus*, informaciones relativas a reunión y procedimiento. Se citan estudios como los de DALMARTELLO: *Le Deliberazioni e il verbale de l'Assamblee*; de WELLER: *Forma del conferimento della rappresentanza...*; de MISEROCCHI: *La verbalizzazione nella s.p.a.*; de OPPO: *Forma e pubblicità*; de FERRARI: *Il verbale delle Assamblee...*, y otros, que invitan a una profundización del tema en la doctrina española.

La tutela del destinatario, ante la irregularidad procesal, debe surtir plenos efectos. La plenitud procesal llega a éste a través de la certificación, o sea, en forma indirecta, y salvo defectos internos manifiestos, no puede verse afectado por falsedades, incorrecciones o infracciones.

Parece indicado en este punto una referencia a la práctica española, que, sobre todo a efectos de inscripción en Registros Mercantiles, exige la concreción del proceso del acuerdo: quórum, publicidad, etc. Creemos que podría sostenerse que la función registral está enfocada hacia el tercero y autorizadas determinadas personas para certificar, los detalles del procedimiento interno, la no existencia de la reunión, los defectos de delegación, la incapacidad de los asistentes, la falta de convocatorias o de quórum, pueden motivar actuaciones de los socios, intrascendentes a efectos registrales, y sobre las que los funcionarios encargados de la publicidad no deben incidir, pues no pueden motivar perjuicios para terceros.

ABBADESSA expresa que tal vez en determinados casos el interés de la sociedad debiera sobreponerse al de los terceros, dado el perpetuo e incontrolable daño que para la sociedad pueden suponer acuerdos irregulares: nombramiento de Administradores, aumento de capital, modificación de Estatutos, emisión de obligaciones... Todo ello sin perjuicio de que los terceros recibieran la indemnización compensatoria procedente.

Otro punto digno de resaltar es la actuación de los Consejeros Delegados, cuyas facultades no sólo pueden hallarse limitadas por el acto de nombramiento, sino que este último no sólo es de inscripción «no obligatoria», sino que parte de la doctrina sostiene que con la normativa actual ni siquiera es «inscribible», inclinándose hacia una mini-reforma. Contrasta con las interpretaciones de la Ley de Sociedades Anónimas española, que sostienen que la inscripción en tal caso es constitutiva.

El estudio termina con referencia, profunda e incisiva, de la representación procesal y la pasiva de las sociedades anónimas; en la imposibilidad de detallar la primera, limitémonos a indicar que respecto a la segunda se estudian los casos de notificación en la sede social, en las sedes accesorias, en el domicilio particular de Administradores y representantes, señalando los casos en que, según doctrina o jurisprudencia, deben considerarse efectivas, así como otros supuestos dignos de la mayor atención.

\* \* \*

La obra contiene la cita de más de un millar de estudios, o sea, que su bibliografía es completísima por lo que se refiere a la doctrina italiana. Las referencias a la española no son excesivas, notándose alguna omisión. Es muy difícil que las notas precedentes reflejen, aun pálidamente, el valor e interés verdaderamente considerables de la aportación de ABBADESSA, sien-

do de lamentar, como hemos dicho, que en el caso concreto algunas diferencias entre las legislaciones italiana y española no hagan todavía más útil y sugestivo para nosotros el estudio.

JOSÉ M. PIÑOL AGUADÉ

BALBÍN PECHUÁN, V.: *Los contratos municipales*. Editorial Civitas, S. A., Manuales prácticos, Madrid, 1976.

La Editorial Civitas inaugura con esta obra que hoy traemos a recensión una serie de publicaciones que han de agruparse bajo la rúbrica de «Manuales prácticos». La constante preocupación que la teoría y la práctica plantean en sus posibilidades de adecuación parece presuponer la necesidad de un conocimiento teórico para luego darle la vida que la práctica exige. Por ello en su día alabé el *Manual de Procedimiento Administrativo*, que publicaba, vía *Boletín Oficial*, el Centro de Formación y Perfeccionamiento de Funcionarios, como texto complementario de las lecciones teóricas. Aquí pasa como con la anécdota de aquel mecánico del automóvil que cobró una determinada cantidad excesiva por dar un golpe en determinada parte del motor para que el coche se pusiese en marcha: él sabía cómo dar el golpe, por lo cual cobraba poco; pero lo importante era saber dónde se daba el golpe, por lo cual podía cobrar más.

Partiendo por ello de un conocimiento teórico profundo y fecundo, el libro que se nos ofrece tiene indudables virtudes, pero no es nada alentadora la situación que el prologuista presenta para la eficacia receptora de la práctica que el volumen encierra. GARCÍA DE ENTERRÍA, que es quien suscribe el prólogo, viene a decir que la Administración Local es «una fuente de frustraciones colectivas y personales», y que es la «necesidad básica de que la Administración Local se exprese en servicios efectivos la que impone en su funcionamiento un nivel técnico capaz de hacer que esos servicios funcionen realmente».

Ante ello me pregunto: ¿Está la Administración Local capacitada teóricamente para recibir las enseñanzas de un libro práctico o este libro práctico podrá servir para encubrir los defectos de conocimientos teóricos? Parodiando una famosa frase que hace muy poco se hizo pública, y en la que MIGUEL FISAC enfrentaba a los arquitectos con la Administración, me atrevería también a decir: «Detrás de cada catástrofe municipal está la rúbrica de un práctico, y en la sombra de todo éxito se halla el esfuerzo teórico del que defiende contra toda suerte de presiones los intereses generales sobre los privados.»

Después de una lectura reposada del libro, cuyo autor ha militado, como funcionario local, en el Servicio de Inspección y Asesoramiento de las Corporaciones Locales y como Secretario técnico de la Dirección General de Administración Local, podríamos llegar a una «ecléctica» conclusión: el libro puede tener las enseñanzas prácticas necesarias para «excitar» el inevitable conocimiento teórico que las sostiene. El libro pretende, y ya habla el prologuista, sobre todo, hacer posible en el terreno práctico la aplicación de la institución contractual en el ámbito local, abordando todos sus problemas reales y ofreciendo criterios seguros para solucionar las cuestiones que esa aplicación pueda suscitar en todas sus distintas fases.

En su estructuración hay quince capítulos, unas notas aclaratorias, un índice alfabético de jurisprudencia empleada, unos formularios, la reproducción legal del Reglamento, un índice analítico y otro sumarial. El excesivo número de capítulos hemos de reducirlo a un esquema más concentrado en esta recensión, pensando en cuatro partes diferenciadas que agrupen

la serie de materias que se comprenden: los conceptos, fuentes y elementos; las diferentes formas de contratación; las garantías y la ejecución, y efectos de los contratos. Ello lo hacemos no para «enmendar planas», sino en aras de simplicidad recensionista.

Es de esperar que el libro «resista» las posibles reformas legislativas que se avecinan y, por supuesto, entiendo que su utilidad siempre será grande ante esa serie de sugerencias prácticas, colección de jurisprudencia y formularios que se ofrecen al práctico de la Administración Local y al que tenga la buena o mala suerte de tener que contratar con la Administración.

#### A) *Concepto, fuentes y elementos*

Para el autor son contratos municipales «todos aquellos tomados por los Ayuntamientos y aceptados por un particular u otra persona jurídica o jurídico-pública, por los cuales se crea, modifica o extingue un vínculo obligatorio». La esencial diferencia que el autor ve entre los contratos «normales» y los municipales reside en la forma de los mismos.

La postura un tanto omnipotente del administrativista sufre, en la exposición que el autor hace de la teoría de las fuentes, un duro golpe. Para saber «contratación administrativa—dice el autor—hay que empezar por saber contratación civil. Los conceptos básicos de consentimiento, capacidad, objeto del contrato, causa de la obligación que se establece y tantos otros, como evicción, saneamiento, daños y perjuicios, culpa contractual, etcétera, no los explican las normas administrativas. Los da ya por sabidos por la regulación de la contratación general civil». Esto es, como el «valor» en el campo militar: que se le presume.

Tres grupos señala el autor para centrar la materia de las fuentes: las especialísimas, las especiales y las generales. En las primeras campea el pliego de condiciones. En las segundas, el sistema normativo del Reglamento de Contratación (9 de enero de 1953) y los complementos de Bienes, Servicios, Haciendas y Funcionarios (27 de mayo de 1955, 17 de junio de 1955, 4 de agosto de 1952, 30 de mayo de 1952). Por último, las fuentes generales salen al paso con las que recoge la Ley de Contratos del Estado de 8 de abril de 1965 y las disposiciones del Código civil.

El autor, después de ensayar una clasificación de los contratos en la esfera pública o privada, estudia los elementos personales, reales y formales del contrato. Entiendo que no hay problemática en los elementos personales (Ayuntamiento y contratista) y que las dos grandes diferencias que esos elementos presentan están en el objeto del contrato (sólo pueden ser las cosas y los servicios, excluyéndose las cosas futuras y las que salgan de la competencia, así como no poder fraccionar el objeto de los contratos si el período de ejecución del mismo correspondiere al de un solo presupuesto ordinario), la causa (deberá ser el interés público, art. 11 del Reglamento de Corporaciones Locales) y la forma que se impone taxativamente a través de sus diferentes tipos (subasta, concurso-subasta, concurso y concierto directo).

#### B) *Diferentes formas de contratación*

De las cuatro formas apuntadas—en las que la Administración está mediatizada para elegir—solamente el autor trata en esta parte de las tres primeras: la subasta (procedimiento automático mediante el cual una entidad administrativa elige como contratista al particular que ofrece las condiciones más ventajosas), el concurso-subasta (en el que previamente se elige entre varios de los licitadores en relación con las garantías objetivas



que ofrecen, y posteriormente entre los elegidos se adjudica el contrato al mejor postor) y el concurso (en el que se valoran las proposiciones hechas y se designa al que se considera más oportuno).

Tras plantear tres problemas básicos en torno a la subasta (razón de ser forma común, sus ventajas e inconvenientes y las semejanzas y diferencias), el autor examina los requisitos (previos, precontractuales, contractuales y de formalización), para luego extenderse en diferentes capítulos sobre el estudio de los temas de los pliegos de condiciones, la licitación, la perfección y formalización del contrato y el examen de diferentes tipos de subasta o de casos especiales que pueden plantearse en las mismas (subasta condicionada a un fin determinado, pago en varias anualidades, varios lotes, etc.).

Con cierta brevedad trata de la materia del concurso-subasta y del concurso, que califica como la regulación más imperfecta, oscura y peor reglamentada de las tratadas. Más que un desarrollo esquemático de preceptos, lo que el autor hace es plantear una serie de supuestos que exceden a los que el legislador prevé y que dan realce e importancia a la materia.

Remetida entre los problemas de ejecución, rescisión, incumplimiento, consumación de los contratos, el autor estudia el tema del concierto directo, el destajo y las obras de la Administración. La elección de esta sistemática es puramente original, pero digna de respeto. El concierto directo es el sistema en que la Administración actúa discrecionalmente para elegir el contratista, prescindiendo de las formalidades que el concurso y la subasta suponen. Hay que demostrar, sin embargo, según dice el autor, no ser posible la forma de la subasta o concurso, lo cual supone la realización de un expediente. El autor estudia el concepto, los caracteres, los supuestos en los que se puede aplicar, los requisitos y las modalidades del destajo y la realización directa.

### C. *Garantías*

He diseccionado este epígrafe entendiéndolo autónomo, porque en él juegan unos conceptos fundamentales que no encajan plenamente en la idea que tengo de la llamada «garantía». El autor justifica la necesidad de una garantía: la contratación afecta a múltiples derechos e intereses que exigen una garantía del cumplimiento de sus obligaciones.

El concepto de garantía debe ser «descolonizado» del de fianza. Las garantías administrativas no pueden identificarse con las fianzas civiles. El Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales, sumamente técnico, no utiliza ni una sola vez la palabra fianza para designar estas garantías de la contratación. Bueno, lo que el autor creo que quiere decir es que la garantía puede tener muchas formas, una de las cuales puede ser la fianza, a que se refiere el artículo 75 del Reglamento citado. Con todo, la garantía administrativa cubre el cumplimiento del contrato, las responsabilidades de la gestión del mismo y la seriedad de la oferta. Sus notas típicas son: la unilateralidad, obligatoriedad, sustantividad e inembargabilidad.

Completa el estudio hablando de las clases, las formas, las circunstancias personales y las de tiempo y lugar que influyen en la constitución de las garantías, así como ciertos casos que tienen carácter especial (inmuebles con precio aplazado, el contrato de gestión afianzada, el contrato por varios años y el de conciertos directos). Termina la exposición con el estudio de la fianza en los contratos de suministro, el procedimiento para exigir responsabilidades y la extinción.

D) *Ejecución y efectos de los contratos*

Como principio general, el autor destaca el del *pacta sunt servanda* como esencial. No obstante, precisa que el contrato hay que cumplirlo con arreglo a sus cláusulas y a los pliegos de condiciones, pero como aquéllas no pueden estar en contradicción con éstas llegamos a la conclusión de que los contratos tienen que ejecutarse lo más ajustadamente posible a los pliegos de condiciones. Junto a este principio general, a la teoría de la interpretación y a la doctrina del riesgo y ventura, el autor estudia la problemática de la revisión de precios, junto con la cláusula *rebus sic stantibus*, la doctrina de la mora y las posibles modificaciones objetivas y subjetivas.

En la patología del contrato ofrece como primeras materias a estudiar la nulidad, la rescisión y la resolución, temas que el autor califica de confusos dentro de la doctrina administrativa y la práctica. Para precisar el concepto de nulidad se vale del genérico que atribuye a la falta de requisito o vicio de los mismos la causa de ella. El contrato administrativo será nulo por vicio o falta de voluntad, de objeto o de causa, siempre que «sean anteriores a la perfección del contrato». La rescisión y la resolución vienen siempre producidas por «causas posteriores».

Junto a esas figuras estudia también el autor la de la *denuncia* o facultad que tiene la Administración para dar por extinguido el contrato en virtud de ciertos hechos que aconsejan la extinción del mismo por causas de interés público.

Consumación y perfeccionamiento, debidamente separados, son los dos temas últimos que se afrontan en la publicación. Con su precisión (perfección supone reunión de todos los requisitos contractuales, y consumación, realización de sus prestaciones) se avanza para distinguir la recepción provisional y definitiva de obras y la llamada consumación anormal.

De sumo interés hemos calificado la parte que el autor llama anotaciones y en la cual va planteándose una serie de cuestiones sobre casos concretos, como puede ser la intervención de fedatarios en los contratos municipales, el pliego de condiciones, la presentación de proposiciones, bastantear de poderes, etc. Igualmente es de una utilidad inapreciable la jurisprudencia, que incluye por orden alfabético en un alarde de síntesis utilitaria. Estas dos últimas partes, junto con la destinada a formularios, serán, sin duda, las más utilizadas en la finalidad práctica que el libro lleva. Plácemes debe recibir el índice analítico de conceptos y la inclusión del texto del Reglamento de Contratación.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

CADARSO PALÁU, J.: *La responsabilidad decenal de arquitectos y constructores*. Editorial Montecorvo, S. A., Madrid, 1976.

En esa línea progresiva de publicaciones que respondan a la doble vertiente de la actualidad y el tema original, Montecorvo nos ofrece en esta monografía esa doble exigencia, pues, por una parte, la temática de una responsabilidad de personas técnicas que intervienen en la construcción está en la zona de la noticia casi periodística y, de otra, el tema que se escoge no es de los que pueden ofrecer bibliografías para su estudio.

Debe ser molesto que a uno se le caiga una casa cuyos planos, construcción y edificación ha dirigido y presenciado; pero «al que anda le sucede».

Un descuido, unos sacos de arena en vez de cemento, etc., pueden provocar el hundimiento de algo que estaba proyectado para ser una realidad con vida de largos años. Que esto sucede debe ser cierto, pues de lo contrario no hubieran pensado en esa posibilidad el artículo 1.591 del Código civil y sus antecesores de quienes trae causa. Quizá ahora las casas se caen con más frecuencia que antes—y en esto España, con sus monumentos románicos y góticos, puede ofrecer serios testimonios—, pero también es cierto que ahora las cosas se hacen con más urgencia, las construcciones se multiplican y las noticias de hundimientos se difunden con más rapidez y a mayor número de escuchas.

Prologa el libro monográfico GARCÍA CANTERO, quien es además el director de la tesis doctoral cuyo tema es el que se ofrece, y en sus acertadas precisiones dice que el profesor CADARSO PALÁU efectúa una gran aportación a la dogmática del contrato de obra, no limitándose aquélla al concreto tema estudiado, sino a otros puntos, tales como la problemática del contrato que celebran los técnicos de la obra, el subcontrato de obra, la función del promotor o la relevancia de los vicios en el contrato de obra.

En lo que discrepo del prologuista es en esa especie de presentación que del autor hace, ya que dice que no es firma desconocida en las revistas de la especialidad, pues hace algún tiempo se asoma a sus páginas con la publicación de lo que ha dado en llamarse *trabajos menores* (recensiones, críticas de jurisprudencia, etc.). Esta clasificación que el prologuista parece aceptar entre trabajos «menores» y «mayores» pudiera ser exacta si se la equipara a esas expresiones o giros de nuestra lengua que salen espontáneamente: ¡Eso son palabras mayores! Y cuando uno pretende distinguir entre mayores y menores resulta que no existen grandes diferencias. Pudiera ser que en materia de aguas el matiz se imponga. De cualquier forma me resisto a creer que la recensión o el comentario a una jurisprudencia o la nota sea un trabajo «menor». No ocupa, por supuesto, la planta noble de las revistas y no tiene la «extensión» del trabajo monográfico, del artículo, del libro, del tratado; pero no hay que olvidar nunca que es literatura jurídica y que para realizarla son precisas unas cualidades semejantes a las del publicista y, además, el impresionismo y el juicio. ALFONSO REYES, citado en la obra de GUILLERMO DE TORRE (*Nuevas direcciones de la crítica literaria*), decía: «Cuando en materia literaria la crítica se limita a registrar los hechos, se queda en historia de la literatura. Cuando define por esquema y espectro el fenómeno literario es teoría de la literatura. Cuando pretende dictar reglas a la creación, autorizándose ya en la experiencia o ya en la doctrina—sea ésta filosófica, estética, ética o hasta meramente política—, se desvirtúa en preceptiva. En los dos polos del eje crítico encontramos el impresionismo y el juicio: Aquél es la crítica artística, creación provocada por la creación; no parásita, como injustamente se dice, ni inquilina; subordinada a la creación sólo en concepto, no en calidad, puesto que puede ser superior al estímulo que la desata. Y éste, el juicio, corona el criterio...» ¡Si el prologuista hubiese dicho que la recensión es «género chico» me hubiese sentido hasta halagado!

El libro que recensiono creo que puede admitir una ulterior clasificación de materias, que al agruparse permitan al lector una rápida visión de su contenido. Distinguimos cinco partes: la histórica y legislación actual, los requisitos o presupuestos, los elementos personales, los criterios de atribución y distribución de responsabilidad y el tiempo y la prescripción de la acción. El libro contiene, aparte del prólogo y la introducción, un índice sumarial, una tabla de abreviaturas y un índice alfabético de obras consultadas. A mi entender, debería llevar otro índice conceptual. La materia va dividida en ocho capítulos, existiendo numerosas notas a pie de página.

### A) *Historia, Derecho comparado y actual español*

La parte histórica de la institución se sitúa en sus orígenes en el *Codex Theodosianus*, que contiene una constitución de los emperadores Graciano, Valentiniano y Teodosio, dictada en el año 385, en la que se imponía a los *curatores* de las obras públicas la responsabilidad por los vicios que apareciesen durante quince años. El carácter público de la norma dificultó enormemente el paralelo dentro del Derecho privado, que el autor estudia en un intento de búsqueda.

En el Derecho intermedio, la aproximación pública de la norma a la regla privada es patente. Así, el autor cita el Estatuto de Módena (año 1327), el Derecho francés del siglo xv, el pandectismo y el Código civil francés, don aparece como un instituto singular, casi como un cuerpo extraño.

En el recorrido que el autor ofrece por el Derecho histórico español se cita la Ley 21, título 32, de la Partida 3.ª, y la Ley 16, título 8, de la Partida 5.ª, que GREGORIO LÓPEZ consideró complementarias, entendiéndose que lo dispuesto para las obras públicas podía aplicarse a las privadas.

En el Derecho comparado, el autor cita el francés (con los arts. 1.792 y 2.270) y estudia su contenido, incluida la reforma de 3 de enero de 1967; el Derecho italiano, en el que compara la normativa del Código de 1865, con la del de 1942 (arts. 1.669 y complementarios); el Derecho portugués, que aporta en el año 1966 una nueva normativa inspirada en los Códigos europeos más modernos; el Derecho alemán, y el Derecho suizo.

Dentro de la normativa actual de nuestro Código civil, el autor hace un alarde de investigación histórica basándose en el Proyecto de Código de 1851 y el Anteproyecto de 1882-1888, que desemboca en la regulación del artículo 1.591 y su complementario 1.909. Expuesto el articulado se hace necesario centrar la naturaleza jurídica de la responsabilidad decenal, para lo cual aporta tres teorías: la extracontractual, la de naturaleza legal y la contractual. Aun reconociendo el autor la gran fuerza que puede tener la idea de la responsabilidad legal por razones de orden público, insiste en que se trata de una responsabilidad contractualista, aun y a pesar de si bien al arquitecto no se le puede considerar parte en el contrato de obra que el contratista celebra con el dueño, él también está vinculado a este último con un contrato de obra—llámesele «contrato de obra intelectual»—generador de obligaciones de resultado.

### B) *Requisitos y presupuestos*

Para el adecuado encuadre de la responsabilidad decenal y su vigencia es preciso centrar los requisitos o presupuestos necesarios que la hagan surgir. El autor estima que son fundamentalmente tres: el concepto de «edificio», la idea de «ruina» y los llamados «vicios de la construcción». Estos son precisamente los temas que se desarrollan a lo largo de los tres capítulos que se destinan a la materia.

Si problemática es la noción de «edificio» en su proyección económica y elementos componentes, así como con las ideas de «instalaciones complementarias» y la noción de «construcción», es también complejo el concepto de «ruina» y su posible ampliación. La mezcla de las ideas de ruina «total y parcial», ruina actual, amenaza de ruina y peligro de ruina, así como el de «ruina funcional», complican enormemente las cosas, salvándose estas complicaciones por el autor con sin igual maestría. Igualmente, la materia de vicios—en su posible apariencia u ocultación—presenta serias dificultades interpretativas, concluyendo el autor que la responsabilidad decenal tendrá aplicación aun en el caso de un vicio aparente, siempre que sus consecuencias permanezcan inciertas.

El último presupuesto que el autor estudia en forma separada es el de la «culpa», como presupuesto para exigir la responsabilidad decenal. El autor adelanta que «aun sin llegar a pensar en un sistema de responsabilidad objetiva, sí cabe anotar un tratamiento especialmente riguroso de la responsabilidad de arquitectos y contratistas, a través de una severa apreciación del comportamiento de acuerdo con el criterio de 'profesionalidad' (que atiende a la impericia como metro de la imputabilidad) en conexión con la idea de 'resultado', que contribuye a caracterizar las obligaciones derivadas del contrato de obra».

Un último tema expone el autor en relación con la materia: generalizada la afirmación de que la responsabilidad decenal se basa en la culpa, predomina también la convicción de que esta culpa se presume, con lo que, en el orden procesal, se produce un desplazamiento de la carga de la prueba del actor al demandado.

### C) *Ambito subjetivo*

El autor divide su estudio en dos partes claras y concretas: personas frente a las que se responde y personas responsables. Es decir, el autor plantea, en orden al ejercicio de la acción de responsabilidad decenal, la doble alternativa procesal de la legitimación activa y pasiva. O lo que es lo mismo quién puede ejercitar la acción y contra quién ha de dirigirse. Dentro del primer supuesto analiza el caso del comitente-propietario, el subadquirente del edificio y otros terceros. En el segundo caso, el análisis es más profundo al ir recorriendo las figuras de los arquitectos, aparejadores y otros técnicos, así como la del subcontratista y los problemas de la transmisión *mortis causa* de la responsabilidad y la noción de las nuevas modalidades de construcción, especialmente la realizada por «promotores» en su múltiple acepción.

### D) *Atribución y distribución de responsabilidad*

El sistema de responsabilidad privativa que el artículo 1.591 del Código civil implanta supone la constatación legal de la diferenciación entre los distintos profesionales que en la construcción intervienen, así como también las distintas funciones que integran el hecho constructivo. Pero al lado de esta diáfana manera de distribuir responsabilidades surgen las serias dificultades que plantea su aplicación, sobre todo al tratar de precisar los llamados vicios de la «construcción y del «suelo o de la dirección». El estudio se complementa con la inevitable cuestión de la responsabilidad solidaria. El autor afirma en su fase de conclusiones que «en los casos de concurrencia acumulativa, y cuando no quepa fijar la parte correspondiente a cada responsable, debe admitirse una condena por el todo, sin perjuicio de las subsiguientes acciones de regreso. El principio de responsabilidad privativa será aquí el punto de llegada».

### E) *El tiempo y la prescripción*

Dos cuestiones deslinda el autor en este espacio: el plazo decenal de garantía y la prescripción de la acción. De *lege data* entiende aplicable el plazo de quince años, aun en contra de la opinión que mantiene el prologuista y director de la tesis doctoral contenido de esta obra, que debe constituir de ahora en adelante «libro de cabecera» de arquitectos, contratistas y promotores en esa labor de seguir construyendo España.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Los derechos reales administrativos*. Cuadernos Civitas, Madrid, 1975.

En varias ocasiones ya he reconocido con auténtico placer, por supuesto, obras del autor del estudio que ahora traigo a estas páginas. Esta reptición de «autor» podría llevar al ánimo del lector la existencia de una especie de «exclusivas» de recensiones en torno a éste. Y no es así. Encargado de esta sección tengo inevitablemente que matizar, elegir, seleccionar y traer a estas páginas la actualidad «libraria» en materia de urbanismo y otras que permitan la especial dedicación de la Revista. Y sucede que en esa selección de obras con auténtica insistencia aparece el nombre fecundo de GONZÁLEZ PÉREZ. No lo puedo evitar y además me complazco en ello, pues de su claridad, de su precisión, de su fondo y de su experiencia siempre hay que aprender mucho.

Para el lector reacio a la admisión de lo dicho anteriormente hay que añadir algo más. Recensiar a un mismo autor con cierta reiteración es ponerse a sí mismo una especie de cerco en el cual resulta muy difícil moverse. El primer trabajo puede admitir el perfil del autor; el segundo, el de su obra; el tercero, el de su proyección; el cuarto... Aquí empieza a pasar como en esa forma de escribir que tiene FRANCISCO UMBRAL al traer al periódico los grandes temas de los tiempos modernos vestidos—como dice PEDRO QUIÑONERO—con sus ropajes de estilo e indiferencia. Escribir de esa forma—dice dicho autor—es morir un poco cada día. Lo mismo pasa aquí, con las naturales diferencias y distancias que me separan de UMBRAL, que escribir sobre un mismo autor con cierta frecuencia es «morir un poco», aunque se haga con mucha satisfacción.

Bien. El trabajo que ahora nos toca en turno recensiar data del año 1957, y que ahora ve la luz alterando las dos últimas cifras del año citado. Fue la lección magistral que el autor eligió para sus ejercicios de cátedra de Derecho administrativo de las Universidades de Valladolid y La Laguna. El trabajo ya fue publicado, pero ahora lo es con ciertos retoques mínimos impuestos por las modificaciones legislativas. Comprendo que el autor tenga cierta predilección por este trabajo, pues en el fondo su título «levanta un poco la boina» (como diría un buen chicarrón del Norte) de esa exquisitez administrativa tan opuesta a posibles contaminaciones «jurídicas» procedentes del campo del Derecho privado. Las clases sociales han marcado en España grandes zanjas de separación, y esa forma de ser la han heredado con cierta altivez los diferentes Derechos desgajados del común. La labor de GONZÁLEZ PÉREZ, no sé si bien valorada por los militantes administrativos, es echar tierra en esos fosos de separación para que ésta no se note tanto...

La obra es breve. Se lee en una tarde soleada, aunque para meditarla y asimilarla sean necesarias algunas tardes más, también soleadas. Pudiera parecer que al hablar de «tardes soleadas» estoy quitando importancia a la publicación, que tiene claridad y luz propia, y no es así, pues al pedir ayuda al sol lo que hago es eliminar penumbras que enfríen ánimos de comprensión. Se divide en cuatro partes, destinada la primera a la introducción del concepto, la segunda a las nociones generales, la tercera a los elementos y la cuarta al nacimiento, comercio jurídico y extinción. Tiene notas a pie de página, pero carece de un índice bibliográfico y otro de conceptos. No hubiera costado mucho hacerlos.

#### A) *Introducción*

El autor plantea en esta parte la razón jurídica de la existencia de la figura, su origen y los argumentos contrarios que a la misma se le han

opuesto. HAURIUO puede decirse que es el artífice o pionero de la figura. Al enfrentarse con un *arrêt* del Conseil d'Etat (25 de mayo de 1906) no vacila en proclamar que se está en presencia de un auténtico derecho real. La nueva categoría jurídica va a lograr la construcción definitiva en una célebre monografía: *Teoría de los derechos reales administrativos*, de RIGAUD. Desde entonces—como capuletos y montescos—la doctrina se divide: unos defienden la figura y otros la niegan.

Las dos grandes razones que se aducen en contra de ella se basan en que los bienes de dominio público están fuera del tráfico jurídico, al ser inalienables, imprescriptibles y no susceptibles de gravamen. De otra parte, en que los derechos reales su nota característica es los efectos *erga omnes*, que quiebra en los administrativos. A la primera cuestión se contestó que «al lado del comercio jurídico privado existe un comercio jurídico público, que en modo alguno resulta incompatible con la esencia de los bienes de esta naturaleza». A la segunda se reaccionó estimando la eficacia del Derecho frente a todos, incluso frente a la Administración, salvo en la «línea de precariedad», y hasta frente a la misma.

La sentencia de 17 de junio de 1950, último de los argumentos esgrimidos por el autor, estima que es posible llegar a la admisión de los derechos reales administrativos «que en ningún caso supongan la adquisición del dominio público».

### B) *Nociones generales*

Tres puntos fundamentales—siguiendo la dogmática privatística de exposición—se abordan como necesarios para comprender la construcción de la figura. Para el autor, el concepto está claro: «Los derechos reales administrativos o, al menos, los derechos reales administrativos que aquí interesan, son los derechos reales cuyo objeto son cosas de dominio público.» Pero a esta afirmación le deben seguir ciertas precisiones, pues para que exista derecho real administrativo es necesario un auténtico derecho subjetivo, que ese derecho sea real y que el objeto del mismo sea un bien de dominio público. Estas precisiones las desarrolla el autor con todo su fondo doctrinal.

Respecto a la naturaleza jurídica—segundo punto fundamental—, el autor reduce a dos las notas que permiten ver la misma: se trata de derechos reales (recaen sobre la cosa con eficacia *erga omnes*) y son administrativos (en el sentido de figuras propias que recaen sobre un bien de dominio público).

El tercer punto fundamental es el de la clasificación sometida también al inevitable yugo de la sistemática privatística. El autor afirma que de las tres categorías que la doctrina viene admitiendo en torno a los derechos reales (goce, garantía y adquisición), sólo cabe en el campo administrativo el primero y el tercero. La figura del derecho de garantía sobre un bien de dominio público es inadmisibles (bienes inembargables y no susceptibles de gravamen). De ahí que dentro de los derechos de goce destaque el de uso (con o sin ocupación); en los derechos de disfrute (concesiones mineras, de pesca, sobre bienes comunales, etc.), los que implican consumo de la cosa (aprovechamiento de aguas públicas), y entre los de adquisición, los tanteos, retractos y el derecho de reversión.

### C) *Elementos del derecho real*

Sujeto, objeto y contenido cierran la lista de elementos posibles de exposición. En el sujeto se estudia el activo (el que ostenta el poder) y el

pasivo de carácter indeterminado. En el objeto se circunscribe a la precisión de tratarse de un bien de dominio público con ciertas circunstancias, y en el contenido se refiere a las facultades que se reconocen al titular y que vendrán dadas por las peculiaridades de cada Derecho.

#### D) *Nacimiento, comercio y extinción*

En materia del nacimiento, el guión del Derecho privado se tuerce. Los modos típicos de nacimiento del Derecho no pueden ser los del privado. El Derecho nace por un acto típicamente administrativo: la concesión, aparte de la ley y la prescripción.

El comercio jurídico, en principio, parece ser un obstáculo. «El hecho de que el dominio público esté sustraído al tráfico jurídico ordinario no impide que los derechos reales reconocidos sobre el mismo puedan ser objeto de los negocios típicos del Derecho civil», aunque con un régimen especial.

Por último, referente a su extinción, el autor parte de una distinción, según se trate de modos relativos al «sujeto» o al «objeto» y título constitutivo. En el primer caso estudia y contempla los que dependen del titular (renuncia y no ejercicio del Derecho), y los que dependen del concesionario (incumplimiento, interés público). Los referentes al «objeto» se refieren a la desaparición de la cosa y la desafectación. En relación con los relativos al título de constitución hay que contemplar el juego del plazo, que viene a ser requisito imprescindible en toda concesión administrativa.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

RODRÍGUEZ RAMOS, L.: *Libertades cívicas y Derecho penal*. Editorial Tecnos, Madrid, 1975.

La Editorial Tecnos, en su amplia gama de publicaciones, ofrece al lector un tema importante y de auténtica actualidad: la problemática de las libertades cívicas en relación con el Derecho penal. El subtítulo de la publicación sigue teniendo la garra suficiente para seguir en la misma línea de actualidad: sobre los delitos cometidos con ocasión de los derechos de la persona reconocidos por las leyes.

En la presentación del libro se dice que el profesor RODRÍGUEZ RAMOS contempla, desde el punto de vista técnico-jurídico, la parcela penal del problema ofreciendo posibles soluciones de *lege ferenda*. La actualidad del tema, el nivel científico de su tratamiento y la funcionalidad de las soluciones que se aportan, junto a la ausencia de obras con análogo contenido, confieren a este libro un alto valor doctrinal y práctico.

La verdad sea dicha, que a mí el libro, que pudo prologar el profesor JUAN DEL ROSAL, ya fallecido, y que a mí tuvo la condescendencia de otorgarme un aprobado «raspado» hace ya muchos años, me impresiona. Es un recorrido altamente aleccionador por el campo de las posibles «libertades» y su repercusión dentro del campo penal, materia poco tratada y, por supuesto, solamente al alcance de los auténticos especialistas, como el autor de la obra.

La fuerza de la exposición se complementa, en último extremo, con las conclusiones que de *lege ferenda* el autor va proponiendo. Al filo de esta recensión leo en el periódico—de la mañana o de la tarde, pues ambos ya



vienen a decir igual con banderas diferentes—que el Código penal se va a reformar para definir los derechos de reunión, asociaciones y expresión. Es decir, vamos a subir un nuevo peldaño en esta tarea de «democratizar» nuestra España.

Gobernar pensando lo que opina el posible país vecino—y en este caso nuestro es Europa—es difícil y poco flexible, pero puede ser una política aconsejable en ese mundo lleno de hilos finos e invisibles que sólo saben ver los que están inmersos e implicados en la problemática nacional.

A poco, sin embargo, que uno intente penetrar en ese mundo de posibles reformas que se avecina, presiente que esto va a tomar auténticas alturas jamás superadas. Con técnica guerrera—muy en la terminología de los últimos combatientes—podríamos aventurar la idea del logro de unas cotas de niveles mundiales. Y en este momento me vais a permitir que haga cita de un artículo que hace poco leí y que firmaba JOSÉ-MARIO ARMERO. Creo que pertenecía a la revista *Blanco y Negro*. Contaba el autor que él tenía un amigo americano que vivía en España hace muchos años, pero que recientemente había percibido esta «impresionante» evolución que el país estaba tomando en el sentido de lograr una perfecta «democratización», reglamentar definitivamente el derecho de la «huelga», lograr una auténtica «contaminación» atmosférica gracias a nuestra industria floreciente y la venta masiva del automóvil, que la presión fiscal va a ser auténticamente igualitaria y que la justicia social va a ser una realidad permanente..., y el americano reflexionaba y decía: «Te he de confesar que a mí me gustaba mucho el *slogan* ése de *España es diferente*. Y ahora vosotros habláis de acercamientos ideológicos en política al mundo occidental, de otras libertades... Ya no me interesa vivir en España. Dentro de unos años esto será como Francia, Inglaterra o los mismos Estados Unidos. O casi. Para eso prefiero vivir entre mis compatriotas.»

Es curioso, y con esto ya nos dejamos de alejar del tema de la obra que recensamos, que el término medio en el que debe moverse la reforma ha de estar más que en la capacidad de «ósmosis» que la nueva situación admita, en la recepción que la idiosincrasia del país permita. El criterio valorativo de los dirigentes es el que va a determinar para un futuro el éxito o el fracaso rotundo.

«La pregunta medular de estas páginas—dice el autor de la publicación—, y al mismo tiempo la más profunda, tiene una doble vertiente. De un lado, interesa diagnosticar en qué medida protege el vigente Código penal las libertades cívicas de los españoles frente a los posibles abusos de los funcionarios públicos y de los demás ciudadanos; de otro, es ineludible fundamentar tal diagnóstico en los principios metapenales que inspiran tal legislación penal. Como pasos previos en el camino de respuesta a tales inquisiciones surgirán igualmente las relativas a la ubicación sistemática de tales preceptos, a la calidad técnico-jurídica y político criminal de los mismos, a la naturaleza y cuantía de las penas, a la convivencia de injustos penales y administrativos, a las especialidades orgánico jurisdiccionales y procesales. Completado el diagnóstico, se pasará a la aportación de posibles soluciones.»

He aquí, magistralmente expuesto por el autor, el contenido del volumen. Dos son sus partes: expositiva y de posibles soluciones, y a ellas les precede un índice sumarial de la obra, una clave de abreviaturas empleadas, una introducción de la delimitación temática de la obra con previa nota de presentación de la misma, para terminar con un índice de bibliografía empleada. Para esa completa perfección que exijo a las obras de tesis sería preciso añadirle en sucesivas ediciones una especie de índice conceptual. Eso, como los semáforos y los pasos de cebra, ayuda mucho al ciudadano que quiere saber sus derechos. No obstante, no hay que olvidar aquel epi-

tafio que figuraba en la tumba de un peatón en nuestros tiempos: «Aquí yace un peatón que teniendo derecho de preferente paso en uno de cebras, lo ejerció.»

#### A) *Análisis de los diferentes delitos*

El campo de investigación seleccionado se centra en «los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las leyes», y dentro de los mismos el autor examina los siguientes:

- a) El principio de la genérica protección de libertades, a través del artículo 194 del Código penal, que impone pena de inhabilitación especial a la autoridad o funcionario que impida el ejercicio de los derechos cívicos reconocidos por las leyes.  
A la enumeración del delito le sigue el estudio histórico de la figura, naturaleza y alcance, ámbito, sujetos activo y pasivo del mismo, así como el doble problema de la injusticia y de la culpabilidad. Entre los derechos que parecen quedar protegidos están el de recibir educación, el de igualdad de oportunidades (plasmado en el derecho de desempeñar cargos y funciones públicas con arreglo al mérito y capacidad), el de la nacionalidad, el de petición, etc. Su admisión está condicionada por ser derechos no especialmente tutelados por algún otro artículo de la sección del Código.
- b) Libertad de expresión y de prensa. Vienen recogidos en los artículos 165; 165 bis, a) y b), y 193, que también son estudiados en el mismo esquema que hemos expuesto anteriormente. A la parte llamativa del delito se le añade la precisión técnica del estudio del mismo y de sus requisitos y penalidades.
- c) Libertad de reunión y de manifestación. Juegan los artículos 166 a 171 y 195 del Código penal. Es claro que la materia no puede ser de mayor actualidad y que dentro de los matices que el estudio ofrece se ven las grandes posibilidades que la libertad individual puede permitir en su restricción. Quizá esta materia—con el anuncio de la reforma—sirva en su día de elemento comparativo con el nuevo texto.
- d) Libertad de asociación. Se agrupa el delito en su matización en los artículos 172 a 176 y 195 del Código penal, que precisan la ilicitud de la asociación o cuando es ilícita la asociación y las penas en que se incurre. Por supuesto—y ajustándose al esquema inicialmente trazado—, el autor examina científicamente el delito. Materia ésta que también sufrirá su día el necesario reajuste.
- e) Libertad de enseñanza. Es quizá el delito en el que el supuesto material del delito es sumamente vago y confuso, siendo precisa una delimitación de los supuestos delictivos más exacta y segura que la resultante de remitir a ciertas normas extrapenales. Se ocupan los artículos 177 y 197.
- f) Garantía jurisdiccional. Los artículos 178, 179, 180, 182, 183 y 199 se encargan de estructurar el delito y suponen la protección a la llamada división de poderes, en especial a la independencia del poder judicial.
- g) Principio de legalidad de las penas, que supone la protección contra el establecimiento y aplicación de una penalidad distinta de la prescrita en la ley. Lo regula el artículo 181, y el autor lo desarrolla en la forma habitual de su exposición.
- h) Detenciones ilegales. Incurrirán en las penas que se señalan los funcionarios que cometieren ese delito que perfilan los artículos 184 a 188 del tan citado Código penal.

- i) Libertad de residencia y domicilio, que junto con el principio de la inviolabilidad del domicilio (arts. 189, 190 y 191) estudia el autor en ese alarde de actualidad que respira la publicación.

Por último, y a fin de evitar mayor número de enunciaciones clasificatorias, hemos de citar el examen que se hace de cuatro principios que constituyen otras tantas manifestaciones del principio de libertad humana: la inviolabilidad de la correspondencia (art. 192), la libertad profesional (artículo 198), la legalidad de exacciones y expropiaciones (arts. 196 y 200 a 204) y la libertad religiosa (arts. 205 a 206).

## B) Conclusiones

Después de ese estudio minucioso de cada delito en particular, el autor reflexiona y saca conclusiones críticas que son muy de agradecer, pues su visión desde el campo del especialista debe ser tenida en cuenta en los propósitos de reforma. De las notas que el autor nos proporciona se deduce que existe un defensismo estatal muy acusado y una indefensión personal, junto con un carácter opresivo y represivo de la normativa penal.

¿Qué hacer entonces? El autor responde a la pregunta en sus sugerencias de *lege ferenda*: discriminalizar (separar el injusto penal del administrativo), trasvasar preceptos (prescindiendo de la seguridad interior del Estado, que puede protegerse por otros preceptos) y normalización jurisdiccional y procesal.

No quiero terminar esta especie de abreviatura del contenido del volumen sin hacer varias aclaraciones oportunas. El autor plantea al comienzo de su trabajo el interrogante del posible matiz político que pueda tener la elección de los delitos que en él se estudian, y así se pregunta: ¿Se pretende hacer un estudio del delito político en España? La contestación del autor es negativa, pero tal y como está el campo nacional de «mezclado» muy bien pudiera el «lego» suponer esa posible intención.

La claridad, la precisión y la sistemática con la que se ofrecen al lector materias tan especiales bien merecen un pláceme, pues no todos los libros y tratados sobre la materia se caracterizan por esa singular virtud que aquí destacamos.

Por último, creo que ya había dicho al comienzo cómo el profesor DEL ROSAL—recién llegado de Alemania—me había sometido en su cátedra a un examen y me había aprobado solamente, aunque, eso sí, me ofreció la posibilidad de mejorar nota, pero si no lo hice es por la razón que debo confesar ahora y por la que termino con excesiva rapidez esta recensión: mis escasos conocimientos de temas tan importantes.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

TOHARIA, JOSÉ-JUAN: *El Juez español (Un estudio sociológico)*. Colección de Ciencias Sociales, Serie de Sociología, Editorial Tecnos, un tomo de 260 págs., Madrid, 1975.

Entre la serie de trabajos que empiezan a aparecer en diversos países sobre la función judicial, examinando su operatividad en el conjunto de la vida social y proporcionando datos que permitan su mejor adecuación al tiempo y la sociedad en que vivimos, puede considerarse perfectamente

comprendida la obra a que en esta ocasión nos referimos, y que, según palabras del autor en el prólogo, constituye una versión de la tesis doctoral de TOHARIA en el Departamento de Sociología de la Universidad de Yale (USA). Así estos estudios críticos complementan el movimiento de opinión y renovación, que, como señala ELÍAS DÍAZ en la edición española de la obra de RENATO TREVES: *El Juez y la sociedad*, publicada también recientemente, viene gestándose en el seno de la Magistratura y, en general, en el ámbito de las principales profesiones jurídicas «que más directamente contribuyen hoy a la aplicación de las leyes en el marco de la denominada administración de justicia».

No es la presente la primera obra en que TOHARIA se interesa por el mundo jurídico, ya que habían aparecido anteriormente en la bibliografía española otras dos: *Modernización, autoritarismo y administración de justicia en España* y *Cambio social y vida jurídica en España*, publicadas ambas por Edicusa en el año 1974. En el prólogo de la que ahora nos ocupa expresa el autor que la perspectiva general que informa el texto es sociológica, no jurídica, habiendo tenido presente al escribirla al lector medio, no especialista en temas legales, lo cual no implica que carezca de interés para el jurista, ya que «el no iniciado, al mirar la realidad bajo análisis no con la familiaridad cotidiana de quienes la ven a diario, sino con los ojos nuevos de quien la percibe por primera vez, puede discernir en la misma aspectos y matices que por su misma óptica escapan a quienes más de cerca la conocen», y el contenido de sus páginas nos parece responde a estas consideraciones.

La obra se compone de dos partes, a que luego nos referiremos, precedidas de un índice sumarial y seguidas de dos apéndices y una interesante referencia bibliográfica, a la que se conectan las notas a pie de página. El primero de los apéndices se destina a la metodología de la encuesta, y en él se explican los criterios que han llevado al autor a la determinación de la muestra de Jueces españoles a entrevistar, selección de territorios judiciales, estratificación según categoría y tipo de destino de los Jueces y establecimiento de la muestra aleatoria para cada uno de tales grupos de juzgadores (Jueces, Magistrados-Jueces y Magistrados, pues deja fuera de su consideración a los Jueces municipales y comarcales); el segundo apéndice recoge el libro de claves y marginales, o sea, las preguntas que componían el cuestionario sometido a la consideración de los entrevistados y las respuestas globales a las mismas. Examinemos brevemente el contenido de las citadas dos partes.

A) *Primera parte.*—Se denomina «el Juez español: rasgos básicos», y en ella, a través de siete capítulos, se analizan los diversos factores que pueden condicionar o moldear la conducta del Juez en cuanto Juez, esto es, en otras palabras, los factores conformadores del «rol» de Juez.

El primer capítulo corresponde al examen del contenido normativamente establecido—en sentido sociológico—del rol de Juez, en qué debe consistir la conducta de la persona que desempeña el papel de Juez y cómo, respecto de la común función de los Jueces en diversos sistemas jurídicos de hacer justicia, las dispares tradiciones y condiciones jurídicas, políticas y socioeconómicas en que se desempeña dicha idéntica función se concretan en determinadas pautas de conducta. TOHARIA deja aquí, después del referido planteamiento, los demás elementos para la segunda parte de la obra y se centra en los jurídicos, contraponiendo la figura del Juez en los sistemas denominados de Derecho civil y de Derecho común, en base de corresponder al primero las características de tener el mismo *status* profesional que el resto de los funcionarios públicos, lo que lleva aparejada una básica falta de libertad creadora a la hora de implementar su rol judicial, y destacando al Juez español como variante del Juez de Derecho civil.

Mas como esta definición normativa no agota la explicación de la con-

ducta real de los Jueces concretos, pasa luego al análisis de otros factores: *a)* los contextos del aprendizaje del rol (capítulos 2 y 3); *b)* el role-set del Juez (o conjunto de roles directamente asociados al mismo) y los grupos de referencia extraprofesionales de los miembros de la judicatura (capítulo 4); *c)* la mentalidad judicial—la percepción y valoración que los Jueces tienen de su rol profesional en comparación con un prototipo ideal (capítulo 5) y con otros roles profesionales jurídicos (capítulo 6), así como las actitudes respecto de diversos temas jurídicos significativos (capítulo 7).

Así, el capítulo 2 se destina al análisis de lo que se considera uno de los rasgos básicos de la judicatura española: el constituir una carrera burocrática, deteniéndose especialmente en la selección de nuevos miembros, las instancias socializadoras (los procesos a través de los cuales son introducidos en los usos y valores judiciales), los destinos y ascensos y el régimen de retribución económica.

El capítulo 3 considera la incidencia de los orígenes social y geográfico, pretendiendo resolver el interrogante de si por su origen, y no ya solamente por su configuración institucional, forman los Jueces un todo básicamente homogéneo con los funcionarios públicos.

El capítulo 4 se dedica al «entorno social», dirigiendo su atención primero a los dos roles jurídicos más conectados con el de Juez (los de Abogado y Fiscal), y después, como anticipamos, a los principales grupos de referencia e información no directamente relacionados con la esfera jurídica, estudiándose cuestiones como la asociatividad de los Jueces, sus amigos, la percepción de la realidad social.

En el capítulo 5 inicia TOHARIA el análisis de la mentalidad judicial con la consideración de la concepción del Juez ideal, o sea, el punto neurálgico de la concepción del propio rol, partiendo de las dimensiones o rasgos básicos (competencia, independencia y dedicación, relacionadas con su carácter funcional; creatividad legal, formalismo y flexibilidad general, relacionadas con el margen de libertad creadora que les es permitido; implicación social y defensa de libertades y derechos, relacionadas con su margen de influencia en los asuntos públicos, más la religiosidad y la vida privada).

En el capítulo 6 se estudia la relación entre la satisfacción con el modo en que el propio rol es desempeñado y la que corresponde a la importancia social que dicho desempeño parece conferir. El autor titula este capítulo «La imagen pública y la privada; un intento interpretativo».

El capítulo 7, y último de los dedicados a la mentalidad judicial, contiene las encuestas y datos sobre el Juez español ante el jurado, el divorcio y las leyes forales, como temas polémicos en los que consideraciones ideológicas, históricas, políticas y aun religiosas se entremezclan con frecuencia con las puramente técnico-jurídicas.

B) *Segunda parte.*—Se denomina «el marco de la actividad judicial», y en ella se ofrece una panorámica del contexto institucional-estructural, político y socioeconómico en que los Jueces han de desempeñar su tarea, a la vez que establece el grado en que ésta se ve afectada por dicho contexto. Se compone de tres capítulos.

El primero de ellos, el 8, corresponde a la estructura jurisdiccional, delimitando el marco que en dicho sentido fija el radio de alcance posible de la actividad judicial, y a dichos efectos distingue los Tribunales ordinarios (jurisdicción ordinaria común y ordinaria especializada, comprendiendo en esta última la contencioso-administrativa solo), de los Tribunales especiales, cuya existencia en nuestros días la estima el autor resultado de la lógica interna del sistema político, y que implica una reducción del flujo de litigios, que desemboca en las tres grandes áreas que constituyen el marco propio de actuación de los Tribunales ordinarios: civil, mercantil-económico y penal.

El capítulo 9 estudia, por una parte, los efectos del proceso de crecimiento económico sobre las tasas de litigación ante los Tribunales, respecto de cuyo extremo concluye que el proceso industrializador parece estar fomentando el no recurso a los Tribunales a la hora de resolver buena parte de los litigios o conflictos jurídicos que se plantean en la sociedad; de otra, la percepción y valoración que de los cambios en dichas tasas parecen tener los miembros de la judicatura, así como el impacto de dicho crecimiento en cuanto a la complejidad de la tarea judicial.

El capítulo 10 concierne al tema «justicia y política en la España actual», y en él se intenta esbozar, a partir de los datos referentes a las predisposiciones ideológicas de los actuales Jueces, un posible modelo interpretativo de la situación de la administración de justicia en un régimen de autoridad, concluyendo que la situación es una judicatura básicamente independiente y despolitizada e ideológicamente plural en el seno de un régimen autoritario, y que la aparente paradoja entre los términos judicatura independiente y régimen autoritario es posible salvarla relacionándola con la coexistencia de jurisdicciones especiales junto a una jurisdicción ordinaria, lo que constituye la combinación límite que posibilita la organización jurisdiccional en un sistema político de tal naturaleza.

\* \* \*

Hasta aquí una síntesis del contenido de la obra, en la que TOHARIA, como expresa en el prólogo, procura sacar ante nuestra observación una zona de la realidad social, exponiendo lo más objetivamente posible sus características, estructura y funcionamiento, buscando decir cómo son las cosas más que cómo querría el autor que fuesen. Nos hubiese gustado detenernos más profundamente en los datos, tablas y encuestas recogidos, pero ello excedería los límites de la recensión de una obra de esta naturaleza, y confío que quien haya tenido la bondad de leer estas líneas hasta el final se anime personalmente a sumergirse en la lectura de las páginas de un trabajo poco corriente en nuestra bibliografía hasta el presente y seguramente necesario.

JUAN FERNÁNDEZ GUERRERO