

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LXVII ° Septiembre-Octubre 1991 ° Núm. 606

CONSEJO DE REDACCION

PRESIDENTE:

D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León.

CONSEJEROS:

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

COMISIÓN EJECUTIVA:

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

CONSEJERO-SECRETARIO DE LA REVISTA:

D. Francisco Corral Dueñas.

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

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

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

Depósito legal: M. 968-1958

SUMARIO

	<u>Págs.</u>
ESTUDIOS:	
“Consideraciones sobre el <i>habeas corpus</i> ”, por JOSÉ ANTONIO MIQUEL CALATAYUD	1761
“La donación de inmueble encubierta como compraventa”, por ALVARO NÚÑEZ IGLESIAS	1811
“La publicidad registral y el urbanismo”, por JOSÉ M. ^a CORRAL GIJÓN ...	1857
 DICTAMENES Y NOTAS:	
“Cuestiones sobre la calificación registral”, por ANTONIO ROLDÁN RODRIGUEZ, PEDRO AVILA NAVARRO y JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA .	1887
 ACTUALIDAD JURIDICA:	
Información legislativa y de actividades, por LA REDACCIÓN	1935
 JURISPRUDENCIA:	
I. Sentencias del Tribunal Constitucional, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	1941
II. Resoluciones de la Dirección General. por SALVADOR MINGUEZ SANZ y EMILIANO CANO FERNÁNDEZ	2017
III. Sentencias del Tribunal Supremo:	
1. Derecho Civil:	
b) Obligaciones y Contratos, por RICARDO DE ANGEL YAGÜEZ	2067
c) Arrendamientos, por CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ y RICARDO DE ANGEL YAGÜEZ	2084
4. Derecho Procesal, por RICARDO DE ANGEL YAGÜEZ	2098

INFORMACION BIBLIOGRAFICA:

“I conferimenti in natura nella società per azioni”, de GUSTAVO OLIVIERI, por JOSÉ M. PIÑOL AGUADÉ	2127
“Contenuto della proprietà edilizia”, de M. BERNARDINI, por RICARDO EGEA IBÁÑEZ	2130
“El arbitraje (El convenio arbitral y las causas de nulidad del laudo en la Ley de 5 de diciembre de 1988)”, de L. FERNANDO REGLERO CAMPOS, por MIGUEL ANGEL PÉREZ ALVAREZ	2133
“El derecho a opinar libremente”, de ROSA M. ^a GARCÍA SANZ, por JOSÉ M. ^a CHICO Y ORTIZ	2137
“La prodigalidad en el nuevo sistema civil de la capacidad de obrar de la persona”, de A. RODRÍGUEZ-YNIESTO VALCARCE, por JOSÉ M. ^a CHICO Y ORTIZ	2139
 REVISTA DE REVISTAS, por LA REDACCIÓN	 2143

ESTUDIOS

Consideraciones sobre el *habeas corpus*

SUMARIO: I EL “HABEAS CORPUS”: A) IDEA GENERAL B) CONCEPTO. C) SU FISONOMIZACIÓN BÁSICA. D) CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE SU TRAMITACIÓN.—II. ACTOS DE INICIACIÓN: A) DENTORNO DE SU ESQUEMA POSTULATIVO B) SUS FORMALIDADES CUANDO SU IMPULSO ES AJENO AL PROPIO DETENIDO: a) *Naturaleza procesal de este tipo de iniciación.* b) *Condicionantes operativos de la misma.* C) CASO DE INICIACIÓN POR EL PROPIO DETENIDO: a) *Idea general y naturaleza jurídica.* b) *Sus formalidades.* c) *Condicionantes operativos de la misma.*—III. SECUENCIALIDAD RITUARIA DERIVADA DE LA ACTITUD INICIATIVA DICHA: A) IDEA GENERAL. B) FASE PRELIMINAR DEL PROCEDIMIENTO: a) *Notificación y traslado de la solicitud al Ministerio Fiscal.* b) *Examen e indagación de tal solicitud por el Juez:* aa) *Idea general.* ab) *Indagación formal de la solicitud:* aa') *Requisitos de capacidad y legitimación de los postulantes.* ac) *Indagación material de la solicitud.* aa') *Alternativas decisionales al efecto:* aa'') *Idea general.* ab'') *Auto de inadmisión del recurso.* ac'') *Auto de admisión del recurso pretendido.* C) FASE INTERMEDIA DEL PROCEDIMIENTO: a) *Actividad procesal tendente al logro de la inmediatez Juez-detenido.* b) *Actividad procesal de alegaciones:* aa) *Idea general.* ab) *Intervención del propio detenido.* ac) *Intervención del representante legal.* ad) *Intervención del Abogado.* ae) *Intervención del Ministerio Fiscal.* af) *Intervención de los captores, de los que ordenaron la detención y de los responsables de la custodia del detenido.* c) *Actividad probatoria* D) FASE RESOLUTORIA.—IV. MEDIOS IMPUGNATIVOS DEL AUTO DE CONCLUSIÓN DEL RECURSO—V REFERENCIA A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE 4 DE JUNIO DE 1990.

I. EL “HABEAS CORPUS”

A) IDEA GENERAL

En base a lo programado por el artículo 17 de la CE, en su párrafo 4 (“La Ley regulará un procedimiento de *habeas corpus* para producir la inmediata puesta a disposición de toda persona detenida ilegalmente...”),

el legislador ordinario, interponiendo sus oficios legisferentes de mediación, promulgó la Ley Orgánica de 24 de mayo de 1984 (LOHC), oportunamente reguladora del procedimiento dicho, procedimiento que puede ser calificado, en méritos a una aproximación general al mismo, como de manifestación sumaria y peculiar del derecho a la tutela efectiva judicial, tutela que desde ópticas de suprema omnicomprensividad aparece normativamente programada por el artículo 24 de la CE.

La regulación del indicado procedimiento, tendente a potenciar al máximo —casi a exacerbar— un derecho tan primordial como el de la libertad personal, puede legítimamente tildarse como de rigurosa primicia operativa en el ámbito de nuestro ordenamiento jurídico, novedad protectoral que si bien sitúa su origen histórico más depurado en el Derecho inglés (concretamente en el Acta de 1679), no es totalmente ajena a nuestra propia tradición jurídica, citándose por los autores la existencia de una jurisdicción de teleología y operatividad bastante allegada a la actual (representada por la Ley Orgánica antes citada), que se desarrolló durante un largo período de tiempo en los territorios sometidos a la Corona de Aragón (años 1428-1592), dato historiográfico recogido por el Preámbulo de la Ley que nos ocupa.

Expuestas estas iniciáticas precisiones, tengo que poner de relieve lo bien tratado del tejido argumental del susodicho Preámbulo (el de la LOHC, texto legislativo que va a polarizar ecuménica y monográficamente nuestro esfuerzo exegético sobre el particular), que al acometer la tarea justificativa que le es propia dice, en relación con la última *ratio* de la labor de jurisdicción al respecto y los antecedentes históricos aludidos, que:

“El constitucionalismo moderno tiene un objetivo fundamental, que constituye, al mismo tiempo, su raíz última: el reconocimiento y la protección de la vida y la libertad de los ciudadanos. Las Constituciones que son verdaderamente tales se caracterizan precisamente porque establecen un sistema jurídico y político que garantiza la libertad de los ciudadanos y porque suponen, por consiguiente, algo más que una mera racionalización de los centros de poder.

Nuestra Constitución ha configurado, siguiendo esa línea, un ordenamiento cuya pretensión máxima es la garantía de la libertad de los ciudadanos, y ello hasta el punto de que la libertad queda instituida, por obra de la propia Constitución, como un valor superior del ordenamiento. De ahí que el texto constitucional regule con meticulosidad los derechos fundamentales articulando unas técnicas jurídicas que posibilitan la eficaz salvaguarda de dichos derechos, tanto frente a los particulares como, muy especialmente, frente a los poderes públicos.

Una de estas técnicas de protección de los derechos fundamentales

—del más fundamental de todos ellos: el derecho a la libertad personal— es la institución del *habeas corpus*. Se trata, como es sabido, de un instituto propio del Derecho anglosajón, donde cuenta con una antiquísima tradición y se ha evidenciado como un sistema particularmente idóneo para resguardar la libertad personal frente a la eventual arbitrariedad de los agentes del poder público. Su origen anglosajón no puede ocultar, sin embargo, su raigambre en el Derecho histórico español, donde cuenta con antecedentes lejanos como el denominado ‘recurso de manifestación de personas’ del Reino de Aragón y las referencias que sobre presuntos supuestos de detenciones ilegales se contienen en el Fuero de Vizcaya y otros ordenamientos forales, así como con antecedentes más próximos en las Constituciones de 1869 y 1876 que regulaban este procedimiento, aun cuando no le otorgaban denominación específica alguna.

El *habeas corpus* ha demostrado históricamente su funcionalidad para proteger la libertad de los ciudadanos. De ahí que la Constitución, en el número 4 el artículo 17, recoja esta institución y obligue al legislador a regularla, contemplando, de esta forma, el complejo y acabado sistema de protección de la libertad personal diseñado por nuestra norma fundamental. La regulación del *habeas corpus* es, por consiguiente, un mandato constitucional y un compromiso de los poderes públicos ante los ciudadanos”.

Tras esta larga cambiada dialéctica y después de poner de relieve las señas de identidad más emblemáticas del instituto (cuestión que veremos con ulterioridad), el hacedor del indicado Preámbulo, a fin de que su pensamiento al respecto se trasluzca con suficiente nitidez, remata su tarea diciendo literalmente que:

“Parece fuera de toda duda que la regulación de un procedimiento con las características indicadas tiene una enorme importancia en orden a la protección de la libertad de las personas, así como que permite añadir un eslabón más, y un eslabón importante, en la cadena de garantías de la libertad personal que la Constitución impone a nuestro ordenamiento. España se incorpora con ello al reducido número de países que establecen un sistema acelerado de control de las detenciones o de las condiciones de las mismas”.

B) CONCEPTO

Vicente GIMENO SENDRA, autor de un importante libro monográfico sobre la institución que nos ocupa, titulado *El proceso de “habeas corpus”*, Tecnos, Madrid, 1985, tras efectuar muy atinadas observaciones sobre la naturaleza jurídica de la misma (considerada alternativa o cumulativa-

mente como un procedimiento de amparo, cautelar o especial), la define diciendo en la página 58 del indicado libro que es “un procedimiento especial y preferente por el que se solicita de un órgano jurisdiccional ordinario la satisfacción de una pretensión de amparo nacida con ocasión de la comisión de una detención ilegal” (1).

C) SU FISONOMIZACIÓN BÁSICA

El recurso de *habeas corpus*, como cualquier otro expediente judicial, tiene que acomodarse a unos cauces rituarios taxativos e indisponibles por donde impulsar la pretensionabilidad que el mismo permita, cauce cuyo diseño elemental aparece dibujado por la LOHC en los términos que a continuación vamos a ver (y en lo no previsto en ésta por las disposiciones comunes de la LECr en todo lo que las mismas sean aplicables).

Por lo tocante a cuáles son las características más sobresalientes del referido cauce procesal, dejo la palabra al redactor del Preámbulo de la supra LOHC, quien al enfocar su óptica discursiva sobre la regulación que iba a venir a seguidas dejó dicho, con palabras procedentes a una fisonomización sobria y general del instituto, que:

“La pretensión del *habeas corpus* es establecer remedios eficaces y rápidos para los eventuales supuestos de detenciones de la persona no justificados legalmente o que transcurran en condiciones ilegales. Por consiguiente, el *habeas corpus* se configura como una comparecencia del detenido ante el Juez, comparecencia de la que proviene etimológicamente la expresión que da nombre al procedimiento y que permite al ciudadano privado de libertad exponer sus alegaciones contra las causas de la detención o las condiciones de la misma, al objeto de que el Juez resuelva en definitiva sobre la conformidad a derecho de la detención.

La eficaz regulación del *habeas corpus* exige, por tanto, la articulación de un procedimiento lo suficientemente rápido como para conseguir la inmediata verificación judicial de la legalidad y las condiciones de la detención, y lo suficientemente sencillo como para que sea accesible a todos los ciudadanos y permita, sin complicaciones innecesarias, el acceso a la autoridad judicial.

Estos son los objetivos de la presente Ley Orgánica, que se inspira para ello en cuatro principios complementarios. El primero de estos principios

(1) Tal visión conceptual también aparece clara del texto de la Sentencia del Tribunal Constitucional número 104/1990, de 4 de junio, que por su interés transcribiremos literalmente al final de este trabajo.

es la agilidad, absolutamente necesaria para conseguir que la violación ilegal de la libertad de la persona sea reparada con la máxima celeridad y que se consigue instituyendo un procedimiento judicial sumario y extraordinariamente rápido, hasta el punto de que tiene que finalizar en veinticuatro horas. Ello supone una evidente garantía de que las detenciones ilegales o mantenidas en condiciones ilegales finalizarán a la mayor brevedad.

En segundo lugar, la sencillez y la carencia de formalismos, que se manifiestan en la posibilidad de la comparecencia verbal y en la no necesidad de Abogado y Procurador, evitarán dilaciones indebidas y permitirán el acceso de todos los ciudadanos, con independencia de su nivel de conocimiento de sus derechos y de sus medios económicos, al recurso de *habeas corpus*.

En tercer lugar, el procedimiento establecido por esta Ley se caracteriza por la generalidad, que implica, por un lado, que ningún particular o agente de la autoridad pueda sustraerse al control judicial de la legalidad de la detención de las personas, sin que quepa en este sentido excepción de ningún género, ni siquiera en lo referente a la autoridad militar, y que supone, por otro lado, la legitimación de una pluralidad de personas para instar el procedimiento, siendo de destacar a este respecto la legitimación conferida al Ministerio Fiscal y al Defensor del Pueblo como garantes, respectivamente, de la legalidad y de la defensa de los derechos de los ciudadanos.

En fin, la Ley está presidida por una pretensión de universalidad, de manera que el procedimiento de *habeas corpus* que regula alcanza no sólo a los supuestos de detención ilegal —ya porque la detención se produzca contra lo legalmente establecido, ya porque tenga lugar sin cobertura jurídica—, sino también a las detenciones que, ajustándose originariamente a la legalidad, se mantienen o prolongan ilegalmente o tienen lugar en condiciones ilegales”.

D) CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE SU TRAMITACIÓN

Se ocupa de esta cuestión el artículo 2 de la LOHC, al decir que:

“Es competente para conocer la solicitud del *habeas corpus* el Juez de Instrucción del lugar en que se encuentre la persona privada de libertad; si no constare, el del lugar en que se produzca la detención, y en defecto de los anteriores, el del lugar en donde se hayan tenido las últimas noticias sobre el paradero del detenido.

Si la detención obedece a la aplicación de la Ley Orgánica que desarrolla los supuestos previstos en el artículo 55.2 de la CE, el procedimiento deberá seguirse ante el Juez Central de Instrucción correspondiente.

En el ámbito de la jurisdicción militar será competente para conocer de las solicitudes del *habeas corpus* el Juez Togado Militar de Instrucción constituido en la cabecera de la circunscripción jurisdiccional en la que se efectuó la detención”.

En base al preciso *dictum* del precepto transcrito *ut supra*, la competencia para el conocimiento de las pretensiones de *habeas corpus* se escinde en una triple línea de praxis direccional en función del concreto enmarcamiento objetivo del tipo de detención ilegítima denunciado, detención que de no resultar especialmente adjetivada será objeto de un *habeas corpus* “común”, cuyo conocimiento judicatorio queda a cargo de los Jueces de Instrucción en quienes concurren las conexiones de habilidad competencial con el detenido a las que alude el apartado 1 del artículo supratranscrito.

En aquella hipótesis en que la detención conflictivizada y sometida al debate del pertinente *habeas corpus* afecte a personas debidamente sospechosas de estar incursas en el delimitado círculo de reprochabilidad penal diseñado por la Ley antiterrorista, entonces la habilidad competencial al efecto la ostenta el Juez Central de Instrucción de la Audiencia Nacional.

En última instancia, cuando la detención polemizada sea discernida en el circunscrito ámbito de la jurisdicción militar, la pertinente atribución competencial al efecto queda reservada en rigurosa exclusiva al Juez Togado Militar al que alude el apartado 3 del artículo 2 de la LOHC que con anterioridad quedó transcrito en estas páginas.

Acerca de qué consideraciones nos suscitan las reglas de fijación competencial que acabamos de exponer, y por lo tocante a la primera de ellas, asumo plenamente el razonamiento de V. GIMENO SENDRA, que en la página 74 de su indicado libro puso de manifiesto que la funcionalidad ejercida por los Jueces de Instrucción no pudo en modo alguno efectivizarse por los de distrito, ni siquiera por vía de delegación de los primeros, posibilidad que, según dicho autor, tuvo que quedar desterrada en virtud de la aplicación analógica del artículo 310 de la LECr, precepto que únicamente viabiliza tal delegación cuando se trate de actos y diligencias “que esta Ley no reserve exclusivamente a los primeros”, norma que hace decir al autor supracitado que, “ciertamente, esta Ley no es la de *habeas corpus*, sino la LECr”; pero debiendo conocer de la detención y de la incoación del sumario el Juez de Instrucción, sería contrario al principio de inmediación y a la economía procesal que pudiera actuar, en calidad de Juez comisionado, un Juez de Distrito para la sustanciación del procedimiento de *habeas corpus*, imposibilidad que el referenciado autor extiende a aquellas eventualidades en que no se tratara del conocimiento de fondo, sino a prevención, aunque tal hurtamiento no era obstáculo para que el aludido Juez de Distrito pudiese (o debiese) practicar las diligencias de un

sumario incoado (o en trance de serlo) por un presunto delito de detención ilegal, diligencias entre las que figuran aquellas conectadas con la “protección de los perjudicados” e incluso, apunta el citado autor, con “la de detener, en su caso, a los reos presuntos” (art. 13 de la LECr), diligencias que —culmina su argumentación el calendado autor— “podía practicar el propio Juez de Distrito trasladándose al lugar de custodia del sujeto pasivo de la supuesta detención ilegal de conformidad con lo preceptuado en el artículo 286 de la LECr, que, con razón, ha sido calificado como “un germen del futuro *habeas corpus*, pues dicho precepto obliga a la Autoridad o agente de policía a poner a disposición de la Autoridad judicial que se ha personado en sus dependencias a la persona del detenido” (2).

Por lo que se refiere a las competencias que en este orden de cosas asume el Juez Central de Instrucción, el autor al que venimos siguiendo en estas líneas se muestra fuertemente reticente frente a la legitimidad de las mismas por entender que la viabilidad del ejercicio del *habeas corpus* por los presuntos detenidos ilegales al amparo de la legislación antiterrorista se hallaba incuestionablemente comprometida por la situación de incomunicación en la que se encontraban (y se encuentran) los mismos, situación de incomunicación que impide, *de facto*, la interposición del pertinente recurso de *habeas corpus* y que introducida por la ahora derogada Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre, ha sido mantenida, aunque de forma más mitigada y controlada, por el nuevo artículo 520 bis de la LECr, artículo cuya redacción actual se debe a la Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo, disposición de desarrollo constitucional destinada a aportar apoyo rituario a la también Ley Orgánica 3/1988, modificativa del Código Penal y abrogatoria de la antes aludida Ley Orgánica 9/1984, que constituye la fuente normativa básica en materia de la instrumentación procesal del enjuiciamiento de los ilícitos terroristas tipificados por el Código Penal en su nueva redacción.

Por lo que afecta a la última de las reglas competenciales recogidas en el artículo 3 de la LOHC, es decir, aquella que atribuye al Juez Togado Militar, la misma merece asimismo una admonición severa por parte del autor al que venimos haciendo alusión, y ello por un doble motivo. En primer término, porque tal fijación competencial viene a romper lo que debería ser un régimen de tuición lineal y unívoco de un derecho tan importante como el de la libertad personal, derecho cuyo marco protectoral debe presentar un línea de definición perfectamente uniformada, siempre partiendo de la base de que el expediente de *habeas corpus* viene a cristalizar una especie singularizada del recurso de amparo perfectamente

(2) Las reflexiones mencionadas *ut supra* deben tamizarse en el día de hoy en base a la reciente supresión de los Jueces de Distrito.

encuadrable en el interior de la parábola aplicativa delineada por el artículo 53.2 de la CE, precepto que rigurosamente encomienda a los Tribunales ordinarios (entre los que no se incluyen, evidentemente, los militares) la tutela jurisdiccional de los derechos constitucionales mencionados en la sección 1.^a del capítulo I de la CE, entre los cuales se circunstancia el de la aludida libertad personal.

En segundo lugar, nos recuerda V. GIMENO SENDRA en su indicado libro, página 78, la regla competencial que estamos considerando presenta una textura ordinamental plausiblemente antinómica con la interpretación jurisprudencial que el Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo ha aportado al artículo 5 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (CEDH) en sus párrafos 3 [“Toda persona detenida o encarcelada en las condiciones previstas en el párrafo c) del presente artículo, con finalidades preventivas conectadas a procedimientos penales en trance de instrucción, deberá ser conducida inmediatamente ante un Juez u otro Magistrado habilitado por la Ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada en un plazo razonable o puesta en libertad durante el procedimiento. La puesta en libertad podrá estar condicionada a una garantía que asegure la comparecencia del interesado en el juicio”] y 4 (“Toda persona privada de su libertad mediante arresto o detención tendrá derecho a presentar un recurso ante un Tribunal a fin de que éste se pronuncie en breve plazo acerca de la legalidad de su detención y ordene su libertad si la detención es ilegal”) por lo tocante a la expresión “un Juez u otro Magistrado habilitado por la Ley para ejercer funciones judiciales”, fórmula locucionaria que no es factible entender como referida a cualquier órgano con funciones judiciales (o quasi-judiciales), sino sólo a aquellos que sean absolutamente independientes tanto de las partes como del Ejecutivo, calidad que es difícil predicar para el Juez Togado Militar dada su profunda imbricación funcional en el jerarquizado tejido castrense, imbricación que hace muy dudoso su congruente engarce con las coordenadas definitorias de los órganos netamente jurisdiccionales a las que alude el artículo 117 de la CE (independencia, inamovilidad, responsabilidad y sometimiento al imperio de la Ley), siendo asimismo legítimo poner en consistente tela de juicio su carácter de “Juez ordinario predeterminado por la Ley”, calidad fundante de una atribución competencial regular recogida por el artículo 24 de la indicada CE y cuya razón de ser queda estribada en la idea de garantizar al máximo la independencia de la función jurisdiccional.

Vistos los aspectos competenciales subjetivos, pasamos a esbozar los territoriales, poniendo de relieve la existencia de tres fueros al respecto, siendo el normal aquel que imputa la competencia al órgano jurisdiccional antes visto que ejerza sus funciones en el lugar donde se encuentre la

persona privada de libertad; en segundo lugar, se atribuye tal competencia al supradicho órgano jurisdiccional actuante en donde fue producida la detención, y en última instancia y con carácter netamente residual, a aquel que desarrolle su *imperium* en donde se hayan tenido las últimas noticias del detenido.

Concluyo este breve repunte exegético sobre las cuestiones sumariamente reseñadas poniendo de relieve que en aquellas hipótesis en las que en una misma demarcación coexistan diversos Juzgados la competencia, en defecto de limitaciones especiales al respecto, producto de legítimos consensos habidos en el seno de las reuniones de las Juntas de Jueces correspondientes, debe ser atribuida al Juzgado de guardia.

Sobre la base de tan reputados antecedentes, voy a ocuparme a continuación en efectuar un diseño lo más esquemático posible de aquellas incidencias procesales cuyo conocimiento resulte imprescindible para poder conseguir una visión lo suficientemente expresiva del expediente sobre el cual estamos reflexionando, distinguiendo al efecto entre actos procesales de iniciación, impulsión y conclusión.

II. ACTOS DE INICIACION

A) DINTORNO DE SU ESQUEMA POSTULATIVO

Se ocupa del perfil normativo de esta trascendente cuestión el artículo 3 del texto que venimos comentando al decir que:

“Podrá instar el procedimiento de *habeas corpus* que esta Ley establece:

a) El privado de libertad, su cónyuge o persona unida por análoga relación de afectividad; descendientes, ascendientes, hermanos y, en su caso, respecto a los menores y personas incapacitadas, sus representantes legales.

b) El Ministerio Fiscal.

c) El Defensor del Pueblo.

Asimismo lo podrá iniciar de oficio el Juez competente a que se refiere el artículo anterior”.

A la luz del precepto que acabamos de transcribir, no cabe duda que cualquier incursión especulativa en el tema tiene que partir del dato irrefutable de que el legislador de la LOHC ha sido singularmente generoso al reconocer la legitimación para interponer el correspondiente recurso de *habeas corpus* a los integrantes de un conjunto subjetivo de considerables

dimensiones, conjunto que nos permite distinguir, en virtud de quien nazca la iniciativa al respecto, entre una incoación que podríamos calificar de oficio y otra a instancia de parte.

Por lo tocante a la iniciación de oficio, es aquella que acontece cuando el Juez de Instrucción competente, en línea con lo asimismo prescrito por el artículo 308 de la LECr, incoa, en base a lo estipulado por el último párrafo del supradicho artículo 3 de la Ley que estamos estudiando, el recurso de *habeas corpus* que proceda, posibilidad cuya atribución, si bien resulta encomiable en cuanto tendente a fortificar la tutela de un derecho tan esencial como es el de la libertad personal, no deja de presentar importantes flancos a la crítica, toda vez que, como muy bien apunta el autor antes citado en su antes dicho libro (pág. 84), el Juez de Instrucción en la hipótesis que estamos viendo no sólo se halla legitimado para desencadenar el correspondiente proceso, sino que también va a resolverlo por su propio imperio, lo que se presta a suspicacia, situación que no puede darse en las restantes posibilidades de actuación *ex officis* orientadas a la instrucción de diligencias previas, preparatorias o sumariales que procedan, ya que en esta eventualidad —normativamente cubierta por el artículo 100 de la LECr— el Juez que inició *motu proprio* tales actuaciones no juzga.

Por todo ello, V. GIMENO SENDRA, en la antes dicha página de su plurimencionada obra, apunta que:

“Por tales razones, y aun cuando la justificación de esta importante facultad obedezca al deseo del legislador de reforzar la protección jurisdiccional de uno de los más preciados derechos fundamentales, debieran los órganos jurisdiccionales (por los riesgos de prejuzgamiento que conlleva) usar de ella con extremada prudencia”.

En lo que concierne a la iniciación a instancia de parte, las posibilidades son las activables, bien por el Defensor del Pueblo o el Ministerio Fiscal, bien por el propio detenido o bien por sus sustitutos procesales, en lo que atina al primero de ellos, su legitimación para interponer el pertinente recurso de *habeas corpus* resulta coherente con el grueso de competencia que en el ámbito de los derechos humanos le confiere el artículo 54 de la CE [defensa de los derechos comprendidos en este título (el primero), a cuyo efecto podrá supervisar la actividad de la Administración], precepto desarrollado, en clave de potenciación y afincamiento normativo de sus facultades tuitivas, por la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, cuyo artículo 1 percute en la idea protectoral antes dicha, ideación que legitima la norma habilitadora resultante del apartado c) del artículo 3, ya transcrito, de la LOHC.

Con la finalidad de depurar desde el punto de vista procesal la naturaleza jurídica de la iniciativa del Defensor del Pueblo al respecto (que,

por otra parte, queda sometido a los pronunciamientos resultantes del artículo 25 de su Ley Orgánica, imponentes de una obligación de denuncia al Fiscal General del Estado de cualquier acto presuntamente delictuoso que conozca por razón de su oficio, y entre ellos, lógicamente, los que tienen singular protagonismo en toda esta temática, o sea, los de las detenciones ilegítimas), el autor supracitado, en la página 88 de su mencionado libro, dice que:

“De lo que acabamos de exponer se deduce que la actividad del Defensor del Pueblo se reduce a un poder de iniciativa, al ejercicio del derecho de acción, sin que pueda hablarse de régimen de intervención procesal alguno; de aquí que a lo largo de todo el articulado de la LOHC, y a diferencia... de la intervención del Ministerio Fiscal, no existe precepto alguno que faculte al Defensor del Pueblo a realizar otros actos procesales distintos al de la solicitud de *habeas corpus*”.

Siguiendo con este mosaico de posibilidades, y ya en estricta referencia al Ministerio Fiscal, tengo que decir que este funcionario (cuyo umbral operativo de inserción en el Servicio Público de la Administración de Justicia es sobresaliente y de rango constitucional) tiene encomendada la misión de velar por los derechos de los ciudadanos, ex artículo 124 de la CE, tarea aludida asimismo en el artículo 435 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985, precepto que tuvo su antecedente en el artículo 1 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, regla que en línea de asonancias ordinamentales máximas con el supracitado artículo 124 de la CE dice que:

“El Ministerio Fiscal tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la Ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social”.

En absoluta concordancia con este precepto y con lo que asimismo queda dicho en el apartado 3 del artículo 3 de la Ley Orgánica últimamente mencionada (“Para el cumplimiento de las misiones establecidas en el art. 1 corresponden al Ministerio Fiscal: ... 3) Velar por el respeto de las instituciones constitucionales y de los derechos fundamentales y libertades públicas con cuantas acciones exija su defensa”), el apartado b) del artículo 3 de la LOHC atribuye al calendario Ministerio Fiscal la pertinente capacidad postulativa en orden a la vertebración jurisdiccional del correspondiente procedimiento de *habeas corpus*, posibilidad que, en cierta medida, resulta lógica no sólo en virtud de lo aducido, sino también teniendo en cuenta que el artículo 4.2 de su Estatuto le autoriza “a visitar en cualquier momento los centros o establecimientos de detención, penitenciarios

o de internamiento de cualquier clase de su respectivo territorio, examinar los expedientes de los internos y recabar cuanta información estime conveniente”.

En lo referente a la aptitud postulativa del propio detenido —la más lógica en una dimensión coherente de ideas—, la misma resulta conferida por el apartado *a*) del artículo siguiente que estamos considerando *in principio*, posibilidad cuyo armazonamiento concreto funcional se instrumenta en el artículo 4 de la propia LOHC en los términos que examinaremos a continuación, así como en el artículo siguiente, que señala al respecto que:

“La autoridad gubernativa, agente de la misma o funcionario público estarán obligados a poner inmediatamente en conocimiento del Juez competente la solicitud de *habeas corpus* formulada por la persona privada de libertad que se encuentre bajo su custodia.

Si incumplieren esta obligación serán apercibidos por el Juez, sin perjuicio de las responsabilidades penales y disciplinarias en que pudieran incurrir”.

Cerrando el capítulo de posibilidades, y ya en estricta alusión a los allegados, parientes o representantes legales del detenido, la LOHC, con la finalidad de optimizar en todo lo posible el espectro operacional de la facultad postulativa a la que nos estamos refiriendo, establece en su artículo 3, apartado *a*), la habilidad legitimadora de las personas que dan título a este apartado para interponer el pertinente recurso de *habeas corpus*, legitimación capacitativa que tiene como objetivo primordial el impedir que determinadas circunstancias torticeras, delictivas o fortuitas puedan obstaculizar la regular interposición del mismo, siendo de destacar, en cuanto a la concreta composición de esta categoría de legitimados por sustitución, el hecho normativamente relevante de que se incluya en la misma, en una ubicación jurídico-procesal absolutamente parificada a la del cónyuge, a “la persona unida por análoga relación de afectividad”, fórmula circunloquial —casi perifrástica— que viene a bendecir a estos efectos habilitantes las uniones conyugales de hecho” (pudiendo, incluso, abarcar las homosexuales), siendo del propio modo subrayable de la categoría antes dicha el dato de que la misma carezca totalmente de preclusividad en cuanto a los órdenes parentales que la conforman, a diferencia de lo que sucede con lo prescrito por el artículo 443 del Código Penal, en la que tal ordenamiento prelativo es un hecho irrefutable.

Continuando con esta recensión de reflexiones del autor al que venimos haciendo constante referencia —que, por otra parte, ha accedido recientemente a la relevante calidad de miembro del TC—, tengo que resaltar que el mismo, en su libro indicado, página 92, tras hacer una expresa alusión a la generosidad del legislador al efecto, plasmada en la pormenorizada

enunciación legitimadora argüida, pone asimismo de manifiesto que su acción normativa ha quedado corta en alguna medida, cortedad evidenciada en el hecho de haber omitido la inserción de una cláusula habilitante de cierre sobre el particular de largo alcance, comprendiendo a cualesquiera personas que pudieran tener un interés legítimo en el restablecimiento del derecho a la libertad del detenido, y en especial al Abogado del mismo, cláusula que podría ser de gran utilidad en determinados supuestos, tales como en aquellos conectados con las detenciones de extranjeros respecto de los cuales todas las personas especialmente habilitadas por el supraaducido artículo 3 de la LOHC podrían hallarse en un emplazamiento personal de absoluta falta de inmediatez con el detenido y, en definitiva, con el órgano jurisdiccional eventualmente beneficiario de la pretensión iniciadora del correspondiente recurso del *habeas corpus*.

B) SUS FORMALIDADES CUANDO SU IMPULSO ES AJENO AL PROPIO DETENIDO

Debemos distinguir, en consonancia con la tríada legitimadora antes reseñada, según quien sea en este caso el concreto agente desencadenante del proceso que nos ocupa, ya que las supradichas formalidades varían grandemente en función de tal dato subjetivo, debiendo así distinguirse entre la iniciación de oficio y otra de parte, abarcando esta última alternativa distintas variantes, que vamos a contemplar a continuación.

Iniciación de oficio.—En esta hipótesis la incoación por parte del organismo jurisdiccional competente no plantea problema metodológico alguno, debiendo sustanciarse la misma a través de un Auto, resolución judicial cuyo contenido predeterminan los artículos 6 y 7 de la LOHC en los términos que examinaremos con posterioridad.

Iniciación por el Ministerio Fiscal y el Defensor del Pueblo.—Tales órganos se limitan a trasladar al Juez competente, de conformidad con sus respectivas normas orgánicas, un escrito cuyo contenido debe ser un acabadado trasunto de lo que especifica el artículo 4 de la LOHC, precepto que de inmediato vamos a plasmar en estas páginas.

Iniciación por los sustitutos procesales del sujeto material.—A tal tipo de iniciación, en cuanto al diseño del bloque de procesalidad que debe acompañar a la misma, se refiere el antes dicho artículo 4 de la LOHC, precepto que sienta literalmente que:

“El procedimiento se iniciará, salvo cuando se incoe de oficio, por medio de escrito o comparecencia, no siendo preceptiva la intervención de Abogado ni de Procurador.

En dicho escrito o comparecencia deberán constar:

- a) El nombre y circunstancias personales del solicitante y de la persona para la que se solicita el amparo judicial regulado en esta Ley.
- b) El lugar en que se halle el privado de libertad, autoridad o persona bajo cuya custodia se encuentre si fueren conocidos, y todas aquellas otras circunstancias que pudieran resultar relevantes.
- c) El motivo concreto por el que se solicita el *habeas corpus*.

Así pues, y de conformidad con las enunciaciones programáticas expuestas en el Preámbulo al que antes hicimos una acabada alusión, el legislador de la LOHC ha rehuido de imponer un cauce rituario rígido para el oportuno desencadenamiento del recurso que estamos evidenciando, permitiendo que el mismo discurra por una doble vía, dualidad representada por una alternativa verbal y otra escrituraria. Veámoslas brevemente.

Iniciación verbal.—Tal posibilidad, recogida en el artículo antes transcrito, párrafo primero, implica la oportuna comparecencia del instante en la sede del órgano jurisdiccional competente, comparecencia en la que deberán relatarse los hechos de conformidad con el conocimiento que el personado tenga de los mismos, relación fáctica cuyo contenido deberá ser el que con ulterioridad diremos a fin de evitar reiteraciones cuando analicemos la procesalidad de la iniciación por escrito.

En suma, pues, lo que tiene lugar en esta eventualidad es una toma de declaración por parte del Juez competente relativa a las circunstancias del caso cuestionado y cuya valoración en su conjunto permitan la incoación del procedimiento que estamos viendo por su parte, constituyendo la misma un acto procesal en cuya congruente corporeización deberá tenerse en cuenta —análogicamente— lo prescrito por los artículos 267 y 268 de la LECr y que una vez concluido habrá de ser debidamente firmada por el compareciente previa constatación de su identidad, firma que implica la ratificación de su contenido y la atribución de una presunta responsabilidad al declarante en la hipótesis en que éste incida en el marco normativo de reprochabilidad diseñado por el artículo 9 de la LOHC.

Concluyo la alusión, ciertamente esquemática, a esta forma de iniciarse el procedimiento objeto de nuestra consideración refiriéndome a la opinión al respecto del autor supracitado, que en su pluricitado libro, y en la página 97, pone de manifiesto que: -

“Debido a que la presunta detención ilegal (denunciada por el compareciente) pudiera ser constitutiva de delito o a la circunstancia de que en cualquier caso la norma presumiblemente infringida es una norma constitucional, de orden público y vinculante por tanto a todos los poderes públicos, el Juez de Instrucción no debe darse por satisfecho con la mera exposición de los hechos realizada por el compareciente, sino que habrá de indagar la tipicidad de dicha detención, preguntándose a tal efecto sobre todos aquellos extremos de hecho conducentes a comprobar posteriormente la ilegalidad de la detención y el lugar de custodia”.

Iniciación escrita.—Acaece la misma cuando la pretensión de poner en marcha el correspondiente procedimiento de *habeas corpus* eventualmente dimanante de los sustitutos procesales del encausado se incorpora a un escrito presentado al órgano jurisdiccional competente, escrito cuya regular singladura exigirá la previa identificación del suscriptor del mismo y al que serán de aplicación las normas contenidas en los artículos 266 y 268 de la LECr, preceptos que se refieren sendamente a la necesidad autenticadora materializada en el hecho de que el Juez de Instrucción destinatario del mismo rubrique y selle todas las hojas a presencia de quien las portare, quien podrá asimismo, si lo estima oportuno, rubricarlas, y que el solicitante de la apertura del pertinente proceso puede recabar del Juez de que se trate el correspondiente recibo de haber formalizado el acto de iniciación del mismo.

Por lo tocante a qué datos deben ser objeto de constancia en el escrito iniciador, éstos deben ser los de identificación del solicitante y de la persona presuntamente detenida de forma ilegítima, la especificación del lugar de custodia y determinación del sujeto activo de la detención y la fundamentación del recurso de que se trate. Véamoslo sumariamente por separado.

— *Identificación del solicitante y de la persona presuntamente detenida de forma ilegítima.*—Tal identificación, requerida normativamente por el apartado a) del artículo 4 supraescrito, acredita una importancia extraordinaria para el ulterior —y lógico— desenvolvimiento del proceso de que se trate, teniendo en cuenta que de ser admitido éste el Juez que entienda del mismo debe dirigirse de inmediato a la Autoridad que detuvo al sujeto en cuestión a fin de que éste sea puesto de manifiesto ante el ex artículo 7 de la LOHC.

Lo que no detalla la LOHC son las concretas circunstancias personales que deben incluirse en el acto formal de iniciación, silencio circunstanciadador del que se hace eco V. GIMENO SENDRA, quien en su dicho libro, página 101, pone de manifiesto que en el correspondiente trámite preliminar

debe hacerse una expresa referencia tanto a las especificaciones subjetivas que determinen la competencia del órgano jurisdiccional de que se trate (carácter de militar del detenido, por ejemplo) como a aquellas que dada su singularidad determinen la existencia de ciertas particularidades de procesalidad (la condición de extranjero del detenido, verbigracia) o bien las que contribuyan a formar la convicción del Juez interviniente de que el detenido acredita suficiente arraigo en el territorio de jurisdicción del mismo, dato que podrá exonerarle de permanecer privado de libertad.

— *Determinación del lugar de detención y del causante de la misma.*—Se refiere a tal determinación el apartado *b)* del artículo 4 de la LOHC que estamos evidenciando en sus grandes principios basilares, imponiendo la reseña de las correspondientes circunstancias topográficas y subjetivadora *ad hoc*, extremos que en cualquier caso deben ser tomados con reservas al proceder su positivación de personas que mantienen una situación de otredad respecto a los efectivos protagonistas del procedimiento que se pretende vertebrar (el detenido y los causantes de la detención).

Inciendo en esta concreta especificación, V. GIMENO SENDRA, en su supradicho libro, página 103, pone agudamente de relieve que:

“Lógicamente, las tales circunstancias ‘relevantes’ lo han de ser para determinar el lugar de custodia o la identificación de la Autoridad o persona que hubiere dispuesto la detención; en tal sentido, la alegación de los testigos presenciales de la detención, consistente en reflejar la circunstancia de si quienes la dispusieron se identificaron o no como agentes de policía y, en caso negativo, si exhibían uniforme o emblema, la aportación de la notificación cursada por la policía a los familiares del detenido, etc., pueden ser todas ellas circunstancias de cuyo cumplimiento dependa la satisfacción práctica de la pretensión de *habeas corpus*”.

La “ratio” concreta del recurso.—De todas las circunstancias cuya evidenciación en la fase preambular del recurso que estamos estudiando impone el artículo 4 de la LOHC, la que da pie a este epígrafe es sin duda la más trascendente, ya que de su correcta articulación y veracidad, verificada de forma razonable por el Juez recipiendario del acto procesal de iniciación, va a depender la incoación o no del recurso correspondiente, circunstancia que debe ser contrastada a la luz de las siguientes reflexiones: *a)* Que la razón alegada puede ser única o plúrima, siendo así que las causas que fundan la interposición del aludido recurso no son incompatibles entre sí (falta de imputación suficiente como justificadora de la detención recurrida, ilegalidad de la misma en cuanto a sus efectivas condiciones operativas, exceso de plazo); *b)* Que al no tratarse de confesar hechos

propios los instantes pueden incurrir en error o falta de rigor conceptual o tipificador en la alegación de las aludidas circunstancias, datos que, por otra parte, han de ser ratificados o, en su caso, contradichos, en todo o en parte, por el sujeto pasivo de la detención enjuiciada, sujeto al que se le tiene que dar audiencia forzosamente en virtud de lo estipulado al efecto por el artículo 7 de la LOHC (precepto que transcribiremos ulteriormente), y c) Que en la eventualidad de que entre lo alegado por el referido detenido y lo que adujeren sus sustitutos procesales —postulantes en su nombre— exista disparidad, debe darse, en cualquier caso, absoluta primacía a lo argüido por este último, dado que se trata de una confesión de hechos propios y no conjeturables o indiciarios —en cuanto adventicios—, como en el supuesto anterior.

a) *Naturaleza procesal de este tipo de iniciación*

Tanto si éste se materializa congruentemente en la oportuna comparecencia judicial como si hace lo propio mediante la remisión al órgano jurisdiccional competente del pertinente escrito, la calificación más acorde que puede predicarse para el mismo es la de acto procesal de denuncia, alegamiento caracterial que las más de las veces no se detendrá en la pura propinquidad conceptual, sino que responderá a una realidad profunda al ponerse de manifiesto en un gran número de supuestos a través de tal iniciación la comisión de un presunto delito de detención ilegal. En cualquier supuesto, los actos de iniciación dichos, cuyo aducido entendimiento como allegados a los aludidos de denuncia permite colmar sus posibles lagunas con la normatividad rituarial que fluye para estos últimos de los artículos contenidos en el Título I del Libro II de la LECr, deben tener como destinatario al órgano jurisdiccional competente, toda vez que si se tramitaran ante uno incompetente entonces advendría consecuentemente la situación procesal a la que alude el autor supracitado, que en su dicha obra, página 96, señala al enfocar esta cuestión que:

“Si se formalizara ante un Juez incompetente, la Autoridad judicial tan sólo podrá actuar ‘a prevención’ en el supuesto en que la detención ilegal sea constitutiva de delito; finalizadas tales diligencias las ha de transmitir al Juez competente, quien habría de disponer de oficio la incoación del *habeas corpus*. Pero como el Juez incompetente puede retener aquellas diligencias hasta tres días (art. 307 de la LECr), el procedimiento de *habeas corpus* llegaría normalmente tarde por haber transcurrido ya el plazo de la detención gubernativa”.

b) *Condiciones operativas de la misma*

Aportando la adecuada réplica normativa a lo dicho en el Preámbulo, el hacedor de la LOHC instrumenta al efecto unas potencialidades de acción sustraídas por completo a cualquier exigencia requisital que pudiere entorpecer lo que debe ser una postulación procesal ágil y eficaz. Por ello el apartado primero del artículo 4 del texto legal que estamos dilucidando —y que fue transcrito con anterioridad— señala la innecesariedad de la presencia en los correspondientes trámites iniciáticos del proceso objeto de nuestra observación interpretativa de las figuras de Abogado y Procurador, profesionales cuya búsqueda y consiguiente presencia en el caso —en el supuesto de que ésta fuere necesaria— podrían frustrar la absoluta inmediatez y dinamicidad que pretende instaurar el legislador.

De todos modos, tal innecesariedad legal resulta perfectamente compatible con la eventual comparecencia de tales operadores jurídicos en los supradichos trámites preliminares de la vertebración del recurso de *habeas corpus* y así deviene perfectamente legítima la entrada en juego en este ámbito del mandato procuratorio que los legalmente capacitados pueden concertar con el correspondiente representante procesal, mandato postulatorio cuya licitud se funda en la indubitada aplicación analógica al caso de los criterios ordinamentales que se desprenden del ciertamente laxo artículo 265 de la LECr, precepto que permite sustanciar una denuncia “por medio de mandatario con poder especial”, poder que, y esto lo señala agudamente V. GIMENO SENDRA en su libro indicado, página 97, deberá ser especialísimo dada su peculiar ontología sustantiva, indicándose en el mismo de forma singularizada la identificación del detenido y el motivo o razón jurídica de la presentación del recurso en cuestión, exigencia conformativa a la que atina, profundizando doctrinalmente en la especialidad aducida el autor supracitado en la página antes dicha de su pluraludida obra al mantener que:

“La necesidad de hacer constar en tal documento notarial (el conferitivo del mandato procuratorio al que nos venimos refiriendo) dichas exigencias se comprende si se piensa que el mandato especialísimo ha de ser suscrito con posterioridad al hecho determinante del ejercicio del derecho de acción y ello por la sencilla razón de que el solicitante podría incurrir en las responsabilidades descritas en el artículo 9 LOHC y desviar, en su momento, dicha responsabilidad hacia su Procurador”.

Asimismo, y por lo tocante a la plausible intervención de un Abogado en el desencadenamiento y gestación de estos trámites preambulares del recurso que merece nuestra presente atención, es evidente que la misma resulta perfectamente admisible y, si se me apura, hasta congruente, dada la concreta textualización del artículo 7.2 de la LOHC que impone en este

ámbito un trámite de audiencia judicial extensivo a determinadas personas, entre las cuales se incluye el Abogado del detenido “si lo hubiera designado”.

Así pues, la posibilidad de que en este entorno rituario entre en juego un patrocinio letrado resulta indiscutida, posibilidad que al decir del autor supracitado, en la página 98 de su indicada obra, podría asimismo materializarse en el hecho de que fuese el mismo Abogado quien interpusiese el recurso —en cuanto acreditante del interés legítimo— en determinados supuestos de indefensión operativa máxima del detenido, casos cuyo paradigma más acendrado lo constituye la detención que pueda ser infligida al acusado de conformidad con lo previsto en las recientes Leyes Orgánicas 3 y 4/1988, de 25 de mayo, leyes que desde vertientes materiales y rituarias vinieron a sustituir —tal como apuntamos con anterioridad— a la anterior antiterrorista de 26 de diciembre de 1984, parcialmente declarada inconstitucional por Sentencia del TC de 16 de diciembre de 1987, detención que asume una configuración especial por la duración excepcional de la misma y por la posibilidad de la incomunicación que es dable imponer al detenido, circunstancias que determinan el que en tales supuestos le sea difícil al propio detenido y a sus familiares el planteamiento del pertinente recurso de *habeas corpus*.

C) CASO DE INICIACIÓN POR EL PROPIO DETENIDO

a) *Idea general y naturaleza jurídica*

Se refiere a tal posibilidad el apartado *a)*, *in principio*, del artículo 4 de la LOHC, precepto que debe ser coordinado desde el plano estrictamente operatorio con lo estipulado por el artículo 5 del texto legal objeto de nuestra atención especulativa, según el cual:

“La autoridad gubernativa, agente de la misma o funcionario público, estarán obligados a poner inmediatamente en conocimiento del Juez competente la solicitud de *habeas corpus* formulada por la persona privada de libertad que se encuentre bajo su custodia.

Si incumplieren esta obligación serán apercibidos por el Juez, sin perjuicio de las responsabilidades penales y disciplinarias en que pudieran incurrir”.

En base a este díptico preceptual, la doctrina se encarga de perfilar la naturaleza jurídica del referido acto pretensial, señalando a tales efectos V. GIMENO SENDRA, en su obra antes dicha, página 106, que:

“La utilización del término ‘solicitud’ por el artículo 5 revela que nos

encontramos ante una declaración de voluntad o negocio jurídico unilateral de carácter no recepticio, por cuanto dicha solicitud no necesita, para desplegar válidamente todos sus efectos, de aceptación o conducta alguna por parte de la Autoridad gubernativa bajo cuya custodia permanece el detenido”.

b) *Sus formalidades*

Al igual que sucede con la tesis iniciática anteriormente debatida, tampoco en ésta la LOHC impone una actuación documental al respecto, pudiendo por ello deducirse la solicitud preudicial del recurso que estamos viendo procedente del propio detenido de forma verbal o escrita, aunque para la mayor seguridad del ulterior destino de la misma esta última forma debe ser lógicamente la preferida, siendo en tal caso el *tempus* idóneo para tal deducción aquel en que se instrumente policialmente el atestado, ya que en él, y según taxativa imposición del artículo 292 de la LECr, los funcionarios intervinientes están obligados a reflejar todas las declaraciones que se formulen, tanto favorables como adversas al detenido, pudiendo asimismo postularse la solicitud aperturista del *habeas corpus* que proceda en la diligencia de ampliación del acta, trámite que se realiza a instancia del Letrado del detenido de conformidad con lo proveído por el artículo 520.6.b) de la LECr, siendo conveniente que tal solicitud quede cristalizada, tal como puntualiza el autor supracitado en la página 112 de su indicado libro, en una diligencia específica a fin de no dilatar su traslado a la Autoridad judicial, traslado que tendría lugar con independencia de que el grueso del atestado se hubiese formalizado definitivamente o no, siendo asimismo reseñable que en la diligencia sustanciada *ad hoc* los funcionarios policiales intervinientes deben reseñar el lugar de custodia y su propia identificación, tema que ha merecido la atención exegética de V. GIMENO SENDRA, quien en su polimencionada obra, página 113, se encarga de puntualizar, por lo tocante a la supradicha identificación, que:

“Puesto que el destinatario de aquella notificación es la Autoridad judicial y no un mero particular, entendemos que la identificación de los mencionados funcionarios no habrá de formularse con la mera descripción del número de Registro del funcionario tal y como en la actualidad acontece con los atestados, sino, además, con su identificación nominal y determinación del Cuerpo, grado y empleo que disfruta el funcionario”.

Siguiendo con la composición de este orden de magnitudes analíticas, tengo que señalar que, a diferencia de lo que sucede en este campo cuando entra en juego el artículo 4 de la LOHC anteriormente considerado, los trámites preambulares del recurso de *habeas corpus* atendidos al impulso

normativo del artículo 5 de dicho texto legal no exigen que se haga constar en los mismos ni una voluntad explícita al respecto (que se deduce del dato concluyente de su simple presentación) ni el motivo concreto por el que se inicia tal recurso, manifestación concretiva que de requerirse podría enfrentarse con el derecho al silencio que acredita todo detenido por mor del pálpito normativo que al efecto se desprende de los artículos 17.3 y 24.2 de la CE, especificación que resultaría por otra parte parcialmente superflua en atención a que el referido dato será objeto de peculiar evidenciación en el esquema operativo de las comparecencias que diseña el artículo 7.2 de la propia LOHC, precepto que consideraremos más tarde.

En base con lo dicho exteriorizo mi plena anuencia doctrinal con el parecer al respecto del autor al que nos venimos refiriendo cuando en la página 114 de su pluraludida obra señala literalmente que:

“Lo importante es que el privado de libertad, estimando su detención como ilegal, manifieste su deseo de ser conducido sin dilación ante la presencia del Juez en términos comprensibles a cualquier ciudadano de cultura media para que surja la obligación por parte de los funcionarios de policía de trasladar dicha declaración de voluntad a la Autoridad judicial”.

Concluyo este concreto punto señalando al filo de lo que llevamos dicho hasta ahora respecto al contenido y funcionalidad de la solicitud dimanante en tal sentido del propio detenido que, en primer término, el hecho de que el mismo no se halle obligado a efectuar una exposición acabada del dato objetivo fundante del *habeas corpus* no excluye en absoluto el que éste pueda ser relacionado, posibilidad, por otra parte, que debe esmerarse en articular a fin de hurtarse al riesgo de ver infligida su pretensión por un Auto del Juez de contenido estrictamente inadmisorio, alternativa judicial a la que luego aludiremos. En segundo término, creo que es útil reseñar, y en la formulación de esta reflexión me acojo de nuevo al superior magisterio del autor al que venimos aludiendo constantemente, que no debe confundirse la iniciativa objeto de nuestra observación presente con la conectada con el derecho que acredita cualquier detenido a manifestar que sólo declarará ante el Juez, posibilidad a la que se refiere concretamente el artículo 520.2 de la LECr y que al decir del meritado autor no es sino un corolario del derecho al silencio que asimismo acredita según expresa dicción del artículo que acabamos de citar en su apartado 2.a) y que no impide el que los funcionarios policiales intervinientes puedan realizar otras diligencias relacionadas con el detenido en legítima posición absolutamente silente (tal como el reconocimiento del mismo). En último término, tampoco es preterible al respecto el dato de que la referida solicitud, para que despliegue toda su natural eficacia, debe ser oportunamente ratificada por los funcionarios de policía intervinientes

en la misma, requisito cuya aplicación resulta extraíble de una racional entrada en liza analógica respecto del supuesto contemplado del mandato contenido en el artículo 297.2 de la LECr.

c) *Condicionantes operativos de la misma*

Por contraste a lo que sucede en los supuestos anteriores en los que se concita una efectiva intermediación de los instantes del procedimiento con los órganos jurisdiccionales destinatarios de su pretensión, en la contingencia que estamos considerando, tal intermediación no se da a consecuencia de la imposibilidad material de que el detenido se traslade físicamente a la sede de tales órganos. Siendo ello así, el mismo necesita valerse de sus captores a fin de que le sirvan de nuncios de su pretensión, situación ciertamente chocante a la que alude V. GIMENO SENDRA cuando en la página 108 de su calendado libro dice que:

“Paradójicamente, pues, será la propia Autoridad gubernativa quien, actuando en nombre y representación del detenido, ejercerá el derecho de acción, de modo similar al supuesto en el que un ciudadano decidiera presentar una denuncia ante la Comisaría de Policía, en cuyo caso también vienen obligados los funcionarios de la Policía Judicial a trasladarla ante el Juez de Instrucción competente”.

Ello sentado, tenemos que decir que siguiendo en la misma línea de flexibilidad antes enunciada, tampoco en este caso se requiere la presencia del Abogado en la formulación o presentación de la solicitud a que alude el supradicho artículo 5 de la LOHC, aunque ello no es óbice para que acaezca la labor de información respecto a las posibilidades defensivas que supone el recurso que estamos considerando, labor a cargo del Letrado que asista al detenido; todo ello de conformidad con una interpretación sistemática de lo prescrito por el artículo 520.6.a) de la LECr.

En cualquier caso, y ello es importante resaltarlo, salvo en la hipótesis de coacciones (supuesto en que la interposición del recurso podría correr a cargo de su Letrado) la disponibilidad de la pretensión al respecto es de la exclusiva titularidad del sujeto pasivo privado de libertad (o sometido a una detención arbitraria en cuanto sus condiciones funcionales), sin que su voluntad pueda ser suplantada por nadie. En consecuencia, a él le compete en exclusiva el decir la última palabra sobre el particular, tanto en el sentido de interponer el recurso como el de hacer decaer el interpuesto por sus sustitutos procesales, actividad rituaría de desistimiento cuyo momento jurisdiccional oportuno para su efectividad resulta ser aquel en que acontezca la audiencia preceptiva a la que alude el artículo 7 de la LOHC.

III. SECUENCIALIDAD RITUARIA DERIVADA DE LA ACTITUD INICIATICA DICHA

A) IDEA GENERAL

La solicitud de apertura del procedimiento de *habeas corpus*, una vez llegada a su destino y sea cual fuere su concreto impulsor, engendra la correspondiente eficacia procesal cuya disección vamos a efectuar en las líneas siguientes, eficacia que presupone el encadenamiento de un conjunto de actuaciones procesales cuyas fuentes normativas básicas, desde el punto de vista sustantivo y adjetivo, se hallan contenidas en los artículos 6 al 9 de la LOHC, preceptos a los que vamos a hacer concreta alusión en las páginas a seguir.

B) BASE PRELIMINAR DEL PROCEDIMIENTO

Se refiere a esta etapa rigurosamente prodrómica el artículo 6 del texto legal dicho al sentar que:

“Promovida la solicitud de *habeas corpus* el Juez examinará la concurrencia de los requisitos para su tramitación y dará traslado de la misma al Ministerio Fiscal. Seguidamente, mediante Auto, acordará la incoación del procedimiento o, en su caso, denegará la solicitud por improcedente. Dicho Auto se notificará en todo caso al Ministerio Fiscal. Contra la resolución que en uno u otro caso se adopte no cabrá recurso alguno”.

A la luz que se desprende del artículo que acabamos de transcribir en toda su enjundiosa literalidad, resulta que una vez deducida la iniciativa antes dicha el Juez se halla compelido a seguir un determinado comportamiento jurisdiccional que debe materializarse en una tríada de actitudes de instrumentación y desarrollo coetáneos: *a)* Notificar y trasladar la solicitud iniciática al Ministerio Fiscal; *b)* Investigar los presupuestos que predeterminan su admisibilidad, y *c)* Dictar la correspondiente resolución de sustanciación o inadmisión. Veamos separadamente tales alternativas jurisdiccionales.

a) Notificación y traslado de la solicitud al Ministerio Fiscal

Resulta lógica tal exigencia teniendo en cuenta el relevante papel constitucional que se reserva al meritado en virtud de todas las disposiciones normativas que le atañen singularmente y a las que antes tuvimos ocasión

de referirnos, papel sobresaliente en la defensa de las libertades públicas y derechos fundamentales, que traducido al caso concreto que nos ocupa provoca el que el mismo no sea precisamente un convidado de piedra en el seguimiento rituario del expediente de *habeas corpus* que se tramite, desempeñando, por el contrario, un acusado protagonismo, tal como resulta de su normativa disciplinante que impone, además de la práctica de la notificación y traslado que estamos viendo, el que se le tenga que oír forzosamente en fase de alegaciones (*ex art. 7.2*), el que pueda proponer pruebas (*ex art. 7.3*) y que, en cualquier caso, se le notifique el Auto de admisión o inadmisión del recurso planteado (*ex art. 6*), todos ellos de la LOHC.

b) *Examen e indagación de tal solicitud por el Juez*

aa) *Idea general*

Tal examen se escinde en una doble dirección inquisitiva, siendo ello consecuencia de que tal Juzgador, antes de dictar el Auto que corresponda ordenando la sustanciación del recurso instado, o todo lo contrario, debe aquilatar que, *prima facie*, éste presenta visos de razonabilidad y verosimilitud, y ello en un doble orden: el netamente formal y el de fondo.

ab) *Indagación formal de la solicitud*

Entendiendo el vocablo “formal” en sentido amplio, podemos refundir bajo su égida especificadora los dos grupos de cuestiones a las que en esta etapa procesal se contrae la labor de contraste a ejecutar por el Juez: la atinente a los presupuestos de capacidad y legitimación de los postulantes y la que apunta a los estrictos requisitos de adjetivación rituarial del recurso suscitado.

aa') *Requisitos de capacidad y legitimación de los postulantes*

El Juez destinatario de la oportuna solicitud de apertura del correspondiente proceso de *habeas corpus* —que previamente se halla compelido a depurar su propia competencia— debe verificar en primer término —y como alborada de cualquier tipo de actividad jurisdiccional subsiguiente— si los postulantes acreditan las condiciones de idoneidad procesal suficien-

tes para constituirse en parte legítima de la pertinente relación rituarial cristalizadora del oportuno *habeas corpus* emprendido, condiciones que se traducen en la no incidencia de los mismos en hipótesis de falta de capacidad y de legitimación para actuar en el confinado ámbito cubierto por la LECr, eventualidades a las que se refieren, desde premisas de máxima generalidad, los artículos 102 y 103 de la Ley dicha, apuntes normativos cuyo estudio sería aquí improcedente por su ostensible descontextualización, siendo suficiente con decir ahora que tales apremios ordinamentales aluden respectivamente a las incapacidades generales y especiales y que su aplicación al supuesto procesal que nos ocupa deberá exigirse con más o menos rigor según quien sea el iniciante del mismo, si los antes dichos sustitutos procesales del detenido o éste mismo.

Aparte de tales incapacidades existe una de porte absoluto no contemplada por los supradichos preceptos y que es la que afecta a las personas jurídicas, entes formales juridificados que al no ser susceptibles de libertad deambulatoria en su dimensión física quedan absolutamente desprovistos del arsenal defensivo que supone la titularidad potencial del recurso que estamos considerando.

Por lo que concierne a la legitimación del instante, el tema puede acreditar más o menos densidad de dificultad verificatoria según quien sea concretamente el mismo [máxima: cuando se trate de “aquella persona unida por análoga relación de afectividad” a la que alude —tal como quedó ya expuesto— el apartado a) del art. 3 de la LOHC, persona a la que le será prácticamente imposible presentar cualquier tipo de pieza documental fehaciente de la supradicha relación, documentación que de existir presupone el desenlace de un largo y complicado proceso de gestación funcional que en modo alguno podrá preconstituirse con la urgencia que el caso demanda; mínima —y ello es obvio— cuando el interponente del recurso sea el propio detenido].

Siguiendo por esta vía discursiva, tengo que patentizar la profundidad especulativa de la observación que al respecto formula V. GIMENO SENDRA, que en su antes dicha obra, página 129, apunta que:

“En cualquier caso, la falta de justificación documental de los requisitos de capacidad y legitimación no pueden ocasionar el automático pronunciamiento de un Auto de inadmisión, toda vez que la puesta en conocimiento del órgano jurisdiccional de la sospecha de la comisión de una detención ilegal ha de provocar, en el peor de los casos, su interposición de oficio (lo que a los efectos prácticos es indiferente puesto que la postulación de las personas que provocan su iniciación por la vía del art. 4 queda limitada a dicha iniciación), máxime si tal sospecha pudiera constituir una *notitia criminis* de la comisión de un delito de detenciones ilegales”.

Por lo que afecta a la labor de control judicial referente a los extremos netamente formales que debe contener la solicitud del correspondiente recurso de *habeas corpus*, tengo que decir que ésta se proyectará sobre aquellos datos en base de los cuales debe sustanciarse la misma y que ya tuvimos ocasión de exponer, datos, no obstante, que no poseen una importancia parigual y cuya omisión acredita una magnitud diferente según quien sea el concreto postulante del recurso. Así, la omisión de aquellos extremos alusivos a la determinación del lugar de custodia del detenido y a la identificación de la Autoridad o funcionario que provocó la detención enjuiciada no resulta especialmente trascendente cuando la observación *ad hoc* provino de los sustitutos procesales del sujeto material, teniendo en cuenta que el artículo 4.b) de la LOHC sólo impone la circunstanciación de tales datos en el escrito o comparecencia desencadenante del recurso que estamos debatiendo cuando los mismos “fueren conocidos” por tales sustitutos. Correlativamente, cuando la incoación de tal recurso fuere debida al propio detenido es perfectamente omitible el extremo objetivador de su fundamentación, a diferencia de lo que sucede cuando el acto desencadenante de la dinámica jurisdiccional que estamos evidenciando provino de los aludidos sustitutos.

Por otra parte, y esto es lo que explica muy bien el autor al que vamos siguiendo en nuestro trabajoso peregrinaje exegético sobre la institución debatida, el Juez debe distinguir entre el contraste identificativo que en la hipótesis de actuación procesal de los sustitutos del detenido se impone para éste y aquéllos y el que atañe al referido instante cuando éste sea precisamente el detenido (contraste que la LOHC califica de “determinación”), dualidad especificadora de la personalidad de los implicados en actos jurídicos cuyo andamiaje estriba básicamente en la idea de que la identificación presupone la concreción exacta y nominal de las circunstancias personales de tales sujetos de derecho, mientras que, por el contrario, la aludida determinación implica una especificación individual, posiblemente más sumaria e inexpressiva, pero en todo caso suficiente y contrastada de una persona respecto de las otras, no siendo necesario para que la misma acontezca el señalamiento preciso de los datos identificadores “normales” antes dichos.

Con la finalidad de aportar mayor hondura expositiva a esta distinción, no siempre bien entendida, voy a recoger las especulaciones que al respecto enuncia el autor supracitado en su obra, página 131, al precisar que:

“Como es sabido, ambos conceptos (determinación e identificación) no son idénticos. Para la determinación de una persona es suficiente que a través de cualquier diligencia (en el proceso penal, normalmente a través de la de “reconocimiento”) se la pueda diferenciar del resto de la comunidad social y atribuirle los efectos jurídicos previstos por la norma; dicha

diferenciación puede realizarse a través de métodos antropomórficos (estatura, color del cabello y de los ojos, etc.). La identificación requiere, sin embargo, la asignación del nombre y apellidos a la persona que ha sido previamente determinada”.

ac) Indagación material de la solicitud

Superado con éxito el control inicial al que acabamos de referirnos, el Juez entra en la fase de depuración previa —desde el punto de vista material— de la solicitud de la que nos venimos ocupando, tarea destinada a la comprobación de que la misma acredita dosis de razonabilidad suficientes como para permitir una sustanciación fundada y coherente del pertinente proceso de *habeas corpus* y que exige un desbridamiento germinal del contenido sustancial de tal solicitud, debiendo ser especialmente tomado en consideración la racionalidad y veracidad del motivo alegado en la instancia de interposición del recurso de que se trate, motivo cuyo desentrañamiento —iniciático, provisorio y preliminar— debe permitir al Juez colegir que presuntamente se ha cometido una detención ilegal, bien porque no exista razón objetiva que la justifique, bien porque se desarrolle en condiciones ilegales o bien porque se haya desligitimado por exceso de duración (aspecto que, por otra parte, presenta alguna enfilada de dificultad en cuyo análisis no podemos entrar).

aa') Alternativas decisionales al efecto

aa”) Idea general

El desenlace congruente de todo este trámite de enjuiciamiento sumario y primerizo se materializará en la pertinente resolución judicial, debiendo adoptar la misma en obsequio a su evidente encaje en el marco diseñado por el artículo 141.3 de la LECr la forma de Auto, bien sea estimatorio de la incoación ulterior del procedimiento o todo lo contrario, disyuntiva jurisdiccional cuyos confines operativos pasamos a exponer desde ángulos visuales de máxima cortedad de miras expositivas.

ab”) Auto de inadmisión del recurso

Tal resolución interlocutoria, que deberá ser notificada por concreta agencia normativa contenida en el artículo 6 de la LOHC al Fiscal,

plantea congruos problemas de inserción epistemológico dentro del abarrotado cosmos procesal, especialmente porque, como muy bien apunta V. GIMENO SENDRA en su dicha obra, página 138, no se sabe a ciencia cierta si versa sobre la legalidad de la detención sujeta a la pertinente polémica judicial o sobre el derecho de acción o ambivalentemente sobre ambas cosas, tríada de posibilidades respecto de las cuales el autor citado parece preferir la que relaciona el referido Auto con el aludido derecho a la acción, toda vez que postular la posibilidad de que a través del mismo que se sancione la legalidad de la detención sería improcedente en cuanto que ello supondría la sustitución del que verdaderamente se ocupa de tal cuestión y que aparece relacionado, como veremos luego, en el artículo 8.1 de la propia LOHC.

Es difícil sintetizar, dada la riqueza argumental esgrimida por el autor citado, lo más sustancial de su pieza discursiva al respecto, pero en cualquier caso considero sumamente expresivo un párrafo contenido en su indicada obra, página 138, en el que literalmente se dice que:

“En este prematuro estadio procesal en el que todavía no se ha dado ocasión a realizar la entrada de la totalidad del material instructorio ni a verificar la prueba sobre tales hechos, el Juez no puede conocer el fondo de la pretensión ni pronunciarse, por tanto, acerca de la legalidad de la detención”.

En cualquier caso, en lo que sí existe coincidencia doctrinal es en subrayar la enorme importancia que tal resolución acredita en cuanto impositiva de la tramitación ulterior del proceso de *habeas corpus* intentado y por ello determinadora de la imposibilidad de residenciar judicialmente una violación real o presunta de un derecho tan preciado como es el de la doctrina personal, consideración que ha hecho decir a la doctrina que tal eventualidad debe ser enfocada con notoria cautela, debiendo aplicarse sólo en casos extremos y de manifiesta improcedencia de la acción ejercitada.

Por lo que se refiere a la instrumentación concreta del Auto referenciado, el mismo deberá concebirse de modo que en términos generales aparece rituariamente delineado por el artículo 141.8 de la LECr, según el cual:

“Los Autos se redactarán fundándolos en resultandos y considerandos concretos y limitados unos a otros a la cuestión que se suscita”.

Siguiendo por esta vía argumental, tengo que poner de relieve que la aludida fundabilidad del Auto que nos ocupa no es sino una simple manifestación de la exigencia de motivación que para las sentencias impone el apartado 3 del artículo 120 de la CE, motivación que deviene imprescindible para encadenar la adopción de las resoluciones judiciales al mundo de la racionalidad y de la lógica, exigencia que para los Autos de procesamiento, entrada, registro e intervención de la correspondencia (y con

aplicación analógica para los que estamos viendo) resulta potenciada por la doctrina del TC, imponente de una minuciosa taxatividad justificadora de la *ratio decidendi* en todos los casos vistos, *praxis* jurisdiccional de máximo rango en virtud de la cual resultan perfectamente coherentes las rigurosas aseveraciones doctrinales del autor supracitado, que al abordar el problema de la referida motivación y relevancia del Auto que nos ocupa dejó escrito en la página 147 de su indicado libro que:

“El Juez de Instrucción viene, pues, obligado a plasmar en los “Resultandos” del Auto los elementos o fuentes de prueba con arreglo a los cuales ha de basar su convicción acerca de la improcedencia del *habeas corpus*, así como el razonamiento o *iter* seguido para llegar a dicha convicción, y en los “Considerandos” habrá de plasmar también la causa o motivo legal por el que la petición de *habeas corpus* no resulta procedente”.

Ello dicho, sólo me queda para concluir esta breve aproximación gnosológica al centro neurálgico del Auto que nos ocupa (y también del alternativo permitiente de la incoación), que el mismo deberá dictarse “seguidamente” al examen de los antecedentes del caso, exigencia que tendrá que cohonestarse con el pedimento cronológico que para los casos generales impone el artículo 198.1 de la LECr, según el cual: “Cuando no se fije término se entenderá que han de dictarse sin dilación”, exigencia de presurosidad que si bien resulta altamente conveniente en el seguimiento y desenlace de todo tipo de instancias procesales, en la que estamos considerando resulta de todo punto indispensable, dados los estrechos márgenes cronológicos en los que queda entroncada la posible respuesta satisfactoria jurisdiccional, márgenes que imponen, en suma, que la adopción de la misma, en un sentido o en otro, sea, como pone de relieve el autor pluripludido *ut supra*, “inmediata”.

Por lo que atina a la eventual recurribilidad en este ámbito, es de subrayar que de forma verdaderamente sorpresiva y sustrayéndose inopinadamente a las coordinadas normativas propuestas con carácter de generalidad por el artículo 217 de la LECr, *in principio* (“el recurso de reforma podrá interponerse contra los Autos del Juez de Instrucción”), el artículo 6, *in fine*, de la LOHC dice literalmente que: “Contra la resolución que en uno u otro caso se adopte no cabrá recurso alguno”, disposición que se compadece mal con el principio de interdicción de la indefensión que impone el artículo 24 de la CE al convertir al Juez de Instrucción interviniente en soberano del destino definitivo del recurso interpuesto y, por ende, de la libertad del detenido.

VICENTE GIMENO SENDRA, en las páginas 148 y siguientes de su indicado libro, emite muy atinadas consideraciones sobre el particular, de las que emergen con fuerza consistentes censuras a esta actitud del legislador

del texto que estamos apostillando y una decidida voluntad de hallar remedios paliativos a la supradicha carencia de recursos en este ámbito, hecho que convierte en firme al tipo de Autos cuyo alcance estamos indagando, remedios jurisdiccionales cuya aludida carencia es absoluta e insubsanable en la hipótesis de que tal Auto de inadmisión atañe a los sendos recursos de *habeas corpus* interpuestos a causa de detenciones consumadas por particulares, situación que a juicio del supradicho autor justificaría la posibilidad de un recurso de amparo directo (sin agotamiento de ningún tipo de vía jurisdiccional) ante el TC, recurso en el que se residenciaría ante tal Tribunal el referido Auto desestimatorio pero que constituye simplemente una pretensión conjetural ante la absoluta falta de virtualidad normativa de tal posibilidad.

En cambio, la situación es más satisfactoria cuando se trate de Autos de inadmisión de recurso de *habeas corpus* interpuestos por presuntas detenciones ilegales materializadas por los Agentes del poder, eventualidad de la que se ocupa el autor indicado, señalando en la página 152 de su aludido libro que:

“Por el contrario, las privaciones de libertad cometidas por la Autoridad gubernativa pueden ser revisadas por los Tribunales ordinarios, bien mediante la impugnación del correspondiente acto administrativo a través de los Tribunales de lo Contencioso (v.gr.: el internamiento de una persona presumiblemente portadora de una enfermedad infecto-contagiosa) o mediante el ejercicio de los medios de impugnación en el curso del proceso penal posterior”.

Una vez agotadas tales vías jurisdiccionales, cabe que el detenido ilegalmente interponga el pertinente recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, interposición cuya posibilidad resulta más teórica que práctica (dada la perentoriedad de los plazos vigentes en estas áreas) y que, en cualquier caso, requeriría que el postulante demandara la suspensión del acto administrativo (la detención) que le afecte y que resulte lesionante de su derecho a la libertad, suspensión que asimismo debería haber sido solicitada en la fase previa en que se sustancia la demanda jurisdiccional, bien por la vía ordinaria o bien por la especial patrocinada por la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de 1978.

ac”) Auto de admisión del recurso pretendido

En esta situación procesal, absolutamente antinómica con la que acabamos de patentizar, el Juez destinatario de la pretensión correspondiente, previa adveración positiva de los extremos sometidos a su verificación

(cuestión antes vista), procede a incoar el pertinente recurso de *habeas corpus*, incoación que quedará aperturada mediante la adopción del congruente Auto al efecto, Auto cuyo papel en este contexto es estelar teniendo en cuenta lo que al respecto señala el artículo 7 de la LOHC al decir que:

“En el Auto de incoación el Juez ordenará a la autoridad a cuya disposición se halle la persona privada de libertad o a aquel en cuyo poder se encuentre, que la ponga de manifiesto ante él, sin pretexto o demora alguna, o se constituirá en el lugar donde aquélla se encuentre.

Antes de dictar resolución oírá el Juez a la persona privada de libertad o, en su caso, a su representante legal o a su Abogado si lo hubiera designado, así como al Ministerio Fiscal; acto seguido oírá en justificación de su proceder a la autoridad, agentes, funcionario público o representante de la institución o persona que hubiere ordenado o practicado la detención o internamiento, y en todo caso a aquella bajo cuya custodia se encontrase la persona privada de libertad; a todos ellos dará a conocer el Juez las declaraciones del privado de libertad.

El Juez admitirá, si las estima pertinentes, las pruebas que aporten las personas a que se refiere el párrafo anterior y las que propongan que puedan practicarse en el acto.

En el plazo de veinticuatro horas, contadas desde que sea dictado el Auto de incoación, los Jueces practicarán todas las actuaciones a que se refiere este artículo y dictarán la resolución que proceda”.

Sobre las bases de los pronunciamientos normativos contenidos en el artículo que acabamos de transcribir, podemos poner de relieve que la fase de impulso procesal que encamina la instancia entablada hacia la solución jurisdiccional definitiva, consistente en la imposición por el Juez de alguna de las alternativas previstas en el artículo 8 de la LOHC, alumbra dos momentos jurisdiccionales clave en su congruente medulación de procesalidad, momentos que son el que hace referencia al logro judicial de un estado de inmediatez o contacto fáctico del presunto detenido ilegal con el órgano jurisdiccional actuante y el de las alegaciones, etapas rituarías que vamos a examinar desde planos expositivos de máxima sumariedad en las líneas subsiguientes.

C) FASE INTERMEDIA DEL PROCEDIMIENTO

La misma se integra por los siguientes estadios:

a) *Actividad procesal tendente al logro de la inmediatez Juez-detenido*

En el mismo Auto incoatorio del pertinente procedimiento el Juez que entienda del mismo deberá indicar si la inmediatez aludida se consigue imponiendo “a la autoridad a cuya disposición se halle la persona privada de libertad o a aquel en cuyo poder se encuentre” una obligación personalísima de hacer, consistente en poner “de manifiesto ante él (el Juez director del debate jurisdiccional de que se trate) sin pretexto ni demora alguna” al detenido, o si, por el contrario, tal inmediatez se consigue constituyéndose el meritado Juez en el lugar donde aquel (el detenido) se encuentre, dístico de posibilidades recogido en el párrafo 1 del artículo 7 de la LOHC antes transcrito cuya concreta practicidad y consecuente elección de una u otra de sus alternativas se deja al arbitrio del mismo, si bien, y en ello coincido de nuevo con los pronunciamientos doctrinales de V. GIMENO SENDRA al respecto, la segunda de las manifestaciones operativas dichas debe reservarse para aquellos supuestos en los que el aludido órgano jurisdiccional tenga fundados indicios de la existencia de detenciones ilegales flagrantes en las que se pueda incidir en delitos de torturas, imponiéndose además su personación en el lugar de detención por el expreso mandato imperativo resultante del artículo 318 de la LECr, según el cual:

“... cuando el Juez de Instrucción tuviere noticias de algún delito que revista carácter de gravedad o cuya comprobación fuere difícil por circunstancias especiales o que hubiere causado alarma, se trasladará inmediatamente al lugar del delito y procederá a formar el sumario...”

Por lo que concierne a la concreción del sujeto obligado a manifestar al Juez el detenido o de recibir la personación del Juez cuando sea éste quien acuda al lugar de detención o internamiento, es de hacer constar que el único que encaja en tal categoría es el responsable directo de su custodia (y no el ordenante de la aludida detención ni el que la materializó), persona que asume especial y grave responsabilidad en el supuesto de que deje incumplida la obligación cuyas líneas caracteriales acabamos de siluetear, responsabilidades tipificadas en el Código Penal y que se diversifican según que el incumplidor sea un particular o una Autoridad, cuestión en cuyo detalle no vamos a entrar.

b) *Actividad procesal de alegaciones*

aa) *Idea general*

Señala V. GIMENO SENDRA, en su pluriáludido libro, página 169, que:

“Una vez puesto el detenido bajo la custodia del Juez del *habeas corpus*, bien como consecuencia del cumplimiento por parte de la policía del requerimiento de manifestación, bien debido a la constitución personal del propio Juez y posterior traslado del detenido al Juzgado, ha de comenzar inmediatamente la fase de alegaciones prevista en el párrafo 2.º del artículo 7”.

En tal fase, el órgano jurisdiccional que entienda del recurso en trámite (y de quien haya dimanado el correspondiente Auto de admisión) deberá oír en todo caso (siempre que el detenido sea localizable) al propio sujeto material, al Ministerio Fiscal y a quien hubiera ordenado o practicado la detención enjuiciada, y eventualmente a las otras personas que indica el propio artículo 7 de la LOHC, es decir, al Abogado (no de oficio) del detenido y a sus representantes legales. Veamos con más detenimiento las particularidades de esta audiencia.

ab) *Intervención del propio detenido*

Siendo así que la interposición del recurso que estamos contemplando acredita como objetivo básico el determinar si ha habido o no lesión del derecho a la libertad que titulariza la persona aprisionada, es evidente que la audiencia de la misma en el trámite procesal que estamos analizando constituye un presupuesto fundamental en su consecuente sustanciación, fundamentalidad que queda evidenciada en el dato de que si el referido recurso hubiere sido iniciado mediante la pertinente actuación al efecto del sustituto procesal del mismo las manifestaciones procedentes de este sujeto justificativas de la aludida interposición deben decaer ante las contradictorias dimanantes del propio detenido, ya que es a éste a quien compete propiamente fijar a través de sus propias alegaciones el auténtico objeto procesal del recurso interpuesto, alegaciones que podrán diferir de las inicialmente articuladas o ser un complemento de las mismas.

Cerrando el círculo de posibilidades en esta temática, el autor supracitado, en su indicada obra, página 172, se encarga en poner de relieve que:

“Consecuentemente, constituye el acto de alegación de la persona privada de libertad el acto procesal en el que, de una manera definitiva, se

deduce la pretensión, estableciéndose al propio tiempo el momento preclusivo en el que han de introducirse los hechos en el proceso, sobre los cuales ha de recaer la actividad probatoria”.

ac) Intervención del representante legal

Esta eventual intervención —que por lo demás queda excluida por propia coherencia de sistema garantista impuesto por el recurso que estamos debatiendo en aquellos casos en que la privación de libertad sea debida a una actuación pertinente al efecto del propio representante legal (caso que tiene lugar en los supuestos de internamientos de menores en cualquier género de reformatorio o de presuntos dementes en establecimientos psiquiátricos), hipótesis en la que se propiciará la comparecencia sustitutiva del Ministerio Fiscal— tiene lugar en aquellos casos en los que el detenido sea un menor o incapacitado legal, intervención que en realidad no agota el caudal de posibilidades operativas que en el supuesto de detención de tal menor o incapacitado se confieren a su representante legal en función de lo estipulado tanto en la LECr como en la propia LOHC, imponiéndose en el artículo 520.3 de la primera una notificación policial del hecho de la detención (en el supuesto de que el oportunamente detenido sea un menor de edad o incapacitado) a los indicados representantes legales y posibilitándose en la segunda una eventual actuación iniciática del recurso que estamos indagando por parte de los mismos, posibilidad cuyo complemento consiste en la práctica de la audiencia que estamos viendo, particularidad procesal que resulta totalmente asimétrica con el criterio normativo oportunamente dimanante del artículo 409 de la LECr, según el cual: “Para recibir declaración al procesado menor de edad no habrá necesidad de nombrarle Procurador”, criterio dispensador que de no existir la exigencia de la comparecencia dicha perfectamente podría haberse aplicado por analogía al caso que nos ocupa.

ad) Intervención del Abogado

La intervención de tal operador jurídico aparece prevista por el artículo 7, apartado primero, de la LOHC, y a diferencia del perfil resultante de la asistencia letrada, de carácter predominantemente pasivo, *ex* artículo 520.6 de la LECr, la presencia del Abogado en esta fase alegatoria aparece transida de un importante protagonismo de aducción, protagonismo no obstante (y en esto difiere del que emerja de la situación de asistencia letrada antes aludida) reservado en exclusiva al Abogado “designado”, por lo que cuando esta designación no exista el detenido se verá privado

de tal asistencia jurisperita, situación que hará pivotar sobre el mismo todas sus posibilidades de autodefensa alegacional.

Enlazado íntimamente con el punto debatido se encuentra el de si el detenido al amparo de la legislación antiterrorista (legislación representada en la actualidad —y tal como hemos explicado ya— por diversos artículos del Código Penal y de la LECr que han sido concebidos en virtud del impulso normativo aportado a esta materia por las Leyes Orgánicas 3 y 4 de 1988), cuando haya sido incomunicado, se halla desprovisto o no de la facultad de valerse del Abogado que “designare”, cuestión que en función de una interpretación exclusivamente literalista del artículo 7 que estamos viendo tendrá que resolverse en sentido negativo, toda vez que en esta fase de incomunicación la asistencia letrada que se pueda prestar al implicado en la misma es estrictamente la de oficio, tal como reclama con imperiosa taxatividad el artículo 527 de la LECr, tendencia interpretativa, no obstante, repudiada por V. GIMENO SENDRA en su obra dicha, página 117, en base a una argumentación posibilista y sistemática apoyada en el carácter de Derecho fundamental que acredita el de asistencia letrada, tal como el mismo aparece concebido por el artículo 24.2 de la CE y en el 6.3.c) del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Fundamentales y de las Libertades Públicas, preceptos que resultarían absolutamente vulnerados si el incomunicado en virtud de la normativa antiterrorista aludida no pudiese designar Letrado que le patrocinase jurídicamente en el curso del *habeas corpus* que eventualmente pueda entablar su detención, argumento que el autor citado refuerza diciendo en su polimencionado libro, y en la misma página indicada *ut supra*, que:

“Por otra parte, tampoco cabe desconocer que el derecho de defensa que se contiene en el artículo 24.2 CE es, por su naturaleza, ilegislable, toda vez que el artículo 55.2 CE tan sólo autoriza a la futura Ley Orgánica Antiterrorista a limitar el libre ejercicio de determinados derechos fundamentales, entre los que no se encuentra el sancionado por el artículo 24.2 CE”.

ae) Intervención del Ministerio Fiscal

Con anterioridad aludimos al protagonismo que en el ámbito protectoral de los Derechos Fundamentales acredita tal funcionario, papel de considerable relevancia que asimismo se proyecta en campos relativos a la iniciación y seguimiento del recurso que estamos analizando y que en la fase objeto de nuestro interés actual cristaliza en la necesidad de que el Juez que conozca de tal recurso le oiga forzosamente, exigencia que resulta del artículo 7, apartado primero, de la LOHC.

af) Intervención de los captores, de los que ordenaron la detención y de los responsables de la custodia del detenido

En base al supracitado artículo 7.2, dos son los grupos de personas que “tienen algo que decir” desde el punto de vista de la parte demandada en la fase de alegaciones que estamos considerando: el integrado por las Autoridades o personas que hubieren dispuesto la detención y el compuesto por aquellas mismas Autoridades o personas responsables de la custodia efectiva del detenido.

A pesar de que el artículo 7 de la LOHC parece conferir mayor trascendencia a la comparecencia alegacional de la Autoridad o persona responsable de la custodia ya que la misma deberá acaecer en todo caso, frase que no se reproduce cuando se trate de la comparecencia de los que dispusieron o practicaron la detención, lo cierto es que tan importante resulta la una como la otra, cuestión que capta muy bien V. GIMENO SENDRA en su obra dicha, páginas 180 y siguientes.

Siguiendo con el desbrozamiento de las dificultades interpretativas de esta temática, es de hacer constar que resulta harto conflictivo el carácter de la intervención de las personas relacionadas, discutiéndose si lo hacen en calidad de testigos o de parte material directamente involucrada, alternativa que el autor supracitado resuelve en favor de la última posibilidad, ya que de lo contrario la presunta intervención testifical de las Autoridades citadas podría frustrarse, bien mediante la alegación por las mismas de determinados privilegios exonerativos de comparecencias personales o bien a través de la pertinente justificación procesal de la obligación de guardar secreto si ello le fuere ordenado por un superior (*ex arts. 412 y 417 de la LECr*), aparte de que difícilmente podría catalogarse como testigo quien en definitiva ha sido realmente demandado como hipotético causante de una detención ilegal.

En vista de lo dicho, la meritada comparecencia del concretamente emplazado tendrá que discurrir por los cauces procesales previstos por los artículos 486-488 de la LECr (preceptos que disciplinan la citación cautelar o para ser oído) y subsidiariamente —y sigo en tal precisión al supracitado autor— por él diseñado por los artículos 385 y siguientes del indicado texto normativo, oportunamente reguladores del régimen de las declaraciones indagatorias.

A la luz de todo este conjunto de argumentabilidad, es cierto que el encaje de la comparecencia que estamos debatiendo en alguna de las figuras de asistencias personales debidamente programadas por la normativa rituarial resulta tarea ardua, pero de todos modos considero con el autor referenciado que la alternativa caracterizadora de la misma que acabamos de evidenciar es la única plausible, caracterización por lo demás

permitiente de que en el curso de su procesalidad intervenga, asistiendo al comparecido, el Abogado que él designe, intervención letrada, no obstante, que deberá ser autorizada, caso por caso, por el Juez interviniente y que no exonera al citado de declarar personalmente sobre los extremos que han concurrido en la detención denunciada.

Prosiguiendo con este recorrido exegético por los entresijos de la cuestión que estamos dilucidando, tengo que puntualizar que lo que no plantea ningún escrúpulo interpretativo es el dato de que la reseñada comparecencia deberá afectar a uno de los dos órdenes posibles de hipotéticos comparecientes, pero no a los dos, siendo de la exclusiva responsabilidad del Juez interviniente el determinar quién debe acudir en concreto a la sede judicial a los efectos de prestar la declaración que se le reclame, si la Autoridad que dispuso la detención o quien la practicó, elección cuya *ratio* y congruencia exigirá en cualquier caso un previo análisis de las circunstancias que concurren en el respectivo supuesto judicializado.

Concluyo este punto poniendo de relieve que la comparecencia a la que venimos aludiendo también debe exigirse al particular o persona jurídica privada que ha ordenado o practicado la detención, refiriéndose a tales eventuales implicados el artículo 7.2 de la LOHC cuando impone dicho trámite al “representante de la institución o persona”, cuestión de la que se ocupa asimismo V. GIMENO SENDRA en su indicado libro, página 184, diciendo que:

“Al igual que en el proceso civil la capacidad de actuación procesal cuando el privado de libertad ha sido internado en un centro dependiente de una persona jurídica (v.gr.: sanatorio psiquiátrico, residencia para la tercera edad, etc.) la tiene su legal representante (art. 2 LEC), quien habrá de ser citado de comparecencia a fin de que realice su alegación oral”.

Por lo que concierne a la intervención de la autoridad o persona responsable de la custodia, debe entenderse que ésta no es cualquier integrante de la plantilla funcional adscrita a un determinado centro policial de detención (Comisaría, Cuartel de la Guardia Civil), sino al funcionario jefe de quien dependan jerárquicamente los integrantes de la dotación dicha, matiz no obstante que carece obviamente de sentido cuando se trate de personas privadas las responsables de la custodia del detenido.

Del texto del precepto determinante de la comparecencia de las personas dichas se desprende, con lucifera evidencia, que la misma resulta imprescindible, difiriendo únicamente las particularidades procesales de la calendada intervención, ya que no es lo mismo, a tales efectos, que el motivo denunciado sea la posible incidencia del funcionario o persona custodiante en la concreta figura delictiva de malos tratos o torturas o bien que lo sea la carencia de motivos suficientes para legitimar la detención de que se trate. En la primera hipótesis —y continúo exponiendo

opiniones vertidas por el autor precitado— el responsable de la custodia deberá comparecer en concepto de parte principal y su declaración habrá de acomodarse a la fórmula de “citaciones para ser oídos”. Por el contrario, en el segundo de los supuestos plausibles la intervención del responsable de la guarda habrá de ser en calidad de testigo, aunque haya que exceptuar de esta utilización los casos en que los implicados como responsables de la susodicha custodia ilegal, sea cual fuere su concreto condicionamiento, sean personas privadas, supuesto en el que ha de predicarse sin paliativos de ningún tipo la condición de presuntos autores, cómplices o encubridores para todos los involucrados en la peripecia de detención enjuiciada.

c) *Actividad probatoria*

Alude a tal momento procesal el artículo 7.3 y 4 de la LOHC al decir que:

“El Juez admitirá, si las estima pertinentes, las pruebas que aporten las personas a que se refiere el párrafo anterior y las que propongan que puedan practicarse en el acto.

En el plazo de veinticuatro horas, contadas desde que sea dictado el Auto de incoación, los Jueces practicarán todas las actuaciones a que se refiere este artículo y dictarán las resolución que proceda”.

En base a tal concreto punto de referencia normativo, resulta evidente la extrema sumariedad del plazo previsto para proponer y practicar las pruebas que en apoyo de sus respectivas pretensiones inculpatórias y de exoneración provengan de las partes intervinientes en el proceso de *habeas corpus* de que se trate, proposición y práctica que, dada la superlativa brevedad del plazo establecido, reviste características especiales, quedando excluida del seguimiento rutinario que se instaure al efecto la utilización de cualquier medio de prueba que requiera para su práctica del auxilio judicial, no extendiéndose tal exclusión respecto a ningún otro tipo y revistiendo particular importancia la testifical y la documental, especialmente la que resulte del atestado policial ya concebido o en trance de serlo acreditando singular repercusión en este entorno adverbatorio el posible seguimiento o no del preciso *dictum* contenido en el artículo 295 de la LECr, *in principio*, según el cual:

“En ningún caso, salvo el de fuerza mayor, los funcionarios de Policía Judicial podrán dejar de transcurrir más de veinticuatro horas sin dar conocimiento a la Autoridad Judicial o al Ministerio Fiscal de las diligencias que hubieren practicado”.

Tal como resulta de los preceptos contenidos en los dos últimos apar-

tados del artículo 7 de la LOHC, el Juez que conozca del procedimiento de *habeas corpus* de que se trate se halla facultado para rechazar las pruebas que estime impertinentes, actitud jurisdiccional de repulsa que sólo sería admisible en una doble hipótesis: *a)* Cuando no puedan practicarse dentro del perentorio plazo de veinticuatro horas que el mismo artículo impone, y *b)* Cuando sean incoherentes o incongruentes con la finalidad del recurso interpuesto.

En cualquier caso, y con ello concluyo esta breve alusión al punto relativo a la proposición de prueba en este ámbito jurisdiccional, la Ley no contempla ningún género de recurribilidad al que pueda acudir el proponente frustrado, cuestión de la que se ocupa con su habitual destreza el autor al que nos venimos refiriendo constantemente, quien en la página 191 de su antes dicho libro advierte que:

“En principio no hay, pues, ningún obstáculo a que ejerciten el remedio de ‘reforma’, e incluso, contra su resolución denegatoria, el de ‘queja’ ante la audiencia (arts. 216 y 218 LECr). Pero la celebración del procedimiento ha de impedir en la práctica la utilización de tales medios de impugnación. Si la parte gravada estimara que la inadmisión de algún medio de prueba pudiera ocasionarle indefensión y con ello la vulneración del derecho a la ‘tutela’ o ‘defensa’ del artículo 24 CE, a los efectos de anunciar la interposición del recurso de amparo y de estimar cumplido el presupuesto contenido en el artículo 44.1.c) LOTC, habrá de invocar ante el Juez formalmente el referido derecho constitucional que mediante la resolución se estima vulnerado”.

Por lo que atañe a la práctica de la prueba propuesta —y admitida—, la normativa contenida en la LOHC es absolutamente horra de contenido, por lo que su inanidad tendrá que ser colmada con los pronunciamientos genéricos contenidos en la LECr, planteamientos que en todo caso habrán de acompañarse de forma absoluta con el límite cronológico de veinticuatro horas que establece el supradicho artículo 7, último de la LOHC.

Así pues, ante la carencia de un sistema probatorio propio, será necesario acudir al bloque de reglas que desde las vertientes del enjuiciamiento criminógeno ordinario se contienen en la LECr, disposiciones, en suma, que son las oportunamente ubicadas en su Título III del Libro III, aplicación analógica que se impone como ineluctable dada la menesterosa situación en que se encuentra al efecto la reglatividad especial recogida en la LOHC, pero que plantea importantes problemas de encaje que por imperativos de connotación expositiva vamos a orillar.

D) FASE RESOLUTORIA

Atina a ella directamente el artículo 8 de la LOHC, según el cual:

“Practicadas las actuaciones a que se refiere el artículo anterior, el Juez, mediante Auto motivado, adoptará seguidamente alguna de estas resoluciones:

1. Si estima que no se da ninguna de las circunstancias a que se refiere el artículo 1 de esta Ley, acordará el archivo de las actuaciones, declarando ser conforme a Derecho la privación de libertad y las circunstancias en que se está realizando.

2. Si estima que concurre alguna de las circunstancias del artículo 1 de esta Ley, se acordará en el acto alguna de las siguientes medidas:

- a) La puesta en libertad del privado de ésta, si lo fuere ilegalmente.
- b) Que continúe la situación de privación de libertad de acuerdo con las disposiciones legales aplicables al caso; pero si lo considerase necesario en establecimiento distinto o bajo la custodia de personas distintas de las que hasta entonces la detentaban.
- c) Que la persona privada de libertad sea puesta inmediatamente a disposición judicial si ya hubiere transcurrido el plazo legalmente establecido para su detención”.

La fase culminante de todo el *itinere* jurisdiccional que ha motivado el paquete de reflexiones que han antecedido se corporeiza en el momento mismo en que el Juez, una vez practicadas las pruebas pertinentes, dicta el Auto al que alude el precepto anterior, Auto que debe ser motivado (como todos, dado el sentido normativo que trasluce el art. 141.8 de la LECr) a fin de hacer razonable la decisión, exigencia que impide que el mismo pueda materializarse en una fórmula estimatoria o desestimatoria estereotipada o previamente impresa, cuestión que entronca directamente con el latido constitucional que resulta del artículo 120.3 de la CE, del cual se desprende, entre otras cosas que ahora no vienen al caso, el que deba razonarse la práctica de la prueba de modo coherente y que deba inadmitirse la carente de sustantividad o la obtenida de forma ilegal, debiendo atemperarse la vertebración de la convicción probatoria al efecto a lo oportunamente programado con carácter general por el artículo 741 de la LECr.

Por lo tocante al plazo para dictar tal resolución, éste es el perentorio al que venimos haciendo constante alusión a lo largo de estas páginas, es decir, el de veinticuatro horas, a contar del momento en que se dicte el Auto de incoación del recurso de que se trate, plazo que en definitiva tiende a llenar de contenido la exigencia de que las pretensiones conectadas

con los derechos fundamentales se encaucen por unos canales rituarios “preferentes y sumarios”, adjetivos a los que se refiere concretamente el artículo 53 de la CE.

Por lo tocante a las posibles alternativas decisorias que pueden fluir del contenido del referido Auto, éstas son aquellas a las que expresamente alude el artículo 8 de la LHOC antes transcrito, alternativas que son la desestimatoria y la estimatoria, abarcando hipotéticamente esta última una tríada de posibilidades según que concretamente se ordene la libertad del detenido, se imponga su traslado a otro lugar de custodia o se disponga su inmediata puesta a disposición judicial.

Con absoluta coetaneidad a la resolución estimatoria, y si hubiere lugar a ello, se dará cumplimiento a lo ordenado por el artículo 9 de la LOHC, según el cual:

“El Juez deducirá testimonio de los particulares pertinentes para la persecución y castigo de los delitos que hayan podido cometerse por quienes hubieren ordenado la detención o tenido bajo su custodia a la persona privada de libertad.

En los casos de delito de denuncia falsa o simulación de delito se deducirá asimismo testimonio de los particulares pertinentes al efecto de determinar las responsabilidades personales correspondientes.

En todo caso, si se apreciase temeridad o mala fe será condenado el solicitante al pago de las costas del procedimiento; en caso contrario, éstas se declararán de oficio”.

IV. MEDIOS IMPUGNATIVOS DEL AUTO DE CONCLUSION DEL RECURSO

A diferencia de lo que sucede con el Auto de admisión o inadmisión, respecto del cual el artículo 6, *in fine*, de la LOHC veda la posibilidad de cualquier recurso, el artículo 8, patrocinador del Auto que estamos viendo, no dice nada, posición silente que V. GIMENO SENDRA interpreta en el sentido de que el mismo es perfectamente recurrible en atención a las normas comunes de la LECr, concretamente de su artículo 218, que posibilita la utilización del recurso de queja ante la audiencia provincial, tramitado de la forma prevista en los artículos 233-235 de la LECr, recurso de queja que habrá de sustanciarse a fin de no frustrar su posible efectividad en base a los principios de preferencia y sumariedad a los que antes aludimos y que resultan del artículo 53.3 de la CE.

Por otra parte, cabe asimismo la posibilidad frente al Auto totalmente desestimatorio (como también frente al que lo sea sólo en parte, de interponer el recurso contencioso-administrativo que proceda, bien por la vía

de la procesalidad dibujada por la Ley de 1956 o bien por la delineada por la LPJDF, y una vez agotada tal vía judicial interponer el pertinente recurso de amparo ante el TC, estimando vulnerado el derecho fundamental a la libertad del recurrente, violación “imputable de modo inmediato y directo a una acción de un órgano judicial”, artículo 44.1.b) LOHC.

V. REFERENCIA A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE 4 DE JUNIO DE 1990

Resulta de máximo interés sobre la temática desbrozada en las páginas precedentes el contenido de la supraindicada Sentencia pronunciada por dicho Tribunal —en amparo—, resolución en la que siendo Ponente el excelentísimo señor Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer se patentizó el criterio del meritado Alto Tribunal sobre algunas de las cuestiones que han desfilado, con sus sendas problemáticas, por las páginas precedentes (naturaleza jurídico-procesal del Instituto, necesidad de motivación del Auto inadmisorio, etc.), circunstancia que determina la conveniencia de trasladar a estas páginas su tenor literal, siendo éste el siguiente:

“En el recurso de amparo número 717/1988, interpuesto por don Francisco Javier P. R., actuando éste como defensor judicial del incapaz don Felipe V. A., contra Auto del JPI Oviedo número 5, por el que se declara no haber lugar a la incoación del procedimiento de *habeas corpus*, así como la improcedencia del mismo. Ha sido parte el MF. Ha sido Ponente el Magistrado señor Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, quien expresa el parecer de la Sala.

* * *

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero: Promovida la solicitud de *habeas corpus* por el ahora recurrente en amparo en defensa de una persona en su día declarada incapaz dadas sus alteraciones psíquicas e internada en una clínica de Oviedo, el Auto del JPI Oviedo número 5, objeto del presente recurso de amparo, acordó denegar dicha solicitud por considerarla improcedente “a la vista de los antecedentes obrantes en otros Juzgados de esta capital y que por testimonio se han unido a la presente solicitud”.

La demanda de amparo sostiene que el Auto impugnado ha violado el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE y solicita en el *petitum* que se restablezca en su libertad al incapacitado, declarando ilegal

su internamiento por no existir resolución judicial alguna que lo acuerde. A la vista de esta pretensión dirigida a obtener de inmediato la libertad del internado, cabe limitar nuestro examen sólo a la posible vulneración del derecho a la libertad personal reconocido en el artículo 17.1 CE, en relación con la garantía establecida en el apartado 4 del mismo artículo.

Ha de entenderse que la alegada vulneración del derecho reconocido en el artículo 24.1 CE es meramente retórica y en apoyo de la vulneración que se denuncia del derecho de libertad personal. En cuanto a la afirmación de que en el Auto impugnado existe una vinculación indebida a lo decidido por otro Juez, ha de afirmarse, en primer lugar, que en puridad se trata de la remisión, en la motivación, a los fundamentos de otras decisiones adoptadas por otros órganos judiciales. Aparte de ello, en cuanto que la petición de *habeas corpus* reitera peticiones anteriores, sin que hayan cambiado las circunstancias, resulta constitucionalmente legítimo que el órgano judicial se remita a decisiones que ya han resuelto sobre el mismo asunto. En relación con un eventual defecto de motivación del Auto impugnado no cabe descartar, como afirma la STC 98/1986 (FJ 2.º), que una resolución desestimatoria en el procedimiento de *habeas corpus* pueda contrariar, por inmotivada o por falta de fundamento razonable, el derecho a la tutela judicial efectiva, además del derecho reconocido en el artículo 17.1 CE. Sin embargo, en el presente caso la supuesta falta de tutela judicial habría de apreciarse con referencia a la decisión obtenida en el procedimiento de *habeas corpus*; la carencia de motivación de la resolución impugnada, su motivación irrazonable o la interpretación errada del contenido del derecho a la libertad deparadora de su indebida falta de protección supondría, en su caso también, que el Juzgador incumplió lo prevenido en el artículo 17.4 CE, vulnerando por ello, también por falta de la debida tutela judicial, el derecho a la libertad del artículo 17.1 CE. Tratándose aquí de la tutela del derecho fundamental a la libertad personal protegible en amparo, corresponde a este Tribunal velar por su protección, sin necesidad de devolver el asunto al órgano judicial, como ocurriría de tratarse de una lesión autónoma del derecho a la tutela judicial efectiva.

Para precisar el objeto del presente recurso ha de recordarse además que este proceso constitucional trae su origen de un previo procedimiento judicial de *habeas corpus*. A través de este procedimiento especial se ha de juzgar sólo la legitimidad de una situación de privación de libertad a la que se trata de poner fin o modificar, pero sin extraer más consecuencias que la necesaria finalización o modificación de esa situación de privación de libertad (art. 8.2 LO 6/1984, de 24 de mayo); adoptando, en su caso, alguna de las decisiones a las que se refiere el artículo 9 de la citada LO 6/1984; en concreto, en el presente caso “la puesta en libertad del privado

de ésta si lo fue ilegalmente". Como afirma la STC 98/1986, el procedimiento previsto en el artículo 17.4 CE tiene un carácter especial de cognición limitada; a través de él se busca sólo "la inmediata puesta a disposición judicial de una persona detenida ilegalmente" como medio sustantivo del derecho de libertad que sólo permite hacer cesar de modo inmediato las situaciones irregulares de privación de libertad. Se trata de un control judicial limitado no a todos los aspectos o modalidades de la detención, sino sólo a su regularidad o legalidad en el sentido del artículo 5.1 y 4 Convenio Europeo de Derechos Humanos y del artículo 17.1 y 4 CE.

El objeto del presente proceso ha de entenderse reducido a examinar si, como sostiene el demandante, la persona internada cuya libertad se defiende se encuentra ilegalmente detenida o internada. Para ello resulta necesario examinar la suficiencia y corrección constitucional de la fundamentación de la resolución denegatoria que aquí se impugna, puesto que, como recuerda el Ministerio Fiscal, sólo si en esa resolución existiera carencia de motivación, motivación irrazonable o interpretación errada del contenido del derecho a la libertad personal, habría existido la violación que se denuncia del artículo 17 CE.

Segundo: Según el artículo 17.1 CE, nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y en las formas previstos en la Ley; y dentro de esos casos y formas ha de considerarse incluida, desde luego, la "detención regular... de un enajenado", a la que se refiere el artículo 5.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. La "regularidad" de esa detención depende a su vez de la existencia de una decisión judicial que autorice ese internamiento (art. 211 CC) por la situación de salud mental del afectado que justifique la necesidad de internamiento. Para privar al enajenado de su libertad, según la doctrina consolidada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Winterwerp, S. 24 octubre 1979, y Ashingdane, S. 8 mayo 1985), debe establecerse judicialmente que el afectado padece una perturbación mental real, comprobada médicamente de forma objetiva, y que esa perturbación presenta un carácter o magnitud que justifique ese internamiento por no poder vivir esa persona libremente en sociedad. Además, ese internamiento no puede prolongarse lícitamente sino en la medida en que persista esa situación de perturbación que le impida la vida en libertad.

El examen de la regularidad del internamiento que se cuestiona nos ha de llevar, por tanto, a examinar si ese internamiento está autorizado judicialmente y si además esa autorización se basa razonablemente en una situación efectiva y actual de perturbación mental que justifica el mantenimiento de la situación de internamiento.

Tercero: Según el solicitante de amparo, el internamiento del incapaz constituye una detención ilegal por no existir resolución judicial alguna que acuerde o autorice tal internamiento. La base de la argumentación fáctica del recurrente radica en sostener que el Auto de 21 de mayo de 1942 de incapacitación del incapaz por el JPI Madrid número 14 no acordó nada en relación con el internamiento y que el informe que entonces emitió el médico forense es que el incapacitado padecía de demencia precoz o esquizofrenia de tipo catatónica, de carácter incurable, irreversible y permanente, y que el enfermo “debe hacer vida sanatorial en los brotes agudos y vida familiar en los períodos intermedios. Afirma además que el Auto de 11 de abril de 1984 del JPI Oviedo número 1 se refirió sólo al expediente de remoción de tutor, pero no acuerda nada respecto del internamiento del incapaz”.

En cuanto esta argumentación, que se refiere al momento inicial de internamiento, que tuvo lugar en fecha imprecisa, pero según el demandante hace cuarenta años, ha de recordarse que la exigencia de autorización judicial para el internamiento, que es una consecuencia del reconocimiento constitucional del derecho de libertad, no regía en el momento en que ese internamiento se produjo, en cuyo momento estaba en vigor el Decreto de 3 de junio de 1931, de dudosa vigencia después de la entrada en vigor de la CE, que ha quedado derogado expresamente por el artículo 2.2 de la Ley 13/1983, de 24 de octubre, y sustituido por el nuevo artículo 211 CC. El derogado Decreto de 1931 establecía sólo un control gubernativo de los internamientos involuntarios de los enfermos mentales, no existiendo en aquel momento una protección jurídica adecuada de las personas frente a internamientos indebidos ni frente al desconocimiento de sus derechos una vez internadas, ni un control jurídico operativo del respeto debido a la libertad y a los derechos fundamentales de estas personas.

La exigencia actual de una autorización judicial del internamiento de las personas por razones de salud no significa que todos los internamientos anteriores autorizados gubernativamente puedan entenderse irregulares o ilegítimos, al margen de la operatividad de los controles judiciales periódicos legalmente previstos y de la posibilidad de revisión judicial de la situación concreta de salud mental de esas personas. De este modo, no puede cuestionarse en amparo la inconstitucionalidad del internamiento sino en la medida en que se ponga en duda la necesidad de mantenimiento de ese internamiento, que no puede prolongarse lícitamente, sino en la medida en que persista una situación de perturbación mental real con un carácter o magnitud que lo justifique.

Aun cuando la doctrina ha puesto de relieve la falta de una regulación expresa del supuesto de la revisión o modificación de la situación de

internamiento entendiéndolo como insuficiente el artículo 211 CC para proporcionar una regulación completa del tema, el control judicial previsto para el internamiento ha de entenderse que comprende también las decisiones sobre la modificación o la terminación del internamiento a través de las vías previstas en la LEC, con la posible intervención del procedimiento de *habeas corpus* sólo en la medida en que esas vías judiciales ordinarias se hayan mostrado idóneas para proteger la libertad.

En este sentido tendría razón el recurrente si efectivamente cuestionada la situación de internamiento por entenderse que no persistía una situación de perturbación mental que la justifique, las resoluciones judiciales no hubiesen tutelado esa libertad y controlado judicialmente la regularidad de la situación de internamiento. Sin embargo, el examen de los antecedentes permite comprobar que no es cierta la premisa fáctica de la que por error o maliciosamente parte el recurrente.

Los diversos Autos que han rechazado las solicitudes sucesivas de *habeas corpus* del recurrente, a los que se remite el Auto impugnado, han sostenido que el internamiento era regular porque el incapaz se encontraba lícitamente internado por virtud de decisión de organismos tutelares y con intervención del órgano judicial. En concreto, se afirma que esa decisión del organismo tutelar fue ratificada por el Juzgado en Auto de 11 de abril de 1984 por estimarlo conveniente para el incapacitado, sin que se hayan producido con posterioridad hechos que aconsejen modificar esa situación.

El Auto de 11 de abril de 1984 del JPI de Oviedo número 1, dictado en expediente de remoción de tutor y petición de internamiento del incapaz en establecimiento adecuado, no sólo ha decidido al respecto que "no ha lugar el cambio de internamiento del referido incapaz", sino también ha fundamentado detenidamente esa decisión en su cuarto Considerando, cuyo texto figura en los antecedentes de esta Sentencia.

Dicho Considerando justifica la decisión denegatoria adoptada "a la vista de los datos y elementos de juicio consignados en los dos informes emitidos por el médico forense y demás informes facultativos aportados". Ha existido así la necesaria comprobación médica objetiva del estado de perturbación mental, comprobación que ha dado por resultado la existencia de una perturbación mental que justifica la permanencia, sin cambios, de ese internamiento. Resulta relevante destacar además que el Ministerio Fiscal no interesaba la libertad del incapaz, sino sólo su cambio de internamiento a otro centro médico, por lo que ni siquiera se cuestionaba la puesta en libertad de la persona, sino sólo si era conveniente sustituir el centro donde tuviera lugar el internamiento que su estado de salud justificaba. El órgano judicial, ponderando el conjunto de circunstancias concurrentes y atendiendo al beneficio de incapaz, ha estimado no sólo que

las perturbaciones mentales del incapaz revestían un carácter o magnitud que legitimaban la prolongación de su internamiento, sino además que por su edad y situación de salud no debía variarse el centro donde tenía lugar el internamiento, que consideraba tenía lugar en condiciones aceptables y con el adecuado cuidado.

Las resoluciones judiciales posteriores, que han conocido de diversas demandas de *habeas corpus* del solicitante de amparo, se han remitido en ese Auto como base jurídica para legitimar la regularidad del internamiento, añadiendo además que permanecían las circunstancias en las que se había basado esa decisión, afirmación esta última que el recurrente ni siquiera cuestiona, pues centra su argumentación en un informe pericial del médico forense de 1942.

No corresponde a este Tribunal entrar en el análisis de los hechos que estuvieron en la base del procedimiento resuelto, sino sólo “de la suficiencia y corrección constitucional de la fundamentación del fallo denegatorio (STC 98/1986, FJ 3.º), o sea, comprobar si existe una fundamentación jurídica que justifique razonablemente la negativa del órgano judicial a la puesta en libertad inmediata del internado. El razonamiento por remisión que hace el Auto impugnado permite constatar que, en contra de lo que dice en la demanda, se ha establecido judicialmente que el afectado padece una perturbación mental real, que ello ha sido comprobado médicamente de forma objetiva y que esa perturbación presenta actualmente un carácter o magnitud que justifica la permanencia del internamiento. La resolución no carece de motivación, la motivación que contiene no es irrazonable —pues no es opuesta a la lógica o a los principios morales aceptados por todos de forma que ninguna persona razonable tomaría esa decisión después de estudiar la cuestión (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Weeks, S. 2 marzo 1987)— ni contiene una interpretación errónea del contenido del derecho a la libertad personal.

La fundamentación del fallo denegatorio conduce, sin género de dudas, a desestimar que el internamiento cuestionado fuera irregular y que en base a esa irregularidad pudiera exigirse la inmediata puesta en libertad del internado. El Juez ha comprobado que existía una autorización judicial expresa, a su vez basada en una situación real de perturbación mental que permanecía y que impide al internado una vida libre en sociedad. Se trata de una fundamentación suficiente y correcta desde el punto de vista constitucional, lo que excluye que el Auto impugnado haya violado el derecho a la libertad del artículo 17.1 CE y, en relación con el mismo, el *habeas corpus* reconocido en el artículo 17.4 CE, por lo que procede desestimar el presente recurso.

Cuarto: El examen de las actuaciones permite comprobar que la demanda parte de una afirmación fáctica contraria a la realidad, la de que el Auto de 11 de abril de 1984, que no fue acompañado a la demanda, no hace mención alguna por la que se acuerde el internamiento del incapaz, y lo único que se establecería sería la remoción del antiguo tutor. Asimismo, en la minuciosa exposición de los hechos que se hace en la demanda y en el escrito de alegaciones se ha omitido significativamente la existencia de diversos procedimientos previos de *habeas corpus* en los que se dictaron Autos denegatorios con una fundamentación jurídica mucho más detenida a la que se remite el Auto impugnado, cuya fundamentación pudiera ser cuestionada sin conocer tales Autos.

Partiendo de la credibilidad de esa doble premisa, la inexistencia de una resolución judicial que acuerde el internamiento y la falta de motivación en principio del Auto denegatorio del *habeas corpus*, la demanda fue admitida a trámite, lo que no hubiera sido el caso, desde luego, de haber tenido acceso este Tribunal en el momento de la admisión, ya sea al Auto de 11 de abril de 1984, ya sea a los Autos anteriores denegatorios del *habeas corpus*.

Por si fuera desconocida para el actor la afirmación que figuraba en la demanda y en el escrito de alegaciones de que el Auto de 1984 no acordó nada en cuanto a la situación personal del incapaz, la Sección puso de manifiesto al recurrente el texto del mismo, y a su vista presenta escrito dando por reproducido íntegramente el anterior escrito de alegaciones basado en la afirmación de que tal Auto no había acordado nada en cuanto a la situación personal de internamiento del incapaz.

Las anteriores circunstancias permiten entender que el recurrente no ha obrado con la necesaria probidad y buena fe al formular la presente demanda, basada en unas premisas fácticas que tanto él como su Letrado deberían saber que eran contrarias a la verdad. Ha desconocido así la obligación de buena fe que debe respetarse en todo tipo de procedimiento (art. 11.1 LOPJ) y también en este proceso de amparo, y ha incurrido así en temeridad y abuso de derecho al formular la presente demanda. De acuerdo con el artículo 95.3 LOTC, el Tribunal podrá imponer al que formulase recurso de amparo con temeridad o abuso de derecho una sanción pecuniaria de 5.000 a 100.000 pesetas. En base al mismo, procede imponer al solicitante de amparo, por su manifiesta temeridad, una sanción pecuniaria de 50.000 pesetas.

Fallo: En atención a todo lo expuesto, el TC, por la autoridad que le confiere la CE, ha decidido:

1. Desestimar el presente recurso de amparo.
2. Imponer a don Francisco Javier P. R. por su temeridad al formular el presente recurso de amparo una sanción pecuniaria de 50.000 pesetas”.

JOSÉ ANTONIO MIQUEL CALATAYUD

Registrador de la Propiedad

La donación de inmueble encubierta como compraventa

SUMARIO: I INTRODUCCION.—II. LA SIMULACION.—III. LA PRUEBA DE LA SIMULACION A) EL CONTRADOCUMENTO B) LOS INDICIOS. 1. *Necesidad*. 2. *Enajenación de todo el patrimonio* 3. *Afecto*: a) Relación paterno-filial. b) Parentesco. c) Convivencia o relación extramatrimonial. 4. *Persona interpuesta*. 5. *Subfortuna* 6. *Movimientos bancarios*. 7. *Precio vil*. 8. *Precio no entregado ante notario*: a) Precio confesado. b) Precio compensado. c) Precio diferido. 9. *Inversión*. 10. *Retención de la posesión*. 11. *Tiempo*.—IV. LA INVALIDEZ DE LA DONACION A) POR FALTA DE FORMA: 1. *En la donación "inter vivos"*. 2. *En la donación "mortis causa"*. B) POR ILICITUD DE LA CAUSA: 1. *Detracción de derechos legitimarios*. 2. *Fraude de acreedores* 3. *Elusión fiscal* 4. *Remuneración de servicios inmorales o ilícitos*. 5. *Fraude a parientes tronqueros*. C) OTRAS CAUSAS DE INVALIDEZ: 1. *Falta de disponibilidad a título gratuito*. 2. *Incapacidad para recibir a título gratuito* —V. LA VALIDEZ DE LA DONACION A) CUANDO LA DONACIÓN ES PURA. B) CUANDO LA DONACIÓN ES REMUNERATORIA. C) CUANDO LA DONACIÓN ES MODAL.—VI. LA ACCION DE SIMULACION: A) LEGITIMACIÓN: 1. *Legitimación activa*: a) Las partes. b) El heredero. c) El tercero. 2. *Legitimación pasiva* B) CARACTERES DE LA ACCIÓN: 1. *Imprescriptibilidad* 2. *Subsidiariedad*.—VII. EFECTOS DE LA DECLARACION DE SIMULACION: A) EFECTOS ENTRE LAS PARTES. B) EFECTOS RESPECTO AL TERCERO DE BUENA FE: 1. *Cuando la acción es ejercida por los simulantes*: a) Efectos respecto al acreedor del transmitente. b) Efectos respecto a los acreedores del adquirente. c) Efectos respecto al subadquirente 2. *Cuando la acción es ejercida por el tercero*. 3. *Cuando la acción es ejercida por otro tercero*: a) Colisión de intereses entre acreedores de los simulantes. b) Conflicto entre acreedores del falso vendedor y los subadquirentes del propietario aparente. c) Colisión entre terceros adquirentes. d) Conflicto entre legitimarios y terceros adquirentes.—VIII. OTRAS PRETENSIONES —IX LA REVOCACION DE LA DONACION.—SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO —BIBLIOGRAFIA.

I. INTRODUCCION

El caso de la donación de bien inmueble encubierta bajo compraventa, que se realiza en escritura pública, es un supuesto corriente y, posiblemente, el caso de simulación más frecuente en la práctica (1). De común acuerdo y, casi siempre, para evitar la imposición fiscal más gravosa de donaciones y sucesiones *mortis causa*, donante y beneficiario suelen aparentar ante Notario que venden y compran la finca objeto de la liberalidad por un precio que el primero declara haber recibido ya.

Esta simulación, desconocida habitualmente fuera del círculo de los contratantes, suele alcanzar su fin, sin que con el paso del tiempo se susciten problemas ni contiendas. En muchas ocasiones, no obstante, las donaciones encubiertas llegan hasta los tribunales; y en número tan poco despreciable que el Tribunal Supremo ha venido a deplorar su práctica, calificándola de “tendencia morbosa” (2) y de “verdadera calamidad social y judicial” (3).

Muchas veces, es el propio donante el que, arrepentido de su generosidad —tal vez ante la ingratitud del donatario—, y no pudiendo acceder directamente a la revocación, remueve en las aguas de su propio engaño a fin de desposeer al beneficiario. Otras, son los legitimarios del donante que, perjudicados por una donación que resulta ser inoficiosa, atacan la apariencia onerosa de la transmisión, porque sólo los actos gratuitos del causante son rescindibles por los herederos. Otras, en fin, son los acreedores del benefactor los que, dañados por la enajenación, promueven el esclarecimiento del negocio que la ha producido.

He ahí el origen de muchas de las acciones de simulación entabladas en el marco de las liberalidades encubiertas; y he ahí, también, por la diversidad de perspectivas de cada uno de esos actores, una de las fuentes de complicación de la materia presente. Junto a ella, la complejidad de los

(1) Alguna vez, curiosamente, se ha dado el supuesto contrario: compraventa encubierta por donación, como en el caso de la STS de 25 de abril de 1967.

La donación, por su parte, no sólo se ha disimulado tras la compraventa, sino tras otros contratos onerosos como la permuta o la dación en pago e, incluso, tras actos unilaterales como el reconocimiento de deuda (así, en los casos de las SSTs 30 abril 1960 y 26 junio 1961). Otra forma de ocultar una donación ha sido la practicada por el cónyuge sobreviviente a favor de sus hijos de parte de sus gananciales con ocasión de la partición hereditaria de los bienes del cónyuge difunto. La donación se hace posible en el momento de la liquidación de la sociedad de gananciales mediante la ínfima valoración de algunos bienes y la adjudicación de la parte infravalorada al haber ganancial del difunto y, consiguientemente, a la masa hereditaria. Sobre las repercusiones fiscales de esta operación *vid.* Eduardo FERNÁNDEZ LÓPEZ, “Donaciones encubiertas de gananciales”, *Crónica tributaria*, núm. 41 (1982), págs. 43-45.

(2) STS de 7 de octubre de 1958.

(3) STS de 11 de abril de 1961.

medios probatorios; la variedad de consecuencias que la simulación presenta para los contrayentes y para sus herederos, y para los terceros que confiaron en la apariencia por aquellos creada; así como la pluralidad de fines perseguidos en su día por los simulantes. Y colaborando con éstos y otros factores de complicación la jurisprudencia, que no ha mantenido un criterio uniforme.

Mas empecemos por el principio.

II. LA SIMULACION

La doctrina y la jurisprudencia admiten dos casos de simulación, dependiendo de que la falsa declaración encubra otro contrato o de que no oculte nada; y apoyan la distinción en el artículo 1.276 del Código Civil: el contrato con causa falsa puede “estar fundado” en otra verdadera y lícita (simulación relativa), o no (simulación absoluta).

El supuesto fáctico que nos ocupa es un claro ejemplo de simulación relativa; hay una declaración falsa de compraventa que viene a encubrir una donación de inmueble (4). A pesar de ello, es posible que nuestro supuesto pase por simulación absoluta. Tras la inexistente compraventa, cabe no “ver” nada: tal vez porque la donación sea esencialmente defectuosa (5), o tal vez porque no haya logrado probarse su existencia. En cualquier caso, el problema de la validez de la donación viene en segundo lugar. Primero es preciso ocuparse de la simulación; o, lo que es lo mismo, de la compraventa, que es el negocio aparentado.

La simulación —explica la doctrina— es la divergencia consciente y acordada entre la declaración y la voluntad. En nuestro caso, la simulación se halla en la declaración que se hace sobre el precio, que es falsa, y que determina la ausencia de causa (causa falsa) en la compraventa y, con ella, la inexistencia de ese contrato (CC, arts. 1.261 y 1.274, en relación con el 1.445).

La simulación exige acuerdo (*consilium simulationis*) entre las partes contratantes, compradora y vendedora (6). De ahí que, cuando sólo hay

(4) La simulación no se encuentra regulada en el Código Civil aunque aluda a ella precisamente en la especie simulatoria de que tratamos en el artículo 628. donaciones hechas “simuladamente bajo apariencia de otro contrato”; y lo mismo la Compilación de Cataluña en los artículos 14, párrafo 2.º, y 75, párrafo 3.º.

(5) *Vid. infra* nota 99

(6) El adquirente, por ello, no puede alegar una posición de tercero hipotecario con arreglo al artículo 34 de la Ley Hipotecaria al faltarle la buena fe y porque “este precepto [no] es aplicable en los casos de inexistencia de adquisición por simulación” (STS 16 mayo 1967).

voluntad de aparentar en una de las partes —aunque esta parte la formen varias personas—, no haya simulación sino reserva mental (7).

Para simular una compraventa hay que aparentar un precio, que suele confesarse recibido. Pero el precio falso ha de distinguirse del precio ínfimo, que sea real, y del precio verdaderamente existente, pero cuya cuantía declarada sea falsa. En este segundo caso, debe prevalecer el precio real respecto del fingido, lo que no supone problema alguno de nulidad de contrato. El primer caso —el de figurar un precio irrisorio en la compraventa— suele ser indicio de simulación y de ausencia de precio, mas la realidad de un precio vil no sirve para fundar la simulación: “la existencia de un precio cierto por ínfimo que sea, no se aviene a la tesis del recurso de apariencia o simulación de venta por carencia de causa o falta de precio” (8); porque no hace falta “la existencia de adecuación entre ese elemento integrante del pacto y el verdadero valor de la cosa enajenada, y mucho menos, la necesidad de que el vendedor hubiera de obtener lucro alguno” (9). Pero, insistimos, hace falta que el precio, por ínfimo que sea, exista.

III. LA PRUEBA DE LA SIMULACION

La escritura de compraventa lo único que prueba “es que las manifestaciones en ella contenidas han sido hechas realmente por las partes, pero no su veracidad intrínseca” (10); por lo que, cuando conste en ella un “precio meramente confesado (que es lo habitual), tal manifestación del vendedor no se halla amparada en cuanto a su certeza y veracidad por la fe pública notarial” (11).

Para triunfar en la acción de simulación se ha de acreditar la falsedad de la declaración y la inexistencia de la causa; aunque, para que quede probada la simulación hace falta demostrar también el *consilium simula-*

(7) *Vid.* STS de 30 de abril de 1986.

(8) STS de 29 de abril de 1946. En el mismo sentido, STS de 16 de octubre de 1965.

(9) STS de 27 de febrero de 1954. La compraventa con precio vil es realmente un supuesto de *negotium mixtum cum donacione*. Entre este negocio y la donación disimulada por contrato oneroso existe una similitud: el último fin perseguido es, en ambos casos, hacer una liberalidad sin realizar formalmente una donación. Pero el medio empleado les separa: en el primer caso, el vehículo de la donación es un negocio indirecto; en el segundo, un negocio simulado. En el primer caso, un negocio existente; en el segundo, uno inexistente. *Vid.* STS de 19 de octubre de 1959.

(10) STS de 24 de febrero de 1986 (con esta fecha se produjeron dos Sentencias sobre simulación, pero sólo una de ellas se refirió a una donación encubierta; ésta es la que citamos ahora y citaremos luego).

(11) STS de 23 de septiembre de 1989.

tionis, sin el cual no hay simulación. Para lograrlo, pueden emplearse todos los medios probatorios a que alude el artículo 1.215 del Código Civil. Ahora bien, dado el carácter oculto de la simulación, estos medios quedan reducidos a dos en la práctica (12): un tipo de instrumentos llamado “contradocumento” y, sobre todo, las presunciones o indicios (13). Junto a ellos ha de darse la falta de probanza, por el demandado, del pago del precio, pues su acreditación, de producirse, prevalece sobre los indicios (14).

A) EL CONTRADOCUMENTO

Puede suceder que la verdadera voluntad contractual de los simulantes conste en otro documento, distinto al simulado, a que el Código Civil francés llama *contre-lettre* (art. 1.321) y al que la doctrina española denomina “contradocumento” o “contradecларación”. No suele presentarse, dado el sigilo que cubre a estos negocios y dada la confianza que habitualmente media entre las partes. Se produce, por ejemplo, en aquellos casos en los que la compraventa encubre una donación *mortis causa* o una *reservato usufructo*, pues entonces se hace constar en el contradocumento la retención de la posesión o de determinadas facultades sobre el bien (15).

B) LOS INDICIOS

Las presunciones o indicios han de girar en torno a la falsedad de la transferencia del presunto comprador, para coadyudar en la prueba de la inexistencia de la causa declarada. Siguiendo, básicamente, el esquema trazado por MUÑOZ SABATÉ (16), que, a su vez, “ha procurado asentarse

(12) Lo que no quiere decir que los demás no sean necesarios para acreditar los indicios.

(13) “La simulación rara vez presentará prueba directa de su existencia [...] y, por el contrario, habrá de basarse en presunciones que lleven a la convicción del Juzgador la inexistencia del contrato figurado” (STS 20 enero 1966) Doctrina confirmada por las SSTs de 24 de febrero de 1986 y 23 de septiembre de 1989, entre otras.

(14) Así ocurrió en el caso de la STS de 2 de noviembre de 1989.

(15) *Vid.* SSTs de 24 de febrero de 1986 y 19 de noviembre de 1987.

(16) L. MUÑOZ SABATÉ, *La prueba de simulación. Semiótica de los negocios simulados*, Editorial Hispano Europea, Barcelona, 1972 págs. 217-420. La relación de indicios que da es la siguiente: *causa simulandi, necessitas, omnia bona, affectio, notitia, habitus, character, interpositio*, subfortuna, movimiento bancario, *pretium vilis, pretium confesus, compensatio*, precio diferido, inversión, *retentio possessionis, tempus, locus, silentio, insidia, preconstituito, provisto, disparitiesis, incuria, inertia, nescientia*, dominancia, subyacencia, contradocumento, *transactio* e indicios endoprocesales. Dentro de estos

en la osamenta clásica” de los expositores del Comentario y, en especial, de MENOCHIO, hacemos la siguiente relación de indicios de los que cabe presumir que una compraventa es inexistente:

1. *Necesidad*

En la intención de todo vendedor pesa siempre una cierta necesidad económica, más o menos apremiante, pues nadie vende para desprenderse simplemente de sus bienes. De ahí que, de no aparecer por ningún lado la necesidad de vender, de convertir en dinero un bien —de conseguir liquidez—, haya de presumirse que no hubo venta y sí, tal vez, donación (17). Ciertamente, ambas presunciones corren parejas porque de no existir necesidad, ¿qué puede mover a nadie a desprenderse de sus bienes, que no sea el deseo de enriquecer a otro sin contraprestación: el *animus donandi*? Cabe la finalidad *ad pompam*, ciertamente, pero ella es excepcional.

Frecuentemente, este indicio va unido al de enajenación de todo el patrimonio, y al de enajenación extemporánea. ¿Qué necesidad pudo tener, por ejemplo, una señora que vendió todo su patrimonio *in articulo mortis* y un poco después murió? (18).

2. *Enajenación de todo el patrimonio*

Hay otros indicios, como el de enajenación de todo el patrimonio, que son más propios de la simulación de insolvencia que de la donación encubierta, pero que también pueden darse en ella (19).

Semejante a este indicio es el de enajenación de la mejor parte del patrimonio —la mejor parte, económica o sentimental.

últimos, que son los que se producen en el mismo proceso, incluye éstos normalidad (falta de verosimilitud en la contestación a la demanda), tono (falta de contestación frontal a la demanda), coyuntura, conducta oclusiva, conducta omisiva, conducta hesitativa, conducta mendaz y conducta excriminativa. Sobre la apreciación conjunta de los indicios, *vid.*, por ejemplo, STS de 23 de junio de 1965.

(17) *Vid.* STS de 24 de febrero de 1986.

(18) Caso de la STS de 28 de febrero de 1953.

(19) Caso de la STS de 7 de abril de 1960.

3. *Afecto*

Dentro de este apartado trazamos nuestro propio esquema, pues la *affectio*, que es uno de los indicios más típicos y característicos de la simulación, no se manifiesta siempre con la misma intensidad: depende del tipo y grado de relación entre los simulantes.

Este indicio se correlaciona con la insidia, dice MUÑOZ SABATÉ, “dado que la proximidad afectiva suele ser circunstancia muy propicia para la captación de voluntad en caso de liberalidades encubiertas” (20). Hasta el punto de que la *affectio*, que, en las donaciones simuladas, se integra en la *causa simulandi* (21), puede llegar a ser sustituida como móvil por la *captio*.

a) Relación paterno-filial

La simulación de transmisiones onerosas, que en realidad son gratuitas, encuentra en la relación paterno-filial su principal móvil e indicio (22). Los padres, por diversos motivos, especialmente de orden fiscal, suelen preferir este tipo de negocio simulado a la sucesión *mortis causa* o a una abierta donación.

b) Parentesco

Junto a la falsas ventas hechas a los hijos, la práctica presenta numerosos ejemplos de donaciones encubiertas por compraventa, en las que el beneficiario es un pariente, un allegado del donante (23). Pero el afecto, como indicio, no tiene aquí la misma fuerza presuntiva de la simulación que en el caso anterior; y no puede tomarse aisladamente. Hacerlo sería tanto como prohibir el tráfico entre parientes.

(20) L. MUÑOZ SABATÉ, *La prueba...*, cit., pág. 248. Es el caso de una supuesta compraventa de padres ancianos —padeciendo el padre de perturbaciones mentales— a un hijo que convivía con ellos en el caserío y que dio lugar a la STS de 22 de febrero de 1963. Vid. también la STS de 24 de abril de 1961.

(21) *Ibid.*, pág. 243.

(22) Es apreciada la relación paterno-filial como indicio para uno de los contratos a los que se refiere la STS de 23 de septiembre de 1989.

(23) Es apreciado el parentesco como indicio, entre otras, en las SSTS de 27 de enero de 1967 y 5 de noviembre de 1988.

c) Convivencia o relación extramatrimonial

Dice la Sentencia de 29 de abril de 1946 que “el hecho de las relaciones ilícitas entre comprador y vendedor puede llevar a presumir, en términos generales, que los otorgantes se propusieron disfrazar de compraventa lo que en realidad constituye una donación”. Pero este indicio, sólo, no es suficiente —dice la misma sentencia—, por lo que debe ir acompañado de otros. Afirmación, que por lo que dijimos antes, sirve tanto para este tipo de vinculación afectiva como para la que se da entre amigos o parientes.

Mayor relevancia presuntiva ofrece la convivencia *more uxorio*, siendo apreciada como indicio en uno de los contratos a que se refiere la Sentencia de 23 de septiembre de 1989.

4. *Persona interpuesta*

Este es un indicio frecuente en las liberalidades encubiertas. La utilización de un testamento suele ser una forma de ocultación del dato de la *affectio*: “se contrata con un extraño para que seguidamente esa persona contrate con el familiar o amigo” (24). Es el caso de la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 1958: una abuela, queriendo hacer donación de sus bienes a su nieto, despojó a sus seis hijos de sus derechos legitimarios mediante la argucia de enajenarlos aparentemente al suegro del nieto, quien a su vez los transmitió, por una permuta, a éste (25).

Este indicio suele ir unido al de *tempus*, ya que, entre los dos actos en que se desarrolla la operación, el lapso suele ser muy breve: en el caso de la citada Sentencia de 1958 fue de dos meses.

A veces, la transmisión en dos tiempos puede quedar truncada, o al menos diferida, si el testamento es también un allegado del donatario que puede retener el bien sin quebrar la confianza.

5. *Subfortuna*

Cuando uno dice que compra, ello quiere decir que de alguna manera goza, en el momento presente, de capacidad adquisitiva (26). Si consideramos que el adquirente, en el tipo de negocio de que hablamos, es alguien

(24) L. MUÑOZ SABATÉ, *La prueba...* cit., pág. 272.

(25) Es también el caso de la STS de 5 de noviembre de 1956.

(26) El indicio de falta de disponibilidad de numerario es apreciado por la STS de 4 de mayo de 1968 (Aranzadi, núm. 3 417).

al que se trata de beneficiar sin contraprestación, resulta probable que sea persona necesitada, o tal vez, sólo, persona de modestos recursos.

Este indicio cabe que sea soslayado por un aplazamiento del pago, excesivamente dilatado en el tiempo, cuando el precio se simula equivalente al valor del inmueble; o por un precio vil, cuando no se simula esa equivalencia en las prestaciones. Pero también puede encubrirse el dato de la subfortuna por medio de otras coartadas: simular una compensación; o aparentar un préstamo proveniente de tercera persona o del mismo donante, que se devuelve después de otorgada la escritura (27); o alegar, en el proceso, la existencia de algún ingreso extraordinario por venta, herencia o lotería, pero que suele quedar demasiado alejado en el tiempo (28).

6. *Movimientos bancarios (29)*

La ausencia de movimientos de cargo o abono en las cuentas bancarias de vendedor y comprador, por la cuantía del precio y en torno a la fecha del contrato, es un claro indicio de fingimiento. Los pagos se hacen casi siempre por medio de cheque, talón o transferencia; y aquellos instrumentos no se depositan sino en un banco. La sospecha de simulación, cuando al realizarse una compraventa las cuentas corrientes y libretas de ahorro no sufren modificación, se hace muy fuerte.

Si la subfortuna era indicio que hablaba a favor de una donación encubierta, éste lo hace a favor de la falta de tradición en el precio.

7. *Precio vil*

La vileza de precio en la compraventa —ya lo hemos dicho—, suele ser indicativa de la ausencia real de precio. El hacer figurar un precio ínfimo en la compraventa es una de las formas de eludir el indicio de la subfortuna en el adquirente; pero no únicamente. El *pretium vilis* no sólo sirve para remontarse a ese otro indicio más fuerte, sino que también actúa de modo independiente, y conduciendo directamente a presumir la simulación de la compraventa. Parece ya un hábito en la transmisión gratuita: quien se propone mentir —por no se sabe qué mecanismo de la conciencia—, no

(27) Así en el caso de la Sentencia anterior, de 4 de mayo de 1968.

(28) L. MUÑOZ SABATÉ, *La prueba*, cit., pág. 283.

(29) A este indicio se puede llegar por la falta de presentación de sus cuentas, libretas de ahorro, extractos bancarios o matrices de talonario por aquel que defienda la realidad de la compraventa dada la asequibilidad de esos documentos.

acaba de mentir del todo; si no dice que la transmisión no tiene precio, tampoco declara que tiene el precio de mercado. Casi siempre idea un precio reducido. Influyen en ello motivos tributarios, pero también sentimentales. El Tribunal Supremo ha considerado este indicio en muchas ocasiones (30).

8. *Precio no entregado ante Notario*

Bajo esta rúbrica cabe encuadrar tres indicios que MUÑOZ SABATÉ relaciona por separado: el precio confesado, el precio compensado y el precio diferido. Los tres tienen de común la evitación de la *traditio* del precio. Si con el precio ínfimo la simulación no suele alcanzar al valor real del bien, aquí la falsedad se detiene ante la entrega.

a) Precio confesado

Este no es un indicio suficiente, pues como es bien sabido la confesión de un precio anticipado es un hábito general de la escritura pública; pero suele ayudar a apreciar el tipo de simulación del que nos estamos ocupando (31).

b) Precio compensado

El pago del precio por compensación de una obligación de la que el actual comprador, se dice, era acreedor es otro de los claros indicios de simulación (32). El indicio cobra aquí un grado superior de elaboración. Se borra el rastro de la entrega —pues no la hay ni actual ni pretérita— y el de la vileza del precio; y también el de la subfortuna de presente e, incluso, de pasado, puesto que siempre es posible alegar servicios que cualquiera, pobre o no, puede haber prestado. Mas no sólo eso: los avisados simulantes que quieran proteger la transmisión a toda costa, declararán la compensación de un débito nacido por servicios prestados, para que, si no puede salvarse como compraventa, se salve al menos como donación remuneratoria.

(30) Se aprecia este indicio en las SSTS de 12 de julio de 1941, 23 de junio de 1953, 27 de enero y 14 de diciembre de 1967, 19 de noviembre de 1987 y 23 de septiembre de 1989, entre otras.

(31) Así la STS de 11 de marzo de 1960.

(32) Caso de la STS de 20 de mayo de 1959.

c) Precio diferido

La práctica de este precio, además de cumplir la finalidad de eludir la entrega, colabora a la ocultación de la subortuna. El supuesto comprador ya no tiene por qué contar, de presente, con el caudal necesario para hacer frente al pago. Este se retrasa en el tiempo, a veces con plazo determinado y a veces no, quedando pendiente el pago de requerimiento.

9. *Inversión*

El precio, si de verdad ingresó en el patrimonio del vendedor, debe haber seguido un itinerario dentro del mismo. El dinero, dice MUÑOZ SABATÉ, “posee una dinámica que impele a su mediata o inmediata reinversión” o, al menos, su depósito en alguna entidad bancaria (33). De ahí que la jurisprudencia haya estimado este indicio cuando no se ha probado que el vendedor haya ingresado el precio en cuenta corriente o lo haya invertido en la adquisición de otro bien o lo haya destinado a la satisfacción de alguna deuda pendiente (34).

Claro que si la acción de simulación se ejerce pasado cierto tiempo, cae que sea alegado el gasto paulatino en bienes consumibles. Pero si ocurre —como así ha sido en varios casos llegados al Tribunal Supremo— que el vendedor fallece poco después de la supuesta venta y no hay en su haber dinero alguno o el que hay no se aproxima al precio, se habrá afianzado la fuerza presuntiva de este indicio (35).

10. *Retención de la posesión*

Este indicio, que es propio de la simulación absoluta, puede darse también en el caso de la donación encubierta, cuando ésta es *mortis causa* o *reservato usufructo*. El simulado vendedor, verdadero donante, continúa en la posesión del inmueble, tal vez en su disfrute o administración; e, incluso, en la tenencia de facultades dispositivas sobre el mismo, concedidas por el donatario en documento privado (36). Frecuentemente, esta

(33) L. MUÑOZ SABATÉ, *La prueba...*, cit., pág. 323.

(34) Así en el caso de la STS de 1 de junio de 1966.

(35) Se aprecia en este indicio, con estas circunstancias, en la SSTS de 12 de julio de 1941, 11 de marzo de 1960 y 4 de mayo de 1968. Seméjante a este caso es el del fingido vendedor que deviene insolvente al poco de la venta, como sucede en el supuesto de la STS de 5 de noviembre de 1988.

(36) Como en los casos de las donaciones *mortis causa* disimuladas desde las SSTS de 19 de junio de 1956 y 24 de febrero de 1986.

situación tiene manifestaciones externas fácilmente constatables, como son la continuación en el pago de las contribuciones e impuestos del inmueble, o el recibo de las rentas, por el transmitente (37).

11. *Tiempo*

El momento u ocasión escogidos para la realización del negocio suele apreciarse como indicativo de simulación, viniendo, en ocasiones, acompañado por el “síntoma” de *celeritas*. Así, nuestra jurisprudencia ha sospechado simulación en la venta y hasta presencia de un acto de liberalidad cuando la enajenación ha sido hecha con precipitación e, incluso, encontrándose el vendedor en estado de extrema gravedad que hace prever un inmediato desenlace (38).

* * *

Probada la ausencia de precio, decae la compraventa. Pero una “compraventa” sin precio no deviene necesariamente en donación. Muchas veces, como se ha visto, de la misma prueba de la simulación del contrato oneroso resulta la evidencia de la donación subyacente, pero otras veces no. La existencia de la donación está en la realidad del *animus donandi*, en una voluntad de hacer efectivo un enriquecimiento sin contraprestación. La prueba del mismo es el quicio en el que se asienta la doctrina sobre la validez de este negocio. Para la doctrina más exigente esa prueba es un imposible al margen de la escritura que documenta el negocio traslativo; para la menos, puede darse en el proceso.

Si la donación no llega a probarse, la declaración judicial no puede ser otra que la de simulación absoluta (39).

* * *

La *causa simulandi* —causa del acuerdo simulatorio y motivo de la falsedad del contrato aparente— no hay que confundirla con la causa de

(37) Así se apreció por la Sala de Instancia en el caso de la STS de 14 de diciembre de 1967.

(38) Se da este indicio, con estas circunstancias, en los casos de las SSTS de 11 de marzo de 1960, 28 de febrero de 1953 y 14 de diciembre de 1967.

(39) Así en las SSTS de 12 de febrero de 1966, 20 de diciembre de 1968, 29 de noviembre de 1969, 8 de febrero de 1972 y 5 de noviembre de 1981 (aunque en ésta, además, no fue alegada en instancia y, por tanto, se cerró el paso al pronunciamiento en casación).

éste. No hace falta probarla para declarar la simulación, aunque, si es alegada, arrojará luz sobre los indicios. Y lo lógico es que el actor, si es uno de los simulantes, la alegue.

IV. LA INVALIDEZ DE LA DONACION

Destruida la apariencia, ¿qué nos queda? Nosotros sabemos que, tras la apariencia, se esconde, en nuestro caso, una donación, mas el juzgador, aunque esté convencido también de ello, puede declarar su invalidez. Invalidez que no siempre es inexistencia por lo que, en buen criterio, si la donación deviene ineficaz por causas distintas a las que provocan la inexistencia, la declaración judicial debería ser la de simulación relativa y, luego, la del tipo de ineficacia que corresponda (40).

La donación simulada suele decaer por falta de forma esencial (donación inexistente) o por considerarse que tiene causa ilícita (donación nula), pues, como dice la Sentencia de 3 de marzo de 1932, para que el negocio disimulado produzca plenos efectos hace falta que se justifique “la causa verdadera y lícita en que se funde el acto que las partes han querido ocultar y el cumplimiento de las formalidades que la ley exigiría a quienes actuaran paladinamente”. Pero también puede devenir ineficaz por defectos en la facultad dispositiva del donante o por ser inhábil, el donatario, para recibir.

A) POR FALTA DE FORMA

La donación es uno de los pocos contratos que requieren una forma específica para su validez. Mas, como no hay una sola donación, sino varias, tampoco hay una sola forma; interesándonos ahora, únicamente, la de la donación de inmueble *inter vivos* y la de la *mortis causa*.

1. En la donación “*inter vivos*”

La donación de inmueble es un contrato en el que la forma escrituraria pública es un requisito esencial: “Para que sea válida la donación (...) ha de hacerse en escritura pública”, dice el artículo 633. Pero hay más: este

(40) El Tribunal Supremo, sin embargo, en los casos en que la compraventa se había mostrado irreal y la donación carecía de elementos esenciales, ha declarado la nulidad del negocio jurídico realizado. Por otra parte, en casos en que estaba apreciando defecto en la donación de los que provocan la nulidad se ha pronunciado por la inexistencia.

precepto exige que, en la escritura pública de donación, se recoja la aceptación (aunque esta pueda hacerse también en otra escritura separada), la expresión individualizada de los bienes donados y el valor de las cargas que el donante imponga al donatario (41). Dejando constancia del acuerdo de voluntades sobre la gratuidad de la transferencia.

Esta forma precisa, ¿puede entenderse cumplida por la mera escritura de compraventa? La postura dominante del Tribunal Supremo ha sido la negativa (42), siendo la Sentencia de 3 de marzo de 1932 la que inició esta dirección jurisprudencial más estricta (43). Es preciso, sostiene esta sentencia, que “el acuerdo de voluntades sobre la gratuidad, alcance y condiciones de la transferencia” sean “puestos de relieve de una manera indiscutible y auténtica”, lo que no sucede con la escritura de compraventa encubridora de donación; escritura que “es nula en cuanto a la venta que se manifiesta, por falta de precio, y no sirve como donación por no resultar probado la existencia de la misma, del modo y forma que exige el artículo 633”. Además de que en la mentada escritura (44) no consta la aceptación

(41) Varias son las razones que se han esgrimido en favor de esta solemnidad: la protección del donante frente a sus desordenados impulsos, la de su cónyuge, legitimarios y acreedores contra las posibles lesiones de sus derechos, y la del donatario respecto a la débil apariencia de una adquisición desprovista de una forma especial (cfr. STS 3 marzo 1932). DE CASTRO justifica la solemnidad *pro forma* por la conveniencia de que el donante proceda con la mayor deliberación y por evitar posibles fraudes, siendo “esta última la que más resalta en el Derecho moderno, pues tanto o más que proteger al donante de una posible ligereza se busca conseguir una eficaz publicidad para este tipo de transmisión de derechos” [F. DE CASTRO Y BRAVO, “La simulación y el requisito de la donación de cosa inmueble. Comentario a la Sentencia de 23 de junio de 1953”, *ADC*, VI (1953), pág. 1005].

(42) Mantienen esta postura las Sentencias de 22 de febrero de 1940, 12 de julio de 1941 (aunque se apreció especialmente ilicitud de la causa), 23 de junio de 1953 (también se estimó causa ilícita), 5 de noviembre de 1956, 7 de octubre de 1958 (también se apreció ilicitud de la causa), 19 de octubre de 1959, 9 de diciembre de 1959, 10 de octubre de 1961, 1 de diciembre de 1964, 13 de mayo de 1965, 14 de mayo de 1966, 30 de mayo de 1968, 28 de febrero de 1974, 4 de diciembre de 1975, 6 de octubre de 1977, 5 de noviembre de 1981, 30 de abril de 1986 y 16 de febrero de 1990 (en un caso complejo de negocio vulgarmente denominado “poner bienes a nombre de otro”), entre otras. Hay que advertir que, para VALLET DE GOYTISOLO, las Sentencias de 23 de junio de 1953, 5 de noviembre de 1956 y 7 de octubre de 1958 no dan un apoyo demasiado firme a esta doctrina (J. B. VALLET DE GOYTISOLO, “Las donaciones de bienes inmuebles disimuladas según la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, en *Estudios de donaciones*, Montecorvo, Madrid, 1978, págs. 636-638).

(43) Hasta esta Sentencia el Tribunal Supremo no se había planteado la cuestión de si la escritura de compraventa encubridora aporta la forma suficiente a la donación o no. *Vid.*, por ejemplo, la STS de 10 de diciembre de 1904.

(44) Es probable además que la aceptación tampoco se declare en el proceso por simulación dada la lógica inclinación del donatario a mantener la verosimilitud de la compraventa y evitar el riesgo de la simulación absoluta, como en el caso de la STS de 3 de marzo de 1932 o en el caso de la de 24 de febrero de 1986

por el donatario, la cual debe figurar, según el artículo 633, en la escritura donación o en otra separada, siendo requisito esencial en virtud del artículo 630.

También la doctrina, mayoritariamente, ha entendido que el artículo 633 no se limita a exigir la forma de escritura pública para la donación de inmuebles, sino que exige, además, que el contenido, el consentimiento y la causa manifestadas ante notario, y que éste autoriza, sean los de una liberalidad y no los de un contrato oneroso. Es decir, que la forma sea receptora del *animus donandi* y de la aceptación por el beneficiario, porque la forma escrituraria no se pide como un requisito más, que pueda realizarse después de haberse dado los otros: la forma debe de ser receptora de los demás requisitos. Es la postura patrocinada por DE CASTRO (45), al que siguen ALBALADEJO (46), LACRUZ (47), SOTO NIETO (48), CAPÓN REY (49), DÍAZ ALABART (50) y otros.

Y, evidentemente, la donación encubierta por contrato de compraventa, suscrito en documento privado, es también inexistente por carencia de forma (51).

(45) Dice: "El artículo 633 no se limita a exigir la forma pública para el objeto de la donación de cosa inmueble, sino que exige que la forma cubra hasta los elementos no esenciales del negocio". Y en la misma página: "Sería contrario al espíritu de nuestro Derecho un principio como el siguiente: será válido sin la forma legal cualquier negocio jurídico sólo con que se le disimule mediante otro negocio formal aparente" (CASTRO Y BRAVO, "La simulación...", cit., pág. 1011). Mantiene esta opinión en *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1985 (reproducción anastática de la ed. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1971), págs. 353-355

(46) "Si, como con frecuencia ocurre, por razones fiscales principalmente se otorga la escritura pública de compraventa que resulta ser simulada y que encierra en realidad un contrato de donación verdaderamente querido, la donación, aun probando qué es lo que, si bien oculto, se acordó, no vale porque no ha guardado su forma esencial exigida" (ALBALADEJO, *Comentarios al Código Civil*, Edersa, Madrid, 1986, t. VIII, vol. 2.º, pág. 175).

(47) J. L. LACRUZ BERDEJO y cols., *Elementos de Derecho civil*, Bosch, Barcelona, 2.ª edición, 1986, t. II, vol. 3.º, pág. 139.

(48) F. SOTO NIETO, "Simulación contractual. Donación encubierta bajo forma de compraventa", en *Derecho vivo*, I, Montecorvo, Madrid 1970, pág. 289, entre otras

(49) F. CAPÓN REY, "Donación de inmuebles disimulada bajo la forma de compraventa. Nota a la Sentencia de 4 de diciembre de 1975", *ADC*, XXX (1977), págs. 213-214

(50) S. DÍAZ ALABART, "La nulidad de las donaciones de inmuebles simuladas bajo compraventa de los mismos en escritura pública y su validez por no necesitar forma si son remuneratorias y el valor del servicio remunerado absorbe el del inmueble donado", *RDP*, LXIV (1980), págs. 1108 y sigs.

(51) Es el caso de la STS de 17 de febrero de 1966. Esta donación disimulada, carente de la forma exigida por el artículo 633, ha sido tachada de nula (por ejemplo, J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, Reus, Madrid, 1985, t. IV, pág. 241), pero debe ser calificada más bien de inexistente.

2. En la donación "mortis causa"

La donación *mortis causa* no sólo es un contrato formal, sino que, en el Derecho común español (CC, art. 620), debe reunir los requisitos de fondo y de forma de los testamentos. Así pues, en una donación de esta clase (cuyos efectos se supeditan a la muerte del donante), que haya sido encubierta por una compraventa, se camina más derechamente aún hacia la invalidez. En la donación *inter vivos* podría discutirse si la escritura era polivalente; más aquí, no cabe argumentar nada a favor de su utilidad como forma de la donación, ya que la escritura adolecerá, además de aquellos defectos aludidos en las *inter vivos*, de otros, como la falta de testigos (52). Sólo en el Derecho catalán cabría discutir si la forma pública de una compraventa puede servir para una donación de esta clase, pues sólo en él la donación *mortis causa* puede realizarse con la forma de la donación y no con la forma del testamento (53).

B) POR ILICITUD DE LA CAUSA

Pero una liberalidad disfrazada de contrato oneroso no sólo puede sucumbir por insuficiencia formal, sino por ilicitud de su causa.

La *causa simulandi*, que es el fin o móvil perseguido por los contrayentes, puede ser honesta, y hasta encomiable. El donante puede tener razones muy fundadas y legítimas para proceder a través de una compraventa aparente. En la Sentencia de 21 de mayo de 1976, por ejemplo, se juzgó el caso de una donante que encubrió la liberalidad que hacía a uno de sus hijos para evitar las suspicacias de sus otros herederos, cuya legítima, sin embargo, no perjudicaba. Mas lo frecuente es que la motivación sea ilícita: solventar determinadas prohibiciones legales, como la de donar más de lo que puede darse por testamento (CC, art. 636), o eludir la norma fiscal más gravosa. Entonces, la *causa simulandi* pasa a ser causa (ilícita) de la donación encubierta, elevándose, por excepción "el móvil a la categoría de verdadera causa en sentido jurídico" (54). "Si el resultado perseguido fue ilícito —dice DE CASTRO—, el negocio disimulado queda contagiado de ilicitud al incorporarse la *causa simulationis* a la causa del negocio disimulado" (55). Por eso, reconociendo el Juzgador la existencia de una dona-

(52) El Tribunal Supremo declara la invalidez de la donación *mortis causa* encubierta por compraventa por ausencia de forma testamentaria en las SSTs de 19 de junio y 29 de octubre de 1956 y 24 de febrero de 1986. Vid. la STS de 5 de noviembre de 1956.

(53) Compilación de Cataluña, artículo 245.

(54) STS de 12 de abril de 1946. En igual sentido, STS de 13 de mayo de 1965.

(55) CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, cit., pág. 353.

ción subyacente, deberá proceder a declarar su nulidad, no su inexistencia.

1. *Detracción de derechos legitimarios (art. 806 CC)*

Las transmisiones onerosas pueden hacerse por encima de “la parte disponible” de un patrimonio, y sólo los actos a título gratuito son reducibles por lesión de legítima (CC, arts. 651, 656 y 1.036). Por ello, suele ocurrir que un donante con herederos forzosos pretenda defraudar la legítima de alguno de ellos en favor de otro por la vía de simular una compraventa. El Tribunal Supremo ante este supuesto ha tachado muchas veces de ilícita a la causa y de nula (o inexistente) a la donación (56).

Pero hace falta que el efecto ilícito de la conducta entre en el propósito del donante y en la *causa simulandi*; porque si la intención fue ajena al efecto, aunque éste se haya producido, no habrá causa ilícita ni invalidez de la donación. Lo que no obsta para que el perjudicado por la donación pueda pedir su reducción por los artículos 636 y 654 del Código Civil (57).

2. *Fraude de acreedores*

El fraude de acreedores, que es frecuentísimo fin perseguido por los que simulan una compraventa, no encaja bien con la posibilidad de encubrir una donación. Es decir: no se concibe, en la especie de simulación que nos ocupa, una finalidad directamente defraudadora de acreedores; lo que tampoco obsta para que el acto pueda dañarles. El acreedor perjudicado ejercitará la acción de simulación (relativa) y la de nulidad por ilicitud de la *causa donationis*; pero, ésta, en caso de que demuestre que la finalidad perseguida fue principalmente la de dañarle (58). Si no demuestra esa intencionalidad, podrá ejercer aquella acción de simulación para que se declare la donación, y junto a ella la de rescisión por fraude o a la de cobro de las deudas al donatario.

(56) SSTs de 12 de julio de 1941, 12 de abril de 1944, 12 de abril de 1946, 24 de marzo de 1950, 13 de febrero de 1951, 28 de febrero y 23 de junio de 1953, 7 de octubre de 1958, 20 de octubre de 1961 y 20 de diciembre de 1985.

(57) *Vid.* VALLET DE GOYTISOLO, “Las donaciones...”, cit., págs. 661-664, y M. CÁRCABA FERNÁNDEZ, *La simulación de los negocios jurídicos*, Librería Bosch, Barcelona, 1986, pág. 83.

(58) Para ello ha de demostrar que al ocultar la donación se persiguió impedirle ejercitar la acción revocatoria derivada del artículo 1.291.3.º en relación con el 1.297 (que presume el fraude cuando “el deudor enajenare bienes a título gratuito”, pero no cuando enajenare a título oneroso), y la del artículo 643 CC (que permite al acreedor cobrar su crédito de donatario, pero no del comprador).

3. *Elusión fiscal*

Ninguno de los autores que se han ocupado del fenómeno de la donación disimulada por contrato oneroso, ha dudado que la elusión del Impuesto sobre sucesiones y donaciones sea la finalidad principal que promueve estos negocios. se trata de una de las más típicas formas del fraude fiscal, cuya práctica no parece posible desarraigar; más aún, que no parece aconsejable perseguir, cuando se trata de transmisiones hechas a los descendientes, porque socialmente es más justo y eficaz dotar a los hijos sin esperar a la muerte de los padres. Más todavía: sería deseable que el sistema impositivo, lejos de ahuyentar a los donantes, procediera a favorecer las transmisiones gratuitas. Esta fue, al menos, la opinión —vigente hoy— de FEDERICO DE CASTRO (59).

Tal vez por la conveniencia expuesta o por la dificultad de probar la intención defraudadora, sólo ha habido una Sentencia del Tribunal Supremo, la de 4 de diciembre de 1975, que haya apreciado ilicitud en la causa, y declarado ineficaz la transmisión en una compraventa realizada con la finalidad de evitar la imposición de una sucesión hereditaria. “Lo aislado de esta sentencia —dice Cárcaba en 1984— hace pensar que el argumento de la misma es probable que no alcance futura consagración (60).

4. *Remuneración de servicios inmorales o ilícitos*

Cuando la causa de la donación es la remuneratoria, el servicio que se remunera ha de consistir en una actividad lícita y moral, de lo contrario, la causa se vería teñida de ilicitud y haría nula a la donación.

(59) “En la donación se considera justificado esquivar las disposiciones del Impuesto de Derechos Reales (no al art. 633 CC). Sea por ello permitido —por si llega a su noticia— un ruego a los especialistas de Derecho fiscal: que procuren acordar sus normas a las aspiraciones del Derecho privado, pues es muy conveniente que el ordenamiento jurídico, en todas sus partes, esté orientado en la misma dirección. Que los padres doten a sus hijos, establezcan a sus hijos y den parte de sus bienes a sus futuros herederos debería ser facilitado por intrínsecamente justo, útil para la estabilidad social y favorable para la más rápida distribución de la riqueza. En vez de perseguir inadecuadamente el fraude fiscal sometiendo a la tarifa de las sucesiones hereditarias a la venta hecha por el padre a su hijo, sería más aconsejable desgravar las donaciones, aumentar ciertos tipos de imposición sucesoria y comprobar eficazmente el valor de los bienes transmitidos” (CASTRO Y BRAVO, “La simulación...”, cit., págs. 1015-1016). Y en otro lugar hace “una llamada de atención al legislador para la reforma de la legislación fiscal en materia de donaciones contraria incluso al bien común al dificultar las donaciones en vida que favorecerían la distribución más rápida de la riqueza, la independencia de los hijos y los matrimonios de los jóvenes, hoy tan dificultado” (CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, cit., pág. 355, n. 52).

(60) CÁRCABA, *La simulación...*, cit., pág. 83.

Ahora bien, si media amenaza del que “presta” el servicio al donante, la donación no puede decirse que sea nula por tener causa ilícita, sino que resulta inexistente por carecer de causa, pues falta el *animus donandi*: “en las donaciones remuneratorias el donante actúa por mera liberalidad, liberalidad que queda excluida cuando, como en el presente caso ocurre, la transmisión patrimonial está determinada por la amenaza de una denuncia fiscal” (61).

5. *Fraude a parientes tronqueros*

El artículo 10 de la Compilación de Vizcaya contiene la prohibición de enajenar los bienes troncales, a título gratuito, fuera del círculo de los parientes tronqueros. El Tribunal Supremo, en la Sentencia de 13 de mayo de 1965 y en un caso en el que se trató de evitar esa prohibición por medio de una aparente enajenación onerosa, apreció ilicitud de la *causa donationis*.

* * *

Al lado de éstas, ha habido otras causas que han sido calificadas, en su momento, como ilícitas por el Tribunal Supremo (62).

C) OTRAS CAUSAS DE INVALIDEZ

La donación también puede decaer por ser las partes incapaces o estar incursas en alguna prohibición legal de hacer o recibir donaciones.

(61) STS de 11 de diciembre de 1986 en un caso de donación remuneratoria encubierta por compraventa.

(62) Antes de la reforma del Código Civil por Ley de 24 de abril de 1958, el antiguo artículo 1.413 permitía al marido enajenar bienes muebles e inmuebles a título oneroso sin el consentimiento de la mujer. Por ello la compraventa fue medio escogido para disimular donaciones imposibles de hacer sin el consentimiento de la esposa y en fraude de la sociedad de gananciales (*vid.* SSTS 30 octubre 1956 y 25 enero 1968). Después de la citada reforma aquel artículo permitió enajenar a título oneroso, sin consentimiento *uxoris*, sólo bienes muebles, por lo que el fraude vino a intentarse por la entrega en metálico de fondos gananciales y la compra de ellos por el *accipiens* del inmueble deseado (*vid.* STS 19 abril 1965). *Vid.* también STS de 15 de noviembre de 1968.

Sobre las relaciones extraconyugales, el amancebamiento y el adulterio como causas ilícitas de donación, *vid.* SSTS de 22 de febrero de 1940 y 5 de octubre de 1957.

1. *Falta de disponibilidad a título gratuito*

Para la validez de la donación se requiere, no sólo la capacidad para contratar, sino la libre disponibilidad a título gratuito de los bienes. No la tienen, por ejemplo, los herederos del ausente, sobre los bienes heredados, durante cinco años desde la declaración de fallecimiento (CC, art. 196, pfo. 2).

Por lo que a nosotros interesa, ha habido casos en los que el enajenante estaba disimulando una donación, por medio de una compraventa, porque era un heredero gravado con un fideicomiso de residuo con facultad dispositiva a título oneroso, pero no gratuito (63); o porque se trataba de un donante que no se estaba reservando lo necesario para vivir conforme a sus circunstancias, contra el mandato del artículo 634 del Código Civil (64).

2. *Incapacidad para recibir a título gratuito*

La compraventa como medio encubridor de liberalidades ha podido ser empleada también para eludir ciertas prohibiciones de recibir donaciones establecidas en el Código Civil, como la que impide, a cualquiera que desempeñe un cargo tutelar, el adquirir liberalidades del tutelado o de sus causahabientes, mientras no se haya aprobado definitivamente su gestión (CC, art. 221).

Este aspecto de la materia de que tratamos es el único que no precisa de aclaración en toda ella, pues el Código Civil ha sido suficientemente explícito en los artículos 628 y 755. El primero de ellos declara que las donaciones hechas “a personas inhábiles son nulas aunque lo hayan sido simuladamente bajo apariencia de otro contrato”. Y el artículo 755: “Será nula la disposición testamentaria a favor de un incapaz aunque se la disfrace bajo la forma de contrato oneroso”.

V. LA VALIDEZ DE LA DONACION

Como sabemos, el artículo 1.276 establece que la expresión de una causa falsa en los contratos da lugar a la nulidad si no se prueba que estén

(63) Casos de las SSTs de 19 de diciembre de 1960, 23 de noviembre de 1971, 11 de febrero de 1972 y 10 de marzo de 1978 (en un fideicomiso sometido al Derecho navarro).

(64) Así, en el caso de la STS de 11 de febrero de 1959.

fundados en otra verdadera y lícita (65). El Tribunal Supremo ha admitido a su amparo la validez de los negocios disimulados, toda vez que tuviera causa verdadera y lícita y por ello, alguna vez, la validez de las donaciones de inmuebles encubiertas por escrituras de venta.

Las declaraciones de simulación relativa, reconociendo la validez de la liberalidad disimulada, han venido siendo una excepción en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo por considerar que la forma de la compraventa, aunque sea la de escritura pública, no es la forma requerida para la donación de inmuebles. Muchas de estas excepciones han coincidido con casos de donaciones remuneratorias, pero es discutible que el Tribunal Supremo haya querido establecer una exención de forma especial para ellas.

A) CUANDO LA DONACIÓN ES PURA

Contra la opinión mayoritaria, VALLET DE GOYTSOLO ha sostenido la validez de la donación encubierta, sea remuneratoria o no, por una compraventa otorgada en escritura pública siempre que “esa donación no esté viciada de defectos en la facultad dispositiva del donante ni teñida por alguna prohibición legal de disponer a título gratuito en favor del donatario, ni por ilicitud o inmoralidad del motivo determinante (...) ni por el carácter fraudulento de la operación en su conjunto” (66).

Ya FERRARA había sido partidario de reconocer validez a la donación encubierta bajo la apariencia de una compraventa, otorgada en escritura pública, siempre que no estuviera viciada de causa ilícita. Para él, la escritura pública de compraventa es suficiente para dar forma a la donación, porque a la ley le basta la forma externa de instrumento público; además de que el haber enajenado por medio de escritura pública, aunque

(65) A primera vista parece que el artículo 1.276 se refiere a que en un mismo contrato se oculte la causa verdadera, pero no a que un contrato con causa falsa oculte otro contrato con causa verdadera. Algunos autores lo han entendido así, negando por ello que dicho artículo pueda fundar la simulación relativa. Mas ello no es cierto. La realidad de una causa distinta a la declarada supone la existencia de un contrato distinto al aparentado, lo mismo que un cambio de causa en un contrato supone un cambio de contrato, pues la novación por cambio de causa sólo puede ser extintiva, como sostiene ALBALADEJO (*Derecho civil*, Librería Bosch, Barcelona, 7.ª ed., 1982, t. II, vol. 1.º, págs. 323-325).

(66) VALLET DE GOYTSOLO, “Las donaciones...”, cit., pág. 656. VALLET cita como partidarios de admitir la validez de la donación disfrazada de contrato oneroso, siempre que no lesione legítima alguna, a FRANCISCO BONET RAMÓN, JULIÁN DÁVILA GARCÍA, FRANCISCO VIRGILI SÓRRIBES, AMADEO DE FUENMAYOR, LUIS GÓMEZ MORÁN, TORRELLA MAS DE XAXÁS, JAVIER CABAÑAS, FEDERICO PUIG PEÑA y JOSÉ PUIG BRUTAU (*ibid.*, n. 31).

ella no contenga mención al *animus donandi*, es garantía bastante de que el acto ha sido meditado y espontáneo (67).

La postura de VALLET se funda en el siguiente argumento: para cubrir el requisito de la escritura pública, exigido por el artículo 633 del Código Civil es bastante la escritura pública de compraventa, porque aquella no se exige como forma de un contrato, sino como forma traditoria, pues la donación no es un contrato. Así pues, “el requisito formal no se refiere al *animus donandi* y al *accipiendi* ni a la causa liberal, sino a la realidad de la transmisión” (68).

Por otra parte, y respecto a aquella conveniencia de la solemnidad *pro forma* (69), VALLET arguye que, estando prevista la forma pública de la donación para garantizar la madurez del acto de liberalidad, esta garantía se deriva no de que la escritura haga mención a la causa real, sino de que la escritura sea un instrumento que debe encargarse y prepararse y que requiera la declaración solemne de la voluntad traslativa (70).

Aunque sin mostrar sus razones de fondo, DÍEZ-PICAZO y GULLÓN parecen mostrarse partidarios de la validez y eficacia de la donación encubierta —siempre que se pruebe la existencia del *animus donandi* y la aceptación por el donatario—, pues no dicen que dicha prueba haya de resultar de la escritura pública, y siempre, eso sí, que el móvil no contagie de ilicitud a la causa de la donación (71).

A pesar de que es abundante la jurisprudencia que sostiene que la forma de escritura pública de la compraventa no cumple la forma de la donación, ya que la escritura no refleja el *animus donandi*, o sea, la causa liberal del negocio, con lo que la donación resulta inválida por falta de forma esencial, hay cierta y muy reciente jurisprudencia que afirma lo contrario. En realidad, la jurisprudencia ha ido fluctuando en este punto. Fue la Sentencia de 29 de enero de 1945 la que “vino a romper la coherencia de la doctrina jurisprudencial (iniciada por la Sentencia de 3 de marzo de 1932), al sentar, precisamente, una doctrina del todo contraria” (72), y más tarde fue la Sentencia de 23 de junio de 1953 la que volvió “a restablecer la buena doctrina” (73).

(67) F. FERRARA, *La simulación de los negocios jurídicos* (trad del italiano por RAFAEL ATARD y JUAN A. DE LA PUENTE), Madrid, 3.ª ed., 1953, págs. 236 y sigs., y 292 y sigs.

(68) VALLET DE GOYTISOLO, “Las donaciones. .”, cit., pág. 654.

(69) *Vid. supra* n. 41.

(70) VALLET, *ibid.*, pág. 609.

(71) L. DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, Tecnos, Madrid, 4.ª ed., 1983, vol. 2.º, pág. 396.

(72) CASTRO Y BRAVO, “La simulación. .”, cit., pág. 1013.

(73) *Ibid.*, pág. 1014.

La Sentencia de 29 de enero de 1945 versaba sobre un caso de donación remuneratoria, pero la validez que se otorgó al acto disimulado, obviando la insuficiencia formal de la escritura de compraventa, no fue por tratarse simplemente de donación remuneratoria, sino por tratarse de donación. Para ella basta que la donación encubierta tenga causa lícita y verdadera y resulte el *animus donandi* (74). Igual criterio han seguido otras sentencias (75).

Ultimamente, tres sentencias han vuelto a reincidir en la “mala doctrina”, con lo que puede decirse que la última jurisprudencia está por la validez de la donación encubierta. Dice la Sentencia de 9 de mayo de 1988: “Yerra por tanto el recurrente al estimar que la exigencia de la escritura pública para la donación no se cumple aplicando la que el Notario autorizó como contrato de compraventa, puesto que en verdad el Notario estaba autorizando un contrato de donación”. Esta sentencia es también relativa a una donación remuneratoria, pero el Tribunal Supremo hace esta afirmación de modo general para toda donación. En una Sentencia unos meses anterior, la de 19 de noviembre de 1987, relativa a una donación pura, el Tribunal Supremo prescinde de la cuestión de la forma necesaria y declara la validez de la donación encubierta en base a que en “las circunstancias de hecho concurrentes” se deduce que hubo una donación. Y la Sentencia 23 de septiembre de 1989 viene a repetir lo dicho por la Sentencia 9 de mayo de 1988, con base, como la de 1987, en las “circunstancias de hecho concurrentes”. Para esta jurisprudencia es bastante que la compraventa se haya hecho en escritura pública, que conste en ella la aceptación de la venta por el simulado comprador, así como la descripción individualizada del inmueble, y que la causa gratuita surja de las circunstancias del caso y no de la escritura.

Otras sentencias, aunque no han declarado la validez de la donación disimulada por diversas causas sustantivas o procesales la han dado por supuesta (76).

(74) Esta Sentencia dice que resulta ese *animus* de la propia escritura; pero en la STS de 20 de octubre de 1966 ese *animus* resulta patente de la prueba practicada, de los indicios, por ejemplo: “Se dan elementos positivos que conducen al Juzgador a reconocer el *animus donandi*”.

(75) Proclaman la simulación relativa y la validez de la donación las SSTS de 19 de enero de 1950, 31 de enero de 1955, 16 de noviembre de 1956, 15 de enero de 1959, 20 de octubre de 1966, 27 de enero de 1967, 16 de diciembre de 1976 y 10 de marzo de 1978. La Sentencia de 1956 también fue relativa a donación remuneratoria, sin que tampoco ello fuera el motivo determinante del fallo.

(76) *Vid.* VALLET DE GOYTISOLO, “Las donaciones...”, cit., págs. 615 y sigs. *Vid.* STS de 29 de marzo de 1952.

B) CUANDO LA DONACIÓN ES REMUNERATORIA

Para DE CASTRO, dada la analogía de la causa remuneratoria con la causa onerosa, las donaciones remuneratorias deben seguir el régimen de los negocios a título oneroso, y por ello, no están sometidas a los requisitos de forma de las donaciones (77). “Una verdadera causa remuneratoria —ha dicho— en donación de cosa inmueble no sólo no precisa de forma especial, sino que, en caso de encubrirse bajo una venta, tampoco importará que esa venta se haga o no en escritura pública” (78).

Ciertamente, el artículo 622 del Código Civil aproxima la donación remuneratoria al contrato oneroso, en la parte que exceda “del valor del gravamen (quiso decir ‘servicio’) impuesto”. Por eso, DÍAZ ALABART admite la validez de la donación remuneratoria encubierta por contrato de compraventa, cuando el valor del servicio absorbe al del inmueble; pues si fuera inferior, dice, la donación se registrará, en parte, por las normas de los contratos onerosos, y, en parte, por las de las donaciones. Pero ello, que es posible respecto a la regulación de fondo, no lo es respecto a la forma, pues ésta es indivisible; debiendo observar entonces, toda la donación, la solemnidad del artículo 633 (79).

El Tribunal Supremo, empero no ha exigido una forma distinta cuando había equivalencia entre el servicio y el inmueble, que cuando no. Hay sentencias, es cierto, que han admitido la validez de la donación encubierta en casos en los que pudo probarse la existencia de unos servicios prestados al donante por el beneficiario. Mas, como sostiene CÁRCABA, en realidad el Tribunal Supremo no ha admitido la validez de estas donaciones por ser remuneratorias, sino por diversos motivos de justicia y equidad (80). SOTO NIETO reconoce que muchas de las donaciones encubiertas, cuya validez ha mantenido el Tribunal Supremo, “se refieren a supuestos de donaciones remuneratorias, recompensas de ayudas, servicios y solicitud prestadas”; pero también que, en las sentencias correspondientes, no se ha hecho constar de manera explícita que esa fuera la razón diversificadora (81). Incluso, DÍAZ ALABART ha afirmado que hasta la Sentencia de 7 de marzo de 1980 el Tribunal Supremo “ni ha dicho ni ha aplicado sin decirlo el criterio de que el ser remuneratoria salva a la donación disimulada de la nulidad que le alcanzaría si siendo normal se encubriese bajo un contrato

(77) CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, cit., pág. 270.

(78) *Ibid.*, pág. 356.

(79) DÍAZ ALABART, “La nulidad...”, cit., 1120.

(80) CÁRCABA FERNÁNDEZ, *La simulación...*, cit., pág. 81.

(81) SOTO NIETO, “Simulación contractual...”, cit., pág. 295.

de compraventa cuya escritura pública no sirve para cumplir la forma que el artículo 633 del Código Civil exige a la donación de inmuebles” (82).

Pero lo cierto es que la Sentencia de 7 de marzo de 1980 no ha salvado de la invalidez a la donación por ser remuneratoria, sino por no estimar legitimado al heredero voluntario para postularla, siguiendo el criterio iniciado en 1962 (83). Ha sido la Sentencia de 31 de mayo de 1982 la que ha puesto, de modo claro, en relación directa el carácter remuneratorio de la donación encubierta con su validez; aunque sin alegar superioridad del valor del servicio sobre el del inmueble donado (84). No obstante, en una Sentencia reciente, de 9 de mayo de 1988, ya mencionada, y en otro caso de donación remuneratoria encubierta se ha vuelto a admitir la validez sin vincularla al carácter remuneratorio.

Por otra parte, esta Sentencia de 1988 nos viene a decir, en contra de lo afirmado por DÍAZ ALABART sobre la donación que exceda en valor al del servicio, que el valor de los servicios no debe ser puesto en relación con el valor de la donación. No importa que el servicio sea insignificante, pues “cualquier servicio que no sea obligatorio y como tal legalmente exigible, estará incluido y será bastante para configurar la donación remuneratoria del artículo 619 del Código Civil”, dice la Sentencia de 9 de mayo de 1988. Incluso, aunque materialmente careciera de valor, nunca podría saberse el valor subjetivo que el donante les ha dado. Y continúa la Sentencia: “No puede prescindirse, a la hora de su valoración, de relacionarlos con ese *animus donandi*, por lo que valorar esos servicios por lo que representan en sí, sin tener en cuenta lo que pueden significar para el donante, ni es lógico ni legal”. Y mucho menos se podrá pretender una equivalencia cuantitativa entre el servicio y la donación, pues de darse ya no habría donación: “No cabe entender que a dichos servicios se les tenga que dar

(82) DÍAZ ALABART, “La nulidad...”, cit., pág. 1118. Suelen citarse como Sentencias las que reconocieron la validez de una donación encubierta, por el hecho de ser remuneratorias, las siguientes: SSTS de 29 de enero de 1945, 27 de octubre y 16 de noviembre de 1956, y 22 de marzo de 1961. Otras se citan afirmando que de alguna manera recogieron esta diferencia de trato con las puras

(83) *Vid. infra* n. 98.

(84) “En los casos de donación remuneratoria, encubierta bajo forma de contrato de compraventa documentado en escritura pública, ni la invalidez del negocio simulado ni la audiencia (*sic*) de literal expresión de voluntad de abonar y aceptar la donación deben ser obstáculo para la eficacia del contrato disimulado —donación— si éste realmente recurre (*sic*), además de los requisitos generales de todo contrato, los que corresponden a su naturaleza especial, esto es, la individualización de los bienes donados y la aceptación —conocida por el donante— del acto de liberalidad llevado a cabo por éste y hecha por los fingidos compradores y reales donatarios según la resultancia inequívoca de aquella escritura pública a cuyo otorgamiento concurren, con ánimo de hacer y recibir donación, todos los interesados en ella, que así prestaron su aquiescencia al verdadero negocio dispositivo” (STS 31 mayo 1982).

una equivalencia cuantitativa al valor de la cosa donada, pues no constituiría una liberalidad que es la esencia última de la donación, ya lo sea pura o remuneratoria” (85).

Para que pueda hablarse de donación remuneratoria han de existir unos servicios prestados por el beneficiario al donante, y estos servicios no deben de constituir, según establece el artículo 619, deudas exigibles: deben de ser servicios no obligatorios, servicios prestados por pura benevolencia y, por tanto, legalmente no exigibles.

El servicio que se remunera, como ya se dijo, ha de consistir en una actividad lícita, de lo contrario la donación será nula por tener causa ilícita: “el invocado silencio prometido de no denunciar la infracción fiscal no implica servicios prestados al donante que sirvan de causa a la pretendida donación” (86).

C) CUANDO LA DONACIÓN ES MODAL

La Sentencia de 1 de diciembre de 1964 declaró que también están sometidas a la forma escrituraria pública del artículo 633 del Código Civil las donaciones modales, siempre que fueren de inmuebles; y declaró inválida, por ello, la ocultada por un contrato de compraventa simulado. Dice DÍAZ ALABART que “las palabras de la sentencia fueron más lejos que su intención, y que a tenor, también, del artículo 622, la exigencia de forma no debe de ser entendida sino para aquellas en que la carga impuesta valga menos que el bien donado” (87). Viene, pues, la autora a dispensar el mismo trato a las onerosas que a las remuneratorias; aunque en aquellas, resulte evidente la exclusión de la forma del artículo 633 cuando la carga es superior a lo donado, pero no por una analogía de esa donación con el contrato oneroso, sino por tratarse de un contrato oneroso (88).

Respecto a esta donación, pues, cabe decir que, si la carga es superior, no necesita la forma del artículo 633 por no ser donaciones, valiendo, para ella, la escritura de compraventa. Y que, si la carga es inferior, quedará

(85) STS de 9 de mayo de 1988.

(86) STS de 11 de diciembre de 1986.

(87) DÍAZ ALABART, “La nulidad...”, cit., pág. 1121

(88) Las remuneratorias en las que el valor del servicio exceda al del bien, siguen siendo donaciones, por mucho que la última coma del artículo 622 diga que sólo se rigen por las disposiciones de las donaciones “en la parte que excedan del valor del gravamen impuesto”, frase que, como ha dicho DE CASTRO, ha sido “generalmente criticada, motejada de enigma y calificada de errata, descuido o despiste del legislador” (CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, cit., pág. 268) y que parte de la doctrina estima que ha de tenerse por no puesta. Pero las onerosas en las que la carga exceda al valor del bien, insistimos, ya no son donaciones. El artículo 619 es bien claro al respecto: sólo se fija en el valor de la carga, pero no en el del servicio; y sólo el valor superior de aquélla desnaturaliza a una donación.

sometida su validez, cuando la recubra una escritura de compraventa, a que el juzgador adopte la postura de la sentencia de 1932 o la de la 1945, como en cualquier donación.

VI. LA ACCION DE SIMULACION

Hay una advertencia que conviene hacer previamente. La acción de simulación, en nuestro caso, viene a ser ejercida sin referencia a la donación subyacente (ni siquiera para alegar su falta de forma esencial), y sin añadir, por tanto, otras causas destructoras de dicha donación. Se suele ir, lisa y llanamente, a conseguir una declaración de simulación absoluta, por falta de precio de la compraventa. La alusión a la donación no suele aparecer sino después, alegada por el demandado. Pero también ha sucedido que, ejercida por un tercero una acción declarativa de propiedad o una acción reivindicatoria, el demandado ha excepcionado o ha reconvenido con base en la simulación del título de compraventa esgrimido por el demandante y la invalidez de la donación disimulada, por falta de forma (89). Y un tercero frente al que se ha solidado excepcionar la simulación de la compraventa ha sido el retrayente (90).

A) LEGITIMACIÓN

1. *Legitimación activa*

Legitimación activa la posee toda persona que tenga interés en que se declare la simulación: los propios simulantes, sus herederos y aquellos terceros que hayan sido perjudicados por la operación. Veamos el caso de cada uno.

a) Las partes

Los simulantes están legitimados para impugnar el negocio simulado sin ir por ello contra sus propios actos. Es abundante la jurisprudencia que estima que la teoría de los actos propios no es obstáculo para que prospere la acción de simulación pretendida por uno de los simulantes, pues para que sea apreciable hace falta que el acto sea jurídicamente eficaz (91). El demandado de simulación no puede oponer que la simulación fue provocada por el propio actor, por ser el acto inexistente.

(89) Por ejemplo: caso de la STS de 17 de febrero de 1966.

(90) El Tribunal Supremo declaró improcedente el retracto, pues la compraventa era una donación y ésta no está incluida en el artículo 48 de la LAU (STS 27 enero 1967).

(91) Señala la STS de 24 de febrero de 1986: "Conforme tiene declarado esta Sala,

Incluso, no cabe oponer la prohibición de ir válidamente contra los propios actos, cuando se trata de actos posteriores al contrato, tendentes a confirmarlo, porque a tenor del artículo 1.310, no son confirmables los contratos carentes de causa o en los que ésta sea ilícita (92).

Por otra parte, ¿es admisible que el simulante, pretendiendo la declaración de simulación, impugne también el acto disimulado alegando causa ilícita? Los artículos 1.305 y 1.306 recogen la antigua regla *nego auditur suam turpitudinem allegans*, que impide al culpable de causa torpe o ilícita [constitutiva de delito (art. 1.305) o no (art. 1.306)] el poder ejercitar la acción de nulidad y la de repetición, alegando su propia torpeza; es decir, que le prohíbe repetir lo dado o reclamar lo ofrecido por el otro contratante en virtud del contrato. Hay jurisprudencia reciente que, además de no considerar aplicable esta regla al contrato simulado —lo que parece evidente—, tampoco la estima aplicable al disimulado “si uno solo de los contratantes entregó algo” (93), es decir, en el caso de la donación. Ya desde la Sentencia de 10 de julio de 1902, se ha sostenido la exclusiva aplicación del artículo 1.306 a los contratos sinalagmáticos, por el Tribunal Supremo (94). Pero la doctrina ha venido criticando desde hace tiempo esta postura (95), considerándola “contraria a la letra del artículo 1.306” (96).

La parte que normalmente tiene interés en impugnar el negocio es la donante. Pero hay que advertir que ésta, a veces, puede aparecer como un tercero ajeno al negocio. Se trata del negocio llamado vulgarmente “poner a nombre de otro”, en el que el donante, que adquirió un inmueble por documento privado, realiza su donación a través de una compraventa

la apreciación de los actos propios vinculantes exige que sean jurídicamente eficaces (SS., entre otras, 21 enero 1922, 21 junio 1945, 19 junio 1952 y 12 marzo 1956), por lo que los contratos absolutamente simulados, y por lo mismo inexistentes ante el derecho, carecen de virtualidad para fundamentar en ellos la aplicación de dicho principio de derecho (S 6 abril 1954)”

(92) *Vid.* STS de 11 de diciembre de 1986.

(93) El Tribunal Supremo ha distinguido, a estos efectos, entre el contrato simulado y el contrato con causa torpe o ilícita, excluyendo la aplicación del artículo 1.306 a los contratos simulados, pero no a los disimulados. Dice la STS de 30 de octubre de 1985: “Es reiterada la jurisprudencia de esta Sala, contenida entre otras en la Sentencia de 7 de febrero de 1959 y en las citadas en la misma, según la que el artículo 1.306 del Código Civil no es aplicable cuando la nulidad se funda en ser simulado el contrato, ni tampoco si uno solo de los contratantes entregó algo”. *Vid.* STS de 5 de octubre de 1957.

(94) De no ser por esta interpretación jurisprudencial, dado que la ilicitud de la causa de la donación disimulada procede de la *causa simulationis* del acuerdo simulatorio, y la culpa, en nuestro caso, siempre es conjunta del donante y del beneficiario, sería aplicable la regla primera de este artículo 1.306.

(95) Cfr. J. DELGADO ECHEVERRÍA, “Artículos 1.305 y 1.306”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, t. XVII, vol. 2.º, págs. 310-311.

(96) CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, cit., pág. 253.

simulada, en escritura pública, en la que el figurado vendedor es el primitivo propietario; evitándose así un tracto sucesivo y los impuestos correspondientes. Es el caso de la Sentencia de 16 de febrero de 1990.

b) El heredero

El heredero, legítimo o voluntario, como sucesor en todos los derechos del *de cuius* que no se extinguen con la muerte, según el artículo 659 del Código Civil, está legitimado para solicitar ante los tribunales la declaración de simulación y para impugnar el acto disimulado, realizado por éste; y por ello, la declaración de inexistencia de la venta por falta de causa, y la de la donación, por falta de forma esencial del artículo 633 del Código Civil, con base en la jurisprudencia iniciada en 1932 (97), o su nulidad por ilicitud de la causa. No obstante, ha habido sentencias —la primera de 3 de abril de 1962— que han negado al mero heredero voluntario (testamentario o *ab intestato*) poder ejercer estas acciones (98); lo que se expresa diciendo que el heredero voluntario no puede impugnar la simulación relativa (99). Pero la doctrina ha sido contraria a esta jurisprudencia (100).

(97) Un heredero no legítimo consigue la declaración de simulación de la compraventa que ocultaba una donación y la invalidez de ésta por falta de forma en la STS de 10 de octubre de 1961.

(98) Hay Sentencias, advierte VALLET, que “aun admitiendo el criterio formalista, o al menos no discutiéndolo, niegan al heredero voluntario que no sea legítimo la legitimación precisa para impugnar la compraventa relativamente simulada” (VALLET DE GOYTISOLO, “Las donaciones..”, cit., pág. 611), o sea, la donación encubierta por falta de forma o por ilicitud de la causa, aunque ésta haya sido realizada en documento privado y adolezca de otros defectos. Estas Sentencias se producen a partir de 1962 (si bien la de 30 de junio de 1944 es un precedente) para intentar evitar el rigorismo de la Sentencia de 3 de marzo de 1932 sin abrirse a la solución de la Sentencia de 29 de enero de 1945 (cfr *ibid.*, pág. 643). Son, además de la Sentencia de 3 de abril de 1962, las de 22 de abril de 1963, 21 de marzo de 1964, 30 de mayo de 1968 y, últimamente, la de 7 de marzo de 1980. En ellas, dice VALLET, “es contemplada la doctrina que declara la nulidad de la donación disimulada por defecto de forma si no es expresada en escritura pública la causa lucrativa [...]; parten de que la donación no es válida y, sin embargo, no le permiten [al heredero voluntario] impugnarla” (*ibid.*, pág. 650).

(99) La jurisprudencia y la doctrina hablan de simulación relativa siempre que hay una donación detrás, aunque ésta sea deficiente por falta de forma. No debería ser así —al menos si se mantiene a la vez la tesis de la S. 3 marzo 1932—, porque si la donación no tiene la forma necesaria, “no es”, y si no hay donación, hay simulación absoluta. De seguirse aquella tesis, la donación de inmueble en escritura pública, pero carente de la forma escrituraria pública del artículo 633, es semejante a la donación hecha en documento privado de venta; y en este caso el Tribunal Supremo sí permitió al heredero impugnar la donación encubierta (STS 17 febrero 1966).

(100) CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, cit., pág. 359; VALLET DE GOYTISOLO,

¿Pero, quiere esto decir que el legitimario puede siempre impugnar la donación encubierta? Tampoco. Sólo puede por nulidad, y en caso de que la donación perjudique sus derechos legitimarios; o sea, cuando sera inoficiosa en todo o en parte, porque entonces no ejercita un derecho de su causante, sino un derecho propio; teniendo, por ello, la consideración de tercero con interés jurídico tutelable (101). Entonces, por la vía de la simulación y de la ilicitud, podrá postular la simulación (relativa) de la compraventa y la nulidad de la donación encubierta (102). Mas para ello hará falta que la finalidad perseguida por el donante en su día haya sido la de defraudar la legítima; de lo contrario el heredero sólo podrá pedir la reducción por el artículo 654 del Código Civil (acción rescisoria).

Ahora bien, lo que indudablemente puede ejercer cualquier heredero es la acción de simulación absoluta, manteniendo la falta de realidad de la donación en el caso de la alegación por la contraparte.

c) El tercero

Cualquiera que tenga interés jurídico fundado en un derecho presente, perjudicado o amenazado por el negocio, está legitimado para ejercitar la acción de simulación. Es el caso, sobre todo, de los acreedores del donante, los cuales, para poder ejercitar las acciones que les corresponden, según vimos (103), deberán de acreditar el daño causado o el perjuicio previsible de mantenerse la simulación.

El testamento, en el supuesto de que haya sido utilizado para hacer eficaz la donación a través de una doble transmisión, en ningún caso podrá impugnar el negocio simulado (104).

2. Legitimación pasiva

El actor de simulación debe dirigirse contra todas las personas que hubieren sido partes en el negocio impugnado por simulación y sus dere-

“Las donaciones...”, cit., pág. 651; DÍAZ ALABART, “La nulidad ..”, cit., pág. 1110, y CÁRCABA FERNÁNDEZ, *La simulación...*, cit., pág. 110.

(101) Así, en las SSTs de 16 de abril de 1973 y 14 de noviembre de 1986, que remite a las SSTs de 19 de enero de 1950, 3 de abril de 1962 y otras. Ya en la STS de 12 de abril de 1944 se había afirmado que las donaciones hechas con la intención de defraudar la legítima no se rigen por el artículo 654 del Código Civil, sino por el artículo 1.275.

(102) *Vid.* STS de 7 de octubre de 1958.

(103) *Vid. supra*, págs. 27-28.

(104) CÁRCABA, *La simulación...*, cit., pág. 109.

chohábientes para evitar que la declaración de inexistencia (y en su caso de nulidad), que indudablemente les afecta, pueda recaer sin haber sido oídos; pero nada más. Los simulantes no pueden ejercitar su acción frente a terceros, sólo entre sí, “al ser preciso que de la destrucción de la apariencia no obtengan ningún beneficio” (105).

B) CARACTERES DE LA ACCIÓN

1. *Imprescriptibilidad*

La doctrina, en general, admite la imprescriptibilidad de la acción de simulación absoluta, ya que “de la nada no puede nacer una excepción” a la imprescriptibilidad (106); o como dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1981, “la prescripción que este precepto (el art. 1.301 del CC) consagra no hace referencia (...) sino a los contratos que merezcan ser considerados tales por concurrir en ellos los precisos requisitos del artículo 1.261 del Código”. En cambio, se ha vacilado en cuanto a la simulación relativa. DE CASTRO, y la mayor parte de la doctrina, ha entendido que la imprescriptibilidad se extiende también a ella, “pues no parece que el negocio simulado tenga realidad jurídica ni que ésta pueda nacer utilizando la figura de la prescripción” (107); o sea, no parece que, por el transcurso del tiempo una donación ocultada pueda transformarse en la compraventa ocultadora. Ahora bien, hay que tener en cuenta que tanto en la acción de simulación absoluta como en la relativa puede que con el paso del tiempo resulte imposible su ejercicio por ciertas dificultades indirectas: como la de que el bien objeto de la donación haya sido adquirido por usucapación extraordinaria (108).

Por otra parte, si junto a la simulación (relativa) se demanda la nulidad de la donación, o se ejercita otra pretensión, habrá que tener en cuenta el plazo de prescripción de estas otras acciones, porque atañen al negocio disimulado y no se contagian de imprescriptibilidad (109).

(105) *Ibid.*, pág. 108.

(106) CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, cit., pág. 357.

(107) CASTRO Y BRAVO, *ibid.*; CÁRCABA, *La simulación*, cit., pág. 104, y VALLET DE GOYTISOLO, “Las donaciones. .”, cit., pág. 602.

(108) La STS de 13 de mayo de 1965 niega que un donatario encubierto pueda adquirir por prescripción ordinaria, pues no puede servir de justo título la “nulidad radical” de la compraventa simulada y la nulidad de la donación disimulada. *Vid.* CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, cit., pág. 357.

(109) CÁRCABA, *La simulación...*, cit., pág. 106.

2. Subsidiariedad

Si la compraventa o el contrato oneroso puede ser atacado por algún defecto que lo haría inválido, de ser real el contrato, no puede ejercitarse la acción de simulación. Si la donación del inmueble se ha disfrazado de permuta, y ésta se ha documentado en escrito privado, no debe accionarse por simulación, sino por falta de forma *ad solemnitatem* de la permuta (110).

VII. EFECTOS DE LA DECLARACION DE SIMULACION (111)

El desconcierto que experimenta la doctrina en cuanto a la distinción entre inexistencia y nulidad de los contratos lo sufre la jurisprudencia en general, y, también, en punto a la simulación. ¿Cómo debe ser calificado el contrato de compraventa simulado?: ¿de nulo o de inexistente? La mayor parte de las últimas sentencias del Tribunal Supremo que referimos aquí declaran la inexistencia; pero las hay también que declaran la nulidad (112); e incluso las que mezclan ambos conceptos, calificando a un mismo contrato de compraventa simulado, de nulo y de inexistente (113).

En la jurisprudencia relativa a la simulación, apenas puede encontrarse una explicación del grado de ineficacia que se atribuye al contrato simulado. Sin embargo, hay que recordar que precisamente para evitar la aplicación del plazo de caducidad del artículo 1.301 del Código Civil (enunciado en el título “de la nulidad de los contratos”) a los contratos simulados, como la práctica y la doctrina española hubo de recurrir al expediente de la inexistencia contractual (114). El contrato simulado se

(110) *Ibid.*, pág. 104.

(111) En principio, pensamos en la simulación absoluta (en el caso de que la donación no haya podido ser probada), pero también en la simulación relativa cuando la donación haya sido declarada inexistente por deficiencia de forma; en ambos casos hay inexistencia contractual y ausencia absoluta de efectos jurídicos, aunque en este segundo la inexistencia sea doble. Y pensamos igualmente en la simulación relativa cuando la donación haya sucumbido por ilicitud de su causa. Los efectos de una declaración de simulación relativa interesan menos, pues aunque varíe la causa de la transmisión ésta permanece, incluida la inscripción registral, como estimó la STS de 23 de septiembre de 1989. Interesa, no obstante, al acreedor del donante e interesa, sobre todo, a la Hacienda Pública. En una Sentencia en la que se declaró la simulación relativa y se mantuvo en pie a la donación, el Tribunal Supremo recordó a la Sala de Instancia el preceptivo cumplimiento del artículo 146 de la Ley del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales (STS 7 marzo 1980).

(112) STS de 30 de abril de 1986

(113) STS de 14 de noviembre de 1986.

(114) Cfr. CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, cit., pág. 466.

califica de inexistente y, así, puede entablarse la acción declarativa de simulación pasados los cuatro años. Ahora bien, ésta, que indudablemente es una razón práctica, no puede ser la razón última que haga a una compraventa simulada, un contrato inexistente.

Admitida la inexistencia, aunque unas veces como un grado de ineficacia superior a la nulidad, y otras, como una nulidad radical, su especificidad viene vinculada a la falta de algún requisito esencial en el contrato. El artículo 1261 dice que, si falta uno de los requisitos esenciales, “no hay contrato”.

En nuestro caso, la compraventa —que siempre será ineficaz— merecerá la calificación de inexistente por falta de causa. La donación, que no siempre será ineficaz, cuando lo sea, merecerá, unas veces, el calificativo de inexistente, por no haber sido probada o por considerarse su falta de forma esencial; y otras, el de nula, en el caso de tener causa ilícita.

La calificación de inexistencia lleva de la mano a que la compraventa no sea susceptible de sanación por cumplimiento. Ni tampoco de confirmación o convalidación (115), ni de novación, delegación o cesión (116). Mientras que el contrato nulo sí es convalidable.

A) EFECTOS ENTRE LAS PARTES

La voluntad real debe prevalecer sobre la declarada, y para conseguirlo, como ya hemos visto, la acción de simulación no prescribe nunca. Sin embargo, el simulado adquirente puede llegar a adquirir de verdad el bien, por prescripción extraordinaria, sirviéndose, no del contrato disimulado, sino del simulado (117). Y, con ello, el ejercicio de la acción de simulación resultará inútil.

* * *

La ineficacia del contrato traslativo alguno tiene diversas consecuencias:

- la ineficacia de los negocios que tengan causa en aquella “compraventa”;

(115) “Es indudable que el documento [.] quiso reflejar un contrato realmente inexistente tanto en concepto o calidad de venta como de donación, y al ser aplicables a tales contratos las normas referentes a la nulidad absoluta carecen de aplicación al respecto cuantos artículos [.] admiten la convalidación por confirmación expresa o tácita o por el simple transcurso del tiempo” (STS 17 febrero 1966).

(116) CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, cit., pág. 348.

(117) CASTÁN, *Derecho civil*, cit., t. II, vol. 2.º, pág. 768.

- la anotación de la inexistencia de la “compraventa” en el protocolo notarial correspondiente a la escritura;
- la cancelación de las posibles inscripciones registrales (118);
- el desalojo de las fincas y el reintegro de la posesión.

B) EFECTOS RESPECTO AL TERCERO DE BUENA FE

En realidad, ya se trate de simulación absoluta o relativa, el negocio aparente no existe ni para las partes ni para los terceros. En ambos casos ha habido una apariencia en la que un tercero ha podido confiar; con la diferencia de que si el negocio era relativamente simulado, el tercero se encontrará con que emerge un contrato distinto, lo que a sus efectos es indiferente, a no ser que éste, a su vez, sea ineficaz.

¿Quién es, en nuestro contexto, tercero? Indudablemente, alguien que no es el donante ni el beneficiario; ni el causahabiente voluntario a título universal de ambos.

La apariencia de negocio no afecta al tercero mientras no sea impugnada y declarada. E, incluso, una vez declarada, el tercero no puede quedar desprotegido: no puede ser desposeído, por ejemplo, del inmueble que ha adquirido confiando en el título del enajenante, que resulta ser simulado. El negocio aparente sigue entonces surtiendo ciertos efectos con base en los principios de la responsabilidad y de la confianza. Efectos que son distintos según que la acción de simulación sea ejercida por los simulantes o por el propio tercero o por otro tercero (119).

1. *Cuando la acción es ejercida por los simulantes*

Ya dijimos que los simulantes tenían vedado ejercer su acción frente a terceros; he ahí, pues, una primera forma de protección de terceros. ¿Pero qué sucede cuando los simulantes ejercen la acción entre sí?; ¿alcanza al

(118) El donatario puede haber inscrito su derecho, a pesar de las sospechas de simulación que haya despertado el título en el Registrador. La resolución de la DGRN de 12 de abril de 1937 precisó que el Registrador no debe negarse a inscribir un contrato por intuir que encubre una donación disfrazada, pues la apreciación de la simulación, el *fraude legis* o cualquier otro hipotético negocio de los denominados oblicuos o indirectos excede de la capacidad calificadoradora del Registrador.

(119) Nos apoyamos, a partir de aquí, sustancialmente en el esquema trazado en CÁRCABA, *La simulación...*, cit., págs. 141-158.

tercero la declaración de simulación que pueda recaer? (120) ¿Puede, el declarado verdadero propietario, dirigirse contra el tercero? Aquí hay que distinguir casos, según se trate del acreedor o del subadquirente; e, incluso, según se trate del acreedor del falso transmitente o del simulado adquirente.

a) Efectos respecto al acreedor del transmitente

En una simulación absoluta los acreedores del transmitente no tienen más que felicitarse, pues la expectativa de cobro sobre el patrimonio del deudor queda reforzada al incrementarse éste, sin importar que el crédito sea posterior o anterior a la fecha del negocio simulado, pues el deudor debe responder con su patrimonio presente y futuro. Pero una simulación relativa les es indiferente, a no ser que la donación disimulada sea impugnada o pueda ser ejercitada por ellos la acción revocatoria por el acreedor (121).

b) Efectos respecto a los acreedores del adquirente

Se trata de acreedores que confiaron en el patrimonio aparentemente incrementado de un simulado adquirente, para realizar el cobro de su crédito. En el caso de que hayan ejecutado su crédito sobre el inmueble antes de la declaración de simulación absoluta, y por analogía con el artículo 1295, pfo. 2, del Código Civil, deben ser mantenidos en su adquisición, como subadquirentes. El que no haya ejecutado antes de aquel momento carece de protección, a no ser que sea acreedor hipotecario (122).

c) Efectos respecto al subadquirente

Un caso específico es el del retrayente. La falsa compraventa ha podido suscitar un derecho latente de retracto de un tercero, comunero, colindante

(120) Pensamos en la falta de efectos que una declaración de simulación absoluta tendría para el subadquirente; pero lo mismo podría pensarse en el caso de simulación relativa cuando la donación ha sido declarada inexistente o nula, pues en ambos casos el que ha transmitido es *non domino*. Falta el contrato simulado, y el disimulado no reúne los requisitos para ser título traslativo de dominio.

(121) *Vid. supra*, pág. 28.

(122) *Vid. CASTRO Y BRAVO, El negocio jurídico*, cit , pág. 365.

o arrendatario, desconocedor de la simulación. Aquí, como en el caso del acreedor del adquirente, si el derecho se ejerció antes de la declaración de simulación absoluta será imposible desposeerle. Pero lo frecuente es que los simulantes ejerciten la acción o la excepción de simulación (absoluta o relativa), precisamente para impedir al retrayente ejercer su derecho (123).

Con base en la misma analogía del artículo 1.295, el tercero, adquirente *a non domino* de buena fe, no puede ser despojado del inmueble. El está protegido y no puede ser desposeído; y la declaración de simulación absoluta no le afecta siempre que haya adquirido a título oneroso, de buena fe y de quien tiene su título viciado por simulación (124). Su posición es, según DE CASTRO, semejante a la del que contrata con un representante o mandatario infiel, que contrata válidamente. Incluso, dice, que no adquiere *a non domino*, sino que lo hace de quien está *in loco domini*, porque el “transmitente” actúan como dueño en virtud de una legitimación dominical hecha a través de un negocio simulado (125). E, indudablemente, su posición resulta aún más inatacable si ha inscrito su adquisición en el Registro, pues cumple los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

La buena fe es, en nuestro caso, el desconocimiento de la simulación; la creencia de que el título en que funda su adquisición es auténtico y eficaz. Y así lo ha entendido la jurisprudencia (126). La ignorancia se presume, pero queda excluida si la adquisición por el tercero ha sido posterior a la anotación preventiva de la demanda de simulación en el registro (127).

2. Cuando la acción es ejercida por el tercero

El tercero, acreedor del transmitente, puede ejercer la acción de simulación y la de nulidad del negocio disimulado por ilicitud de la causa, en los términos vistos (128). Al tercero, subadquirente o acreedor del adquirente, puede interesarle que se revele la verdadera naturaleza del negocio, puesto que en ella funda su derecho real o sobre ella espera cobrar su crédito. En cualquier caso los efectos de estas acciones, para cada tercero no plantean problemas nuevos.

(123) Caso de la STS de 27 de enero de 1967.

(124) CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, cit., pág. 364.

(125) *Ibid.*, pág. 363.

(126) SSTS de 28 de octubre de 1965 y 9 de noviembre de 1967 (en un caso en que la simulación perseguía la insolvencia, no la donación)

(127) CÁRCABA, *La simulación*.. cit., pág. 150.

(128) *Vid. supra*, pág. 28.

3. Cuando la acción de simulación es ejercida por otro tercero

“La realidad nos demuestra —dice CÁRCABA— que las situaciones más conflictivas se producen cuando la acción de simulación es ejercitada por terceros” (129) —por otros terceros. ¿Cómo se resuelven los numerosos conflictos que aparecen al concurrir los intereses de diversos terceros? La citada autora distingue:

a) Colisión de intereses entre acreedores de los simulantes

Suponiendo la simulación absoluta, el conflicto de intereses entre los acreedores de ambos simulantes es obvio: unos desearán que se declare la falsedad, para que el patrimonio de su deudor se vea incrementado con el inmueble que solo salió aparentemente; y otros que se mantenga la validez de la discutida adquisición. Si se ha declarado la simulación absoluta antes de que los acreedores del falso comprador hayan podido ejecutar, de buena fe, su crédito sobre el inmueble sólo podrán ejecutar los acreedores del verdadero propietario. Pero, si aquellos se adelantaron a hacer efectivo su crédito, no podrá ser removida la ejecución, como ya hemos dicho, ya sea su crédito anterior o posterior a la falsa adquisición, en virtud del artículo 1.911 del Código Civil. Estos ya no tendrían la posición de acreedores, sino de subadquirentes.

En caso de simulación relativa, los acreedores del fingido vendedor tendrán preferencia sobre los del falso comprador, verdadero donatario, en la hipótesis ya examinada del artículo 643 del Código Civil.

b) Conflicto entre acreedores del falso vendedor y los subadquirentes del propietario aparente

Nos ponemos de nuevo en la hipótesis de la simulación absoluta. Para CÁRCABA, tiene preferencia el subadquirente a título oneroso, y de buena fe, sobre el acreedor del simulado transmitente, aunque éste reúna todos los requisitos para poder impugnar la aparente enajenación. Debe mantenerse el subadquirente en su derecho, entre otras razones porque debe preferirse al titular de un derecho de propiedad (aunque sea adquirido a

(129) CÁRCABA, *La simulación*, cit., pág. 151.

non domino) sobre el titular de un derecho de crédito (130). Es una hipótesis examinada en la anterior letra "a".

c) Colisión entre terceros adquirentes

En el hipotético caso de que el alguien (A) hubiera donado simuladamente a otro (B), y luego el donante hubiera enajenado a un tercero (C) y el donatario a un cuarto (D), ¿en qué posición estarían estos últimos adquirentes? Tanto si la simulación ha resultado ser absoluta como relativa, habrá habido una adquisición *a domino* y otra *a non domino*: en el primer caso, el adquirente *a domino* habrá sido el C, y en el segundo caso, D.

En primer lugar debe prevalecer el derecho del que, habiendo adquirido a título oneroso y con buena fe, haya inscrito su derecho en el Registro (Ley Hipotecaria, art. 34). Cualquiera de ellos puede haberlo hecho: C, si A se mantenía aún como titular registral; D, si B ha inscrito a su nombre en virtud del título aparente. En caso de que ninguno haya inscrito, debe prevalecer el derecho del que haya adquirido *a domino*.

d) Conflicto entre legitimarios y terceros subadquirentes

Ya advertimos que el legitimario perjudicado por la donación encubierta se encuentra en posición de tercero. Suponiendo que el donatario haya enajenado a su vez a título oneroso, ¿en qué posición se encuentra el legitimario? No hay duda de que su derecho debe prevalecer sobre el del donatario e incluso sobre el del subadquirente de buena fe, porque su derecho deriva directamente de la ley. A no ser que el subadquirente haya inscrito su derecho en el Registro, pues el artículo 34 de la Ley Hipotecaria hace que su derecho sea inatacable.

VIII. OTRAS PRETENSIONES

Puesto que la acción de simulación es declarativa, limitada a pedir que la verdad del negocio quede manifiesta, muchas veces será necesario ejercitar a la par, o con posterioridad, otras acciones encaminadas a modificar

(130) *Ibid.*, pág. 153.

los efectos que el negocio aparente haya producido, o a evitar los efectos que el negocio encubierto pueda producir.

Reiteradamente hemos hablado de la acción de nulidad, confundida, a veces, dentro de la de simulación, pero que habrá de ejercitarse junto a ella para invalidar donación encubierta, viciada de ilicitud en su causa. O como dice la Sentencia de 12 de abril de 1946, para que se declare “radicalmente nulo por carencia de causa el simulado negocio de compraventa, y nulo también, absolutamente, el disimulado de donación por ilicitud de la causa”.

También hemos hablado de que el acreedor del donante, que no pueda demostrar fraude en la enajenación pero que haya sido perjudicado por la misma, podrá ejercitar junto con la acción de simulación (relativa), la revocatoria (rescisión por fraude) del artículo 1297 del Código Civil o la de cobro al donatario del artículo 643. Y, en el caso de que llegue a probar la intención detractora, podrá ejercitar conjuntamente las acciones de simulación y de nulidad.

Por su parte, el heredero legitimario que, perjudicado por la enajenación, no pueda demostrar que la intención de su causante fue la de defraudarle, podrá ejercitar, junto a la acción de simulación, la rescisoria del artículo 654 Código Civil; porque, si puede probar esa intención, tendrá posibilidad de unir la acción de nulidad.

En el caso de que el donante no pueda recuperar el inmueble por haber sido adquirido por un tercero, de buena fe, podrá ejercitar una acción por daños y perjuicios, frente al donatario, a fin de que su patrimonio quede como estaba antes de realizarse el contrato simulado.

Hasta ahora hemos supuesto que la acción de simulación prosperaba, y que lo que se pretendía con el ejercicio de otras acciones era prolongar los efectos de la declaración judicial de simulación; pero hay que prever que la acción de simulación no prospere. Para ese caso, CASTÁN propone ejercer —pensando en el simulado donante como actor— la acción de enriquecimiento sin causa (131). Bien entendido que esta acción deberá ejercerse subsidiariamente a la de simulación, a diferencia de la de indemnización por daños y perjuicios.

IX. LA REVOCACION DE LA DONACION

A primera vista, parece no haber relación inmediata entre la revocación de las donaciones y el tema que traemos entre manos. Apreciación aparen-

(131) CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español*, cit., t. I, vol. 2.º, pág. 805.

te. La simulación absoluta de la compraventa o la inexistencia de la donación tienen consecuencias semejantes a las de la revocación de la donación en orden a la ineficacia del acto. Además de que para el donante arrepentido, el hecho de haber encubierto su liberalidad tras una compraventa, lejos de resultarle un obstáculo para obtener la devolución del bien donado, le allana el camino, gracias a la jurisprudencia nacida con la Sentencia de 3 de marzo de 1932. En efecto, para la revocación hay unas causas tasadas (arts. 644, 647 y 648 del CC), mientras que, para obtener la declaración de simulación, basta con la falta de precio. Por otra parte, la prueba de la simulación, por la vía, casi única, de las presunciones, puede que resulte más difícil, pero desde luego es menos violenta que la prueba de la ingratitud, que es el supuesto más frecuente de revocación de donaciones. Y también, que la acción de simulación no prescribe, mientras que la revocatoria por incumplimiento de cargas dura cuatro años, y la revocatoria por ingratitud, un año. Así como que la acción de simulación es transmisible a los herederos, mientras que la revocatoria por ingratitud, en principio, no, y la revocatoria por incumplimiento de cargas, no está claro.

De hecho, los casos de simulación pretendidos por un encubierto donante, que presente la práctica son, en el fondo, casos de “revocación”. El último fin perseguido por el donante que demanda de simulación es conseguir la ineficacia del acto de liberalidad. El Tribunal Supremo, en un caso en el que nunca se pretendió otra cosa —y se obtuvo en instancia y en casación— que la declaración de simulación absoluta sin mención a la revocación, declaró: “nada más significativo puede entenderse de un acto de revocabilidad de una donación (...) que entablar demanda la pretendida donante instando la ineficacia y consiguiente invalidez del acto jurídico del que tal donación se pretende deducir” (132).

Así pues, podemos decir que en muchos de los casos de simulación que han llegado hasta el Tribunal Supremo, el fin perseguido por el actor-donante y que se desprende del texto de las sentencias, fue el revocatorio, consiguiendo su objetivo a través de la declaración de simulación absoluta o de inexistencia de donación por deficiencia formal. Los motivos de las “revocaciones” quedan patentes en algunas sentencias:

- a) Incumplimiento de condición (de carga), como en los casos de las SSTs de 3 de marzo de 1932 y 1 de diciembre de 1964 (133).
- b) O ingratitud del donatario, como en las SSTs de 17 de diciembre

(132) STS de 24 de febrero de 1986.

(133) En este caso, no obstante, el donante pidió primero la nulidad de la compraventa por simulación (simulación absoluta) y, subsidiariamente, la revocación de la donación.

de 1960 (sobre el caso de una anciana donante, abandonada y maltratada por los donatarios, supuestos compradores) y 19 de noviembre de 1987.

Fuera de estos supuestos, que habrían podido encontrar un cauce legal, adecuado, en el marco de la revocación, aparecen otros motivos que conducen a los donantes a accionar de simulación y a desposeer al beneficiario, como es la instigación de ciertos parientes.

Evidentemente, la persecución con éxito de la simulación, con declaración de inexistencia de la compraventa y de la donación, es el mejor camino para un donante arrepentido; pero si es precavido, como es posible que el juzgador deje en pie a la donación, ejercitará también la acción de revocación de la donación (134). Es el caso de la Sentencia de 19 de noviembre de 1987. El actor, donante de unas fincas a un sobrino suyo, solicitó en primera instancia la declaración de simulación absoluta de la compraventa que encubrió la donación y, subsidiariamente, en caso de no declararse la nulidad de la donación, y sí, sólo, la de la compraventa, pidió la revocación de la donación por ingratitud del donatario. La sentencia de primera instancia y la de apelación apreciaron sólo la simulación relativa y no accedieron a revocar la donación declarada válida. El Tribunal Supremo mantuvo la validez de la donación, pero estimó la revocación, casando la sentencia de la Audiencia.

A veces, la misma prueba de la simulación sirve de prueba para la revocación. La extrema pobreza del transmitente, que al poco tiempo de la enajenación, hecha a uno de los parientes obligados a dar alimentos, tiene que acudir a la caridad pública, reúne en sí los indicios de falta de inversión y de enajenación de todo el patrimonio, junto a la prueba suficiente de la ingratitud.

De seguirse la línea jurisprudencial iniciada en 1932, de negar validez a la donación encubierta por falta de forma, a todo donante le interesará siempre realizar su liberalidad por medio de una compraventa fingida, y conseguir, con ello, una forma segura de "revocar" su donación al margen de los cauces previstos por el Código Civil, y mantenerla en vilo, al menos,

(134) El actor, en ese caso, deberá pretender la revocación por alguna de las causas de los artículos 644, 647 ó 648 del Código Civil. Pero también cabe que pretenda que se trató de una donación *mortis causa*, revocable hasta la muerte, como acto de última voluntad que es y revocada por el mismo hecho de presentar la demanda de simulación; es el caso de la STS de 24 de febrero de 1986.

Ahora bien, como ya sabemos, aunque el artículo 620 habla de estas donaciones, la doctrina dominante ha entendido que realmente no existen como institución con la forma de la donación salvo en Cataluña (arts. 247-249 de la Compilación). Así pues, sólo cabe concebir esta pretensión en una donación *mortis causa* sometida al Derecho catalán. Las donaciones de esta clase sometidas al Derecho común, como se ha dicho, por no cumplir los requisitos formales y de fondo de los testamentos, sucumbirán siempre por la vía de la simulación absoluta.

hasta su muerte. Si admitir la validez de la donación disimulada, se ha dicho, viene “de hecho a fomentar la clandestinidad y con ella el consiguiente posible fraude” (135); no admitirla, viene a fomentar también este otro tipo de fraude: poder “revocar” la donación y desposeer al donatario en cualquier momento y por cualquier motivo. Por eso, creemos que debe distinguirse entre la donación hecha en perjuicio de terceros (legitimarios, cónyuge), que debe decaer por ilicitud de la causa, y aquella otra en que ese perjuicio no existe, y que de resultar inválida por falta de forma, el perjudicado sería el donatario. En estos casos debería admitirse la validez de la donación ocultada. Así mismo, el donante que realmente pudiera esgrimir alguna causa revocatoria de las reconocidas por el Código Civil, debería ejercitarla junto a la acción de simulación.

De mantenerse aquella doctrina, surgida en 1932, y de admitirse a la vez —como parece que debe ser— al heredero, sea de la clase que sea, para que pueda iniciar las acciones de su causante y, entre ellas, la de simulación, se puede propiciar que donaciones no impugnadas por el que las hizo, devengan inválidas tras su muerte, sin posibilidades ya de rehacerlas de modo eficaz. Debería de obrar una especie de *favor donationis* que pusiera a la voluntad del bienhechor por encima de la forma y a salvo de su veleidad. Pero, también, a salvo de los herederos no perjudicados que pueden ser, incluso, menos queridos que el donatario; y sin tener que recurrir, para evitarlo, al camino torcido que se inició con la Sentencia de 1962.

ALVARO NÚÑEZ IGLESIAS

Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Civil (TEU)
en Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Almería

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

- 9 de diciembre de 1904.
- 3 de marzo de 1932 (Aranzadi, núm. 941).
- 22 de febrero de 1940 (102).
- 12 de julio de 1941 (912).
- 12 de abril de 1944 (535).
- 30 de junio de 1944 (948).
- 29 de enero de 1945 (863).
- 12 de abril de 1946 (418).

(135) CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, cit., pág. 354.

29 de abril de 1946 (557).
19 de enero de 1950 (29).
24 de marzo de 1950 (711).
13 de febrero de 1951 (259).
29 de marzo de 1952.
28 de febrero de 1953 (904).
23 de junio de 1953 (1.673).
31 de enero de 1955 (128).
19 de junio de 1956 (2.716).
27 de octubre de 1956.
29 de octubre de 1956 (3.421).
30 de octubre de 1956 (3.428).
5 de noviembre de 1956 (2.745).
16 de noviembre de 1956 (4.115).
5 de octubre de 1957. (2.853)
7 de octubre de 1958.
15 de enero de 1959 (1.044).
11 de febrero de 1959 (473).
20 de mayo de 1959 (2.008).
19 de octubre de 1959 (4.872).
11 de marzo de 1960 (1.237).
7 de abril de 1960 (1.277).
30 de abril de 1960 (1.702).
17 de diciembre de 1960.
19 de diciembre de 1960 (4.112).
22 de marzo de 1961 (965).
11 de abril de 1961.
24 de abril de 1961 (1.835).
26 de junio de 1961 (2.745).
10 de octubre de 1961 (3.293).
20 de octubre de 1961.
3 de abril de 1962 (1.847).
22 de febrero de 1963 (827).
22 de abril de 1963 (2.270).
21 de marzo de 1964 (1.689).
1 de diciembre de 1964 (5.572).
19 de abril de 1965 (2.157).
13 de mayo de 1965 (2.594).
23 de junio de 1965 (3.986).
16 de octubre de 1965 (4.467).
28 de octubre de 1965 (4.702).
20 de enero de 1966 (6).

12 de febrero de 1966.
17 de febrero de 1966 (1.531).
14 de mayo de 1966 (2.425).
1 de junio de 1966 (2.847).
20 de octubre de 1966 (4.445).
27 de enero de 1967 (251).
25 de abril de 1967 (2.030).
16 de mayo de 1967 (2.420).
9 de noviembre de 1967 (año 1968, 156).
14 de diciembre de 1967 (5.010).
25 de enero de 1968 (522).
4 de mayo de 1968 (3.417).
30 de mayo de 1968 (3.742).
15 de noviembre de 1968 (5.816).
20 de diciembre de 1968 (5.890).
29 de noviembre de 1969 (5.835).
24 de febrero de 1970 (978).
22 de abril de 1970 (2.029).
23 de noviembre de 1971 (4.978).
8 de febrero de 1972 (623).
11 de febrero de 1972 (627).
16 de abril de 1973 (1.792).
28 de febrero de 1974 (737).
4 de diciembre de 1975 (4.449).
21 de mayo de 1976 (2.304).
6 de octubre de 1977 (3.713).
10 de marzo de 1978 (811).
7 de marzo de 1980 (845).
5 de noviembre de 1981 (4.420).
31 de mayo de 1982 (2.614).
30 de octubre de 1985 (5.133).
20 de diciembre de 1985 (6.604).
24 de febrero de 1986 (936).
30 de abril de 1986 (2.043).
14 de noviembre de 1986 (6.392).
11 de diciembre de 1986 (7.432).
19 de noviembre de 1987 (8.408).
9 de mayo de 1988 (4.048).
5 de noviembre de 1988 (8.418).
23 de septiembre de 1989 (6.352).
2 de noviembre de 1989 (7.840).
16 de febrero de 1990 (690).

BIBLIOGRAFIA

- ALBALADEJO GARCÍA, M.. *Comentarios al Código Civil*, Edersa, Madrid, 1986, t VIII, vol. 2.º.
- CAPÓN REY, F.: "Donación de inmuebles disimulada bajo la forma de compraventa. Nota a la Sentencia de 4 de diciembre de 1975", *ADC*, XXX (1977), págs. 208 y sigs
- CÁRCABA FERNÁNDEZ, M. *La simulación de los negocios jurídicos*, Librería Bosch, Barcelona, 1986, págs. 77-84 y 101-158 especialmente.
- CASTÁN TOBEÑAS, J. *Derecho civil español, común y foral*, Reus. Madrid. 1984, t. I. vol. 2.º, y 1985, t. IV.
- CASTRO Y BRAVO, F. de: "La simulación y el requisito de la donación de cosa inmueble. Comentario a la Sentencia de 23 de junio de 1953", *ADC*, VI-4 (octubre-diciembre de 1953), págs. 1003-1016.
- CASTRO Y BRAVO, F. de: *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1985 (reproducción anastática de la ed. de 1971), págs. 333-368 especialmente
- DÍAZ ALABART, S.: "La nulidad de las donaciones de inmuebles simuladas bajo compraventa de las mismas en escritura pública y su validez por no necesitar forma si son remuneratorias y el valor del servicio remunerado absorbe el del inmueble donado", *RDP*, LXIV (noviembre de 1980), págs. 1101-1123
- DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho civil*, Tecnos, Madrid, 1983, vol. 2.º.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, E.: "Donaciones encubiertas de gananciales", *Crónica tributaria*, 41 (1982), págs 43-45.
- FERRARA, F.: *La simulación de los negocios jurídicos* (trad. del italiano por Rafael Atard y Juan A. de la Puente), Madrid, 3.ª edición, 1953
- LACRUZ BERDEJO, J. L., y cols.: *Elementos de Derecho civil*, Bosch, Barcelona, 2.ª edición, 1986, t. II, vol. 3.º.
- MUÑOZ SABATÉ, L.: *La prueba de la simulación. Semiótica de los negocios simulados*, Editorial Hispano Europea, Barcelona, 1972.
- SOTO NIETO, F.: "Simulación contractual. Donación encubierta bajo forma de compraventa", en *Derecho vivo*. Montecorvo, Madrid, 1970, t. I, págs. 283-295.
- VALLET DE GOYTISOLO, J. B. "Las donaciones de bienes inmuebles disimuladas, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo", *ADC*, XXV-3 (julio-septiembre de 1972), págs. 669 y sigs. Publicado también en *Estudios sobre donaciones*, Montecorvo, Madrid, 1978, págs. 591-681.

La publicidad registral y el urbanismo (*)

SUMARIO I. EVOLUCION NORMATIVA: A) ANTECEDENTES. B) LA LEY DE REFORMA DE 1990.— II. ALCANCE DE LA PUBLICIDAD REGISTRAL: A) POSTURAS CLÁSICA Y ACTUAL. B) LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD.— III. REFLEJO DE LAS LIMITACIONES DOMINICALES.— IV. ASIENTOS PREVISTOS POR LA LEGISLACION. A) EN LA LEY DEL SUELO DE 1976. B) EN LA LEY DE REFORMA DE 1990: a) *El artículo 25.2.* b) *Asientos practicables según la Disposición Adicional Décima.* c) *Iniciación del expediente y afección del suelo.* d) *Inscripción de las reparcelaciones y compensaciones.*— V. RESUMEN Y CONCLUSIONES.

I. EVOLUCION NORMATIVA

A) ANTECEDENTES

El urbanismo como fórmula que pretende solucionar los acuciantes problemas sociales del suelo y la vivienda, es más bien de este siglo. El bajo nivel de vida del campo, junto con el auge de la industrialización y el maquinismo, han originado en la presente centuria un trasvase súbito y creciente de la población rural a los núcleos urbanos, con la consiguiente creación de grandes aglomeraciones en las ciudades.

En España, a partir de los años de desarrollo, el fenómeno adquirió proporciones alarmantes, reclamando urgentemente una regulación de los espacios y del suelo. Así nació la Ley de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 12 de mayo de 1956 como primera norma que trataría el tema de un modo general y orgánico (1).

(*) Estudio para el curso del Doctorado en la Universidad Complutense dirigido por el profesor doctor don Manuel Amorós Guardiola.

(1) Ver ampliamente en M. BASSOLS COMA, *Génesis y evolución del Derecho urbanístico español (1812-1856)*, Madrid, 1973.

En cambio, el Registro de la Propiedad había nacido casi un siglo antes, regulado por la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1861, y a pesar de centrar su esencia en el reflejo de la titularidad y los derechos sobre las fincas que integran el suelo, pocos pensaron que podría servir de base para encauzar los nuevos fenómenos urbanísticos.

En el siglo pasado existieron algunas normas que más bien se referían tan sólo a trazados urbanos, cuando aún no había aparecido el problema de la escasez del suelo para viviendas, que es en la actualidad el más acuciante. Por ello se mencionaba el Registro de la Propiedad como de pasada y para casos muy concretos, sin pesar en una sistemática orgánica ni en una publicidad generalizada.

Como manifestaciones de esas aisladas menciones registrales se pueden señalar tan sólo las Leyes de Ensanche de Madrid y Barcelona de 22 de diciembre de 1876 y 22 de julio de 1882, así como la Ley de Expropiación Forzosa de 10 de enero de 1879, las cuales exigían la titularidad inscrita de los afectados.

Sin embargo, en la legislación especial de la vivienda, el papel del Registro de la Propiedad adquirió una mayor relevancia. Esta normativa arranca de las Leyes de 12 de junio de 1911 y 10 de diciembre de 1921 con sus respectivos Reglamentos, pasando por la Ley de 10 de octubre de 1924 y Real Decreto de 3 de octubre de 1925 sobre Casas Baratas y Real Decreto Ley de 29 de julio de 1925 sobre Casas Económicas y por la llamada Ley Salmón de 25 de junio de 1935, hasta llegar a las Leyes de 19 de abril de 1939 sobre Viviendas Protegidas, de 25 de noviembre de 1944 de Viviendas Bonificables, y por último la Ley de 15 de julio de 1954 de Viviendas de Renta Limitada, que dio paso a la nueva denominación genérica de Viviendas de Protección Oficial a partir de 1960.

Como destaca CHICO ORTIZ (2), toda esta legislación ya acude al Registro de la Propiedad como un auténtico centro coordinador de derechos, y resorte para el cumplimiento de deberes administrativos y fiscales. Recuérdese que en los asientos se hacen constar las situaciones de calificación provisional o definitiva de las viviendas, así como la afección fiscal que se hará efectiva si, por incumplimiento de las normas legales, desaparecen las bonificaciones impositivas que se concedieron.

Y nada es preciso decir, por ser patente, de la importancia capital que tiene la publicidad inmobiliaria basada en el Registro para la propiedad horizontal, que tuvo su primera manifestación legislativa en España mediante la reforma del artículo 396 del Código Civil por la Ley de 26 de octubre de 1939 y que ahora se regula en la Ley de 21 de julio de 1960; su

(2) En su trabajo "El urbanismo y el Registro de la Propiedad", *Revista de Derecho Notarial*, núm. 78, págs. 251 y sigs

amplitud normativa, jurisprudencial y doctrinal es tan conocida que basta reseñar el dato.

Sin embargo, al ceñirnos a la esfera estricta de la regulación del suelo, encontramos que la normativa existente en España ha venido adoleciendo de una patente "anemia" en lo que se refiere al trato registral del urbanismo. La Ley del Suelo de 12 de mayo de 1956 contenía una declaración genérica en el artículo 209, según el cual "los actos administrativos que se produjeran en el ejercicio de las funciones reguladas en la presente Ley, *podrán* ser anotados o inscritos en el Registro de la Propiedad, conforme a lo establecido en la legislación hipotecaria, según proceda, por acuerdo de la Comisión Provincial de Urbanismo, de oficio, o a propuesta de la Corporación encargada de la urbanización". Como se ve, el precepto tenía tanta amplitud como inconcreción, y además, con la palabra "*podrán*" establecía una registración tan voluntaria como carente de efectos. Por ello, aunque el Registrador NARCISO DE FUENTES SANCHÍS puso gran confianza en las posibilidades que este artículo brindaba (3), la verdad es que por su carácter simplemente potestativo quedó en la práctica en letra muerta.

Y lo mismo cabe decir del punto 2 del mismo artículo 209 de la Ley de 1956, que se refería a los casos previstos en otros preceptos de la propia Ley, en los que ni siquiera se consideraba necesaria la intervención de la Comisión Provincial. Tales preceptos eran el artículo 47.2, que se refería a obras provisionales para ejecutar los planes, el 55.3, sobre servidumbres forzosas, el 78.2 y 3, sobre constancia de la indivisibilidad de parcelas y licencias de edificación, el 82.3, sobre reparcelaciones y 158.2, que consideraba la inscripción del derecho de superficie como requisito constitutivo de su eficacia.

Como se ve, excepto este último precepto, que tuvo gran importancia y fue recibido en la realidad, la Ley del Suelo de 1956 no aceptó ni supo captar las posibilidades que el Registro le brindaba.

La Ley de Reforma de la del Suelo de 2 de mayo de 1975 recogió íntegro el texto del artículo 209 que hemos visto, incorporándolo a su artículo 221, lo que, en opinión de MONTORO y VILARDAGA (4), respondía a la certeza del legislador de que tal precepto, sin ulterior desarrollo, permanecería inútil por confuso, arriesgado, difícil de manejar por los órganos urbanísticos y poco asumible por los responsables de la institución registral.

(3) N. DE FUENTES SANCHÍS, *Registro de la Propiedad y Urbanismo*. Ponencia en el I Congreso Registral, Madrid, 1961.

(4) M. J. MONTORO CHINER y J. VILARDAGA ROIG, "La Ley del Suelo y el Registro de la Propiedad", *Revista de Derecho Urbanístico*, núm. 183, pág. 13.

Quizá con vistas a la galería se introdujo en dicha Ley de Reforma de la del Suelo la altisonante Disposición Final 13, cuyo texto es conocido:

“Se autoriza al Gobierno para que, a propuesta del Ministerio de Justicia, y previo informe del Ministerio de la Vivienda, se dicten las disposiciones precisas para acomodar la legislación hipotecaria a lo dispuesto en esta Ley, a fin de asegurar que las limitaciones y deberes establecidos en la misma y en los planes, programas, proyectos, normas, ordenanzas y catálogos se reflejen con toda exactitud en el Registro de la Propiedad”.

Todos sabemos que esta disposición legal, ya se considere autorización o mandato del Gobierno, no se cumplió, pese a la patente necesidad que por entonces se iba sintiendo y que ha aumentado de un modo cada vez más vehemente. Y no sólo eso, sino que llegado el Texto Refundido de la Ley del Suelo de 9 de abril de 1976, la redacción de la Disposición Final 13 no apareció recogida. Sin embargo, no parece que esto suponga su abolición, toda vez que en la tabla de vigencias se expresa que, aunque no se hayan integrado en el Texto Refundido, quedan subsistentes varias disposiciones finales que se citan, entre ellas expresamente la 13, que con ello mantuvo su vigencia, aunque, de todos modos, no se le dió cumplimiento. Por eso, el sistema del Texto Refundido se configuró a base de preceptos aislados, sin demasiado orden ni concierto entre ellos. En el trabajo citado de MONTORO y VILARDAGA se recogen hasta 21 artículos concretos, en los que la Ley del Suelo acude al Registro de la Propiedad con mayor o menor efectividad. A esto hay que añadir las normas contenidas en los Reglamentos de Gestión de 25 de agosto de 1978, de Disciplina Urbanística de 23 de junio de 1978, y de Planeamiento de esta misma fecha. Añádanse a esto las múltiples normas autonómicas de las que hablaremos después y la confusión es bastante elevada.

Naturalmente, se hacía precisa una regulación orgánica de la publicidad registral, y ésta es la puerta que se ha abierto con la Ley de 1990, que pasamos a estudiar.

B) LA LEY DE REFORMA DE 1990

Resulta chocante que este tema, general e importante, de las relaciones del urbanismo con la publicidad registral, se aborde en una Ley de finalidades especiales como ésta y que además se haga en una disposición adicional que no fue objeto de discusión y aprobación en el Congreso, sino que “entró” en virtud de una enmienda de última hora, añadida en el Senado.

Porque las finalidades básicas de la Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo, son bien concretas y un tanto diferentes, dirigiéndose principalmente a atajar el fuerte incremento del precio del suelo urbano, que repercute en el costo final de las viviendas. Si se repasa atentamente el Preámbulo de la Ley se verá que junto a esa preocupación aparece otra tangencial pero no menos importante y es la colisión de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en un difícil malabarismo de las normas constitucionales.

La Ley de 1990 ha provocado una multitud de estudios, conferencias, sinopsis y mesas redondas de urgencia, dadas las importantes consecuencias que pueden producirse en el régimen jurídico del suelo urbano (5). La doctrina no ha recibido con comentarios favorables la nueva normativa. CHICO ORTIZ ha resumido estas críticas (6):

- Por tratarse de una Ley que afecta al derecho de propiedad, derecho considerado básico de la persona por el artículo 33 de la Constitución, hubiese requerido la categoría de orgánica, cuando tan solo es ordinaria.
- Es una Ley difícil y técnica, de terminología sólo apta para iniciados, y por ello poco comprensible.
- Es de avanzada programación, alterando el contenido jurídico y económico del derecho de propiedad bajo las ideas de igualdad y función social. Se confieren facultades exageradas a los entes municipales, que afectan de modo muy importante a los propietarios hasta casi convertirlos en meros concesionarios de las licencias municipales.
- No es de aplicación general, en cuanto que por una parte sólo afecta a municipios de más de 25.000 habitantes, y por otra sufre las importantes limitaciones territoriales que le vienen impuestas por las competencias autonómicas en materia de ordenación territorial.

Pero en el punto concreto que estamos estudiando puede suponer un paso decisivo en lo referente a la incardinación del urbanismo en la esfera de la publicidad registral. Como dice CHICO ORTIZ, esta Ley ha tenido que reconocer que la actividad administrativa urbanística estaba distan-

(5) CHICO ORTIZ recoge un muestrario de los artículos y comentarios en su trabajo "La propiedad urbanística y el Registro de la Propiedad", en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, enero-febrero 1991, pág. 151, n. 2. También en el Colegio de Registradores se celebró un ciclo de conferencias sobre este tema en el mes de noviembre de 1990.

(6) En el trabajo reseñado en la nota anterior.

ciendo su problemática de la Institución registral que, aparte su raigambre histórica, goza de la confianza general; a partir de ahora ha variado la idea y comienza a contarse con el Registro como elemento que permite soluciones que contribuyen a resolver problemas de titularidad, de cargas, publicidad y, sobre todo, de regularización de la propiedad.

En la nueva Ley esto se manifiesta:

1.º En una norma efectiva que ya se aplica, que es el artículo 25, importantísimo a los efectos de asegurar la disciplina urbanística en el punto concreto de la constancia registral de las edificaciones, al que nos referiremos después con más amplitud.

2.º En la fundamental Disposición Adicional décima, que utilizando una expresión no sólo, programática, sino más bien declarativa y con ciertos tonos imperativos, señala que serán inscribibles en el Registro de la Propiedad una amplia relación de actos integrantes de las diversas fases que forman el fenómeno urbanístico.

La cuestión competencial que antes hemos apuntado se salva en este punto concreto en cuanto que en las Disposiciones Finales de la Ley de Reforma de 1990, basándose en las competencias reservadas al Estado por el artículo 149 de la Constitución, se considera que es norma básica el citado artículo 25 de esta Ley y además es norma de aplicación plena la repetida Disposición Adicional décima.

En esta última se reseñan los distintos actos y títulos inscribibles, los asientos que corresponden a cada supuesto y los efectos de algunos de estos asientos. Pero, como además se ordena la publicación de un Texto Refundido de las disposiciones estatales existentes sobre suelo y ordenación urbana, así como la modificación del Reglamento Hipotecario para el desarrollo de estos puntos, será mejor remitirse a tales nuevas normas para estudiar en su momento y con detalle toda esta materia.

Aunque la Constitución en el mismo artículo 149.1.8.ª reserva competencia exclusiva del Estado sobre la materia de *ordenación de los Registros* incluyendo, por supuesto, el de la Propiedad, es curioso el fenómeno de que algunas Comunidades Autónomas, por vía de anticipo supuestamente urgente o quizá en un afán expansivo, se han extralimitado a veces en sus normas particulares, introduciendo de vez en cuando preceptos que afectan a la publicidad inmobiliaria del suelo.

Las disposiciones autonómicas sobre ordenación del suelo son ya importantes por su número y el intervencionismo creciente que introducen en las facultades dominicales de los particulares.

A título indicativo relacionamos las normas autonómicas sobre urbanismo dictadas hasta el momento:

Andalucía

- Decreto de 21 de septiembre de 1983 regulando la competencia de la Junta en urbanismo.
- Decreto de 23 de marzo de 1988 por el que se regulan las actuaciones de promoción pública de viviendas.

Aragón

- Decreto de 27 de junio de 1985 regulando la promoción pública del suelo.
- Ley de 22 de noviembre de 1985 creando el Instituto del Suelo y la Vivienda de Aragón.
- Ley de 10 de marzo de 1987 del Banco de Tierras.

Asturias

- Ley de 13 de julio de 1984 por la que se autoriza la creación de una Sociedad Regional de Gestión y Promoción del Suelo.
- Ley de 30 de marzo de 1987 de Coordinación y Ordenación Territorial.
- Ley de 8 de abril de 1987 reguladora de la disciplina urbanística.

Baleares

- Ley de 14 de marzo de 1984 de Ordenación y Protección de Areas Naturales de Interés Especial.
- Ley 14 de marzo de 1985 sobre promoción y venta del suelo y viviendas.
- Ley 1 de abril de 1987 de Ordenación Territorial de las islas Baleares.
- Ley de 25 de mayo de 1988 por la que se modifica el apartado 6 del artículo 228 de la Ley del Suelo.
- Ley de 1 de julio de 1988 sobre edificios e instalaciones fuera de ordenación.
- Ley de 2 de noviembre de 1989 de Sustitución del Planeamiento Urbanístico Municipal.
- Ley 9/1990 de Atribución de Competencias a los Consejos Insulares en Materia de Urbanismo y Habitabilidad.
- Ley de 23 de octubre de 1990 de Disciplina Urbanística.

Canarias

- Ley de 29 de julio de 1985 de Medidas Urgentes en Materia de Urbanismo y Protección a la Naturaleza.
- Ley de 15 de marzo de 1987 reguladora de los Planes Insulares de Ordenación.
- Ley de 7 de abril de 1987 sobre la ordenación urbanística del suelo rústico de la Comunidad Autónoma de Canarias.
- Ley de 7 de abril de 1987 sobre sistema de actuación de urbanización diferida.
- Ley de 13 de junio de 1989 de Viviendas.
- Ley de 14 de mayo de 1990 de Disciplina Urbanística y Territorial.

Cantabria

- Decreto de 30 de septiembre de 1987 sobre atribución de funciones en materia de acción territorial.
- Ley de 30 de marzo de 1990 de Ordenación Territorial.

Castilla-La Mancha

- Ley de 31 de mayo de 1988 de Conservación del Suelo.

Castilla y León

- Decreto de 30 de julio de 1983 sobre competencias en materia de urbanismo.
- Decreto de 7 de octubre de 1983 sobre creación de la Comisión de Urbanismo.
- Ley de 7 de mayo de 1987 sobre creación de Sociedades de Gestión Urbanística.

Cataluña

- Ley de 18 de noviembre de 1981 sobre protección de la legalidad urbanística.
- Decreto de 26 de agosto de 1982 de Reglamento de Desarrollo y aplicación de la Ley anterior.

- Ley de 9 de enero de 1984 de Medidas de Adecuación del Ordenamiento Urbanístico de Cataluña.
- Decreto de 10 de abril de 1984 aprobando la tabla de vigencia de las disposiciones afectadas por la Ley anterior.
- Decreto de 10 de abril de 1984 aprobando el Reglamento para el desarrollo de la misma Ley.
- Decreto de 17 de diciembre de 1984 sobre proyecto del Plan Territorial General.
- Ley de 5 de julio de 1990 por la que se autoriza la refundición de los textos legales vigentes en Cataluña en materia urbanística.

Extremadura

Sólo tiene dos Leyes de ordenación del suelo rústico:

- Ley de 2 de mayo de 1986 sobre dehesas.
- Ley de 8 de abril de 1987 sobre tierras de regadío.

Galicia

- Ley de 22 de agosto de 1985 de Adaptación de la del Suelo a Galicia.
- Ley de 27 de abril de 1988 de Creación del Instituto Gallego de la Vivienda y del Suelo.

Madrid

- Ley de 10 de febrero de 1984 sobre Medidas de Disciplina Urbanística.
- Ley de 30 de mayo de 1984 de Ordenación Territorial de la Comunidad Autónoma de Madrid.
- Orden de 7 de marzo de 1985 que acuerda la aprobación definitiva del Plan General de Ordenación Urbana.
- Ley de 4 de diciembre de 1985 para el tratamiento de actuaciones urbanísticas ilegales de la Comunidad de Madrid.
- Ley de 18 de diciembre de 1987 por la que se prorroga la vigencia de la Ley anterior.
- Ley de 16 de marzo de 1989 modificando el artículo 14 de la Ley de Ordenación Territorial de Madrid.

Murcia

- Ley de 23 de mayo de 1986 sobre competencias en materia de urbanismo.
- Ley de 20 de diciembre de 1986 de medidas para la protección de la legalidad urbanística de la Región de Murcia.

Navarra

- Decreto Foral de 7 de febrero de 1986 sobre promoción pública de la vivienda.
- Decreto Foral de la misma fecha sobre promociones concertadas en viviendas.
- Ley Foral de 11 de noviembre de 1986 de Ordenación del Territorio.
- Decreto Foral de 13 de febrero de 1987 sobre promoción pública de viviendas.
- Decreto Foral de 6 de marzo de 1987 sobre disposiciones que quedan vigentes o resultan derogadas con la entrada en vigor de la Ley Foral de 11 de noviembre de 1986.
- Ley Foral de 10 de abril de 1987 de Normas Urbanísticas Regionales para Protección y Uso del Territorio.
- Decreto Foral de 12 de junio de 1987 sobre disposiciones vigentes y derogadas a la entrada en vigor de la Ley Foral anterior.
- Decreto Foral de 10 de diciembre de 1987 creando el Instituto de la Vivienda de Navarra.
- Ley Foral de 8 de junio de 1989 sobre medidas de intervención en materia de suelo y vivienda.
- Decreto Foral de 7 de noviembre de 1990 sobre competencias sobre expropiaciones urbanísticas.

País Vasco

- Ley de 15 de abril de 1988 sobre derecho de adquisición preferente a favor de la Comunidad Autónoma del País Vasco en las transmisiones de viviendas de protección oficial.
- Ley de 17 de noviembre de 1989 de Valoración del Suelo.
- Ley de 31 de mayo de 1990 de Ordenación del Territorio.

La Rioja

- Decreto de 19 de abril de 1985 creando la Comisión de Urbanismo.

Valencia

- Ley de 2 de marzo de 1989 de Disciplina Turística.
- Ley de 7 de julio de 1989 de Ordenación del Territorio de la Comunidad Valenciana.

El problema autonómico sigue en pie y la nueva Ley de 1990, lejos de resolverlo u orillararlo, lo agudiza. En su propio Preámbulo se reconoce que la delimitación constitucional de competencias parece impedir que el Estado apruebe una nueva Ley General sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana con el mismo o similar contenido que el Texto Refundido actualmente vigente (se refiere al de 1976), con pretensión de aplicación plena, ya que supondría una manifiesta invasión de las competencias autonómicas en esta materia; por ello se viene a decir que esta Ley se limita a establecer una configuración básica del derecho de propiedad del suelo y a proporcionar un amplio repertorio de instrumentos a las Entidades territoriales que quieran utilizarlos. Por esta razón, termina insistiendo en que sin la colaboración de las Comunidades Autónomas que son las competentes para decidir la política urbanística en su territorio y de los propios Ayuntamientos la eficacia de la nueva Ley quedaría inevitablemente en entredicho.

Como vemos, el problema no parece sencillo y las cuestiones de competencia se han planteado y seguirán surgiendo. Como muestra de estas dudas reseñaremos la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 9 de abril de 1984 en la que se declaró la competencia del Estado para la ordenación de los Registros y los instrumentos públicos, dejando a salvo el debido respeto a las competencias de las Comunidades Autónomas. En cambio, la Instrucción del mismo Centro Directivo de 16 de julio siguiente acentúa tal respeto al señalar que los Notarios y Registradores en sus actuaciones relativas a la ordenación del territorio, el urbanismo y la vivienda deben tener en cuenta que rigen en primer lugar las normas autonómicas y después, supletoriamente, la legislación estatal; según el apartado segundo de esta última Instrucción tales funcionarios al enjuiciar la validez y alcance de los actos jurídicos sobre las fincas situadas en los territorios de las Comunidades Autónomas se atenderán, según el caso, a unas u otras normas.

Pero en el punto concreto de su registración, parece aceptarse el criterio

de la normativa hipotecaria nacional, ya que el apartado 4.º de la Instrucción establece que los títulos expedidos conforme a la correspondiente legislación aplicable, tendrá en el Registro, si cumplen además las exigencias de la legislación hipotecaria, el correspondiente reflejo a través del asiento —inscripción, anotación preventiva o nota marginal— que conforme a la legislación del Estado sea apropiado según el supuesto.

Así pues, se impondrá un estudio combinado de las normas generales y regionales, que no siempre será sencillo, aunque en este caso creemos que debe prevalecer la competencia de las normas estatales según claramente se determina en la Ley de reforma de 1990, acudiendo a la distribución constitucional de competencias. Así lo entiende también CABELLO DE LOS COBOS (7), al decir que si partimos de que la seguridad jurídica de la institución registral forma parte del contenido de los derechos fundamentales de todos los españoles, parece obvio que estamos ante una competencia exclusiva del Estado, como predica el artículo 149 de la Constitución, y en consecuencia ante una legislación de carácter pleno que, por otra parte, puede ser utilizable por las Comunidades Autónomas para ejecutar tanto la legislación estatal como las de sus propias competencias.

Y este carácter general es el que debe tener la normativa dimanante de esta Ley de Reforma de 1990 que se anuncia en su Disposición Adicional décima a efectos de regular la registración de los diversos actos nacidos del urbanismo.

II. ALCANCE DE LA PUBLICIDAD REGISTRAL

A) POSTURAS CLÁSICA Y ACTUAL

La finalidad que impulsó a los redactores de la Ley Hipotecaria de 1861 quedó plasmada en el conocido párrafo de la “Exposición de Motivos capitales” que le precede, en la que se dice que las antiguas normas “están condenadas por la ciencia y por la razón porque ni garantizan suficientemente la propiedad, ni ejercen saludable influencia en la prosperidad pública, ni asientan sobre sólidas bases el crédito territorial, ni dan actividad a la circulación de la riqueza, ni moderan el interés del dinero, ni facilitan su adquisición a los dueños de la propiedad inmueble, ni aseguran debidamente a los que sobre esta garantía prestan sus capitales”.

La doctrina hipotecarista justificó siempre el papel del Registro de la

(7) L. M.^a CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, *Régimen del suelo en Canarias*, editado por el Colegio de Registradores, Madrid, 1991, pág. 56.

Propiedad considerando que la seguridad jurídica, basada en los asientos registrales, es un bien social incalculable. Esta seguridad jurídica y el principio de la buena fe que impera en la sistemática registral se complementan, dando como consecuencia la protección; es imprescindible proteger a quien adquiere o presta confiado en el Registro, pues así se asegura el tráfico y se dan garantías firmes y base seria al comercio jurídico. El proporcionar seguridad jurídica a las transmisiones y al crédito hipotecario constituyó el móvil inicial de la Ley Hipotecaria y la razón de ser del Registro.

La generalización de la doctrina que apoya la tesis de la función social de la propiedad, a la que claramente se remite la Ley de Reforma de la del Suelo de 1990 en su artículo 1.º, encuentra también perfecto acomodo a la hora de justificar esta faceta nueva del Registro.

Aunque los autores de la Ley Hipotecaria de 1861 no pudieron conocer entonces, naturalmente, el giro que habría de tomar la propiedad en el siglo siguiente, parece como si algo hubieran atisbado cuando consiguieron redactarla de tal modo que sus preceptos pueden ahora, no solo adaptarse, sino ser válidos de un modo perfecto para encajar en los nuevos aires. Y nuestro Registro de Propiedad que ha servido y seguirá sirviendo para proteger a los titulares inscritos en aras de la seguridad del tráfico, indispensable en todo ordenamiento jurídico, se muestra ahora también como soporte insuperable para encajar la idea de la concepción funcional de una propiedad apta para servir a las necesidades sociales de los nuevos tiempos.

Este nuevo aspecto se ha venido perfilando últimamente tanto en la legislación urbanística y agraria como en la doctrina, que lo está admitiendo con carácter general. LÓPEZ MEDEL (8) resalta el papel del Registro de la Propiedad como auténtico servicio público cuando se trata de una puesta en forma del bien común. La teoría institucional aplicada al Registro mantenida por MESA MARTÍN (9) es sugestiva y abre cauces para nuevas aplicaciones. RAMÓN DE LA RICA ARENAL en su discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación (10) ha estudiado certeramente la evolución de esta función social de la propiedad en el Registro diciendo que desde 1861 ha transcurrido más de un siglo y la

(8) J LÓPEZ MEDEL, *Teoría del Registro de la Propiedad como servicio público*, tesis doctoral 1955 Nueva edición del Colegio de Registradores, Madrid, 1991.

(9) F. MESA MARTÍN, "Aproximación al institucionalismo: el Registro de la Propiedad como institución jurídica". *Ponencias del II Congreso Internacional de Derecho Registral*, Madrid, 1975, pág. 131

(10) "Realidades y problemas de nuestro Derecho registral inmobiliario". Discurso leído el 12 de marzo de 1962 por don RAMÓN DE LA RICA ARENAL en el ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.

propiedad no es idéntica; las doctrinas de la función social, del bien común, del abuso del derecho, del intervencionismo del Estado, del acceso a la propiedad, etc., han pasado de la esfera de la teoría al orden práctico de la legislación y los hechos; y también las necesidades sociales han cambiado enormemente y han obligado al Estado a una intervención creciente para controlarlas, ordenarlas y satisfacerlas; de una propiedad privada individual se ha pasado a una propiedad de marcado matiz social o de interés público que impone nuevos deberes a los propietarios en aras del bien común y para satisfacción de aquellas necesidades sociales; sigue diciendo que la función social que la propiedad inmueble debe cumplir, la sujeción al bien común, halla en el Registro y en su sistema el instrumento más apto para el cumplimiento de las funciones que esas modernas concepciones requieren. Últimamente se han pronunciado en el mismo sentido CORRAL DUEÑAS, LASO MARTÍNEZ, CHICO ÓRTIZ y GARCÍA GARCÍA (11).

B) LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO EN EL REGISTRO

Es posición bastante generalizada entre la doctrina urbanística que el Plan de Ordenación tiene potestad para crear facultades, derechos y limitaciones decisivas respecto a la propiedad del suelo.

Así viene a reconocerlo la legislación vigente hasta ahora y lo confirma ya con pocas dudas el artículo 2 de la Ley de 1990 al afirmar que la utilización del suelo y en especial su urbanización y edificación deberá producirse en la forma y con las limitaciones que la legislación de ordenación territorial y urbanística y, por remisión de ella, el planeamiento, establezcan.

No vamos a entrar en la polémica de si esta postura legal trastoca o no el concepto tradicional o básico de la propiedad y de si incluso, roza abiertamente con el respeto que la propia Constitución le concede en su artículo 33.

Se trata de ver si con tal *lege data*, esta planificación del suelo puede y debe entrar en los libros registrales y hemos de responder afirmativamente.

(11) F. CORRAL DUEÑAS (desde la perspectiva agraria), *El Registro de la Propiedad y la legislación social agraria*, tesis doctoral 1977; J. LASO MARTÍNEZ, "La inscripción de actos y contratos sujetos a previa autorización administrativa", trabajo en el libro del cincuentenario del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1986; J. M.^a CHICO ORTIZ, "La propiedad y el Registro de la Propiedad: conexiones y perspectivas", en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, enero-febrero 1985, núm. 566, pág. 9; J. M. GARCÍA GARCÍA, *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, Editorial Civitas, Madrid, 1988, pág. 58.

Consecuencia natural de estas nuevas determinaciones especiales que vienen a alterar, de modo positivo o negativo, las facultades que antes integraban el contenido dominical clásico de las fincas, es la necesidad de que exista un sistema que publique de modo suficiente y eficaz el alcance de tales ordenamientos y alerte sobre sus consecuencias jurídicas.

Se podrá decir que toda regulación jurídica del suelo debe implicar por sí sola, dada su fuerza legal, su plena eficacia, surtiendo todos sus efectos una vez se haya publicado la norma por los medios generales, no como limitación sino como integrante del contenido normal del dominio, que naturalmente es ahora el social. Sin embargo, estas normas que son restrictivas por naturaleza, por muy legales y generales que sean, requieren una mayor y más completa publicidad por explicable razones de seguridad jurídica que no deben desconocerse; para conseguir su plena efectividad no basta con que las limitaciones sean públicas, sino también determinadas. En efecto, las ordenaciones genéricas acaban recayendo sobre predios concretos que resultan sometidos a su acción; el Organismo actuante, al individualizar las fincas afectadas por el Plan ordenador de que se trate, viene a señalar sobre cuales recaen las limitaciones o prohibiciones que dicho Plan comporte; por ello es no sólo conveniente, sino hasta preciso, que mediante la debida publicidad se evite toda consecuencia dañosa a terceros o posibles adquirentes, y a la sociedad en general, que no tendría otro medio idóneo para conocer la verdadera situación especial de tales fincas incluidas en los planes de urbanismo.

El sistema de publicidad registral inmobiliaria que se ha generalizado en los diversos países, cuenta en España con una probada eficacia. A lo largo de más de un siglo ha protegido el tráfico jurídico y el crédito territorial, mostrando además una valiosa faceta social al prestar, en relación con el suelo, rústico y urbano nuevos y valiosos servicios a la comunidad.

LASO y CORRAL (12) señalan a este respecto que el Registro de la Propiedad es un indispensable medio de publicidad de los deberes y limitaciones del dominio, siendo garantía de los compromisos impuestos al suelo por la planificación, instrumento de cooperación en la disciplina urbanística y corrección de actuaciones contrarias al interés público; es también instrumento de seguridad de empleo social del suelo y medio eficaz para conservar y consolidar las mejoras estructurales y jurídicas obtenidas por las actuaciones de la Administración en esta esfera social. Dicen que el Registro de la Propiedad, con la publicidad que de él dimana

(12) En su trabajo "La publicidad inmobiliaria en la ordenación del territorio", publicado en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 555, marzo-abril 1983, págs. 313 y sigs.

y sus efectos consiguientes, constituye un auténtico servicio público en favor de la comunidad a la que brinda toda su colaboración para llevar a cabo cualquier política de ordenación territorial. Concluyen diciendo que la aportación más importante que ha de realizar en España el Registro de la Propiedad es la de conseguir que, a través de un firme y vigoroso respeto a la seguridad jurídica, se lleve a cabo el control social del dominio de tal modo que éste cumpla con los deberes y prestaciones que el ordenamiento sustantivo le impone; al propio tiempo correlativamente, se puedan hacer uso de las prerrogativas y derechos que le correspondan en un equilibrado sistema de garantías recíprocas, legitimado por la propia configuración constitucional vigente; así la Institución inmobiliaria, mediante su publicidad y a través de la facultad calificadora del Registrador, funcionario preparado e independiente, hará que se respeten los principios institucionales que justifiquen las limitaciones de los planeamientos, facilitando también el control de esta creciente penetración pública en la propiedad privada.

En cuanto a dicha calificación, la Ley Hipotecaria española confía al funcionario Registrador la misión de examinar la validez de los actos jurídico-administrativos que se presenten para su inscripción, dándoles entrada en el Registro solo en el caso de que se ajusten a lo establecido en la normativa o el plan aplicables. Este principio de legalidad es fundamental en materia de limitaciones al dominio.

En efecto, hemos de poner de relieve el magnífico resorte que la Administración puede tener en la calificación registral para hacer cumplir los postulados de política urbanística plasmados en las leyes o los planes respectivos. Si el Registrador juzga la validez de los actos realizados y en consecuencia inscribe, suspende o deniega, el control no puede ser más eficaz, seguro y económico, para ser empleado al servicio de los fines públicos que interesan a la comunidad. Aquí la Administración puede evitarse tranquilamente tener que montar órganos especiales de control, costosos e inseguros, ya que cuenta con uno de competencia acreditada y que no le supone costo alguno.

Según la norma general del artículo 18 de la Ley Hipotecaria los Registradores califican bajo su responsabilidad la legalidad de los títulos, la capacidad y competencia de los otorgantes y la validez intrínseca de los actos realizados. En relación con las actuaciones urbanísticas, sea de los órganos o de los particulares, la calificación alcanzará a los extremos dichos, teniendo en cuenta los documentos presentados y lo que resulte de los propios asientos registrales. De ahí la gran importancia de que conste en el Registro la situación especial de las fincas sujetas al planeamiento y ordenación, asegurando así su perfecta realización, e impidiendo que se infrinja la disciplina urbanística correspondiente.

Ahí radica la importancia de la cuestión y la conveniencia de regular los supuestos inscribibles para obtener una publicidad efectiva.

III. REFLEJO DE LAS LIMITACIONES DOMINICALES

Como dice el profesor AMORÓS (13) el problema de la publicidad registral de los planes urbanísticos tiene dos manifestaciones: *a)* La ineludible eficacia *erga omnes* de estas limitaciones, que no pueden producir sus efectos solo *inter partes* y quedan desvirtuadas por la aparición de terceros adquirentes; por eso los deberes establecidos por las leyes o los planes han de configurarse como obligaciones *ob rem*, y *b)* La necesidad de garantizar la seguridad del tráfico jurídico que exige la adecuada publicidad de esas limitaciones y deberes para que puedan ser conocidos por terceros (cognoscibilidad legal).

Se hace preciso encontrar el mecanismo técnico adecuado para lograr esa publicidad y para ello han de superarse dos dificultades que son: 1) La idea de que las limitaciones genéricas derivadas de la Ley o las específicas del Plan, no se inscriben (arts. 26.1º de la LH y 5.3 del Reglamento), y 2) Que la publicidad del Registro se proyecta sobre fincas concretas y no a toda una zona o urbanización más amplia.

En cuanto a la primera dificultad, aunque aparentemente las limitaciones públicas al dominio puedan asemejarse a las servidumbres legales o se concreten a veces en prohibiciones de disponer, no siempre parecen aplicables las normas antes citadas. Realmente los ordenamientos urbanísticos no constituyen verdaderas servidumbres, aunque tengan por objeto la utilidad pública, con lo que no es aplicable el artículo 5.3 del Reglamento Hipotecario, ni se concretan siempre en limitaciones dispositivas.

Si nos atenemos al texto del artículo 26.1º de la Ley Hipotecaria las prohibiciones de disponer establecidas por las Leyes que tengan plena eficacia sin expresa declaración judicial o administrativa surtirán todos sus efectos sin necesidad de una inscripción separada y especial. Pero el enfoque debe ser distinto, pues no se trata de verificar un asiento que prohíba tal o cual actuación; lo que el Registro hace en estos casos no es prohibir, que eso lo hace la Ley o Plan respectivo, sino que solamente publica que la finca en cuestión está sometida al régimen especial de esa ordenación urbanística, bien sea en la fase de planeamiento o gestión o se trate de proteger la disciplina; publicada la situación especial, de ella se deducirán las correspondientes consecuencias legales. Así de sencillo.

(13) M. AMORÓS GUARDIOLA en su trabajo "Aspectos registrales de las urbanizaciones", en *Revista de Derecho Urbanístico*, núm. 62, págs. 36-37.

La limitación forma parte del propio estatuto de la propiedad urbanística, el cual despliega su eficacia sin necesidad de que en cada asiento se detallen sus reglas; aparece en el Registro desde que consta que la finca está incluida en un plan; una vez manifiesto el plan, debe surtir sus efectos con todo su contorno inseparable.

Una vez que aparezca en el asiento que la finca está afecta al régimen urbanístico especial de que se trate, las limitaciones consiguientes sean de disfrute o disposición y las obligaciones positivas de cesión del suelo y coste de la urbanización forman parte de su régimen de propiedad peculiar, configurando su naturaleza y afectando a su contenido de acuerdo con las normas legales aplicables.

En cuanto a la segunda dificultad apuntada, tampoco es insalvable. Si el Plan de Ordenación es genérico, esto se salvará concretando las fincas comprendidas en él para plasmar a continuación en sus respectivos folios la situación especial sobrevenida para que la publicidad registral se produzca. Así lo disponen los artículos 129.1 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976 y 169 del Reglamento de Gestión Urbanística, según los cuales en los terrenos afectos al cumplimiento de las obligaciones urbanísticas dimanantes del sistema de compensación se hará constar tal afección por nota marginal a instancias de la Junta de compensación, la cual certificará que la finca correspondiente está incluida en el polígono o unidad de actuación (14).

De este modo, el Registro puede cumplir perfectamente su función de publicidad, tanto de aviso como productora de efectos jurídicos, al señalar respecto a todos la existencia de un peculiar estatuto del suelo urbano en cuanto suponga algún recorte al dominio privado en aras de finalidades sociales.

Como resumen de las posibles aportaciones del sistema inmobiliario al proceso urbanístico, recogemos el esquema de LASO MARTÍNEZ, el cual considera susceptibles de inscripción en el Registro de la Propiedad las siguientes situaciones (15):

1.^a Las que dejan patente frente a toda la sociedad los compromisos contraídos por los promotores del planeamiento como consecuencia de un proceso de planificación iniciado o incluso en fase de tramitación y pendiente de tramitación definitiva o sea la prefiguración de la urbanización.

(14) Sobre requisitos y efectos de esta nota puede verse el trabajo de C. UTRERA RAVASSA, "La nota marginal del artículo 169 del Reglamento de Gestión Urbanística", en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 547, noviembre-diciembre 1981, pág. 1407.

(15) J. L. LASO MARTÍNEZ en la ponencia "Aportaciones hipotecarias al proceso urbanístico", en las *Jornadas sobre Urbanismo y Publicidad Registral*, Valladolid, 1988.

2.^a Publicación de las determinaciones de los planes de ordenación, cuando la Administración Pública esté interesada en ello.

3.^a Aseguramiento del cumplimiento del Plan, mediante el otorgamiento de las garantías registrales que el ordenamiento brinda con toda certeza como suficientes para conseguirlo.

4.^a La constatación del régimen jurídico de los planes en orden a la ejecución de la urbanización y su conservación.

5.^a Todo el régimen jurídico de los actos de reparcelación, compensación, transferencias de aprovechamiento medio y expropiación.

6.^a La publicidad de las acciones emanadas de las Administraciones públicas suspendiendo los efectos de una licencia, ordenando la paralización de obras abusivas, declarando la lesividad de sus propios actos contrarios al ordenamiento jurídico, acordando la revisión en vía administrativa de ellos.

7.^a La incoación de expedientes disciplinarios y las medidas de resarcimiento del daño sufrido cuando se resuelvan mediante garantías económicas u órdenes de ejecución.

Y 8.^a La publicidad de las acciones dirigidas contra los actos de las Administraciones públicas cuando afecten a bienes inmuebles concretos para evitar que produzcan situaciones irreversibles en perjuicio de los litigantes.

IV. ASIENTOS PREVISTOS POR LA LEGISLACION

A) EN LA LEY DEL SUELO DE 1976

La Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 23 de julio de 1984 que antes hemos citado señala, un tanto imprecisamente, en su número 4 que los títulos referentes a la Ordenación del territorio, si cumplen las exigencias de la legislación hipotecaria, tendrán el correspondiente reflejo en el Registro a través del asiento apropiado, según el supuesto, pudiendo ser inscripción, anotación preventiva o nota marginal.

Es decir, que en principio, cualquiera que estos tres tipos de asientos, a los que habría que añadir también la cancelación cuando corresponda, pueden producir efectos publicitarios en general.

Las normas urbanísticas hasta ahora vigentes no suelen ser demasiado precisas a la hora de determinar las clases de asientos a practicar ni de sus efectos, haciendo más bien una remisión genérica a la legislación hipotecaria. Así, el artículo 221 del Texto de la Ley del Suelo de 1976 dice, como

hemos visto, que los actos administrativos que se produjeran en el ejercicio de las funciones reguladas en la presente Ley podrán ser *anotados o inscritos* en el Registro de la Propiedad conforme a lo establecido en la legislación hipotecaria.

La distinción en principio es sencilla desde el punto de vista doctrinal, en cuanto que la inscripción es un asiento definitivo y positivo, la anotación preventiva es provisional, la cancelación es también definitiva pero extintiva y la nota marginal es un asiento supletorio y normalmente provisional.

Pero, salvo casos aislados, tanto la Ley del Suelo como los Reglamentos del Planeamiento, de Gestión y de Disciplina Urbanística, se limitan a reseñar la posibilidad de hacer constar en el Registro los distintos actos, sin puntualizar el asiento apropiado.

Lo mismo ocurre con las normas autonómicas sobre urbanismo, en los casos, un tanto frecuentes, en que excediéndose de sus facultades competenciales, han regulado aspectos registrales.

Siguiendo el propio orden legal haremos una breve enumeración de los preceptos de la Ley del Suelo que acuden al Registro en uno u otro sentido:

- El artículo 58.2 que se refiere a la autorización para ejecutar obras o usos provisionales demolicibles sin derecho a indemnización y su concordante artículo 42 del Reglamento de Gestión.
- El artículo 68 en cuanto a las actas de pago y ocupación de la expropiación.
- El artículo 83 que se refiere a las limitaciones en suelo urbano con respecto a la utilización de construcciones destinadas a fines industriales, en zonas permitidas, cuando el propietario asuma las obligaciones de cesión gratuita de viales, parques y jardines públicos, centros de educación al servicio del polígono o unidad de actuación, mediante su inscripción en el Registro de la Propiedad, con los artículos 39 y 46 del Reglamento de Gestión.
- El artículo 95.1 que se refiere a la indivisibilidad de las parcelas mínimas y la necesidad de que Notarios y Registradores hagan constar el carácter de indivisible de las fincas y la necesaria comunicación al Registro del otorgamiento de licencia sobre parcela edificable en proporción de volumen en relación con su área, cuando se constituye el correspondiente a toda la superficie, o en el supuesto de que es edificable en proporción menor la porción de exceso.
- El artículo 96.3 que se refiere a la obligación de que Notarios y Registradores exijan para autorizar e inscribir respectivamente,

escrituras de división de terrenos, que se acredite el otorgamiento de licencia.

- Los artículos 100 y 101 relativos a la cesión al Municipio de todos los terrenos de cesión obligatoria para su incorporación al patrimonio del suelo o su afectación conforme a los usos previstos en el Plan, y a que la situación física y jurídica de las fincas o derechos afectados por la reparcelación se refleje en el Registro de la Propiedad de acuerdo con la legislación hipotecaria.
- El artículo 101.3 relativo a las cargas incompatibles con la nueva situación de la finca tras la reparcelación y la obligación de hacerlo constar el Registrador.
- El artículo 129 sobre la incorporación de los propietarios a la Junta mixta de compensación y la afección de los terrenos al cumplimiento de las obligaciones inherentes, con anotación en el Registro de la Propiedad, según señalan los artículos 102, 168 y 169 del Reglamento de Gestión.
- El artículo 139.2 y 3, en lo referente al pago del justiprecio de las expropiaciones urbanísticas a quienes acrediten, mediante certificación registral, los títulos justificativos de su derecho en el ámbito del sistema de expropiación.
- El artículo 140.2 y 3, sobre la inscripción de las actas de ocupación y pago en las expropiaciones, en concordancia con el artículo 209 del Reglamento de Gestión.
- El artículo 141.2 referente a la posibilidad de cancelar la inscripción de derechos anteriormente inscritos que no se tuvieron en cuenta en el expediente expropiatorio, con posterioridad a la inscripción del acta conjunta de ocupación, en concordancia con el artículo 210 del Reglamento de Gestión.
- El artículo 142 sobre posibilidad de pagar las expropiaciones urbanísticas para actuaciones de promoción pública en parcelas resultantes de la propia urbanización.
- Los artículos 171 y 172.2 que se refieren a la constitución del derecho de superficie e inscripción en el Registro de la Propiedad para la construcción de viviendas, servicios complementarios e instalaciones industriales y comerciales determinadas en los planes de ordenación.
- Y los artículos 131, 132 y 133 de la Ley en relación con el 188 del Reglamento de Gestión, en cuanto a la afectación real de las fincas al cumplimiento de cargas y pago a gastos inherentes al sistema de cooperación.

B) EN LA LEY DE REFORMA DE 1990

Ya hemos anticipado que en esta Ley hay dos normas de gran importancia que se refieren a las relaciones del Registro de la Propiedad con el Urbanismo, que son el artículo 25 y la Disposición Adicional décima.

a) *El artículo 25.2*

Se refiere a la constancia registral de las edificaciones y ya viene siendo aplicado como una medida de total eficacia a los efectos de la defensa de la disciplina urbanística. Según este precepto, los Registradores de la Propiedad exigirán para inscribir escrituras de declaración de obra nueva terminada que se acredite el otorgamiento de la preceptiva licencia de edificación y la expedición por el técnico competente de la certificación de haberse terminado la obra de conformidad con el proyecto aprobado.

Tratándose de obras en período de construcción, aparte de la siempre necesaria licencia administrativa, deberá testimoniarse en la escritura la certificación técnica que asevere que la descripción de la obra comenzada se ajusta al proyecto aportado para obtener la licencia. En este caso, el propietario deberá hacer constar en su día la terminación de lo edificado por medio de acta notarial que ha de ser autorizada dentro del plazo de tres meses de la terminación de la obra, a la que se acompañará también la certificación del técnico director que acredite haberse llevado a cabo aquella con arreglo al mismo proyecto (16).

b) *Asientos practicables según la Disposición Adicional décima*

Esta disposición parece contener, en principio, un propósito serio de ordenar definitivamente la publicidad registral del Urbanismo, no sólo porque articula, como veremos, cuales son los actos inscribibles y sus asientos correspondientes, sino también porque ordena al Gobierno la redacción de las normas a introducir como modificaciones en el Reglamento Hipotecario para el debido desarrollo de lo contenido en la disposición legal. Es de esperar que en esta regulación reglamentaria anunciada se detallen los requisitos y efectos de cada uno de los asientos de los distintos supuestos registrales.

(16) LASO MARTÍNEZ en su trabajo "La inscripción de declaraciones de obra nueva en la Ley de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo de 25 de julio de 1990", en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 601, noviembre-diciembre 1990, pág. 521.

De momento nos limitaremos a la propia Disposición Adicional décima de la Ley que en su apartado primero contiene una relación de actos susceptibles de registración y además los clasifica en el apartado tercero, señalando los asientos que originan.

Según estas normas, se harán constar *por inscripción*:

- Los actos firmes de aprobación de los expedientes de ejecución del planeamiento en cuanto supongan la modificación de las fincas registrales afectadas por el Plan, la atribución del dominio o de otros derechos reales sobre las mismas o el establecimiento de garantías reales de la obligación de ejecución o de conservación de la urbanización (núm. 1).
- Las cesiones de terrenos con carácter obligatorio o en los casos previstos por las leyes o como consecuencia de transferencias de aprovechamiento urbanístico (núm. 2).
- Las sentencias firmes en que se declare la anulación a que se refiere el número 6 cuando se concreten a fincas determinadas y haya participado su titular en el procedimiento (núm. 7).
- Y 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 (núm. 8).

Se harán constar mediante *anotación preventiva*:

- La incoación de expediente sobre disciplina urbanística o de aquellos que tengan por objeto el apremio administrativo para garantizar el cumplimiento de las sanciones impuestas (núm. 3).
- Y la interposición de recurso contencioso-administrativo que pretenda la anulación de instrumentos de planeamiento, de instrumentos de ejecución del mismo o de licencias (núm. 6).

Estas anotaciones preventivas, siguiendo la norma general del artículo 86 de la Ley Hipotecaria, caducarán a los cuatro años y podrán ser prorrogadas a instancia del órgano urbanístico actuante.

Y se harán constar por *nota marginal* los demás actos, o sean los señalados con los números 4 y 5 del apartado primero, que son:

- Las condiciones especiales de concesión de licencias en los términos previstos por las leyes.
- Y los actos de transferencia y gravamen del aprovechamiento urbanístico.

Estas notas marginales tienen una vigencia indefinida, salvo que otra cosa se disponga expresamente, pero en cambio sus efectos son limitados ya que solo sirven para dar a conocer la situación urbanística en el momento a que se refieren los títulos que las originaron. Es decir, la propia Ley establece que no hay publicidad-eficacia sino publicidad-noticia.

c) *Iniciación del expediente y afección del suelo*

El apartado cuarto de la Disposición Adicional que venimos estudiando regula de un modo más claro y completo la publicidad registral de los efectos que se producen sobre el dominio de las fincas cuando se inicia el expediente de reparcelación, así como la afección que asegura el cumplimiento de las obligaciones *ob rem* que resultan inherentes al sistema de compensación. Hasta ahora venía regulada esta cuestión en el artículo 125 de la Ley del Suelo de 1976, complementado por el artículo 169 del Reglamento de Gestión, suscitando las dudas a que se refería UTRERA RAVASSA en su trabajo citado en la nota 14.

Por supuesto, el proceso requiere estudio y operaciones técnicas y jurídicas que originan la natural tardanza y para prevenir el status de las fincas y publicar su situación transitoria se acude al Registro de la Propiedad como instrumento adecuado.

Esta publicidad se consigue del modo que establece el número 1.º del apartado 4.º, según el cual “la iniciación del expediente de reparcelación o la afección de los terrenos comprendidos en un polígono o unidad de actuación al cumplimiento de las obligaciones inherente al sistema de compensación, se harán constar en el Registro por nota al margen de la última inscripción de dominio de las fincas correspondientes”.

La duración de esta nota marginal, según el número 2 será de tres años, prorrogable por otros tres a instancias del órgano o junta que hubiere solicitado su práctica.

Los efectos que produce esta nota, según el número 4, son los siguientes:

1) Si el título adjudicare la finca resultante al titular registral de la finca originaria, la inscripción se practicará a favor de éste.

2) Si se atribuye la finca resultante al titular registral de la originaria, según resulte de la certificación, la inscripción se verificará en favor de dicho titular y se cancelarán simultáneamente las inscripciones de dominio o de derechos reales sobre la finca originaria que se hubieren practicado con posterioridad a la fecha de la nota.

3) En el caso a que se refiere la letra anterior, se hará constar al

margen de las inscripciones de las fincas de resultado la existencia de los asientos posteriores que se han cancelado, el título que los motivó y su respectiva fecha.

d) *Inscripción de las reparcelaciones y compensaciones*

También se regularon estas materias en la Ley del Suelo de 1976 y ampliamente en el Reglamento de Gestión Urbanística de 25 de agosto de 1978, cuyas normas siguen vigentes, salvo las modificaciones que introduce el apartado cuatro de la repetida Disposición Adicional décima.

La doctrina urbanística ha tratado el tema con profusión y desde sus varios puntos de vista y no es posible ni adecuado ahora intentar exponer las distintas teorías (17); nos basta con apuntar que estas actuaciones están presididas por dos principios fundamentales: Uno, el de que la comunidad debe participar en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos y otro el que, dejando a salvo esas obligaciones sociales primordiales, estas actuaciones se rigen por la mecánica de la subrogación real, de tal modo que el propietario de las parcelas de origen recibirá otras de reemplazo, con la misma titularidad y situación jurídica, con las variaciones peculiares de la propia actuación urbanística.

El *modus operandi* es bien conocido y se cuenta con la práctica y experiencia de los técnicos y juristas que la lleven a cabo.

Desde el punto de vista registral el número 3 del apartado cuarto dice que la inscripción de los títulos de reparcelación o compensación podrá llevarse a cabo, bien mediante la cancelación directa de las inscripciones y demás asientos vigentes de las fincas originarias, con referencia al folio registral de las fincas resultantes del proyecto, bien mediante agrupación previa de la totalidad de la superficie comprendida en el polígono o unidad de actuación y su división en todas y cada una de las fincas resultantes de las operaciones de reparcelación y compensación.

Y en el número 5 se amplía la virtualidad del título por el que se inscribe el proyecto de reparcelación o compensación, declarando que

(17) En el aspecto registral podemos citar: M. MARCOS JIMÉNEZ, *Parcelaciones y reparcelaciones en el Registro de la Propiedad*, Montecorvo, Madrid, 1976, y su trabajo "Reparcelaciones urbanísticas y su relación con el Registro de la Propiedad", en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 486, septiembre-octubre 1971, pág. 1171; J. M.^a CHICO ORTIZ, "Las urbanizaciones, la Ley del Suelo y el Registro de la Propiedad", en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 484, mayo-junio 1971, pág. 481, y J. L. LASO MARTÍNEZ, "Algunos aspectos registrales de la acción administrativa en general y de los actos de reparcelación en particular", en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, septiembre-octubre 1975, pág. 1053.

será suficiente para la modificación de entidades hipotecarias, rectificación de descripciones registrales, inmatriculación de fincas o de excesos de cabida, reanudación del tracto sucesivo, y para la cancelación de derechos reales incompatibles, en la forma que reglamentariamente se determine.

Como final, diremos que según nuestras noticias, está en avanzado estudio la modificación del Reglamento Hipotecario que desarrollará todo lo dispuesto por la Ley, siendo de esperar la regulación de cuestiones pendientes y consiguiente aclaración de dudas planteadas.

V. RESUMEN Y CONCLUSIONES

Entre Urbanismo y Registro existen indudables relaciones que hemos querido poner de manifiesto a lo largo de este trabajo y así lo reconoció la Ley del Suelo de 1975, donde se pedía una armonización con la legislación hipotecaria que no fue plenamente alcanzada.

La Ley de Reforma de 1990, aun con las tachas que se le atribuyen de ser compleja, exageradamente técnica y dudosamente constitucional por afectar en exceso a la propiedad e invadir competencias autonómicas, ha supuesto un paso importante en lo que se refiere a nuestro tema. La Disposición Adicional décima va a dar lugar a una nueva regulación legal y además promoverá la reforma del Reglamento Hipotecario en sentido que esperamos bastante positivo.

En estas nuevas normativas habrá de tenerse en cuenta que el derecho de propiedad urbana no es un mero *nomen iuris*, pues se trata de un verdadero derecho fundamental protegido por la Constitución, aunque debe cumplir una indudable función social.

Habrà que aceptar la eficacia del Plan de Ordenación como instrumento válido para regular el territorio. Sin embargo no se pueden desconocer las críticas basadas en que el Plan debilita el contenido normal de la propiedad y esto no resulta inmediatamente de una Ley sino de una simple decisión administrativa, aunque tenga respaldo legal secundario. Según la nueva Ley se agudiza la idea de que las facultades dominicales sobre fincas urbanas o urbanizables sólo se hacen efectivas gradualmente a medida que se van cumpliendo los deberes y requisitos exigidos; las sucesivas licencias administrativas más bien parecen concesiones gratiasbles que no derechos del propietario. El aprovechamiento urbanístico sólo es atribuido por la comunidad cuando se cumple lo mandado en el Plan de Ordenación.

Quizá sea demasiado esquemático, pero nos sirve para aclarar y afirmar la idea de que el medio de publicidad inmobiliaria no puede quedar

ajeno al fenómeno del urbanismo, con toda su carga intervencionista. Todas las cualidades o cargas sobre el dominio deben reflejarse en el Registro de la Propiedad.

Aunque el Registro no tenga normalmente una mera función de policía para asegurar el cumplimiento de los planes, no cabe duda que puede constituir un buen instrumento de seguridad jurídica en beneficio de la sociedad.

El Registro de la Propiedad es una institución jurídica neutral y tiene sus principios específicos; no se trata de convertirlo en un mero archivo administrativo, trayendo a sus libros todo el urbanismo. El sistema registral no debe interferirse en el proceso y sus detalles, sino sólo asegurar la legalidad y los resultados.

En esquema, pueden recogerse en el Registro los actos jurídicos de las tres fases que integran el urbanismo:

- Planeamiento, en el que se da lugar a una nueva calificación de la propiedad.
- Ejecución, donde el Registro colabora más activamente.
- Disciplina urbanística, donde se evitan las actuaciones ilegales de los particulares, para conservar las ordenaciones efectuadas, y además se asegura el cumplimiento de las obligaciones pecuniarias.

Terminamos apuntando la inseguridad jurídica que supone todo período transitorio normas a desaparecer, leyes autonómicas que se entrecruzan, una Ley que anuncia textos refundidos y una futura regulación reglamentaria. A cambio, la esperanza de que todo se traduzca en la necesaria claridad y la aparición de una normativa adecuada para la mejor coordinación del urbanismo y la publicidad registral.

JOSÉ MARÍA CORRAL GIJÓN

Licenciado en Derecho

DICTAMENES Y NOTAS

Cuestiones sobre la calificación registral

A) EL OBJETO SOCIAL EN LAS SOCIEDADES ANONIMAS, LOS ACTOS “ULTRA VIRES” Y LA CALIFICACION REGISTRAL

I. LA RAZÓN DE SER DE ESTAS NOTAS. LA CAUSA Y LA OCASIÓN

Confieso que durante muchos años he esperado con impaciencia la integración de España en la Comunidad Europea. Y no básicamente por razones utilitarias o de comodidad, sino por razones anímicas profundas. Evocando al gran europeísta que fue SALVADOR DE MADARIAGA, puedo decir que anhelaba poder hablar no sólo de mi Córdoba, mi Santiago o mi Barcelona, sino también y con la misma intensidad de mi Edimburgo, mi Amalfi o de mi Saint-Maló.

Había, y sigue habiendo, además, otras razones: la unidad de Europa supone en gran medida la unidad, al menos en gran parte, de su Derecho, una unidad la del *ius commune* que nunca debió romperse y que en realidad nunca se rompió del todo, ya que bajo el exacerbado nacionalismo de los Códigos del siglo XIX late una profunda unidad de concepciones y valores básicos.

Esto es verdadero no sólo para los ordenamientos que el recientemente fallecido RENÉ DAVID llamaba de inspiración romano-canónica germánica (entre los cuales está, por supuesto, el español), sino para los anglosajones, que aunque surgidos de otras fuentes formales no dejaron de recibir directa o indirectamente, sobre todo a través del Derecho de Equidad, profundas influencias de los modelos continentales.

Por cierto, y como ha puesto de manifiesto el citado RENÉ DAVID en su admirable libro *Les grands systemes de Droit contemporains*, donde hay un sistema de tipo romano-canónico-germánico, hay Notarios no por decisión estatal, sino como una consecuencia que surge por sí sola del sistema jurídico, que en su propia esencia tiene poco de estatal y se desarrolla siguiendo la antigua expresión francesa “non razione imperii sed imperio rationis”.

En efecto, como sigue diciendo el mismo autor, la esencia de los sistemas continentales citados consiste en que la norma se sitúa a medio camino entre el principio abstracto alejado de la realidad y la enumeración casuística propia de las leyes parlamentarias anglosajonas.

¿Qué sucede? Que este producto “semielaborado” que es el Derecho requiere que una serie de personas, dotadas no sólo de conocimientos jurídicos, sino también de ciertas “técnicas de razonamiento”, lo conviertan en el producto a aplicar a las relaciones concretas. El encargado de esta función en la importante fase no contenciosa del Derecho es el Notario.

En cuanto a los países anglosajones, se ha puesto recientemente de manifiesto cómo es posible llegar con ellos a un alto grado de armonización. En realidad, se ha dicho, países con un desarrollo socioeconómico y cultural parecido tienen los mismos problemas y acaban resolviéndolos finalmente de la misma forma. Lo que varía a veces es la técnica para llegar a dicha solución. A veces, incluso, las “tremendas diferencias” no lo son tanto y bajo una aparente diversidad se encuentran no sólo soluciones, sino caminos semejantes para llegar a ellas.

Este tema ha sido amplia y sugestivamente tratado en un ciclo de conferencias que mantienen su plena actualidad y que abrieron el ciclo de estudios del Colegio Europeo de la Universidad Fiesolana de Florencia, bajo la dirección de MAURO CAPPELLETTI. En alguna de estas conferencias se habló de *cripto-diferencias* entre los Derechos continentales (que los anglosajones llaman del *Civil law*) y los de la *Common law*.

Mas centrémonos en nuestro tema. Ha parecido más realista, al intentar realizar la unificación del Derecho el ir por fases, dando una importancia primordial a aquellas materias, como las mercantiles, que son básicas para la cohesión de la Comunidad. Como se puso en su día también de manifiesto en los Estados Unidos de América, no puede funcionar económicamente un gran país con 10, 20 ó 50 Códigos de Comercio distintos entre sí.

De ahí la importancia de la por lo menos armonización en materia de sociedades mercantiles.

Como es sabido, para intentar lograr esta armonización en materia de sociedades, la Comunidad eligió el medio de la Directiva. Estas, como determina el párrafo 3 del artículo 189 del tratado CEE, “obligan a todo

Estado miembro en cuanto al resultado a conseguir, si bien deja a las instancias nacionales libertad en cuanto a la forma y los medios para alcanzar la finalidad”.

El resultado, pues, es absolutamente obligatorio.

Suele decirse que la Directiva sólo va dirigida a los Estados y que no produce efectos directos de cara a los particulares. En principio, sólo en principio, es así; pero habida cuenta del carácter cada vez más detallado de las Directivas y del total incumplimiento o defectuoso cumplimiento por parte de los Estados, la Directiva pasa a tener, en ciertos supuestos, efecto directo de cara a los particulares.

Algo así sucede en nuestro caso. Anticipando lo que diré después, ya puedo señalar desde ahora que el defectuoso cumplimiento de la Primera Directiva por parte del Estado español ha provocado el que ésta sea directamente invocable por los particulares. Trataré de demostrarlo.

Pues bien, la razón básica de estas notas radica en el hecho de que como si nada hubiese cambiado, aunque apoyados en una normativa altamente defectuosa, los Registros de la Propiedad y Mercantiles siguen calificando las facultades del órgano administrativo de las sociedades anónimas cuando trata con terceros, aplicando directamente el artículo 129.1 de la nueva LSA, pero en clara contraposición e infracción de lo determinado en la Primera Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas.

Pero la ocasión concreta que me ha lanzado a escribirlas ha sido el profundo desánimo y desmoralización que me ha producido el leer en el número (julio-agosto 1990) de la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO un trabajo de un ilustre compañero, Registrador, Notario y Publicista, que anuncia piensa seguir ejerciendo su calificación registral en dicha materia.

Quiero ya desde ahora hacer expresa protesta de que mis argumentos no son *in personam*, sino *in rem*, y que si algún párrafo o palabra pudiese resultar molesto u ofensivo, sobre todo a los Registradores o a alguno de ellos, ha de estimarse que es debido a mi torpeza expositiva, pues por todos ellos siento profunda consideración, tanto en el plano corporativo como en el personal, y muchos de ellos me honran con su amistad, a la que sinceramente correspondo.

II. COMPARACIÓN DEL TEXTO DEL ARTÍCULO 9 DE LA PRIMERA DIRECTIVA DE CONSEJO, DE 9 DE MARZO DE 1968, Y EL ARTÍCULO 129 DEL TEXTO REFUNDIDO DE LA NUEVA LEY DE SOCIEDADES ANÓNIMAS

Leía hace poco una de esas geniales frases de un gran Juez inglés (no podría asegurarlo, pero creo recordar se trataba de Lord DENNING), en

que se aunan el inteligente humor y la profundidad jurídica, y que venía a decir, aproximadamente, que “bastantes problemas tiene ya de por sí el Derecho para que encima venga el legislador a estropearlo”.

Pues bien, esto es lo que ha sucedido en España al trasponer, esto es, convertir en Derecho interno el contenido del artículo 9 de la Primera Directiva de 9 de marzo de 1968. Al menos en la materia que nos ocupa.

La trasposición ha sido francamente mala, hasta el punto de que puede hablarse sin ambages de un auténtico incumplimiento.

Bien es verdad que es posible, con visión comunitaria, interpretar el nuevo artículo 129 LSA a la luz de la Directiva; pero la realidad es que en los Registros de la Propiedad y Mercantiles se está aplicando “al pie de la letra”, obligándonos a la farragosa enumeración de facultades que ya no son necesarias y encontrando con frecuencia graves problemas en la calificación que sufren nuestras escrituras.

Veamos ambos textos.

Primera Directiva (art. 9).—Se transcriben sólo los tres primeros párrafos. El cuarto queda fuera del ámbito de nuestro estudio. He aquí su texto:

“1. La Sociedad quedará obligada frente a terceros por los actos realizados por sus órganos incluso si éstos no corresponden al objeto social de esta sociedad, a menos que dichos actos excedan de los poderes que la Ley atribuye o permita atribuir a estos órganos.

No obstante, los Estados miembros podrán prever que la Sociedad no quedará obligada cuando estos actos excedan los límites del objeto social. Si demuestra que el tercero sabía que el acto excedía de este objeto o no podía ignorarlo teniendo en cuenta las circunstancias, quedando excluido el que la sola publicación de los Estatutos sea suficiente para constituir esta prueba.

2. Las limitaciones a los poderes de los órganos de la Sociedad resultantes de los órganos competentes no se podrán oponer frente a terceros, incluso si se hubieran publicado”.

La nueva Ley española.—He aquí el texto de su artículo 129, y ya el propio lector podrá ir por sí solo comprobando las diferencias:

“Artículo 129. 1. La representación se extenderá a todos los actos comprendidos en el objeto social delimitado en los Estatutos. Cualquier limitación de las facultades representativas de los administradores, aunque se halle inscrita en el Registro Mercantil, será ineficaz frente a terceros.

2. La Sociedad quedará obligada frente a terceros que hayan obrado

de buena fe y sin culpa grave, aun cuando se desprenda de los Estatutos inscritos que el acto no está comprendido en el objeto social”.

III. EXAMEN DE LAS DIFERENCIAS MÁS ACUSADAS ENTRE AMBOS TEXTOS Y SUS CONSECUENCIAS

Como digo, el legislador español ha verificado una defectuosa trasposición de la Primera Directiva y, en cierto modo, puede ser llamado culpable de la equivocada interpretación que la práctica registral está dando al artículo 129 de la Ley. Ahora bien, en ésta misma hay elementos para poder interpretarla de acuerdo con la letra y espíritu de la Directiva, sin tener que llegar al supuesto, que de todas formas no se excluye, de buscar el “efecto directo” de la citada Directiva aplicando la doctrina mantenida por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, entre otros casos, en el famoso Van Duyn.

Veamos las diferencias más llamativas:

a) La Directiva comienza indicando cuándo se entenderá obligada la Sociedad frente a terceros. Es su tema y su preocupación. La Ley española, por el contrario, señala los actos a que se extenderá la representación sin distinguir partes y terceros; es precisamente en este párrafo de la Ley en el que se basan bastantes Registradores para continuar exigiendo en todo caso y sin ulterior distinción la justificación de que el acto realizado está dentro del objeto social.

b) La Directiva establece una fórmula feliz (que en su día ya recogió por su claridad y contundencia la European Communities Act británica, de 1972), señalando que frente a tercero el órgano social está investido de todas las facultades que se le han conferido, así como también de todas aquellas que se le hubiesen podido conferir.

En definitiva, frente a terceros —y salvo las excepciones que se dirán— el órgano representativo tiene cualquier facultad —por ejemplo, venta, hipoteca, préstamos, etc.— que no está reservada por la Ley a la competencia de la Junta General.

Esta fórmula es importante porque evita la farragosa enumeración de facultades que todos conocemos y en la que, como todos sabemos por experiencia, acaba siempre fallando algo.

c) El artículo 129, aparte del grave fallo de no distinguir el aspecto interno y el externo, esto es, frente a terceros, cae en una noción estrecha de “objeto” que hoy día está superada por las legislaciones y la doctrina incluso en el ámbito interno.

En efecto, la Directiva habla de “actos que corresponden al objeto social” o “actos que exceden de los límites del objeto social”.

Estas fórmulas empíricas permiten adherirnos a cualquiera de las posturas que se vienen sosteniendo y que veremos a continuación.

Por el contrario, el legislador español, poco sensible a las recientes tendencias, se atiene a una definición tradicional y estricta del objeto: “actos comprendidos en el objeto social delimitado en los Estatutos”.

Esta tendencia llega a límites de increíble exageración en el artículo 117 del Reglamento Mercantil. El objeto, dice su párrafo 1, se hará constar por medio de la “determinación precisa y sumaria de las actividades que lo integren”; y siguen los párrafos siguientes para que no haya dudas.

Un poco más y se nos ofrece, al menos en esta materia, un derecho de sociedades inservible.

En realidad, y este es el criterio que recoge explícitamente la doctrina europea sin discrepancias, lo que interesa no es que el acto entre formalmente en el rígido esquema del objeto social cuya fijación puede ser sumamente útil a otros fines, sino, como veremos después, que el acto sea útil o necesario para la consecución del objeto social o que, directa o indirectamente, contribuya a lograr dicha finalidad.

Este es en realidad el criterio que subyace en la Directiva. El tercero puede conocer, incluso puede tener a la vista, una certificación registral; puede saber cuál es el objeto social, pero no, si no le convertimos en sabio o adivino, si un acto concreto y determinado puede ser útil o conveniente para el logro del objeto social. Y los terceros no están para adivinanzas. Otra cosa es si el tercero conocía “la desviación de poder” (apliquemos en Derecho privado el conocido concepto administrativo). Entonces, más que de objeto es que entremos en terreno más sustancial: *fraus omnia corrumpit*.

Seguiremos ocupándonos del tema.

d) El párrafo 2 del artículo 9 de la Directiva sólo permite la oponibilidad al tercero del acto *ultra vires* si el tercero sabía que el acto excedía el objeto o no podía ignorarlo teniendo en cuenta las circunstancias.

Estimo que el legislador comunitario siempre tenía *in mente* la mala fe del tercero, si bien esta mala fe se demostraba de dos formas: o probando que sabía positivamente o probando también que sabía, extrayendo la prueba de las circunstancias.

No “castiga”, por el contrario, al imprudente, al distraído, con todo el cargamento de culpa que se quiera, pero de buena fe. *Deus est procurator fatuorum* (“Dios es el defensor de los simples”), como decía el clásico aforismo inglés de equidad.

Por el contrario, el legislador español agrega a la mala fe la culpa grave, sin duda por una equivocada trasposición, acaso mecánica, del

aforismo penal *culpa lata dolo aequiparatur*. Aparte de que en un sistema que busca seguridades no parece muy procedente sustituir criterios más o menos objetivos o comprobables (“saber”, “circunstancias concurrentes”) por otros subjetivos, como buena fe y falta grave.

e) Y dejo para el final el más grave fallo de la transposición. Más que grave, gravísimo, pues hace, a mi modesto entender, que un problema de simple calificación registral se convierta, a la vez y además, en un problema constitucional de invasión de esferas judiciales y en un problema de incumplimiento comunitario.

En efecto, dice la Directiva, párrafo 2, que “la Sociedad no queda obligada si demuestra que el tercero sabía... o no podía ignorar”.

En definitiva, y esto sí que está claro, incluso literalmente, mas también por razones institucionales, el Registrador —salvo presunto delito— no tiene competencia para calificar si un acto oneroso está o no incluido en el objeto social. Es un problema del tercero, y sólo la Sociedad está legitimada en el juicio y ante el Tribunal correspondiente para impugnar tal acto.

La buena voluntad del Registrador es evidente, y reconozco una vez más que el legislador, con su pésima transposición de la Directiva, le da cierto pie para ello. Pero se impone la interpretación correcta, que no es otra que la acorde con la Directiva y con la práctica unánime de los demás países comunitarios.

IV. ¿ERUDITOS A LA VIOLETA O ESTUDIOSOS DE LA REALIDAD SOCIAL DE NUESTRO TIEMPO?

Hubo un simpático y culto Notario, allá por los años cincuenta, que se definía a sí mismo como “hombre serio y, por tanto, de buen humor”, que lanzó la frase que sería una inmensa *buoiade* sacada de su concreto contexto (en el que era acertada: los diez mandamientos del opositor). Esta era la frase: “Más vale Código en mano que ciento volando”.

Está en la misma línea que la conocida definición del comparatista: “Un señor que sabe un poquito de todos los derechos menos del suyo propio”.

Sin embargo, la idea es injusta, fuera de concretas situaciones más o menos deformadas.

La verdad es que tras los trabajos de LAMBERT y SALEILLES en 1900 el Derecho comparado ha ido ganando prestigio e influencia, y nadie niega su importancia incluso para mejor conocer, acaso por vía de contraste, el propio Derecho.

En nuestros días, y más aún en materia de sociedades, el Derecho

comparado, y sobre todo el de los demás países que integran la Comunidad Europea, ha de ser considerado no como materia de curiosidad más o menos culta o erudita, sino como un factor interpretativo de importancia singular y perfectamente utilizable al amparo de lo que determina el párrafo 1 del artículo 3 del Código Civil:

“Las normas se interpretarán según el sentido propio y de sus palabras en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas”.

Este artículo, de espléndida redacción, nos da plena oportunidad para interpretar la legislación que comentamos, en nuestro caso el artículo 129 LSA, según la realidad social de nuestro tiempo, que es la de una clara pérdida de importancia del objeto social (al menos en cuanto medida de sus facultades frente a terceros) y a la luz de su espíritu y finalidad, que son los de trasladar al Derecho nacional los fines de una Directiva que tiende a conseguir una clara armonización del Derecho en determinados sectores.

VI. EL OBJETO SOCIAL, CONCEPTO EN DECADENCIA

RENÉ ROBLLOT, en el tomo I de la 13 edición del *Traité de Droit commercial*, de GEORGES RIPERT, dedica todo un epígrafe (el 740, pág. 583) a lo que él denomina “importance et *declin* de la notion d’objet social”; y termina reconociendo que esta noción ha perdido, en Derecho moderno, una gran parte de su importancia debido a varias razones: una, por el hecho de que una sociedad pueda ser, y de hecho lo son las de capitales, “comerciante por la forma”, y otra, por razones de protección a terceros.

Esto último es así hasta tal punto que donde no se pueden aplicar normas del tipo de las comunitarias que examinamos, los Tribunales, siempre con el firme propósito de defender la buena fe y apariencia jurídica razonable, llegan al mismo resultado a través de instituciones clásicas: así, mediante la teoría del “mandato aparente” en Derecho francés o la doctrina de los *implied powers* del Derecho anglo-americano (doctrina por cierto que el Tribunal de las Comunidades Europeas utiliza con frecuencia cuando se trata de examinar las competencias de la Comunidad).

En realidad, lo más exacto sería decir que el objeto ha perdido parte de su importancia como criterio de medida frente a terceros de los poderes de los administradores, pero que conserva intacta su importancia en otros muchos ámbitos que pueden hacer tránsito incluso a supuestos en que se juega la existencia misma de la sociedad: pensemos en el caso de sociedad con objeto o finalidad ilícita.

Este puede ser, acaso, el punto de vista más acertado, y así parece deducirse del Derecho alemán que mientras exige que en los Estatutos conste una mención clara y precisa del objeto y prohíbe las expresiones de índole general, tales como “explotación de comercio e industria” o “asuntos comerciales de todas clases”, en su artículo 82.1 de la *Aktiengesetz*, de 6 de septiembre de 1965, últimamente modificada por la Ley de 20-12-1988, determina escuetamente que “las facultades de representación del Consejo de Dirección son, en principio, ilimitadas y no pueden ser limitadas”.

Por el contrario, los que llama “poderes de gestión” pueden ser limitados no sólo por la Ley, sino también si ella lo permite, por los Estatutos, el consejo de vigilancia, el reglamento interior y el contrato de arrendamiento de servicio. Aquí sí que juega el objeto social como límite.

Por ello los estatutos de una sociedad anónima alemana son en esta materia de gran simplicidad; compárese, por favor, con nuestra siempre insuficiente verborrea.

La colección “*Iura Europae*” o *Derecho de los países de la Comunidad Europea*, que edita simultáneamente, a doble columna, en francés y alemán, la Verlag C.H.: Beck de München-Berlin y Editions Techniques Jurisclasseurs de París, contiene, a título de ejemplo, los estatutos de una sociedad anónima dedicada a la fabricación y venta de maquinaria (utilaje).

Veamos los pertinentes artículos:

Artículo 3. El objeto de la Sociedad es la fabricación y ventas de maquinaria —utilaje—.

Artículo 6. *Representación*: La Sociedad es representada legalmente por dos miembros del Consejo de Dirección o por un miembro del Consejo de Dirección concurriendo con un apoderado.

Más sencillo, imposible. ¿Verdad que da envidia? No hay necesidad. Es también nuestro sistema cuando interpretemos y apliquemos correctamente la nueva legislación.

De todas formas, dejaríamos incompleto el tema, y sobre todo la referencia al punto “de donde soplan los vientos”, si dejásemos de hacer referencia a lo que sucede al otro lado del Atlántico.

Esta referencia tiene particular importancia, ya que, como dice ANDRÉ TUNC (*Le Droit américain des sociétés anonymes*, Economica, París, 1985), es este país el que por su dinamismo económico y realismo jurídico constituye hoy día el punto de referencia en materia de sociedades mercantiles.

La orientación general, siguiendo a dicho autor, podemos fijarla en varios grandes rasgos:

a) Se trata al mismo tiempo de la legislación más permisiva y la más exigente del mundo. ¿Contradicción? Gran flexibilidad en cuestiones de organización interna siempre que las cuentas estén claras. No hay, por ejemplo, inconveniente, según recientes sentencias, en dar por presente en una Junta a quien votó por fax desde 7.000 kilómetros de distancia. Exigencias máximas cuando se trata de captar un dólar ajeno. Es conocida la extrema severidad de las “Securities exchange Commission”, detrás de cuyas investigaciones acecha con frecuencia la pena de prisión, impuesta, eso sí, por un Tribunal competente tras un *due process of law*.

b) Su gran realismo les hace prescindir —incluso a veces prohibir— de conceptos que para nosotros los europeos son fundamentales. Por ejemplo, el objeto ha perdido mucha importancia, y en cuanto al capital social, alguna legislación concreta prohíbe su mención por tratarse de un dato engañoso, *misleading*. Lo que importa, dicen, es el patrimonio o recursos con que efectivamente cuenta una sociedad, dato que señalará un profundo examen patrimonial y contable y no una cifra formal de la que se empieza diciendo que “probablemente no coincide con la realidad”.

c) Interesa, por último, señalar que en los Estados Unidos no existe una Ley Unitaria sobre Sociedades Anónimas, sino, siguiendo el procedimiento (que DAVID tanto recomendó para Europa), unas leyes modelo de alta calidad técnica que los diversos Estados van aceptando y promulgando voluntariamente con más o menos enmiendas.

Estos *models* son cuatro en la actualidad, a saber:

La RMBCA: Revised Model Business Corporation Act (su última redacción es de 1984). Parece la más extendida. CAL CORP: California Corporations Code. DEL CGL: New York Business Corporation Law. Parece ser la de mayores exigencias formales.

La legislación sobre valores (*securities*) es federal y, como digo, de extraordinaria severidad.

Pero volvamos a nuestro tema: los actos *ultra vires*. Las ideas que siguen las tomo de un libro recién aparecido (en 1990), titulado *Corporations. Examples and Explanations*, de LEWIS SALOMON y ALAN R. PALMITER, editado por la Little Brown and Company. Hay un capítulo, el cuatro, que se titula así: “Corporate Powers. The Rise and Fall of the Ultra Vires Doctrine”.

Los autores afirman que el “objeto” de las sociedades es hoy día, más que nada, una supervivencia de las antiguas sociedades específicamente autorizadas por concesión (*charter*) para el ejercicio de una determinada actividad (por ejemplo, tender una línea de ferrocarril), pero que realmente

hoy ha perdido gran parte de su importancia, sobre todo desde que se permitió y difundió la llamada *general purpose clause*, que señala como objeto social “la realización de cualquier tipo de negocio o industria.

Con un desparpajo muy particular aseveran —aquí acaso lo pensemos, mas no lo escribimos— que puede principalmente hablarse de “actividades *ultra vires*” cuando la sociedad se lanza a actividades “not directly related to profit seeking”, esto es, no relacionados directamente con la obtención de un provecho, tales como los actos de mero altruismo (*charitable giving*).

El objeto de la Sociedad, dicen, de toda Sociedad es ése: conseguir un provecho. Cuando antiguamente se perdían los particulares y Tribunales en los vericuetos del objeto y los “actos *ultra vires*”, estaban sencillamente “elevando los tecnicismos sobre la sustancia”. Y como la doctrina *ultra vires*, en sí misma considerada, llevaba a la injusticia de repudiar contratos válidamente celebrados, ello obligó a los Tribunales a construir la doctrina (que coincide en su resultado con la orgánica germánica, aunque con un tratamiento técnico muy distinto) de los *implied powers*.

Esta doctrina es importante y deriva de una Sentencia de 1886. Una compañía de ferrocarriles cuyo objeto era adquirir terrenos para tender líneas férreas y explotar éstas tomó en arriendo un hotel a la orilla del mar, que comenzó a explotar en beneficio de sus viajeros. Surgido el pleito se determinó que si bien en dicho arriendo no está, estrictamente hablando, dentro del ámbito del objeto, éste “debía ser interpretado de manera flexible para incluir operaciones razonablemente conexas con el objeto principal”.

Modernamente, la RMBCA no sólo admite la General Purpose Clause, sino que aun ni siquiera ésta es obligatoria. La Sociedad no tiene por qué tener un objeto determinado. Y se entiende que su objeto último es conseguir una ganancia *profit*, aunque debemos anticiparnos a decir que el concepto de *profit* es muy amplio y no se confunde con un materialismo monetario.

En definitiva, como dicen los citados autores refiriéndose a la reciente reforma de la RMBCA, ésta refleja la “continua erosión de la doctrina *ultra vires*”. Ningún contratante podrá rechazar un contrato basándose en ella. Lo que acaso podrá admitirse sería una demanda contra los directores o administradores o si efectivamente la Sociedad, no en un acto, sino en toda su trayectoria, se ha apartado de la línea de su creación, el “State Attorney” (Fiscal), y podrá pedir la disolución si alguna Ley se lo permite.

Me he detenido, acaso más de la cuenta, en el examen del Derecho norteamericano de sociedades por varias razones. Aparte de su interés, en sí mismo considerado, ha influido profundamente en la Reforma inglesa de 1989. Y aparte de esa influencia concreta hay otra difusa que lleva a

propugnar la erradicación del objeto en materia de gestión y representación de la Sociedad.

Frente a terceros, se dice, hay que olvidarse del objeto por las razones citadas. Y en el ámbito interno o de gestión también es un concepto embarazoso y que puede originar engaños. En este ámbito, más que de objeto habría que hablar de bien o provecho de la Sociedad.

Digamos por último que, de acuerdo con el carácter flexible del Derecho americano de sociedades, no son incompatibles el *profit seeking* y el *charitable gift* o acto gratuito o altruista siempre que este último, directa o indirectamente, pueda provocar algún beneficio a la Sociedad, aunque sea a la larga (*in the long run*).

En cuanto a Inglaterra, su reciente Ley de Sociedades de 1989 (Companies Act 1989), siguiendo el Report o Informe del profesor PRENTICE, de la Universidad de Oxford, titulado expresivamente "Reform of the Ultra Vires Rule", sencillamente ha abolido la regla, estableciendo además la posibilidad de la General Purpose Clause, cuya redacción tipo sería "llevar a cabo cualquier tipo de negocios".

Para el estudio de esta importante Ley me remito a mi estudio publicado en *La Notaria*, número de mayo de 1990, páginas 61 y siguientes.

VII. EL EFECTO DIRECTO DEL ARTÍCULO 9 DE LA PRIMERA DIRECTIVA

En realidad, como hemos dicho, a pesar de la defectuosa redacción del artículo 129 de la nueva LSA, es posible, sin embargo, interpretarlo de acuerdo con la finalidad y unánime interpretación de la Europa comunitaria en relación con el artículo 9 de la Primera Directiva.

Cabe sin embargo que alguien estime que ello no es posible y que el artículo 129 impone en todo caso, tanto interpartes como frente a terceros, tener en cuenta el "objeto" como medida estricta de las facultades del órgano administrativo.

Pues bien, en este caso sencillamente habría que "desaplicar" (prescindiendo de toda cuestión teórica de nulidad) la norma de la Ley española y aplicar directamente la normativa contenida en la Directiva, que precisamente lo permite por ser suficientemente clara e incondicionada.

El dar efecto directo a la propia Directiva es el único medio, en caso de incumplimiento del Estado, de mantener la primacía del Derecho comunitario.

Aunque alguna Sentencia anterior del Tribunal de las Comunidades Europeas ya anticipó la doctrina, es en la Sentencia dictada en el caso Van Duyn donde el Tribunal confirma de manera tajante el efecto directo de las Directivas. Veamos la interesante doctrina sentada:

“En el caso de que las autoridades comunitarias hayan, por medio de Directiva, obligado a los Estados miembros a adoptar un comportamiento determinado, el efecto útil de un tal acto resultará debilitado si los justiciables se encontrasen imposibilitados de prevalerse en justicia del mismo y las jurisdicciones nacionales imposibilitadas de tomarlo en consideración en calidad de elemento del Derecho comunitario. Resulta de lo que antecede que conviene examinar en cada caso si la naturaleza, la economía y los términos de la disposición en causa son susceptibles de producir efectos directos en las relaciones entre los Estados miembros y los particulares”. Esta Sentencia fue dictada en 1974.

Esta doctrina ha sido confirmada en bastantes Sentencias posteriores, entre ellas Ratti, Comisión contra Bélgica, Rewe y Auer.

La Sentencia Rewe, dictada en julio de 1981, contiene párrafos que parecen pensados directamente para nuestro caso: “Una autoridad nacional no puede oponer a un particular una disposición legislativa o administrativa nacional que no fuere conforme con una disposición de la Directiva que tuviese todas las características necesarias para poder ser aplicada por el Juez.

Evidentemente, un justiciable puede hacer valer ante las jurisdicciones nacionales sus derechos dimanantes de un Reglamento.

De la misma forma, un justiciable no puede ver cómo se le oponen por una autoridad nacional disposiciones legislativas o administrativas que no estén de acuerdo con una obligación incondicional y suficientemente precisa de una Directiva”.

Citemos por último, por su contundente claridad, la doctrina contenida en la Sentencia del asunto Moorman: “Según una jurisprudencia constante en todos los casos en que las disposiciones de una Directiva aparecen, desde el punto de vista de su contenido, incondicionales y suficientemente precisas, estas disposiciones pueden ser invocadas frente al Estado que se ha abstenido de trasponerlas o no ha asegurado una trasposición correcta de la Directiva en los plazos previstos. En una tal hipótesis, el Juez nacional está obligado a hacer prevalecer las disposiciones de la Directiva sobre las de la legislación nacional contraria”.

Es evidente, pues, que sea por vía de interpretación, bien por vía de aplicación directa de la Directiva, el Derecho comunitario derivado ha de ser cumplido en la materia de que tratamos, a saber:

“Que frente a terceros el órgano social tiene todas las facultades que se le han concedido o se le hubiesen podido legalmente conceder; y que sólo la Sociedad está legitimada para impugnar el acto en los tasadísimos supuestos previstos por la Directiva”.

VIII. UNANIMIDAD EN LA DOCTRINA EUROPEA A LA HORA DE INTERPRETAR EL ARTÍCULO 9 DE LA PRIMERA DIRECTIVA Y DISPOSICIONES NACIONALES DE TRASPOSICIÓN DE LA MISMA

El valor interpretativo de esta doctrina, para nosotros, es grande. No olvidemos que se trata de una materia prácticamente unificada y que muchos de los países de la Comunidad llevan más de veinte años interpretando y aplicando unánimemente la legislación surgida del cumplimiento por sus respectivos Estados de las obligaciones contenidas en la Directiva.

Ya hemos estudiado el caso de Alemania y Gran Bretaña. La primera es la creadora de la regla contenida en la Directiva y en realidad no tuvo que introducir modificación alguna en su legislación, ya que seguía en todo la conocida como "teoría orgánica".

Gran Bretaña, por el contrario, patria de la doctrina *ultra vires*, hizo un gran esfuerzo ya en 1972, pero reconociendo que la tradición de la "Agency" (algo así como nuestro mandato) y el hecho de no conocer la teoría orgánica alemana les pesaba demasiado, han terminado, tras el Informe PRENTICE, como veíamos más arriba, por tirar por la borda en su totalidad la doctrina de *ultra vires*.

En los restantes países la doctrina es unánime y no ha encontrado ninguna voz discrepante. Veamos algunos de los más representativos.

Italia

BONELLI, en el tomo XVI, capítulo III, del *Trattato di Diritto Privado*, dirigido por PIETRO RESCIGNO, Ed. Utet, 1985, distingue, siguiendo el modelo alemán, los *poteri di gestione* y los *poteri di rappresentanza*, con especial referencia a los artículos 2.384 y 2.384 bis del Codice Civile.

En las relaciones internas, dice dicho autor, el cumplimiento de los actos extraños al objeto social viene valorado con referencia a la concreta relación entre el acto singular y el objeto social, así que entran en el objeto social sólo aquellos actos que sean efectivamente dirigidos a realizar el objeto social (obsérvese que incluso en el plano interno la función del objeto social resulta más flexible que en nuestra Ley); la falta de respeto al límite del objeto social puede exponer al administrador a responsabilidad, a una justa causa de revocación o puede ser objeto de denuncia según los artículos 2.408 y 2.409.

En las relaciones externas, por el contrario, y a tenor del artículo 2.384 bis, el acto permanece válido y vinculante para la Sociedad, la cual, para oponer al tercero la extrañidad del objeto deberá probar que el tercero no era de buena fe. Prueba ésta extremadamente dura y que sólo corres-

ponde a la Sociedad, como recuerda BONELLI citando copiosa jurisprudencia y, por supuesto, citando a la propia Directiva.

Existen, pues, sigue diciendo el mismo autor, dos niveles: el interno y el externo; el primero, entre Sociedad y administradores, y el segundo, entre Sociedad y terceros.

En el primer nivel, esto es, el interno, se comprende cómo determinados actos (por ejemplo, fianzas, actos gratuitos, financiaciones, contribuciones a partidos políticos, venta o arrendamientos de la herencia o empresa, de la sede social, etc.), si en realidad no están efectivamente dirigidos a la realización del objeto social, pueden exponer a los administradores que los han realizado a una responsabilidad o a una justa causa de revocación de sus facultades; pero, sigue diciendo el mismo autor, se comprende también cómo los mismos e idénticos actos pueden en las relaciones con los terceros aparecer y ser considerados como potencialmente instrumentales respecto del objeto social.

Y aquí nos encontramos ante la brillante clarificación de la moderna doctrina italiana (aunque no es exclusiva de esta última). No se trata, como dice nuestro artículo 129 LSA creando un casi insoluble embrollo, de que el acto tenga que estar “comprendido en el objeto social delimitado en los estatutos” y que repite el artículo 149.3 del Reglamento del Registro Mercantil, que hay que poner en relación con la estrecha y miope concepción del artículo 117 del mismo Reglamento que excluye del objeto social los actos necesarios para la realización y desarrollo de las actividades indicadas en él. Sencillamente, el acto ha de ser instrumentalmente útil respecto a la consecución del objeto social, lo cual es algo muy diferente, y cualquier otro acto, en principio, puede serlo.

Pero ¿cuáles son esos actos instrumentalmente útiles a la realización del objeto social?

La doctrina española, siguiendo a CÁMARA y últimamente a PEDRO AVILA (ver para este último REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, núm. 599, julio-agosto 1990, págs. 107 y sigs.), se pierde en sutiles y, a mi modesto entender, inútiles disquisiciones clasificando los actos en relación al objeto en actos dentro del objeto, fuera del objeto, contrarios al objeto y neutros, clasificación ésta que, como dice CÁMARA (Conferencia en el Colegio Notarial de Barcelona en 25 de enero de 1989), se remonta probablemente al IX Congreso Internacional del Notariado, celebrado en Munich en 1967, esto es, un año antes de la promulgación de la Primera Directiva.

En realidad dicha clasificación, en el mejor de los casos, es inútil y perjudicial. Por supuesto, la clasificación es acertada a efectos puramente clasificatorios, pero no nos resuelve en absoluto el problema.

En efecto, no nos basta con saber que un acto puede entrar en uno u

otro apartado de la clasificación cuatripartita, sino de encajar un acto concreto y determinado en uno de tales apartados.

Y es aquí donde falla la utilidad de la teoría, ya que frente al tercero de buena fe (buena fe que se presume, no lo olvidemos) todos los actos, en principio, son neutros. Es *a posteriori* cuando —y sólo a efectos internos (salvo, claro, el supuesto de mala fe o culpa grave del tercero)— un concreto acto puede entrar en una de tales clasificaciones.

Esta idea ha sido nítidamente desenvuelta por GALGANO, *Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'Economia*, vol. 7; *La Società per azioni*, Cedam, Padova, 2.^a ed., 1988.

Comienza diciendo GALGANO que “las facultades de representación de los administradores se extienden a todos los actos que entran en el objeto social” (según el art. 2.384.I CC); esto es, dice él, “a todos los actos que aparezcan ligados por una relación de medio a fin con el objeto social enunciado en el acto constitutivo”.

La extrema dificultad, sigue diciendo, es la de elaborar criterios en base a los cuales poder expresar *a priori* un juicio de inherencia o no inherencia de un determinado acto cumplido por los administradores: el objeto social enunciado en el acto constitutivo de la Sociedad. El problema se plantea básicamente con los mutuos, los avales y los actos gratuitos. Es muy difícil determinar cuándo uno de tales actos es “instrumental respecto al logro del objeto social”. El tercero, dice GALGANO, podría ser inducido a pensar que no hay ninguna relación de medio a fin entre una operación de mutuo o de asistencia financiera y la gestión de una empresa automovilística, o que no hay relación de medio a fin entre un acto de liberalidad y la gestión de una empresa; mas también podría suponer que semejantes actos puedan ser útiles a la Sociedad que los realiza y, por tanto, instrumentales con respecto al logro del objeto social, ya que los actos de liberalidad aumentan el prestigio y “la popularidad” de la Sociedad (o le facilitan las relaciones con el Fisco; ésta es, como es sabido, la razón por la que las grandes sociedades americanas son muy pródigas en actos de beneficencia); y en cuanto a las operaciones financieras arriba indicadas (préstamos, fianzas, ayuda financiera en general), también la Sociedad puede realizarlas con provecho si, por ejemplo, tienden a aliviar la suerte de una empresa que desarrolla actividades complementarias o si constituyen elemento de una más amplia operación ventajosa para la Sociedad.

En todo caso, y seguimos citando a GALGANO, es cierto que la ajenidad al objeto social (entendido como se dice más arriba) de los actos realizados por los administradores es, en línea de principio, oponible a los terceros y comporta la invalidez del acto. Pero “a tal principio se le adjunta una limitación que lo vuelve casi inoperante: la ajenidad del acto al objeto social puede ser opuesta no a todo tercero, sino al tercero de mala fe (en

nuestro Derecho, también al gravemente culpable. Prescindiendo aquí de si el legislador español se ha excedido al trasponer la Directiva); o sea, que el acto excedía del objeto social o no podía ignorarlo sin falta grave. Es una carga probatoria particularmente ardua.

Prueba que, por supuesto, habrá de ser realizada en el correspondiente juicio contradictorio.

Ahora bien, sigue diciendo GALGANO, “se debe excluir que la mala fe del tercero pueda —como alguna vez se ha afirmado— ser referida a un ‘abstracto juicio de pertinencia o no pertinencia del acto al objeto social’. Ningún juicio abstracto de pertinencia es posible, puesto que nadie está en grado de juzgar ‘desde fuera’ qué actos son y qué actos no son instrumentales con respecto a la consecución del objeto social”. Un semejante juicio puede ser formulado sólo en concreto: sólo en relación a concretas situaciones de hecho puede darse la prueba de que el tercero tenía mala fe, o sea, de que sabía (o podía haberse dado cuenta fácilmente) que el acto realizado por los administradores estaba fuera del objeto social.

Bélgica

La adaptación de la legislación belga al Derecho Comunitario fue realizada por la Ley de 6 de marzo de 1973. Hoy el texto vigente es el de “Lois Coordonnées Sur les Sociétés Commerciales” (LCS), en vigor desde el 31 de enero de 1990. Se trata de una especie de Texto Refundido.

En la legislación, doctrina y práctica belgas el tema ha dejado de ser discutido. Está claro que los autores le dedican poco espacio e, incluso, éste de pasada.

Los dos primeros párrafos del artículo 54 de las citadas leyes coordinadas dicen:

“El Consejo de Administración tiene la facultad de cumplir los actos necesarios o útiles a la realización del objeto social de la Sociedad, con la excepción de aquellos que la Ley reserva a la Asamblea general. El Consejo representa a la Sociedad frente a terceros en justicia, sea como demandante, sea como demandado”.

En 1978, la Editorial Bruylant publicó, bajo el patrocinio de la Asociación Belga de Juristas de Empresa, unos “Estatutos comentados de sociedades anónimas”.

El modelo de estatutos propuesto se limita a copiar estrictamente el texto legal. El comentario, por lo demás, es de interés y está completamente en línea con la idea que defendemos. Veamos lo que dicen los autores brevemente, pues como digo el tema no les parece problemático:

“Sur le plan interne, l’objet social limite les pouvoirs du Conseil d’Ad-

ministration...; depuis la Loi du 6 mars 1973, les limitations statutaires aux pouvoirs du Conseil d'Administration sont inopposables aux tiers, mais elles restent possibles et gardent toute leur efficacité sur le plan interne, notamment, quant à la responsabilité des Administrateurs...; organe souverain de la Société, l'Assemblée Générale disposait antérieurement d'une compétence résiduaire. Actuellement, cette compétence résiduaire appartient en principe au Conseil d'Administration”.

Países Bajos

Son, a mi juicio, un auténtico modelo de claridad y realismo. La materia de sociedades está contenida en el Libro II del Código Civil, que como los demás libros en vigor tiene una traducción oficial al idioma inglés bajo el patrocinio del Ministerio de Justicia.

La legislación, de gran concisión, ha captado claramente la finalidad de la Directiva y ha avanzado en su espíritu limitando la posibilidad de impugnación del acto cumplido por el órgano administrativo para con un tercero.

La materia viene concisamente regulada en la sección 6.^a del capítulo I del citado libro II del Código Civil y es válida para toda clase de sociedades; por eso se encuentra en el título de “General Provisions”.

Vale la pena reproducir el magnífico texto oficial inglés:

“Section 6. 1. A legal person may invoke the nullity of a legal act, if an act executed in its name cannot be conducive to the realisation of its objet and the other party knew or could not be aware of the fact that such objet was transgressed or of such transgression. Publication of the articles or by-laws alone shall not be sufficient evidence that the other party could not be aware of such transgression of the objet.

2. The right of the legal person to invoke such nullity shall lapse upon the expiry of a reasonable period set by a directly interested party and notified to the legal person”.

Señalemos las notas más destacadas de esta regulación neerlandesa:

a) Deja claro ya desde el principio que sólo la Sociedad puede invocar la nulidad del acto.

b) Considera como acto extraño al objeto social el que “no conduce” a la realización del objeto. (“Not conducive to the realisation of the objet”).

3. Novedad de la legislación neerlandesa: Por razones de seguridad jurídica, cualquier tercero interesado en que se aclare en definitiva si el

acto será válido o nulo puede notificar a la Sociedad, que le concede un plazo —que ha de ser razonable— para que impugne el acto, si es que desea hacerlo. Si pasado ese plazo la Sociedad no ha impugnado, caduca su derecho a hacerlo.

4. Es evidente que tras todo esto está la Autoridad Judicial, en particular para determinar si el plazo concedido por el tercero es o no “razonable”.

Y me tomo una pequeña libertad. Se ha dicho alguna vez que el nuevo Código Civil holandés está situado, como su geografía, en la encrucijada de varios mundos o culturas, reuniendo la brillantez latina con su imaginación, el rigor germánico con la capacidad de incluir gran contenido en apretada síntesis, y el realismo anglosajón, atento más a la solución de problemas concretos que a la formulación de bellas y acaso inútiles teorías generales.

Creo que este artículo del Código neerlandés es un magnífico ejemplo de tal idea.

Estas cualidades resaltan también en el brevísimo y más completo comentario que hace el insigne mercantilista holandés P. SANDERS en la obra de 1989, *Companies and other legal persons under netherlands law netherlands Antilles law*.

He aquí el precioso comentario: “La sección 6.^a se refiere a los negocios jurídicos (*legal acts*) de la persona jurídica (*legal person*) que son *ultra vires*. Sólo la persona jurídica, de hecho la Compañía, puede invocar la nulidad de tales actos. Ella debe entonces probar que la otra parte tuvo conocimiento de tal transgresión o no pudo ser ignorante de la misma. Ahora bien, como la publicación de los estatutos o reglamentos en el Registro de Comercio no constituye suficiente prueba de tal conocimiento, es en la práctica difícil invocar la nulidad”.

Luxemburgo

La Ley de 23 de noviembre de 1972 dio al artículo 53 de la Ley de Sociedades Comerciales luxemburguesa una redacción exactamente igual que la que vimos más arriba para Bélgica, por lo que en aras de la brevedad nos remitimos a lo dicho más arriba.

Irlanda

El Reglamento 6.º de Sociedades de 1973, que cumplimentaba la Primera Directiva, dispone textualmente lo que sigue, que como se aprecia claramente está en la línea del presente trabajo:

“Toda persona que trata de buena fe con la Sociedad está autorizada a ver las transacciones que ella ha concluido con el Consejo de Administración, considerándolas como incluidas dentro del dominio de atribución de la Sociedad. La limitación incluso obligada de las facultades del Consejo de Administración no le es oponible, puesto que tal persona se estima ha obrado de buena fe hasta prueba en contrario”.

Dinamarca

En el año 1973 se promulgaron dos leyes, una sobre sociedades anónimas y otras sobre limitadas, adaptadas a la legislación de las Comunidades Europeas.

El derecho de firma habilita al que lo tiene para obligar en todo caso a la Sociedad frente a terceros, a menos que el firmante invada ilícitamente las atribuciones de otros órganos o, de otra parte, firme un contrato incompatible con el objeto social, siempre que la Sociedad esté en medida y condición de probar que el tercero conocía este estado de cosas o que no podía dejar de conocerlo.

Grecia

Ha cumplimentado las Directivas con gran retraso con los decretos presidenciales 409/1986 y 498/1987. No tengo disponible el texto; parece, sin embargo, que la redacción es acertada. En el libro recientemente aparecido, editado simultáneamente en inglés por la editorial Kluwer holandesa, con ramificaciones en diversos países, y la Sakkoulas de Atenas, el profesor de la Universidad del Estado norteamericano de Ohio P. J. KOZYRIS dice lo siguiente:

“El Consejo rige y representa colegialmente a la Sociedad en todos los asuntos sujeto a las limitaciones que constan en el acto constitutivo o son adoptadas por acuerdo de la Junta de Accionistas. En última instancia, no obstante, aquéllos no pueden perjudicar los derechos de buenas personas de buena fe”.

Portugal

Está dando ejemplo de firme voluntad comunitaria. Con mucha anterioridad con respecto a España ha promulgado un completo y técnico “Co-

digo das Sociedades Comerciais” promulgado por Decreto-Ley 2623/1986, de 2 de septiembre, y que entró en vigor rápidamente, el 1 de noviembre del mismo año.

El artículo 409, cuya rúbrica es “Ambito da vinculação da Sociedade”, recoge a la perfección el espíritu de la Directiva y creo vale la pena copiarlo en lengua original por su claridad y buena construcción. Veámoslo:

“Artigo 409. *Ambito de vinculação da Sociedade.*—1. Os actos praticados pe los administradores em nome da sociedade, e dentro dos poderes que a lei lhes confere, vinculam-na para con terceiros, nao obstante as limitações constantes do contrato de sociedades ou resultantes de deliberações dos accionistas, mesmo que tais limitações estejam publicadas.

2. A Sociedade PODE porem opor a terceiros as limitações de poderes resultantes do seu objecto social SE PROVAR que o terceiro tinha conhecimento de que o acto praticado nao respeita essa clausula do contrato e se, entretando a Sociedade o nao assumiu, por deliberação expressa ou tacita dos accionistas.

3. O conhecimento referido no numero anterior nao pode ser provocado apenas pela publicidade dada ao contrato de sociedade.

4. Os administradores obrigam a sociedade, a pondo a su assinatura, com indicação dessa qualidade”.

Francia

Deliberadamente —*last, but not least*— hemos dejado para el final el caso francés, en cuya normativa, tomada muy a la ligera, parece haberse inspirado el legislador español. No olvidemos, no obstante, que la reforma francesa de 1969 es, acaso, la más antigua de la Comunidad y el peso que en el país hermano tiene la tradicional teoría del mandato. No obstante ello, como veremos, la interpretación de la doctrina es la correcta y unánimemente mantenida en el ámbito de toda la Comunidad..., salvo el lamentable caso de España.

El texto básico es el artículo 98 del Code des Sociétés como ha quedado tras la Ley número 67-559, de 12 de julio de 1967, y sobre todo la Ordenanza número 69-1176, de 20 de diciembre de 1969.

Veamos dicho texto:

“El Consejo de Administración está investido de las facultades más extensas para actuar en toda circunstancia en nombre de la Sociedad y las ejerce en el límite del objeto social y con reserva de las atribuidas expresamente por la Ley a la Asamblea de Accionistas.

En las relaciones con terceros, la Sociedad queda obligada incluso por los actos del Consejo que no tienen relación con el objeto social (“qui ne

relèvent pas de l'objet social”) a menos que ella pruebe que el tercero sabía que tal acto excedía de tal objeto (“depassait cet objet”) o que no podía ignorarlo habida cuenta de todas las circunstancias, quedando excluido que la mera publicación de los Estatutos baste para constituir dicha prueba.

Las disposiciones de los Estatutos, limitativas de las facultades del Consejo de Administración, son inoponibles a terceros.

Las fianzas, avales y garantías dadas por sociedades distintas de aquellas que explotan establecimientos bancarios o financieros deben ser objeto de una autorización especial del Consejo, en las condiciones determinadas por Decreto. Este Decreto determinará igualmente las condiciones en que este incumplimiento (*depassement*) de la autorización puede ser opuesto a tercero.

Observemos ante todo que el único parecido con el artículo 129 de la nueva Ley española (y de los correspondientes del Reglamento) estriba en una referencia estrecha al objeto social muy propia de la época de la promulgación de la norma: el Consejo ejerce los poderes que le son propios “en el límite del objeto social”.

Apresurémonos a decir ante todo que, incluso en términos estrictamente literales, el objeto francés es infinitamente más amplio que el español, dado que en Francia no tienen que soportar una norma tan desgraciada y desacertada (cuyo más benévolo destino sería olvidarla para poder cumplir normas y fines más importantes del ordenamiento) como la contenida en el artículo 117 del Reglamento del Registro Mercantil, auténtica “ceremonia de confusión”.

Quiero decir que en España el objeto, por ejemplo, de una Sociedad cuya actividad consista en, por ejemplo, “fabricar gafas”, estrictamente hablando, se termina aquí, y todo lo que no sea fabricar gafas es *ultra vires*. Bueno, ya sé que en la práctica no es así, pero para ello hay que olvidar el nefasto artículo 117 del Reglamento.

En Francia, por el contrario, como no existe tan absurda limitación, el objeto comprende ya de por sí todos los actos necesarios o útiles para su realización..., que quedan incluidos incluso en la literalidad del objeto.

Una publicación tan prestigiosa y conocida en todo el ámbito de la Europa comunitaria, la de “Jura Europae”, de Munich-París, a que he hecho alusión más arriba, contiene un modelo de Estatutos de Sociedad Anónima francesa.

Veámoslo:

“Art. 2. *Objet social.*”

1. La Société à por objet:

La fabrication, l'achat, la vente, la negotiation, l'importation, l'exportation, la distribution, la representation de tous-jouets, jeux, articles de fête de sport et de puericulture. La prise d'exploitation, l'achat, la vente, la location de tous les brevets, marques, procédés de fabrication, licences concernant tous jouets, jeux, articles de 'fête', de sport et de puericulture. Et generalmente toutes opérations industrielles, commerciales ou financières, pouvant se rattacher directement ou indirectement à l'objet social, ou susceptibles d'en faciliter la réalisation”.

Magnífica descripción del objeto, ¿verdad? Pues no conseguiría pasar la calificación del Registro Mercantil de Barcelona.

Aparte de cualquiera o cualesquiera otras objeciones, dimanantes del celo calificador, he aquí seguro que la escritura sería devuelta con estos dos “defectos”:

1. No se cumple lo prevenido en el artículo 117 del Reglamento del Registro Mercantil.

2. Comprende operaciones de “índole financiera”.

Mas volvamos al Derecho francés de sociedades.

En realidad, en Francia, aunque el depositario real y último de los poderes representativos es el Consejo de Administración, de hecho los ejerce, por atribución legal, el Presidente del Consejo en representación del mismo, salvo como vimos más arriba que se trate de avales, garantías y actos análogos.

No obstante, el Presidente del Consejo de Administración puede ser autorizado con carácter general por el Consejo para la realización de tales actos.

Como ponen de manifiesto J. HEMARD, TERRÉ y MABILLAT, la doctrina francesa, al comienzo, tuvo alguna vacilación que recuerda el actual estado de ánimo de la doctrina española, agobiada por el peso de la tradición y por la presencia destacada del objeto. Hasta el punto que tras señalar la inoponibilidad del objeto a terceros de los actos que sobrepasan el objeto social, con cierto aire de conformidad dicen que “por lo menos en las relaciones internas en el seno de la sociedad no está fuera de lugar referirse a los análisis tradicionales del objeto social”. Estas reticencias, que se encuentran en la citada y por lo demás básica obra, cuya edición que manejo es de 1972, han desaparecido en obras más recientes.

Es curioso como, aparte de la propia Primera Directiva y de las influencias germánica —directa— y norteamericana —a través de Gran Bretaña—, Francia viene sufriendo una influencia tradicional: la del Ca-

nadá francófono, donde, como señalan M. COZIAN y A. VIANDER (*Droit des Sociétés*, 2.^a ed., París, 1988), está admitido el llamado objeto general, cuya redacción tipo sería la siguiente: “La Sociedad podrá hacerlo todo, no importa dónde o bajo cualquier forma que sea”.

Y destacan dichos autores —que ponen de manifiesto cómo, por lo menos en el ámbito mercantil, es más interesante el pragmatismo que las rigideces dogmáticas— el caso de la “Compagnie Universelle du Canal de Suez”, que en contra de la legislación vigente en la época de su creación tenía una cláusula de objeto más o menos universal. Pues bien, al nacionalizarse el canal esa “ilegalidad” le ha permitido, en lugar de disolverse o liquidarse, “continuar” (dentro de su amplísimo objeto) una brillante carrera como institución financiera.

Para no cansar demasiado me limitaré a consignar que los más recientes tratadistas, olvidándose de las vacilaciones más primitivas, aceptan el resultado de la Primera Directiva tal y como es interpretado y aplicado unánimemente en Europa..., salvo, al menos de momento, en España. Citemos a Y. CHATIER, PH. MERLE, H. BLAISE e Y. CHAPUT. También a D. BASTIAN en su trabajo o comentario contenido en las varias veces citada obra clásica *Iura europae*, y a P. MEINHARDT en su también importante libro *Company law in Europe*.

Quiero, sin embargo, aludir específicamente a una obra de calidad excepcional, *Traité de Droit Commercial*, de G. RIPERT, cuya edición número trece acaba de aparecer puesta al día por R. ROBLOT, profesor de la Universidad de Nancy.

En el epígrafe 1.294 del tomo primero, denominado “Dépassement de l’objet social”, mantiene la tesis generalmente admitida y que ya podemos llamar clásica: la de que en aplicación del principio de especialidad el artículo 98.1 de la Ley de Sociedades decide que los poderes del Consejo se ejercen “dans le limite de l’objet social”; pero conforme a la Directiva del Consejo de la CEE de fecha 9 de marzo de 1968, la Ordenanza de 20 de diciembre de 1969 ha aportado a esta regla una derogación importante destinada a reforzar la seguridad de los terceros que contratan con la Sociedad. En las relaciones con los terceros la Sociedad queda incluso obligada por las decisiones del Consejo que no pertenecen al objeto social, a menos que la propia Sociedad pruebe que el tercero sabía que el acto excedía de tal objeto o no podía ignorarlo habida cuenta de las circunstancias. Queda formalmente excluido que la sola publicación de los Estatutos baste para constituir dicha prueba.

En definitiva, sigue diciendo ROBLOT, puede y suele decirse que al Consejo pertenecen los poderes “les plus étendus pour agir en toute circonstance” en nombre de la Sociedad.

Ahora bien, sigue diciendo, esta expresión no es feliz. El Consejo

decide, pero no actúa. El poder de representar a la Sociedad frente a terceros pertenece sólo al Presidente, salvo aquellos supuestos (avales, etc.) que el Presidente requiera acuerdo previo del Consejo o delegación de éste.

Nos enseña el profesor ROBLOT cómo sin perjuicio de las influencias externas que han llevado a la plena admisión de la regla que nos ocupa ya el Derecho jurisprudencial francés, por evolución propia o autóctona, estaba camino de llegar a la misma solución. En efecto, dice dicho autor, la Ley de 1867 consideraba que los accionistas reunidos en Junta general detentaban el poder supremo y que los administradores, en calidad de mandatarios, no tenían más que poderes delegados. Así, los redactores de los Estatutos tomaron la costumbre —aún subsistente desgraciadamente en España— de enumerar las facultades concedidas al Consejo.

En general, la delegación era muy amplia; los Estatutos preveían un gran número de actos, y con gran frecuencia actos muy raros. No obstante, la evolución del Derecho moderno debía conducir a abandonar la idea de delegación y a reconocer al Consejo de Administración poderes propios. Esta idea de los poderes propios del Consejo fue afirmada por primera vez en Francia en una Sentencia del Tribunal de Casación de 1 de junio de 1946.

Por el contrario, el hecho de que un acto no corresponda al objeto social, sigue diciendo el mismo autor, “conserve une grande importance dans les rapports internes de la Société”, si bien es una noción a veces difícil de precisar. Son muchos los casos que han examinado los Tribunales, mas toda su mecánica opera en el ámbito interno.

Como se ve, el Derecho de los países de la Comunidad Europea —y muchos de fuera de ella— es unánime en la materia, pudiendo señalarse como puntos fundamentales los siguientes:

a) La noción de “objeto” en cuanto criterio de medida de los poderes de los Administradores ha perdido prácticamente toda su virtualidad frente a terceros.

b) Frente a terceros, y salvo la excepción de mala fe —o culpa grave en algún supuesto—, es válido y eficaz cualquier tipo de acto siempre que no sea de aquellos que la Ley reserva a la competencia de la Junta general.

c) Sólo la Sociedad está legitimada para intentar probar la mala fe o, en su caso, la culpa grave del tercero.

d) Esta prueba será, en principio, muy difícil.

e) La publicación del objeto de los Estatutos no basta para establecer la mala fe del tercero.

f) Por supuesto, esta prueba ha de ser producida ante los Tribunales competentes y en el correspondiente adecuado procedimiento judicial.

g) En el ámbito interno conserva el objeto su importancia, si bien las dudas son muchas y habrá que examinar los supuestos planteados caso por caso, pero siempre sin que ello trascienda a terceros.

IX. EL CASO DE ESPAÑA. TARDANZA INJUSTIFICADA EN TRASPONER LA DIRECTIVA, DEFECTUOSA TRASPOSICIÓN Y PRÁCTICA ADMINISTRATIVA, SOBRE TODO REGISTRAL, ABSOLUTAMENTE OPUESTA A LA LETRA Y ESPÍRITU DE LA DIRECTIVA

Contraponíamos más arriba la celeridad con que Portugal ha cumplido su obligación comunitaria de trasponer a su Derecho nacional las Directivas de Sociedades, lo que ha llevado a cabo además con notable fidelidad y perfección técnica frente al caso de España, que ha tardado tres años más en hacerlo... y encima lo ha hecho mal.

Los defectos más graves del desordenado y confuso artículo 129 de la Ley son:

a) El estrecho concepto del objeto social, agravado por la aún mayor estrechez del artículo 117 del Reglamento del Registro Mercantil.

b) La introducción de la “culpa grave” del tercero cuando en realidad, a la luz de la Directiva, el “no poder ignorarlo” más bien hace referencia a un supuesto “de presunción de mala fe”.

c) El no aclarar, ya que comienza dando tal importancia al objeto, que esta trascendencia opera en el ámbito interno exclusivamente. En conversación con algún Registrador amigo, éste me decía que le gustaría sostener mi tesis, pero que “el artículo 129 no se lo permite; que dicho artículo NO DISTINGUE PLANOS, y donde la Ley no distingue él no puede distinguir”. El argumento tiene su contrarréplica y me remito a lo que dije sobre el efecto directo de las Directivas en determinados supuestos, pero hay que reconocerle cierta parte de razón.

d) Pero, sobre todo, el mayor defecto de la reforma citada es el no aclarar, como hace la Directiva, lo que convierte en una omisión culpable atribuible al Estado español que sólo la Sociedad está legitimada para intentar probar la mala fe —o en su caso la culpa grave— del tercero.

Los defectos son de grueso calibre, y es una verdadera pena que en una materia en que se busca seguridad una Ley mal hecha haya introducido una auténtica inseguridad entre los encargados de cumplirla.

Hasta tal punto es así que incluso por el buen nombre comunitario de España yo propongo formalmente desde aquí que se eleve una petición a los poderes públicos para que con la máxima urgencia se deroguen los artículos 129 de la Ley de Sociedades Anónimas y 117 del Reglamento del

Registro Mercantil por crear un confucionismo incompatible con las obligaciones asumidas por España.

Ahora bien, como decía más arriba, incluso sin reforma legal y reglamentaria podemos y debemos aplicar el Derecho comunitario incluso por encima del Derecho nacional.

Todos sabemos nuestro martirio —indebido a estas alturas— de cada día escudriñando en larguísimas enumeraciones de Estatutos si un acto entra o no en las facultades del órgano administrativo y las por supuesto siempre cordiales discusiones con nuestros amigos los Registradores.

En realidad el factor desencadenante de estas notas ha sido el trabajo del gran amigo, compañero e insigne jurista PEDRO AVILA ALVAREZ en el número 599, mayo y junio 1990, de la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, concretamente en la página 109, *in fine*, en que tras ciertas dudas se declara “dispuesto a seguir calificando las facultades de los administradores”.

El asunto reviste especial gravedad dada la conocida y merecida autoridad del autor por sus magníficas publicaciones, que yo también adquiero y leo, entre Registradores y Notarios.

Si el querido compañero me permite una nota de humor (que después de todo no puede molestarle por su resonancia granadina), me parece un nuevo don Quijote entrando a saco, sin que nadie le haya dado facultades para ello, en el retablo de maese Pedro, dando mandobles a diestro y siniestro a toda clase de “ladrones, malandrines y follones”. (La expresión es de nuestro “Príncipe de los Ingenios”).

Y yo les pediría a mis amigos, lo repito una y mil veces, los Registradores que sepan reaccionar como juristas ante el desaguizado legal y reglamentario y se abstengan de calificar los actos y contratos celebrados por los órganos administrativos con terceros, y ello por una sencilla y simple razón: la de que no tienen facultades legales para ello.

Y ya sabemos el principio básico de toda competencia, expresado con la concisa y exacta sabiduría de los clásicos axiomas: “Id possumus quod de iure possumus”. Podemos lo que podemos según Derecho.

Precisamente porque tienen como noble misión la de ser vigilantes y guardianes de la seguridad, no pueden convertirse en órganos de inseguridad, por muy recta, por supuesto lo es, que sea su intención.

En el fondo sólo se trata de aplicar una idea plasmada en una de las mejores fórmulas de nuestro ordenamiento, el artículo 103 de la Constitución, que pide la “sumisión plena a la Ley y al Derecho”.

Y nuestro Derecho ha dejado de ser una obra plana y ha pasado a tener relieve, se entrecruzan diversos Ordenamientos, entre ellos el Comunitario.

Recordemos que si España (art. 93 de la Constitución) ha cedido parte

de su soberanía a la Comunidad Europea ha dejado de ser competente en las materias cedidas. Por consiguiente, a la hora de trasponer una Directiva sólo tienen libertad en cuanto a la elección de los medios, pero nunca de fines o resultados.

Si ha hecho mal la trasposición, como es nuestro caso, nuestra obligación como juristas y dotados de una función pública es aplicar el Derecho. En nuestro supuesto y ante todo interpretando la Ley y el Reglamento a la luz de la Directiva, y en segundo lugar, simplemente y por imperativo jurídico, dejando sin aplicación la Ley y el Reglamento y aplicando directamente la Directiva, dando cumplimiento a la doctrina de la Sentencia Van Duyn señalada más arriba.

¿Que se necesita valor para ello? No veo por qué: es una mera aplicación de los principios de jerarquía y competencia; pero si a pesar de ello se estima que hay que tener valor, pues tengámoslo.

Después de todo, también del jurista, en general, se puede decir lo que con cierta dosis de humor y profunda intuición dijo un Juez inglés de su función: "El Juez ha de ser honesto, independiente, valiente, no accesible a influencias, conocedor de la vida, etc.; y si además sabe algo de Derecho no le viene mal".

X. CONCLUSIONES

Son las siguientes, que expondré someramente:

1.^a La referencia que hace el artículo 129 a los actos comprendidos en el objeto social ha de entenderse referida sólo al ámbito interno.

2.^a Diga lo que diga el artículo 117 del Reglamento del Registro Mercantil, deben entenderse incluidos en el objeto social los actos necesarios o útiles a la consecución de dicho objeto.

3.^a Sólo el tercero de mala fe probada o presunta puede ver atacado el acto o contrato celebrado con el órgano social por no ser conforme al objeto. La Directiva, a los pillos, no a los simples.

4.^a El órgano administrativo puede realizar, frente a terceros, toda clase de actos, incluso a título gratuito, puesto que el tercero no está en condiciones de conocer o valorar la posible pertenencia de los mismos al objeto social.

5.^a Sólo la Sociedad puede impugnar tales actos probando la mala fe del tercero.

6.^a Esta prueba, por supuesto, habrá de hacerse en el correspondiente juicio contradictorio.

7.^a El Registrador de la Propiedad o Mercantil no tiene facultades para calificar la adecuación del acto al objeto y la buena o mala fe del

tercero. Se exceptúa el supuesto de presunta comisión de un delito. Algún sector de la doctrina francesa recoge algún otro supuesto totalmente excepcional: por ejemplo, Sociedad cuyo objeto único es explotar una determinada finca cuando se vende esa finca, lo que implicaría la desaparición de la Sociedad por desaparición del objeto.

8.^a El tercero tiene un derecho incluso constitucional a que se presume su buena fe, ya que si se pone en tela de juicio —y sólo, no lo olvidemos, a instancia de la Sociedad, única legitimada para ello— sólo un Juez sea el que decida su caso.

9.^a La calificación de oficio por el Registrador, sin perjuicio de la buena fe que le anima, crea una inseguridad incompatible con la esencia del Registro y la finalidad de la Directiva.

10. Dicha calificación por parte del Registrador infringe simultáneamente diversas ramas del Derecho y ha de ser considerada especialmente grave.

11. Infringe en primer lugar el propio Derecho comunitario con sus notas de aplicabilidad directa y carácter preferente, sin que valga decir que se está aplicando el Reglamento. Este, por su naturaleza, forma parte de un ordenamiento jurídico complejo más amplio.

12. Infringe el Derecho Mercantil que hay que interpretar como ordena el Código Civil. En la “realidad de nuestro tiempo”, como criterio interpretativo, entra la realidad jurídica de los demás países de la CEE.

13. Infringe el Derecho constitucional porque priva al tercero de una presunción de buena fe y de su Derecho a un Juez ordinario y a un procedimiento legal de acuerdo con la Ley y todas las garantías.

14. Infringe el Derecho procesal y por supuesto también en este caso el constitucional: el Registrador, al lanzarse de oficio a una materia que sólo corresponde a los Tribunales, está invadiendo funciones jurisdiccionales que no le corresponden.

15. Este carácter multidireccional de la inflación hace que se multipliquen también las posibilidades de recursos o de remedios.

16. Por supuesto, existe la posibilidad de instar el recurso gubernativo y la de litigar sobre la validez y eficacia del título.

17. Dado el carácter de órgano estatal del Registrador cabría la posibilidad de poner la calificación registral razonadamente en conocimiento de la Comisión de las Comunidades Europeas para que requieran al Reino de España el adecuado cumplimiento de sus obligaciones, pudiendo interponer si no se tiene resultado un “recours en manquement”, de acuerdo con el artículo 169 del Tratado.

18. Estimo se puede ya alegar el desconocimiento de derechos fundamentales para en su día acceder a un recurso de amparo. No será muy probable, pero no hay que descartarlo.

19. Sería posible igualmente una queja a las Autoridades Judiciales pertinentes por invasión de terreno exclusivamente reservado a éstas.

20. No descarto que el Registrador pueda (y quizá deba hacerlo) interponer un recurso de interpretación prejudicial del artículo 177 del Tratado. Ya sé que no es jurisdicción en el sentido del Derecho interno, pero sí, acaso —y ello será objeto de un próximo trabajo—, es jurisdicción en el sentido del Tratado, ya que éste concepto, según tiene declarado la jurisprudencia comunitaria, es un concepto autónomo del Derecho comunitario.

21. Dada la obligación del Estado español y de todas sus Autoridades —Registradores y Notarios incluidos— de cumplir el Tratado y sus fines por una interpretación que atienda sobre todo a su efecto útil, estimo que es posible, prescindiendo de todo recurso clásico, dirigirse a los poderes públicos para que por vía de interpretación o por vía de promulgación de nuevas normas restituyan la legalidad comunitaria violada.

22. En definitiva, estimo que en los Estatutos bastará consignar que el órgano administrativo ostenta las facultades más amplias para realizar en el ámbito judicial o extrajudicial todos los actos y contratos que sean necesarios o útiles para la consecución del fin social o, incluso, una fórmula aún más simple: “El Consejo o el administrador o administradores tienen la plena representación de la Sociedad, sin más límites que las facultades legalmente atribuidas a la Junta general”.

Y a la hora de actuar bastará acreditar al Notario autorizante “la vigencia e inscripción del cargo”.

Las facultades para el concreto acto de que se trate “se le suponen”, como el valor a los reclutas. Saldrá ganando la seguridad jurídica, se liberará tiempo para otras atenciones y, si me permiten lo que parece una “astracanada”, será hasta ecológicamente útil. Las miles de páginas que se ahorrarán al año tiene su traducción en miles de hectáreas de bosque que dejarán de arrasarse para disponer de papel en el que consignar las farragosas, interminables y siempre incompletas listas de facultades de los administradores.

¿Me permiten para terminar una anécdota histórica? Se cuenta —¡qué tiempos, Dios mío!— que en la guerra de los albigenses o cátaros en el sur de Francia, en el siglo XIII, el delegado papal había ordenado al “civil” que sitiaba cierta ciudad que exterminase a todos los herejes que encontrase en la misma. Este preguntó cómo los conocería, a lo que el citado delegado respondió que “matase a todos sus habitantes y que ya después Dios reconocería a los suyos y se los llevaría al cielo”.

Pues bien, con mucha diferencia (¡gracias a Dios!) de contenido, el esquema es el mismo: admitamos como válidos frente a tercero todos los actos de los administradores, que después ya vendrá la Sociedad a llevar “a los malos” al infierno de la impugnación judicial.

ANTONIO ROLDÁN RODRÍGUEZ

Abogado-Notario

BIBLIOGRAFIA

- 1 CHARTER, Y.: *Droit des affaires-Les sociétés*, Presses Universitaires de France, 1985.
2. MERLE, PH.: *Droit Commercial. Sociétés Commerciales*, Précis Dalloz, 1988
3. CHAPIRA, J.; LE TAILLEC, G., y BLAISE, J. B.: *Droit européen des affaires*, Presses Universitaires de France, 1990.
4. “Enterprises. Marché unique”, en *De l'économie familiale a la strategie industrielle*, Horizon, 1990. 85 Congres des Notaires de France, Stasbourg, 1898.
5. COZIAN, M., y VIANDER, A.: *Droit des sociétés*, Litec, Paris, 1988, deuxième edition.
6. *Gide Loyrette Nouve. Code des sociétés*, Jurisdictionnaires Jly, 1990.
- 7 *Jura Europae. Droit des Sociétés Gesellschaftsrecht, Company Law*, C. H. Beck, Editions Techniques Jurisclasseur, München, Berlin
8. *Droit desl affaires-sociétés*, Jupiter,1990.
9. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, edición especial, 1985; *Derecho de sociedades*, vol. 01.
10. *Encyclopedie Dalloz-Sociétés*. Mise a jour, 1990.
11. CHAPUT, Y : *Objet social. Influence sur les pouvoirs des organes sociaux*, 1987.
12. RIPERT, G., y ROBLOT, R · *Traté de Droit Commercial*, LGDJ, Paris, 1989.
13. *Dalloz Code des Sociétés*, 1990.
14. MEINHARDT, P.: *Company Law in Europe*, Gower, 1982.
- 15 BARROCAS, M. P.; PLASENCIA, A., SANTACANA JUBILLER, J , y otros *Business Law in Europe*, Klower Law and Tasation Publishers, 1990.
16. WARENDORF, H. C. S.: *Member of the Amsterdam Bar and M. A. Thomas Solicitor*.
17. FRE, G.: “Società per azioni”. *Commentario al Codice Civile a curfa di A. SCIALOJA e G. BRANCA*, Roma, 1982.
- 18 TRABUCCHI, G.: *Commentario breve al Codice Civile*, Cedam, Padova, 1989.
19. COTTINO, G.: *Diritto commerciale. Le società e le altre associazioni economiche*, Cedam, Padova, 1989.
- 20 *Trattato di Diritto Privato*, directo da P RESCIGNO. Imprensa e Lavoro
21. BONELLI, F.: *Amministratori di Società per Azioni*, Giuffrè Editore, Milano, 1985.
22. GALGANO, F.: *Trattato di Diritto Commerciale e Diritto Pubblico dell'economia*, Cedam, Padova, 1988.
23. NETO, A.: *Código Comercial. Código des Sociedades. Legislação Complementaria*, Lisboa, 1986.
24. BUTTERWORTHS (European Information Services): *Compendium of E. C. Company Law*.
25. CAPPOTORTI y otros *Il Diritto delle Società nella Comunità Economica Europea*, Cedam, Padova, 1975.

26. KERADEUS, K. D., y KOZYRIS, P. J.: *Introduction to Greek Law*, Kluwer and Sakkoulas, 1988.
27. ASSOCIATION BELGE DES JURISTES D'ENTREPRISE. *Société Anonyme. Status commentés*, Bruylant, Bruxelles, 1978.
28. VAN HILLE, J. M.: *La société anonyme. Aspects juridiques et pratiques*, Bruylant, Bruxelles, 1990.
29. MORSEY y otros: *The Companies Act 1989*, Sweet and Maxwell, 1990.
30. BUTTERWORTHS: *Company Law Guide*, London, Dublin and Edimbourg, 1990.
31. PENNINGTON, R.: *Company Law*, Butterworths, 1990.
32. CEREXHE, E.: *Le Droit Européen. Les objectifs e les institutions*, Bryllant, Bruxelles et Nauwelaerts Beauvechain, 1989.
33. SANTA MARIA, A.: *Diruto Commerciale Comunitario*, Giuffrè Editore, Milano, 1990.
34. GOLDMAN, B., y LYON-CAEN, A.: *Droit Commercial Européen*, Precis Dalloz, 1983.
35. LEWIS, D., SALOMON, A., y PALMITER, R.: *Corporations Examples and explanations*, Toronto, London, 1990.
36. CLARK, R.: *Corporate Law*, Little Brown and Company, 1986.
37. ESTEBAN VELASCO, G.: "Organización y contenido del poder de representación en las sociedades de capital". *Reforma del Derecho español de Sociedades*, Colegios de Registradores y Notarios, Madrid, 1988.
38. DE LA CÁMARA, M.: "Los órganos de la sociedad anónima". Conferencia en Colegio Notarial de Barcelona, 1989.
39. AVILA ALVAREZ, P.: "La sociedad anónima ante el Registro de la Propiedad", *RCDJ*, julio-agosto 1990.
40. ROLDÁN, A.: "Gran Bretaña. Definitiva abolición de la regla *ultra vires*", *La Notaría*, mayo 1990.

B) EL AMBITO DEL PODER DE LOS ADMINISTRADORES EN SOCIEDAD ANONIMA

Un artículo mío en la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, "La sociedad anónima ante el Registro de la Propiedad", es acerbamente criticado por otro del compañero ANTONIO ROLDÁN RODRÍGUEZ en *La Notaría*, "El objeto social en las sociedades anónimas, los actos *ultra vires* y la calificación registral"; y donde yo creía estar haciendo una interpretación pacífica de nuestro Derecho societario, me veo increpado como autor de "inútiles disquisiciones" en la clasificación de los actos otorgados por los administradores, sustentador de una teoría que no supone "reaccionar como juristas" y comparado con don Quijote cuando arremete contra las figurillas del retablo de maese Pedro. Y aunque se adereza la dura crítica con algunos encendidos elogios, mucho me temo que éstos

van dirigidos a mi padre, con quien me confunde en las citas (y es confusión que, por honrosa, no puedo reprocharle), y a mí sólo las críticas por el artículo que desencadena su cólera. Me veo, pues, obligado a una respuesta, que acometo con el natural respeto hacia la autoridad de nuestro compañero y advertido por aquella inscripción que, según cuenta el mismo don Quijote, puso Cervino al pie del trofeo de las armas de Orlando, que decía:

“Nadie las mueva
Que estar no pueda con Roldán a prueba”.

Vayan por delante los párrafos que, en mi artículo, se referían al ámbito del poder de los administradores.

AMBITO

Según el artículo 128 LSA: “La representación de la sociedad, en juicio y fuera de él, corresponde a los administradores en la forma determinada por los estatutos”, o sea, al órgano de administración en los términos que luego se verán; y como esta representación se extiende en principio a todos los actos comprendidos en el objeto social, pueden estudiarse las facultades de los administradores a través de dos clases de actos:

a) *Actos dentro del objeto*

La representación de los administradores se extiende a “todos los actos comprendidos en el objeto social delimitado en los estatutos” (art. 129 LSA); puede decirse que la realización del objeto social es el contenido mínimo del poder de gestión y representación de los administradores: dentro de este contenido mínimo, “cualquier limitación de las facultades representativas de los administradores, aunque se halle inscrita (indebidamente inscrita, debe añadirse) en el Registro Mercantil, será ineficaz frente a terceros” (art. 129 LSA); de manera que, actuando dentro del objeto social, cualquier transgresión por el administrador de las limitaciones impuestas por los estatutos o por la Junta podrá dar lugar a una acción de responsabilidad, pero nunca afectará a la eficacia del acto celebrado con un tercero.

El entusiasmo por esta doctrina del objeto llevó a la Resolución de 31 de marzo de 1986 a decir que es necesario hacer constar el objeto social en todos los supuestos en que el administrador actúa en nombre de la socie-

dad, pues sus facultades se concretan, como mínimo, a los actos comprendidos dentro del giro o tráfico de la empresa. En realidad, la reseña del objeto es conveniente, incluso como circunstancia significativa de la sociedad, como la profesión se reseña entre las circunstancias de las personas físicas; pero las razones que alega la Dirección no son muy claras, porque si de los estatutos resultan las facultades del administrador, ya no es estrictamente necesario referirse al objeto: lo que sí puede afirmarse es que si se reseña el objeto y el acto que haya de realizar el órgano de administración está comprendido en él, huelga ya referirse a más cláusulas o facultades estatutarias o a acuerdos de la Junta que legitimen la actuación.

Los estatutos pueden ampliar ese contenido mínimo; y lo mismo la Junta, que puede hacerlo con carácter general o para actos concretos. Pero, en cualquier caso, debe tenerse en cuenta que es una representación orgánica, no voluntaria; y así, como señala la Resolución de 4 de marzo de 1985, el artículo 1.713 CC no será aplicable a los órganos de las sociedades mercantiles que ostentan la representación de la sociedad “sin que sea preciso que en la escritura de constitución o en los estatutos se especifiquen las distintas facultades representativas que se le confiere al órgano social, pues basta a tal fin la fórmula general de otorgársele la representación en juicio y fuera de él para que se encuentre autorizado a realizar los actos que forman parte del objeto social”.

b) *Actos fuera del objeto*

Para los actos comprendidos en el objeto social, los administradores deberán estar autorizados especialmente, sea por los estatutos, sea por acuerdo especial de la Junta. De otra forma, la extralimitación del administrador puede producir:

1.º La responsabilidad de éste frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores como consecuencia de la realización de un acto contrario a los estatutos (art. 133 LSA).

2.º La ineficacia del acto frente al tercero según las reglas generales de la representación. Sin embargo (y la excepción es, quizá, más importante que la regla), según el artículo 129 LSA: “La sociedad quedará obligada frente a terceros que hayan obrado de buena fe y sin culpa grave, aun cuando se desprenda de los estatutos inscritos en el Registro Mercantil que el acto no está comprendido en el objeto social”.

La interpretación de este precepto tal vez sea uno de los puntos más dudosos de la reforma; su redacción debió seguir el criterio de la Primera Directiva de la Comunidad Europea de 1968; la Comunidad, obligada a

contemporizar los distintos criterios de sus distintos miembros, había orientado la Directiva en el sentido de que una sociedad no puede, en principio, oponer a un tercero que el administrador se ha excedido de sus poderes estatutarios, pero los Estados miembros pueden concederle este derecho a condición de que la sociedad pueda probar que el tercero estaba advertido de la extralimitación. Se trata de una norma general de tipo germánico (poder ilimitado e ilimitable de los administradores) y una excepción facultativa de tipo latino (del mandato restringido a las facultades conferidas o al objeto social).

Distintos anteproyectos de Ley de Reforma lo entendieron así, de manera que la sociedad quedaba también obligada frente a tercero por cualquier acto que no encajara exactamente en la realización del objeto social, salvo que este tercero conociera o no pudiera ignorar la extralimitación; se llegaba a decir literalmente que “en sus relaciones con terceros será ineficaz cualquier limitación de las facultades representativas de los administradores y la sociedad quedará obligada por los actos realizados por ellos incluso cuando tales actos sean ajenos al objeto social. No obstante, la sociedad no quedará obligada en este último caso si prueba que los terceros sabían que tales actos excedían del objeto social o que, dadas las circunstancias, no podían ignorarlo. La publicación de los estatutos en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil* no será suficiente por sí sola para constituir esta prueba”. O sea, que los actos fuera del objeto eran eficaces, salvo que la sociedad probase que el tercero conocía o no podía ignorar la extralimitación.

Pero el texto definitivo de la Ley de Sociedades Anónimas parece que no se atreve a dar el paso que exigía la Comunidad, intenta avanzar en la dirección germánica deseada por los juristas, pero se queda a mitad de camino, pisando sobre un terreno peor que el anterior de tipo latino. Ahora se sufren los inconvenientes de ambos extremos, porque ni se garantiza la seguridad de los terceros propia del sistema alemán, ni se asegura a la sociedad frente a las extralimitaciones del administrador como en los sistemas latinos. El remitir la eficacia de un acto a la buena fe y ausencia de culpa en el tercero es una invitación al litigio, sobre todo al quitar al registro Mercantil la presunción de público conocimiento.

La excepción de eficacia del acto por buena fe del tercero no se dirige al Notario ni al Registrador, que no podrán admitir un otorgamiento fuera del objeto, sino al Juez, que puede declarar la eficacia del acto apreciando esa buena fe. Y no puede argüirse que la buena fe y la ausencia de culpa deben presumirse, porque antes que la presunción se encuentra la regla general de que la representación se extiende al objeto social y, por tanto, de que los actos que salen de él se realizan en extralimitación de facultades.

Así pues, parece que el artículo 129.2 LSA no impide al Registrador, de la Propiedad o Mercantil, calificar sobre las facultades del administrador: deberá hacerlo y denegar la inscripción si hay una clara extralimitación; y será el tercero el que haya de defender, incluso judicialmente, que el acto es eficaz dada su buena fe y ausencia de culpa. La postura registral es similar a la que puede adoptarse en los casos del artículo 1.738 CC, actos realizados por el mandatario ignorando la muerte del mandante u otra cualquiera de las causas que hacen cesar el mandato, que serán válidos frente a terceros de buena fe, pero no inscribibles, por defecto en la representación, hasta que sea declarada esa buena fe y consiguiente validez.

Entre estos actos fuera del objeto y de las facultades del administrador que, sin embargo, pueden resultar eficaces frente a terceros, se incluyen tanto los actos neutros como los claramente contrarios al objeto.

1. Actos neutros

Junto a los actos incluidos en el objeto social, la doctrina ha elaborado la categoría de los llamados actos neutros, que, en definición de la Resolución de 2 de octubre de 1981, son aquellos en los que “normalmente no es factible establecer *a priori* si un determinado acto en su contenido concreto es o no instrumento idóneo para el cumplimiento de la actividad por la que se alcanza el objeto social”; la misma resolución se refiere al régimen registral de estos actos diciendo que “salvo que el acto sea claramente contrario al objeto social habrá en principio de procederse a su inscripción”. Pero frente a ese tratamiento registral benévolo de los actos neutros puede replicarse:

- El acto neutro es un concepto sumamente impreciso y la definición abarca prácticamente todos los actos que no entran en el objeto, salvo unos pocos ejemplos. La admisión de todos los actos neutros llevaría directamente al sistema germánico de poder ilimitado del administrador; tal vez eso sería deseable, pero si el legislador lo quiso hacer pudo haberlo hecho más claramente, y no lo hizo.
- La misma Dirección no ha sido constante en esta doctrina; y así, en Resolución de 31 de marzo de 1986, admite la ampliación de las facultades del administrador a actos “que excedan del giro o tráfico de la empresa, bien por tenerlas conferidas en los estatutos o bien porque lo autorice la Junta general”.
- Ante el Registro de la Propiedad la calificación va a recaer sobre actos de tráfico inmobiliario, tratados siempre por el Derecho con

una mayor rigidez; y si un acto inmobiliario resulta neutro, será ordinariamente porque el objeto social versa sobre materias de mayor importancia; no podrá pensarse que “quien puede lo más puede lo menos”, porque ocurrirá precisamente al revés: que el administrador que puede hacer “lo menos” (lo comprendido en el objeto), pretenderá hacer “lo más” (actos sobre inmuebles).

2. Actos contrarios al objeto

La Ley no distingue entre actos neutros y actos contrarios al objeto, por lo que el régimen sustantivo de unos y otros será el mismo; si bien en los contrarios al objeto resulta más difícil que los terceros puedan alegar buena fe, y la extralimitación de los administradores supondrá más frecuentemente ineficacia.

Desde un punto de vista formal, de tratamiento notarial y registral, en la calificación de las facultades de los administradores para un acto contra el objeto debe considerarse que estas facultades, ordinariamente, no pueden resultar de los estatutos, porque sería absurdo que éstos recogiesen actos contra los mismos; y las que acaso resultaren han de ser objeto de interpretación restrictiva; como en el caso de la Resolución de 2 de octubre de 1981, hay que entender que, aunque el administrador tenga facultades estatutarias para el acto de que se trate (hipotecar, por ejemplo), esa facultad debe interpretarse en relación con el cumplimiento del objeto social (y no admitir la hipoteca por deuda ajena, por ejemplo).

Por el contrario, será normal que esas facultades hayan de derivar de un acuerdo de la Junta, al que habrán de exigirse distintos requisitos según la clase de actos. Puede examinarse según los muy limitados casos que cabe imaginar:

1.º La enajenación del bien que sea la base de la actividad (la sociedad constituida para construir un edificio sobre un solar, que vende este solar; la constituida para explotar un cine determinado, que vende el local; etc.). Para estos actos habrá que exigir acuerdo de la Junta general y, según la naturaleza del acto, que el acuerdo se tome con los requisitos necesarios para las modificaciones estatutarias.

2.º Encaminada la sociedad esencialmente a la obtención de unos beneficios, pueden también considerarse contrarios al objeto los actos de disposición a título gratuito; pero en realidad hay que distinguir dentro de ellos:

- Disposiciones gratuitas realizadas con carácter publicitario, como ocurre con los premios concedidos en campañas de publicidad o

con el patrocinio de actividades deportivas o humanitarias. En realidad persiguen una buena imagen de la empresa, que redundará en la mejor realización del fin social; por tanto, deben considerarse comprendidos en el ámbito de poder de los administradores.

- Disposiciones relativamente gratuitas, como la donación remuneratoria a un empleado, indemnizaciones convenidas por desistimiento de contrato de trabajo o jubilación anticipada, etc., que entran también en el tráfico normal de la empresa si guardan relación con el volumen patrimonial o de operaciones.
- Disposiciones gratuitas puras, como la donación pura, la fianza no retribuida, incluso en forma de aval cambiario o de hipoteca por deuda ajena; para los cuales será necesaria la autorización de la Junta general; incluso en casos de extraordinaria importancia, como la disposición gratuita de todo el patrimonio social o parte importante de él, habría que exigir Junta universal y acuerdo unánime, pues el supuesto sería asimilable a una renuncia de las cuotas de liquidación.

Yo lamento que estas líneas hayan causado “profundo desánimo y desmoralización” a algún compañero. Los juristas, y especialmente los que trabajamos al servicio de la seguridad jurídica, esperábamos que la Ley de Sociedades Anónimas, siguiendo a la Primera Directiva Comunitaria, estableciese el sistema alemán de poder ilimitado e ilimitable de los administradores. No fue así; el mismo ROLDÁN explica que “la trasposición ha sido francamente mala, hasta el punto de que puede hablarse sin ambages de un auténtico incumplimiento”; habla de “omisión culpable atribuible al Estado español” y propone que “se eleve una petición a los poderes públicos para que con la máxima urgencia se derogue el artículo 129...”

Esta situación es la que pudo causar desánimo o desmoralización; pero cuando la situación ya está dada, arremeter contra el que la comenta o interpreta es como matar al mensajero. Yo no tuve intervención en la redacción de los preceptos legales y reglamentarios; incluso estaría dispuesto a firmar aquella petición a los poderes públicos como amigo de ROLDÁN. Pero soy más amigo de la verdad y eso me impide acompañarle en su personal periplo interpretativo, documentado y brillante, defendido con el ardor con que sólo se defienden las causas amadas y perdidas: porque rechaza la interpretación literal como si la letra no fuera el criterio primero y más elemental; olvida el *in claris non fit interpretatio*; trata de oscurecer la diferencia entre las Directivas y los Reglamentos de la CEE para sostener la aplicación directa de aquéllas; acude a la legislación extranjera para interpretar una Ley nuestra que es suficientemente clara,

y termina concluyendo que el Derecho aplicable al caso dice exactamente lo contrario de lo que realmente dice el artículo 129 LSA.

Mi artículo tampoco es una exposición de mis criterios calificadores como Registrador (que no me parece correcto anunciar en las revistas) ni una llamada al levantamiento de un muro registral; sostengo que corresponde al Notario y al Registrador (no sólo al Registrador) calificar si el acto que se otorga está dentro del objeto social para dar cumplimiento al artículo 129.1 LSA. El Registrador no puede calificar la buena o mala fe del tercero; por eso debe abstenerse de inscribir los actos fuera del objeto social del artículo 129.2 y atenerse a la regla general del párrafo primero. Y en cuanto al Notario, incurriría en grave responsabilidad si no advirtiese al tercero que el acto que pretende celebrar no está comprendido dentro del objeto social; y después de esta advertencia, ningún tercero puede decirse de buena fe.

Todo esto dejando a salvo, claro está, que el administrador esté facultado para el acto de que se trate por los estatutos o por la Junta, sin que sea necesaria una penosa enumeración de facultades; bastaría con una fórmula sencilla y omnicomprendiva como la que propone ROLDÁN al final de su trabajo, y que, por cierto, no sería necesaria si el poder del administrador fuese ilimitado.

Este es el criterio que se está aplicando en los Registros de los que tengo noticia, el sostenido por los autores que he leído (salvo alguna excepción, como la vista), el seguido por todos los Notarios de Barcelona cuyas escrituras han llegado a mi Registro (ahora sin excepciones) y el que parece augurar la Dirección General si nos atenemos a las afirmaciones vertidas en Resolución de 16 de marzo de 1990, cuya lectura desaconsejo a los espíritus sensibles en esta materia.

Las cosas son como son y no, lamentablemente, como debieran haber sido; en confundir lo uno con lo otro consistía la locura quijotesca: una cosa es el gran Carlomagno, símbolo de nuestra Europa, y otra su contrafigura de retablo manchego, que bien podría representar a la contrahecha Ley de Anónimas, que también es nuestra. Yo tengo clara la diferencia.

PEDRO AVILA NAVARRO

Notario.

Registrador de la Propiedad de Barcelona

C) EN TÓRNO A LA POLEMICA AVILA-ROLDAN SOBRE
EL ARTICULO 129 DE LA NUEVA LEY
DE SOCIEDADES ANONIMAS

Recientemente se ha producido una polémica entre PEDRO AVILA NAVARRO y ANTONIO ROLDÁN como consecuencia de unas críticas de este último a las observaciones del primero sobre la necesidad de calificación registral de los actos de los administradores en relación con el objeto social, dado el texto del artículo 129 de la Ley de Sociedades Anónimas.

Recordemos que este artículo 129 LSA establece: “Ambito de la representación.—1. La representación se extenderá a todos los actos comprendidos en el objeto social delimitado de los estatutos. Cualquier limitación de las facultades representativas de los administradores, aunque se halle inscrita en el Registro Mercantil, será ineficaz frente a terceros. 2. La sociedad quedará obligada frente a terceros que hayan obrado de buena fe y sin culpa grave, aun cuando se desprenda de los estatutos inscritos en el Registro Mercantil que el acto no está comprendido en el objeto social”.

PEDRO AVILA, en su artículo “La sociedad anónima ante el Registro de la Propiedad”, en la *RCDI*, número 599, mayo-junio de 1990, y en su contestación a ANTONIO ROLDÁN en *La Notaría*, noviembre de 1990, entiende que “para los actos no comprendidos en el objeto social los administradores deberán estar autorizados especialmente, sea por los estatutos, sea por acuerdo especial de la Junta”. De otra forma, la extralimitación del administrador puede producir (aparte de la responsabilidad de éste) “la ineficacia del acto frente a tercero, según las reglas generales de la representación”. Y aunque reconoce que “la interpretación de este precepto tal vez sea uno de los puntos más dudosos de la reforma” y que “su redacción debió seguir el criterio de la Primera Directiva de la Comunidad Europea de 1968”, lo cierto es que “el texto definitivo de la Ley de Sociedades Anónimas parece que no se atreve a dar el paso que exigía la Comunidad”; que el artículo 129 no se dirige al Notario ni al Registrador, sino al Juez, en cuanto alude al tercero de buena fe, y que “parece que el artículo 129.2 LSA no impide al Registrador de la Propiedad o Mercantil calificar sobre las facultades del administrador: deberá hacerlo y denegar la inscripción si hay una clara extralimitación, y será el tercero el que haya de defender, incluso judicialmente, que el acto es eficaz dada su buena fe y ausencia de culpa”.

Por su parte, Antonio Roldán arremete contra estas atinadas observaciones de PEDRO AVILA en *La Notaría* en su artículo “El objeto social en las sociedades anónimas, los actos *ultra vires* y la calificación registral”

(octubre 1990), y no sólo eso, sino que pide a sus amigos los Registradores “que sepan reaccionar como juristas ante el desaguizado legal y reglamentario y se abstengan de calificar los actos y contratos celebrados por los órganos administrativos con terceros, y ello por una sencilla y simple razón: la de que no tienen facultades legales para ello”, añadiendo que “la calificación de oficio por el Registrador, sin perjuicio de la buena fe que la anima, crea una inseguridad, incompatible con la esencia del Registro y la finalidad de la Directiva”.

Yo que conozco a ANTONIO ROLDÁN sé que dice todas estas cosas y otras más con buena intención, pero realmente resulta un poco fuerte que se nos pueda pedir que pasemos por alto un precepto legal como es el artículo 129, aun suponiendo que sea un “desaguizado legal”, pues precisamente la calificación de los Registradores se caracteriza por el “respeto a la Ley vigente”. Por otra parte, el Registrador tiene que calificar la “validez del acto” conforme al artículo 18 de la Ley Hipotecaria, por lo que si el acto del administrador es ineficaz tiene no sólo facultad legal, sino obligación legal de hacerlo.

Aquí se están olvidando varias cosas.

Cuando surge una determinada calificación registral ello se debe a que en la realidad social se ha producido un problema que no concuerda con el texto legal. Los Registradores de la Propiedad y Mercantiles están en contacto diario con la realidad social y jurídica, que conocen perfectamente.

Pues bien, nada más publicarse el texto legal del artículo 129 LSA surgieron algunos supuestos en que la calificación registral tenía que poner límites. Me refiero a algunas enajenaciones realizadas por un administrador relativa, por ejemplo, a un edificio de muchas plantas y de enorme cuantía, sin que constase que el administrador tuviera facultades expresas para realizar tal enajenación y sin que el acto estuviera dentro del objeto. Es más, en ocasiones se trataba de la venta de un edificio de una compañía de seguros, sin que el administrador tuviera facultades para ello ni lo ratificase la Junta general.

¿Qué debe hacer el Registrador ante un contrato de este tipo? Parece muy fuerte entender que el artículo 129.2 LSA es un “desaguizado legal” y que debe inscribirse esa enajenación sin más porque haya que presumir que el adquirente es un tercero de buena fe. Lo procedente es exigir la ratificación de la Junta general.

Realmente no son muy frecuentes los casos en que el Registrador tiene que suspender la inscripción por el artículo 129 LSA, pues lo normal es que los estatutos concedan facultades al órgano administrador para enajenar o gravar bienes inmuebles, con lo cual apenas se plantea esta cuestión en la práctica.

Pero como el Registrador no puede calificar atendiendo a las cuantías

del inmueble, ha de calificar del mismo modo la enajenación del inmueble de tres mil millones que la de tres millones.

Pero es que además hay que hacer una serie de observaciones que no tiene en cuenta nuestro amigo ANTONIO ROLDÁN, y que son las siguientes:

1.^a La Directiva comunitaria no es de aplicación directa, y mucho menos cuando ha sido desarrollada por la legislación interna de un país, como ocurre en este caso, sin oponerse a la Directiva.

2.^a La Directiva comunitaria objeto de debate no es una Directiva que tenga un texto terminante, sino que es una Directiva abierta que permite unas posibilidades o alternativas a los Estados miembros.

El artículo 9 de la Directiva comunitaria, en los párrafos que ahora nos interesan, dice: párrafo 1.º, apartado 1.º: “La sociedad quedará obligada frente a terceros por los actos realizados por sus órganos incluso si éstos no pertenecen al objeto social”.

Apartado 2.º de este artículo 9: “Los Estados miembros podrán establecer que la sociedad no resultará obligada cuando estos actos excedan los límites del objeto social si prueba que el tercero sabía que el acto excedía del objeto o que no podía ignorarlo teniendo en cuenta las circunstancias, excluyéndose que la sola publicación de los estatutos baste para constituir esta prueba”.

Esta Directiva ha tratado de seguir una vía media de los sistemas de los distintos países. Por una parte, establece la regla general de tinte germánico sobre irrelevancia del objeto social respecto a los actos de la sociedad para con terceros.

Pero a continuación sigue una vía media estableciendo la posibilidad de que los Estados miembros den relevancia al objeto social respecto a terceros de mala fe.

Como consecuencia de esta Directiva ha habido unos cambios legislativos en los sistemas de los Estados miembros. El sistema alemán mantiene su regulación por ser precisamente el sistema tenido en cuenta en la Directiva. Pero ha habido una aproximación a los otros sistemas. El sistema alemán había partido siempre del principio de inderogabilidad del contenido de la representación orgánica de la sociedad, en el sentido de que ni el objeto social ni las limitaciones resultantes de los estatutos podían recortar su ámbito de cara a terceros. Pero actualmente, si se demuestra la existencia de fraude por parte del administrador en connivencia con el tercero, el acto es ineficaz. A tal efecto la doctrina alemana aplica la teoría del “abuso de derecho” o de la nulidad por fraude. Pero hay que observar que no basta el mero conocimiento por parte del tercero, sino que para decretar la ineficacia del acto se precisa la mala fe-fraude, es decir, la connivencia entre el administrador y el tercero.

En los sistemas francés y anglosajón se ha llegado a la solución de considerar irrelevante el objeto social conforme a la Directiva, pero excluyendo el caso de tercero que conozca la situación o que actúe con negligencia. Por tanto, aquí, de conformidad con la propia Directiva, se está ante supuestos de “mala fe-conocimiento” y de “mala fe-negligencia”.

De modo parecido, el sistema español ha optado por la alternativa que señalaba la Directiva a través del artículo 129 LSA antes citado.

De todo esto se desprende que se trata de una Directiva abierta, y no puede decirse alegremente que el artículo 129 LSA va en contra de la Directiva cuando se adapta perfectamente a ella.

3.^a En cuanto al requisito que señala la Directiva, consistente en que la sociedad “demuestre o pruebe que el tercero sabía que el acto excedía del objeto”, hay que tener en cuenta lo siguiente:

Que si bien la buena fe del tercero se presume, y por tanto ha de demostrarse o probarse la mala fe (de donde se desprende que el art. 129.2 LSA es conforme con la Directiva, aunque no utilice la palabra “se demuestre o pruebe”), sin embargo, hay que observar que la buena fe es “una presunción”, y el Registro de la Propiedad español no puede partir de “presunciones”.

Un Registro que, a diferencia del francés, es de presunción de exactitud y de validez del acto inscrito, que va a dar lugar a que se apoye en una previa inscripción del tercero inatacable del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, que según finalidad unánimemente reconocida por todos los autores tiene una finalidad cautelar o preventiva de evitar pleitos y que por eso exige apoyarse en una eficaz y efectiva calificación de los Registradores, cada vez más necesaria por las prisas que se producen en la práctica de los negocios, un Registro de tales características no puede basarse en “presunciones”, sino en “seguridades”, pues precisamente a partir de esas “seguridades” (títulos reconocidamente válidos) produce luego presunciones, sean *iuris tantum* o *iuris et de iure*. Un Registro como el español, que a diferencia del alemán, criticado en este aspecto por los propios autores alemanes, es causal y no abstracto, ha de calificar la validez del acto en toda su amplitud.

Lo que no puede admitirse es que se diga que porque se presume la buena fe del tercero hay que inscribir el negocio, sin perjuicio de que luego pueda anularse por los Tribunales. Pero esto está muy bien para los sistemas de transcripción en que no hay presunción de exactitud, ni terceros inatacables, ni función cautelar o preventiva; pero no es de recibo en un sistema como el español que está a la cabeza de los sistemas hipotecarios mundiales, según se comprueba en los congresos internacionales, en que así se reconoce.

La solución de inscribir, que ya se anulará en su día, es incompatible

con el sistema registral español. La solución ha de ser: ante la existencia de una posible nulidad no puede inscribirse un derecho que a través de la inscripción va a tener unos efectos de inatacabilidad o de presunción de exactitud, sino que atendiendo a la finalidad cautelar ha de evitarse el ulterior pleito y, en casos como el que estudiamos, ha de ratificar la Junta general.

Si la Directiva comunitaria hubiera sido más tajante, si el artículo 129 LSA hubiera seguido el sistema alemán puro de declarar expresamente que el acto realizado por el administrador excediéndose del objeto es “válido”, entonces el acto sería inscribible. Pero dado el texto del artículo 129 LSA consideramos prudente y acertada la posición de nuestro compañero PEDRO AVILA NAVARRO.

4.^a Por último, hay que tener en cuenta que la figura de la “buena fe” tiene un sinfín de interpretaciones y matices y puede dar lugar a numerosísimos problemas judiciales. En definitiva, la buena fe remite a la apreciación de la Autoridad Judicial, a los usos y circunstancias, y éstos son aspectos de una indudable imprecisión e inseguridad.

Ante esta situación de “angustiosa buena fe”, el tercero que contrata con un administrador siempre puede tener el problema de que quizá se demuestre y plantee por la sociedad la nulidad o ineficacia del acto si el día de mañana prueba ese conocimiento del tercero o, incluso, una situación de ignorancia inexcusable.

Se quiere huir en estos casos del examen del Registro Mercantil por el tercero y se reconduce la cuestión a una situación mucho más insegura para el tercero como es la discusión sobre la buena o mala fe o sobre la inexcusabilidad de la ignorancia.

Cierto que es el sistema de la Directiva, pero lo que quiero decir es que no es la panacea; y si hay medios hábiles para dar seguridad al tercero a través de la institución registral partiendo de la interpretación apuntada del artículo 129 LSA dentro de la fórmula de la Directiva, mejor que mejor.

Creo que el tercero lo que desearía es que, dentro de las facultades de los administradores, constara expresamente la facultad en concreto que le afecta para así evitarse problemas en el futuro. Los Notarios y los Registradores deben procurar que no existan esos problemas en el futuro. Es decir, si en los estatutos se dice, por ejemplo, que los administradores tienen, entre otras facultades para hipotecar o para vender inmuebles, el tercero que acepte la hipoteca o que compre a la sociedad no sólo no tendrá problemas respecto al objeto, pues ya la Ley le permite prescindir de ese extremo, sino que evitará que se plantee alguna vez su posible mala fe, pues si en los estatutos ya figuran esas facultades, aceptadas por la

propia sociedad, sería ir contra los propios actos que la sociedad luego dijera que la facultad de vender inmuebles va en contra del objeto.

Y lo mismo habría que decir en el caso de que la Junta General ratificara el acto realizado antes de obtener la inscripción en el Registro de la Propiedad.

Por tanto, la calificación de los Registradores en el sentido que señala PEDRO AVILA no sólo se adapta a la legislación vigente, sino que además es la más conveniente para la sociedad y para los terceros.

JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA
Registrador de la Propiedad de Barcelona

ACTUALIDAD JURIDICA

I. INFORMACION LEGISLATIVA

A) TRATADOS INTERNACIONALES Y DERECHO COMUNITARIO

1. *Convenio de cooperación jurídica con Brasil.*—En el *BOE* del día 10 de julio se publica el Instrumento de ratificación del convenio de cooperación jurídica en materia civil entre España y Brasil, firmado en Madrid el 13 de abril de 1989.

Según su artículo 1.º:

1. Los Estados contratantes se comprometen a concederse la más amplia cooperación jurisdiccional en materia civil, mercantil, laboral y contencioso-administrativa.

2. Los Ministerios de Justicia de los dos Estados, con el carácter de Autoridad Central, transmitirán y recibirán las solicitudes de cooperación jurisdiccional, remitiéndolas a los órganos competentes para su ejecución.

3. Los funcionarios consulares seguirán teniendo la competencia que les atribuyan los tratados internacionales en que ambos Estados sean parte.

2. *Tratado de cooperación y amistad con México.*—En el *BOE* del 16 de julio se publica el texto del Tratado de Cooperación y Amistad entre el Reino de España y los Estados Unidos Mexicanos y Acuerdo Económico, firmados en México el 11 de enero de 1990.

Según el artículo 1.º, las partes se comprometen a fortalecer su cooperación bilateral en varios ámbitos, entre ellos el jurídico y consular, mediante modalidades acordadas en este Tratado.

3. *Acuerdo complementario con Guatemala.*—En el *BOE* del día 16 de julio se publica el texto de este Acuerdo hecho en Guatemala el 10 de marzo de 1988, por el que ambas partes se comprometen a que todos los programas, proyectos y actividades de cooperación sean ejecutados con arreglo a las disposiciones generales que en este acuerdo se adoptan.

B) LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

Modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.—Por Ley Orgánica de 10 de julio que se publica en el *BOE* del día siguiente, se modifican los artículos 411-415 y 702-703 de dicha Ley referentes a la obligación de declarar de determinadas personalidades en las actuaciones judiciales que se señalan.

C) COMUNIDADES AUTÓNOMAS

1. *Cataluña.*—La Ley de 1 de julio de 1991 reforma varios artículos de la Ley de Cooperativas de esta región, que lleva fecha 9 de marzo de 1983. La publica el *Diario Oficial* del 19 de julio.

2. *Andalucía.*—El *Boletín* de esta Comunidad del día 13 de julio inserta la Ley de 3 de julio de Patrimonio Histórico de Andalucía.

3. *Asturias.*—La Ley de 30 de julio de 1991 de organización de la Administración del Principado de Asturias se publica en su *Boletín* del día 5 de agosto.

II. INFORMACION DE ACTIVIDADES

1. *Curso de verano de la Universidad Complutense.*—En estos cursos que se han celebrado en San Lorenzo del Escorial ha tenido intervención el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España en el encuentro bajo el lema “La protección jurídica de los consumidores y la publicidad registral”, en un curso que ha tenido lugar durante los días 4 y 5 de julio.

En el primer día se desarrollaron dos ponencias

- “La defensa de los consumidores y el Registro de la Propiedad en general”, por don JOSÉ POVEDA DÍAZ, Registrador de la Propiedad y decano del Colegio.
- “La Ley general para la defensa de los consumidores y la calificación registral”, por don MANUEL AMORÓS GUARDIOLA, Catedrático de Derecho civil y Registrador de la Propiedad.

En la mesa redonda sobre “La defensa de los consumidores en el ámbito de la construcción” intervinieron don ANTONIO PAU PEDRÓN, don ANTONIO GARCÍA-PABLOS GARCÍA QUIJANO, don LUIS MARTÍ MINGARRO, don MANUEL MARTÍ FERRER y don LUIS MAÍZ CAL.

En el día 5 de julio hubo otras dos ponencias, ambas bajo el título genérico de “La defensa de los consumidores en algunos supuestos concretos”:

- “La compraventa de inmuebles”, por don CARLOS MIGUEL HERNÁNDEZ CRESPO, Registrador de la Propiedad de Madrid.
- “Los préstamos hipotecarios y el *leasing* inmobiliario”, por don JUAN PORTOLÉS, Registrador de la Propiedad de Valencia.

La mesa redonda sobre “La divulgación de los datos registrales y la defensa de los consumidores” contó con la participación de don JOSÉ M.^a GARCÍA URBANO, don JOSÉ ERNESTO GARCÍA-TREVIJANO NESTARES, don JAVIER ANGELINA GONZÁLEZ, don JULIO SOLER GARCÍA y doña MARGARITA RETUERTO BUADES.

2. *Curso sobre la independencia del poder judicial.*—También dentro del ámbito de los cursos de verano de la Universidad Complutense, durante los días 8 al 12, con este contenido:

Director:

J. VALLET DE GOYTISOLO (Real Academia Jurisprudencial y Legislación).

Participantes:

J. M. STAMPA BRAUN (UNED), J. MIQUEL GONZÁLEZ (U. Central, Barcelona), A. GARAUX (U. Reims, Francia), D. NEGRO PAVÓN (U. Complutense), J. F. FUEYO ALVAREZ (Académico C. Morales y Políticas), J. ITURMENDI (U. Complutense), E. BLANCO (U. Autónoma, Madrid), L. M. DíEZ PICAZO (Inst. Europeo Badía Fiesolana, Florencia), J. M. CASTÁN VÁZQUEZ (Académico Jurisprudencia), R. LÓPEZ VILAS (Magistrado Tribunal Supremo), A. PEDROL RÍUS (Presidente Consejo General Abogacía).

3. *Jornadas sobre Derecho de familia.*—Se han celebrado durante los días 15 y 16 de julio en el salón de actos del Ministerio de Justicia.

El tema general estudiado ha sido “La reforma del Derecho de familia diez años después”.

Han intervenido los siguientes señores: don IÑIGO CAVERO LATAILLADE, don LUIS DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, don IGNACIO SIERRA GIL DE LA CUESTA, don JOSÉ IGNACIO ESCARTÍN IPIENS, don EDUARDO HIJAS FERNÁNDEZ, doña ANGELA CERRILOS VALLEDOR, don CARLOS MAGAZ Y SANGRO y don LUIS ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA.

JURISPRUDENCIA

I. Sentencias del Tribunal Constitucional

Por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

Sentencia de 4 de julio de 1991.—LEY DE COSTAS.—Resolución de varios recursos de inconstitucionalidad acumulados —Pleno.—Ponente: Sr. Rubio Llorente.

Hechos.—En los recursos de inconstitucionalidad acumulados números 1689, 1708, 1711, 1715, 1717, 1723, 1728, 1729 y 1740/88, interpuestos contra la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas. Han sido recurrentes la Xunta de Galicia, el Consejo de Gobierno de las islas Baleares, el Gobierno Vasco, el Parlamento de Cataluña, el Consejo de Gobierno de la Diputación Regional de Cantabria, el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña, el Gobierno de Canarias, el Gobierno Valenciano y don FEDERICO TRILLO-FIGUEROA MARTÍNEZ-CONDE, Comisionado por cincuenta Diputados. Se ha personado el Gobierno de la Nación, representado por el Abogado del Estado, y ha sido Ponente el Magistrado don FRANCISCO RUBIO LLORENTE, quien expresa el parecer del Tribunal.

Fallo.—El Tribunal Constitucional ha decidido:

Estimar parcialmente los recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra la Ley 22/1988, de 28 de julio, de costas, y en consecuencia:

a) *Declarar que son inconstitucionales y consiguientemente nulos los artículos:*

26.1 [y en consecuencia las Disposiciones Transitorias 4.^a —apartado 2.c)— y 7.^a —apartado 1— y Disposición Final 1.^a en cuanto atribuyen a la Administración del Estado el otorgamiento de autorizaciones en la zona de protección]; 33.4, inciso final; 34 (y en consecuencia todas las referencias que a las normas aprobadas de acuerdo con él se hacen en los arts. 47.3, 52.1, 53.1 y 57.2, DT 3.^a, apdo. 4, y en la DF 1.^a); 35.2, las palabras “de oportunidad u otras”; 110, apartados b) (en cuanto incluye las autorizaciones en la zona de protección), h) (en cuanto referido a los vertidos de tierra y mar) y l) (en cuanto se refiere a la inspección y coordinación del cumplimiento de los Tratados Internacionales por las Comunidades Autónomas); 111, apartado 1.d), en cuanto incluye el inciso “sobre acuícultura”; 118 y Disposición Adicional 5.^a, apartado 2, en las palabras “en todo caso”.

b) Declarar que no son inconstitucionales si se interpretan en el sentido que se expone en los Fundamentos Jurídicos de esta Sentencia, que a continuación cada uno de ellos entre paréntesis se indican, los artículos siguientes: 25, apartado 3 [FJ 3.D.c)]; 33, apartados 3 y 4 (este último respecto del inciso "y se distribuirán de forma homogénea a lo largo de la misma" [FJ 4.B.c)]; 44, apartado 1 [FJ 4.C.a)]; 55, apartado 1 [FJ 4.E.c.a)]; 67 [FJ 4.G.b)]; 68 [FJ 4.G.c)]; 71, apartado 3 [FJ 4.G.d)]; 86 (FJ 5.C); 110, apartados c), g) e i) [FJ 7.A.c).g).e).i)]; 112 [FJ 7.A.c)]; 115 (FJ 7.C); Disposición Transitoria 1.ª, apartado 3 [FJ 8.B.d)], y Disposición Transitoria 5.ª (FJ 8.F).

c) Desestimar los recursos de inconstitucionalidad en todo lo demás.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

Primero.—La inconstitucionalidad que los recurrentes denuncian se argumenta, en cada uno de los recursos y respecto de cada uno de los preceptos, mediante razones diversas que habrán de ser tomadas en consideración cuando, más abajo, los analicemos en detalle. El motivo común y fundamental que todos los recurrentes aducen para sostener la inconstitucionalidad de los artículos que integran el cuerpo de la Ley (de los elementos comunes a la impugnación de las Disposiciones Transitorias y Adicionales nos ocuparemos más tarde), utilizando en particular frente a cada uno de ellos, a veces como argumento único y directo, a veces sólo de modo indirecto o en unión de otros, es, sin embargo, el de que mediante el establecimiento de estas normas el Estado invade la competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas sobre ordenación del territorio y urbanismo, e incluso la autonomía municipal. Parece indispensable, en consecuencia, antes de acometer el análisis en particular de los distintos preceptos, para facilitarlos y evitar reiteraciones, estudiar directamente el mencionado argumento:

A) La primera cuestión que al acometer tal estudio se nos plantea es la atinente a cuál sea el alcance que en relación con el litoral ha de otorgarse a la competencia sobre ordenación del territorio. Si hubiéramos de contemplar sólo el texto de la Constitución esa cuestión no tendría apoyo en nuestro Derecho positivo, pues el artículo 148.1.3.º, que menciona como materia de posible competencia de las Comunidades Autónomas la de "ordenación del territorio", no establece, respecto de éste distinción alguna y ninguna duda cabe tampoco sobre la pertenencia del litoral al territorio. El bloque de la constitucionalidad que hemos de tomar en consideración para pronunciarnos sobre la validez o invalidez de las normas legales no está integrado, no obstante, sólo por la Constitución, sino también por otras normas (art. 28 LOTC) entre las que figuran, muy destacadamente, las contenidas en los Estatutos de Autonomía. En este caso, los de siete de las ocho Comunidades recurrentes (esto es, todas ellas, salvo Cantabria) mencionan la competencia para la ordenación del litoral como distinta a la competencia para la ordenación del territorio, a la que viene a sumarse.

Esta diferencia estatutaria entre ordenación del territorio y ordenación del litoral parece responder además a la creencia de que sólo las Comunidades Autónomas constituidas al amparo de lo previsto en el artículo 151 y DT 2.ª CE podían asumir desde el momento mismo de su creación competencia para la ordenación del litoral, que sólo mediante reforma de su Estatuto, o por vía de delegación o transferencia, podrían hacer suya, añadiéndola a la competencia para la ordenación del territorio, las Comunidades creadas por la vía que abren

el artículo 143 y DT 1.^a CE. No sólo se menciona, en efecto, la competencia para la ordenación del litoral en los Estatutos de Autonomía del País Vasco, Cataluña, Galicia y Andalucía y no, por el contrario, en los de Asturias, Cantabria y Murcia, sino que, de modo absolutamente expresivo, el Estatuto de Autonomía de Canarias menciona en un lugar (art. 29.11) la competencia sobre ordenación del territorio como competencia cuya titularidad se asume en ese momento y en otro distinto (art. 34) la competencia para la ordenación del litoral, que sólo se recibirá cuando sea otorgada por vía de delegación o transferencia.

Esta interpretación que el legislador estatutario ha hecho de la norma constitucional quiebra, sin embargo, en el caso del Estatuto de Autonomía de las islas Baleares, elaborado y promulgado según el procedimiento previsto en los artículos 143 y 146 CE y que, pese a ello, precisa (art. 10.3) que la ordenación del territorio incluye la del litoral.

Nos hallamos así ante dos interpretaciones distintas de lo dispuesto en el artículo 148.1.3.^a de la CE. Una, más restrictiva y sin apoyo alguno en la letra del precepto, para la cual el concepto de territorio no incluye el de litoral y que, en consecuencia, entiende que, inicialmente, la competencia para ordenar este último sólo puede ser asumida por aquellas Comunidades Autónomas cuyos Estatutos sólo han de tener en cuenta los límites establecidos en el artículo 149. Otra, más amplia y en definitiva más congruente con el texto constitucional, para la cual el litoral forma parte del territorio de las Comunidades Autónomas costeras, de manera que su ordenación puede ser asumida por éstas como competencia propia desde el momento mismo de su constitución y sea cual hubiera sido la vía seguida para lograrla.

Esta segunda interpretación del mencionado precepto (art. 148.1.3.^a) de la Constitución, priva de relevancia constitucional, en lo que toca a la delimitación de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, a la distinción, innecesaria por tanto a estos efectos, entre "territorio" y "litoral". Apoyándonos en ella no sólo hemos de desechar las reservas que el Abogado del Estado (aunque de modo dubitativo y más bien en apoyo de otra argumentación) expresa sobre la constitucionalidad del Estatuto balear, sino afirmar también que se extiende a la ordenación del litoral la competencia que a Cantabria otorga su Estatuto de Autonomía (art. 22.3) sobre "ordenación del territorio, urbanismo y vivienda".

Esta afirmación no sólo se fundamenta, como hemos visto, en el texto de la Constitución, sino incluso en el del propio Estatuto de Autonomía que, al definir el territorio de la Comunidad Autónoma (art. 2.2) lo identifica con el de los "municipios comprendidos dentro de los límites administrativos de la actual provincia de Santander". Esta definición (coincidente, por lo demás, con la utilizada en los Estatutos de Autonomía de Asturias —art. 2— y Murcia —art. 31—, que no han sido parte en estos recursos) hace imposible la interpretación restrictiva y excluyente antes comentada, pues el litoral forma también parte, sin duda alguna, del territorio de los municipios costeros.

Frente a esta conclusión sólo cabe utilizar el argumento *a contrario*. Este sólo tiene pleno sentido, sin embargo, cuando se comparan normas que tiene idéntico origen y el contenido de cada uno de los Estatutos de Autonomía tiene su origen en la iniciativa de órganos *ad hoc* cuyo criterio respecto del alcance de los conceptos utilizados por la Constitución pueden diverger de un caso a otro, sin que estas divergencias, en cuanto se muevan dentro del valor común de los términos empleados, deban ser necesariamente eliminadas por las Cortes Generales. No hay por tanto razón alguna para sostener que éstas, al aprobar el

Estatuto de Cantabria, no han querido dar al concepto de territorio el valor pleno que en el texto constitucional tiene, aunque en los proyectos de Estatuto de otras Comunidades Autónomas se hubiera hecho de él una interpretación más restringida y se hubiera creído necesario completarlo con una referencia específica al litoral, quizá por el distinto entendimiento que en ese momento se tenía de las competencias de las entidades locales sobre el litoral. Hay que entender, por tanto, como conclusión, que todas las Comunidades costeras competentes para la ordenación del territorio lo son también para la del litoral, como sin duda han entendido también los autores de la Ley de Costas, en cuyo artículo 117 se hace una referencia genérica a todo planeamiento territorial y urbanístico "que ordene el litoral", concepto este último, por lo demás, cuya precisión no está exenta de considerables dificultades, que aquí podemos obviar, ya que, a los efectos de esta Ley, incluye al menos la ribera del mar y sus zonas de protección e influencia.

B) Sobre el concepto mismo de ordenación del territorio son escasas las precisiones que se encuentran en nuestra doctrina. La STC 77/1984 (FJ 2.º) se limita a afirmar que "tiene por objeto la actividad consistente en la delimitación de los diversos usos a que pueda destinarse el suelo o espacio físico territorial", a lo que agrega la STC 56/1986 (que en concreto se refiere a la competencia sobre urbanismo, pero en términos perfectamente aplicables a la de ordenación territorial) que esa competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas no puede impedir al Estado el ejercicio de sus propias competencias exclusivas (FJ 3.º). Una consecuencia esta última por lo demás perfectamente obvia, pues como sucede en todos aquellos casos en los que la titularidad competencial se establece por referencia a una "política" (v. gr., protección del medio ambiente, protección del usuario, etc.) y no por sectores concretos del ordenamiento o de la actividad pública, tal competencia no puede ser entendida en términos tales que la sola incardinación del fin perseguido por la norma (o por el acto concreto) en tal política permita desconocer la competencia que a otras instancias corresponde si la misma norma o acto son contemplados desde otras perspectivas. De otra parte, y como también es obvio, la ordenación del territorio es, en nuestro sistema constitucional, un título competencial específico que tampoco puede ser ignorado, reduciéndola a la simple capacidad de planificar, desde el punto de vista de su incidencia en el territorio, las actuaciones que por otros títulos ha de llevar a cabo el ente titular de aquella competencia, sin que de ésta se derive consecuencia alguna para la actuación de otros entes públicos sobre el mismo territorio.

La ordenación del territorio es, efectivamente, más una política que una concreta técnica y una política, además, de enorme amplitud. La Carta Europea de Ordenación del Territorio, aprobada por la CEMAT (Conferencia Europea de Ministros de Ordenación del Territorio) el 23 de mayo de 1983, citada por muchos de los recurrentes, la define como "expresión espacial de la política económica, social, cultural y ecológica de toda sociedad".

Esa enorme amplitud de su ámbito propio evidencia que quien asume, como competencia propia, la ordenación del territorio, ha de tomar en cuenta, para llevarla a cabo la incidencia territorial de todas las actuaciones de los poderes públicos, a fin de garantizar de ese modo el mejor uso de los recursos del suelo y del subsuelo, del aire y del agua y el equilibrio entre las distintas partes del territorio mismo. Cuando todas esas actuaciones sobre un mismo territorio corresponden a una sola Administración, o en términos más generales, a un sólo ente público, la ordenación del territorio planteará siempre problemas de orga-

nización, pero no originará más problemas jurídicos en sentido estricto que aquellos que surjan de la relación entre las potestades de la Administración (o los poderes del ente público) y los derechos de los particulares. Este supuesto se da raras veces, sin embargo, en la realidad. La idea de “ordenación” (o de “planificación”, que es el término utilizado en otras lenguas europeas) del territorio nació justamente de la necesidad de coordinar o armonizar, desde el punto de vista de su proyección territorial, los planes de actuación de distintas Administraciones. Cuando la función ordenadora se atribuye a una sola de estas Administraciones, o, como entre nosotros sucede, a entes dotados de autonomía política constitucionalmente garantizada, esa atribución no puede entenderse en términos tan absolutos que elimine o destruya las competencias que la propia Constitución reserva al Estado, aunque el uso que éste haga de ellas condicione necesariamente la ordenación del territorio.

Este condicionamiento de una competencia atribuida por referencia a un concepto que la Ley cántabra sobre la materia (Ley 7/1990) califica de equívoco y la Ley de Ordenación Territorial de la Comunidad de Madrid (Ley 10/1974) de “denominación aún confusa en nuestra reflexión teórica”, no es ilegítimo y ello no sólo por el hecho de que el territorio puede ser contemplado desde una perspectiva nacional y hasta europea, como recuerda la Ley 6/1989 de la Comunidad valenciana, sino sobre todo porque, como acabamos de indicar, es inherente a la idea misma de ordenación la actuación de poderes distintos, dotados de competencias propias. Para que el condicionamiento legítimo no se transforme en usurpación ilegítima, es indispensable, sin embargo, que el ejercicio de esas otras competencias se mantenga dentro de sus límites propios, sin utilizarlas para proceder, bajo su cobertura, a la ordenación del territorio en el que ha de ejercerse. Habrá que atender por tanto en cada caso a cuál es la competencia ejercida por el Estado, y sobre qué parte del territorio de la Comunidad Autónoma opera, para resolver sobre la legitimidad o ilegitimidad de los preceptos impugnados.

C) No es, desde luego, la ordenación del territorio el objetivo perseguido por la Ley impugnada. Su objeto, definido en el artículo primero, es “la determinación, protección, utilización y policía del dominio público marítimo-terrestre y especialmente de la ribera del mar”. Es desde la perspectiva de esta autodefinition desde donde se ha de juzgar fundamentalmente la legitimidad de la normativa estatal, que los recurrentes niegan en cuanto que tal normativa condiciona o limita la competencia que las Comunidades Autónomas tienen para la ordenación de su propio territorio, incluido el litoral.

Es sabido que, según una doctrina que muy reiteradamente hemos sostenido [SSTC 77/1984, FJ 3.º; 227/1988, FJ 14, y 103/1989, FJ 6.ºa)] la titularidad del dominio público no es, en sí misma, un criterio de delimitación competencial y que, en consecuencia, la naturaleza demanial no aísla a la porción del territorio así caracterizado de su entorno, ni la sustrae de las competencias que sobre ese espacio corresponden a otros entes públicos que no ostentan esta titularidad. Tal doctrina no significa, sin embargo, que la Constitución no establezca con absoluta precisión que es competencia propia del Estado la determinación de aquellas categorías de bienes que integran el dominio público natural y que atribuya al Estado la titularidad del mismo, como ya se declaró en la STC 227/1988 (FJ 14). Según allí se demuestra no sólo resulta, en efecto, del análisis del artículo 132 CE la conclusión de que “tratándose del demanio natural es lógico que la potestad de demanializar se reserve en exclusiva al Estado y que los géneros naturales de bienes que unitariamente lo integran se incluyan asimismo, como unidad indivi-

sible en el dominio estatal", sino que esa solución es la única compatible con otros preceptos constitucionales, muy especialmente los contenidos en los párrafos primero y octavo del apartado primero del artículo 149.

Esta facultad de legislador estatal para definir el dominio público estatal (art. 132.2 CE) y para establecer el régimen jurídico de todos los bienes que lo integran, está constitucionalmente sujeta a condicionamientos que la propia Constitución establece de modo explícito o que implícita, pero necesariamente, resultan de la interpretación sistemática de la Norma Fundamental. Como en el presente caso el contenido del dominio público, el género de bienes que lo integran, está establecido por la propia Constitución, el legislador se limita, al definirlo, a ejecutar un mandato constitucional y se excusan otras consideraciones respecto del condicionamiento que a la facultad para incluir en el dominio público, genéricamente, los bienes de otra naturaleza o clase, impone la misma Constitución. Sí resulta necesario recordar que, en lo que toca el régimen jurídico de los bienes que integran el dominio público marítimo-terrestre, el legislador no sólo ha de inspirarse en los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, sino que además ha de adoptar todas las medidas que crea necesarias para preservar sus características propias. Ciertamente esta inclusión en la legislación reguladora del régimen jurídico de los bienes del dominio público natural cuya titularidad corresponde al Estado de las medidas de protección necesarias para asegurar la integridad de esa titularidad se impone como necesidad lógica en todo caso, y así lo declaramos, en lo que concierne a las aguas, en la ya citada STC 227/1988 (FJ 18). En el caso del dominio público marítimo-terrestre se trata además, sin embargo, de una expresa necesidad jurídico-positiva, constitucional, pues es obvio, el mandato del constituyente quedaría burlado si el legislador obrase de modo tal que, aun reteniendo físicamente en el dominio público del Estado la zona marítimo-terrestre, tolerase que su naturaleza y sus características fueran destruidas o alteradas.

De otro lado, es igualmente evidente que de esa titularidad derivan también facultades propias para la Administración del Estado, de las que no es necesario ocuparse ahora, pues las cuestiones que respecto de la misma se suscitan habrán de ser tratadas al analizar las previsiones legales sobre la utilización del demanio en el Fundamento Cuarto.

D) Esta naturaleza y estas características de la zona marítimo-terrestre no se reducen, como es bien sabido, al simple hecho físico de ser esa zona el espacio en el que entran en contacto el mar y la tierra. De esa situación derivan una serie de funciones sociales que la Carta Europea del Litoral resume, en el primero de sus apartados, señalando que es esencial para el mantenimiento de los equilibrios naturales que condicionan la vida humana, ocupa un lugar estratégico en el desarrollo económico y en la reestructuración de la economía mundial, es soporte de las actividades económicas y sociales que crean empleo para la población residente, es indispensable para el recreo físico y psíquico de las poblaciones sometidas a la presión creciente de la vida urbana y ocupa un lugar esencial en las satisfacciones estéticas y culturales de la persona humana. Para servir a estas funciones el legislador estatal no sólo está facultado, sino obligado, a proteger el demanio marítimo-terrestre a fin de asegurar tanto el mantenimiento de su integridad física y jurídica, como su uso público y sus valores paisajísticos.

Estas finalidades que ampara el artículo 45 CE no pueden alcanzarse, sin embargo, sin limitar o condicionar de algún modo las utilizaciones del demanio y el uso que sus propietarios pueden hacer de los terrenos colindantes con él y, en consecuencia, tampoco sin incidir sobre la competencia que para la ordena-

ción del territorio ostentan las Comunidades Autónomas costeras. Esta incidencia está legitimada, en lo que al espacio demanial se refiere, por la titularidad estatal del mismo. En lo que toca a los terrenos colindantes es claro, sin embargo, que tal titularidad no existe y que la articulación entre la obligación estatal de proteger las características propias del dominio público marítimo-terrestre y asegurar su libre uso público, de una parte, y la competencia autonómica sobre la ordenación territorial, de la otra, ha de hacerse por otra vía, apoyándose en otras competencias reservadas al Estado en exclusiva por el artículo 149.1 de la CE. Entre éstas, y aparte otras competencias sectoriales que legitiman la acción normativa e incluso ejecutiva del Estado en supuestos concretos (así las enunciadas en los párrafos 4.º, 8.º, 13, 20, 21 ó 24 del citado art. 149.1 CE), son dos los títulos competenciales, por así decir generales, a los que se ha de acudir para resolver conforme a la Constitución el problema que plantea la antes mencionada articulación.

El primero de tales títulos es el enunciado en el artículo 149.1.1, que opera aquí en dos planos distintos. En primer lugar para asegurar una igualdad básica en el ejercicio del derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado al desarrollo de la persona (art. 45 CE), en relación con el dominio público marítimo-terrestre, cuya importancia a estos efectos ya ha sido señalada antes con referencia a la Carta Europea del Litoral. No es ya la titularidad demanial, sino la competencia que le atribuye el citado artículo 149.1.1, la que fundamenta la legitimidad de todas aquellas normas destinadas a garantizar, en condiciones básicamente iguales, la utilización pública, libre y gratuita del demanio para los usos comunes y a establecer, correlativamente, el régimen jurídico de aquellos usos u ocupaciones que no lo son. De otro lado, tanto para asegurar la integridad física y las características propias de la zona marítimo-terrestre como para garantizar su accesibilidad es imprescindible imponer servidumbres sobre los terrenos colindantes y limitar las facultades dominicales de sus propietarios, afectando así, de manera importante, el derecho que garantiza el artículo 33.1 y 2 de la CE. La necesidad de asegurar la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de este derecho no quedaría asegurada si el Estado, en uso de la competencia exclusiva que le otorga el artículo 149.1.1 no regulase las condiciones básicas de la propiedad sobre los terrenos colindantes de la zona marítimo-terrestre, una regulación que, naturalmente, no excluye la posibilidad de que, a través de los correspondientes instrumentos de ordenación, las Comunidades Autónomas condicionen adicionalmente el uso que a esos terrenos puede darse.

El segundo, aunque no secundario, de los indicados títulos es el que, en relación con la protección del medio ambiente consagra el artículo 149.1.23. Como se sabe, la competencia allí reservada al Estado es la relativa al establecimiento de la legislación básica, que puede ser complementada con normas adicionales, cuando así lo prevén los respectivos Estatutos, así como el ejercicio de las funciones de ejecución necesarias para la efectividad de esa legislación. Es, sin duda, la protección de la naturaleza la finalidad inmediata que persiguen las normas mediante las que se establecen limitaciones en el uso de los terrenos colindantes a fin de preservar las características propias (incluso, claro está, los valores paisajísticos) de la zona marítimo-terrestre y, por tanto, es a partir de esa finalidad primaria como se han de articular, para respetar la delimitación competencial que impone el bloque de la constitucionalidad, la obligación que al legislador estatal impone el artículo 132.2 de la CE y las competencias asumidas por las Comunidades Autónomas.

Conviene subrayar ya en este momento, que los términos en los que la Cons-

titución (art. 149.1.23) recoge la competencia exclusiva del Estado concerniente a la protección del medio ambiente ofrecen una peculiaridad que no puede ser desdeñada a la hora de establecer su significado preciso. No utiliza aquí la Constitución, en efecto, como en otros lugares (v. gr. en art. 149.1.13, 16, 18 ó 25) el concepto de bases, sino el de legislación básica del que también hace uso en otros párrafos (17 y 27) del mismo apartado 1.º del artículo 149. A diferencia de lo que en estos sucede, sin embargo, no agrega explícitamente (como en el art. 149.1.27), ni implícitamente admite (así el 149.1.17) que el desarrollo de esta legislación básica pueda ser asumido, como competencia propia, por las Comunidades Autónomas, sino que precisa que la eventual competencia normativa de éstas es la de "establecer normas adicionales de protección".

Aunque esta redacción del texto constitucional lleva naturalmente a la conclusión de que el constituyente no ha pretendido reservar a la competencia legislativa del Estado sólo el establecimiento de preceptos básicos necesitados de ulterior desarrollo, sino que, por el contrario, ha entendido que había de ser el Estado el que estableciese toda la normativa que considerase indispensable para la protección del medio ambiente (sin perjuicio, claro está, de que este standard proteccionista común fuese mejora, por así decir, por las Comunidades Autónomas) y aunque, efectivamente algunos Estatutos de Autonomía se ajustan precisamente a este entendimiento (así EA Galicia, art. 27.30; EA Valencia, art. 32.6.º; EA Baleares, art. 11.5.º, por ceñirnos a las Comunidades Autónomas actoras en los presentes recursos que han asumido competencias normativas), hay otros Estatutos de Autonomía [así EA País Vasco, art. 11.1.ºa); EA Cataluña, art. 10.6.º, y EA Andalucía, art. 15.1.7.ª] que atribuyen a la correspondiente Comunidad Autónoma competencia para desarrollar la legislación básica del Estado sobre medio ambiente.

Esta atribución es, sin duda, legítima, pues al precisar que el Estado tiene competencia exclusiva para la legislación básica sobre protección del medio ambiente, "sin perjuicio de las facultades de las Comunidades Autónomas de establecer normas adicionales de protección", la Constitución no excluye la posibilidad de que las Comunidades Autónomas pueden desarrollar también, mediante normas legales o reglamentarias, la legislación estatal, cuando específicamente sus Estatutos les hayan atribuido esta competencia. La obligada interpretación de los Estatutos conforme a la Constitución fuerza a entender, sin embargo, que en materia de medio ambiente el deber estatal de dejar un margen al desarrollo de la legislación básica por la normativa autonómica es menor que en otros ámbitos y que, en consecuencia, no cabe afirmar la inconstitucionalidad de las normas estatales aduciendo que, por el detalle con el que están concebidas, no permiten desarrollo normativo alguno.

Esta consideración, unida a la evidente dificultad que en la práctica ofrece la distinción entre normas que desarrollan la legislación estatal y normas que establecen medidas adicionales de protección permite establecer una cierta equiparación, a estos efectos, entre todas las Comunidades Autónomas.

Con arreglo a estas ideas generales y sin perjuicio de examinar otros posibles títulos competenciales cuando la materia concreta lo requiera, pasamos al análisis de las impugnaciones dirigidas contra los distintos artículos. Ordenaremos este análisis siguiendo los Títulos en los que la propia Ley está dividida aunque, ocasionalmente, en razón de la conexión existente entre los preceptos, hayamos de hacer referencia, en el análisis del contenido de un determinado Título, a preceptos que se hallan fuera de él.

2. El Título I está dividido en cuatro capítulos y comprende dieciocho ar-

títulos (del 3 al 20), de los cuales se impugnan los 3.1; 4; 5 (y por conexión con ellos 9.1; 11 y 18.1); 13; 15 y 16, así como, por la relación que guardan con otros preceptos del Título II, los artículos 6.1; 12.5 y 15.

A) *Artículo 3.1.a)*

Los recursos que postulan la declaración de inconstitucionalidad de este precepto, suscritos por el Gobierno vasco y el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña no basan su impugnación en la transgresión de norma alguna de delimitación competencial, sino en la violación del principio de seguridad jurídica que implica la utilización de un criterio (“hasta donde alcanzan las olas en los mayores temporales conocidos”) que se aparta de los utilizados en leyes anteriores, puede variar con el transcurso del tiempo y no coincide con el contenido que las instituciones garantizadas por la Constitución tienen en la conciencia social. Con estos argumentos, viene a coincidir el utilizado por la Comunidad Autónoma de las islas Baleares, que sin embargo no demanda la inconstitucionalidad de este precepto, al sostener que los conceptos utilizados en el artículo 132.2 de la Constitución deben ser entendidos de acuerdo con las definiciones legales vigentes en el momento de la promulgación de aquella.

Que la nueva Ley utilice para la delimitación de la zona marítimo-terrestre una definición distinta de un concepto ya utilizado por leyes anteriores sobre la materia, no es, ciertamente, razón alguna que abone su inconstitucionalidad. Una cosa es que las instituciones públicas o los institutos de derecho privado constitucionalmente garantizados no pueden ser modificados en términos que afecten a su contenido esencial, de manera, aun conservándose la antigua denominación, esta venga a designar un contenido en el que la conciencia social no reconoce ya la institución garantizada y otra bien distinta que el legislador no pueda modificar las definiciones o los criterios definitorios de realidades naturales, no jurídicas, a las que la Constitución alude.

La Constitución, al facultar al legislador para determinar qué bienes han de formar parte del dominio público estatal, determina por sí misma (imponiendo con ello al legislador la obligación de incluirlos en el demanio) que en todo caso formara parte de él la zona marítimo-terrestre y las playas, pero como es evidente no pretende atribuir a estos conceptos otro contenido que el de su valor léxico, ni eleva a rango constitucional las definiciones legales previas. El legislador, al definirlos con mayor precisión para establecer una más nítida delimitación del demanio, que es una de las finalidades plausibles de la Ley impugnada, no puede ignorar este valor léxico, pero, ateniéndose a él, es libre para escoger los criterios definitorios que considere más convenientes.

Es claro que el criterio ahora utilizado, como todo criterio que hace referencia al cambio en el tiempo, adolece de una cierta imprecisión, puesto que puede modificarse nuestro conocimiento del pasado y no tenemos el del porvenir. No puede tacharse, sin embargo, en modo alguno de irracional o caprichoso, ni se aparta en nada de la noción genérica de la zona marítimo-terrestre como zona en donde el mar entra en contacto con la tierra emergida, ni, por último, difiere sustancialmente de los empleados con anterioridad. Determinar cuál es el punto adonde alcanzan “las olas en los mayores temporales conocidos” no entraña mayor dificultad que fijar aquel a donde llegan “las mayores olas de los temporales”, que era el criterio acogido por las Leyes de Puertos de 1880 y 1928, ni siquiera cuando el sustantivo “temporal” se acompaña del adjetivo “ordinario”

como hizo la Ley de Costas de 1969, pues también este adjetivo, con el que se aludía a la habitualidad o frecuencia, lleva a distintas soluciones en función de cuál sea el periodo de tiempo considerado y de lo que por frecuencia quiera entenderse.

Es posible que el nuevo criterio lleve a considerar como partes del demanio fincas que anteriormente no lo integraban, pero el problema que de ello pueda resultar en nada afecta a la constitucionalidad del precepto que ahora analizamos y habrá de ser tratado, en su caso, al estudiar la impugnación dirigida contra las Disposiciones Transitorias.

B) *Artículos 4 y 5*

Por razones en buena medida análogas a las ya expuestas sostiene también la inconstitucionalidad de los artículos 4 (excepto el apartado 3.º) y 5 (excepto la expresión "en cuyo caso serán de dominio público su zona marítimo terrestre y playas" y la referencia a los artículos 3 y 4) del Gobierno Vasco, que atribuye además a estos preceptos consecuencias idénticas a las que son propias de las "leyes meramente interpretativas", que consideramos inconstitucionales en la STC 76/1983.

En cuanto que el precepto incluye en el demanio bienes que no están directamente aludidos por la Constitución ha de considerarse dictado en virtud de la facultad que la misma Constitución concede al legislador para determinar los bienes que integran el dominio público. Aunque esta facultad no aparece acompañada, en el artículo (132.2) que la otorga, de limitación expresa alguna, es evidente que de los principios y derechos que la Constitución consagra cabe deducir sin esfuerzo que se trata de una facultad limitada, que no puede ser utilizada para situar fuera del comercio cualquier bien o género de bienes si no es para servir de este modo a finalidades lícitas que no podrían ser atendidas eficazmente con otras medidas. En el presente caso la finalidad perseguida es, claro está, la de "la determinación, protección, utilización y policía del dominio público marítimo-terrestre y especialmente de la ribera del mar", que es la explícitamente proclamada en el artículo 1.º de la Ley impugnada. Atendida esta finalidad, no cabe imputar exceso alguno al legislador en ninguna de las determinaciones que los distintos apartados del artículo 4 hacen, ni menos aun en el contenido del artículo 5, que expresamente excluye la incorporación al dominio público de las islas que sean de propiedad privada de particulares o de entidades públicas o proceda de la desmembración de éstas. Aquellas determinaciones se refieren en todo caso a tierras que han formado parte del lecho marino (apartados 1.º y 2.º) o que quedan cubiertos por él (3.º) o que han estado integrados en la zona marítimo-terrestre o son prácticamente indiscernibles de ella (apartados 4.º, 5.º y 6.º), o se incorporan a ella en virtud de un negocio jurídico (apartados 7.º y 8.º) o, por último, están ocupados por obras que son parte del dominio público estatal por afectación (apartados 9.º, 10 y 11).

De otra parte, es claro que el hecho de que estas normas entrañen alguna consecuencia en cuanto a la delimitación de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas no permite considerarlas en modo alguno como normas meramente interpretativas. La interdicción de este género de normas, de acuerdo con las razones que se dan en el FJ 4.º de nuestra Sentencia de 5 de agosto de 1983 (STC 76/1983) y las consecuencias que de ellas se extraen en el FJ 5.º, está referida, como es lógico, a la interpretación de conceptos jurídicos, no

a la delimitación de los espacios naturales a los que las normas han de aplicarse. Como ya dijimos en STC 277/1988, “una cosa es que el legislador estatal realice, con pretensiones normativas de validez general, una interpretación genérica y abstracta del sistema constitucional y estatutario de delimitación de competencias, subrogándose en el ejercicio del poder constituyente sin una expresa previsión constitucional o estatutaria, y otra muy distinta que ejercite las potestades normativas que la Constitución y los Estatutos de Autonomía le atribuyen específicamente para la regulación de un sector material del ordenamiento. El desarrollo de esta actividad requiere, como presupuesto lógico, una interpretación del alcance y de los límites de la competencia legislativa del Estado, definida en la Constitución y en los Estatutos”. Es evidente que al ejercer la facultad que el artículo 132.2 le otorga para regular el dominio público, el legislador estatal no puede eludir la necesidad de establecer los criterios que permiten identificar los bienes que integran el “demanio natural”. Esos criterios podrán ser impugnados, en cuanto a su validez constitucional, por no ajustarse a preceptos concretos de la Constitución o a los principios que ella, de modo explícito o implícito consagra, pero no en razón de las consecuencias inevitables que la aplicación de esos criterios entrañaría en cuanto a la delimitación espacial, no conceptual, de las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas.

C) *Artículos 8 y 9*

Con independencia de la impugnación que el Gobierno Vasco hace del artículo 9.1 por su conexión con el artículo 4, este artículo y el que le precede, esto es, los artículos 8 y 9, son impugnados por el Gobierno Cántabro por violación de los derechos adquiridos sobre marismas y playas por virtud de lo dispuesto en el artículo 92 del Reglamento de Puertos de 1928.

El contenido de estos dos artículos, en cierto sentido complementarios, dimana necesariamente de los principios a que la Constitución (art. 132.1) sujeta el régimen jurídico de los bienes de dominio público, principios que el artículo 7 de esta misma Ley aplica al dominio marítimo-terrestre. En ellos se establece, hacia el futuro, una doble prohibición, de cuya infracción se extraen las consecuencias oportunas en relación con las inscripciones registrales y los actos administrativos. No se admite ni se niega en ellos la existencia de derechos adquiridos, a los que pretendieran hacer referencia, en el momento de elaboración de la Constitución, algunas enmiendas que entonces no se le incorporaron, aunque sí se niega todo valor obstativo frente al dominio público de las detenciones privadas aun amparadas por inscripciones en el Registro de la Propiedad. En cuanto que no se trate de pura detención, sino de disfrute conforme a un título legítimo (derivado o no de los preceptos o concesiones para la desecación de marismas, a los que el recurso alude), es decir, de auténticos derechos, la situación está regulada en las Disposiciones Transitorias, especialmente DT 1.^a y 2.^a, cuya legitimidad constitucional, también negada en diversos recursos habrá de ser analizada más tarde. Como simples disposiciones generales y abstractas, estos preceptos no sólo no son, en consecuencia, contrarios a la Constitución, sino cumplimiento del mandato que ésta dirige al legislador.

D) *Artículo 13*

La impugnación de este precepto por los Consejos Ejecutivos de las Comunidades Autónomas de Cataluña y de las islas Baleares se basa, sustancialmente, en la consideración de que, al disponerse en él que el deslinde aprobado es título bastante para declarar la posesión y la titularidad dominical del Estado y para rectificar, en consecuencia, las inscripciones registrales contradictorias, se dota al acto administrativo de la eficacia propia de las sentencias judiciales, con violación, entre otros, del artículo 106 CE. A esta consideración se añade la de que, en la medida en que la nueva definición amplía el dominio marítimo-terrestre, esta eficacia directa e incontestable del acto de aprobación del deslinde conlleva también una expropiación sin indemnización, que viola lo dispuesto en el artículo 33.3 CE.

Tanto una como otra consideración parten, sin embargo, de una interpretación errónea del contenido de los preceptos impugnados. La última de las mencionadas evoca un supuesto que, allí en donde se dé, determinará la aplicación de los dispuesto en las Disposiciones Transitorias y habrá de ser considerado al analizarlas.

Tampoco rinde cuenta exacta del contenido real del precepto que ahora estudiamos la caracterización del acto aprobatorio del deslinde como un acto dotado de la firmeza propia de las sentencias judiciales e invulnerable al control jurisdiccional. Que esto no es así lo evidencia el inciso final del apartado 2.º del artículo, en donde se reconoce, de modo quizá innecesario, el derecho de los afectados por el deslinde a ejercer las acciones que estimen pertinentes en defensa de sus derechos, acciones que podrán ser objeto de anotación preventiva en el Registro de la Propiedad y que, sin duda, podrán seguirse tanto en la vía contencioso-administrativa, como en la civil, aunque sólo a estas últimas se refiere el artículo 14 (no impugnado) de la misma Ley. Esta interpretación que es la que deriva naturalmente de la letra del precepto es, por lo demás, la acogida en el artículo 29 del Reglamento, que es el que lo desarrolla.

E) *Artículos 15 y 16*

El primero de estos artículos es impugnado por el Gobierno Vasco por la referencia que en él se hace a la zona de servidumbre que establece y regula el Título II. Se trata, en consecuencia, de una inconstitucionalidad que se postula sólo por conexión y que no es éste, en consecuencia, el momento de analizar. El Gobierno de Cantabria reprocha a ambos artículos la infracción del principio de seguridad jurídica, en cuanto que no fijan plazo para la conclusión del deslinde y demoran el proceso de inmatriculación.

La breve argumentación que el Gobierno Cántabro aporta no va dirigida realmente contra los tres primeros apartados del artículo 15, que en buena medida se limitan a recoger, elevando su rangos, normas preexistentes (RD 1156/1986), sino especialmente contra el apartado 4.º, pues es éste el que prohíbe la inscripción de las fincas enclavadas en zonas en las que el deslinde no esté aún aprobado.

Prescindiendo del hecho de que el precepto no prohíbe la inscripción, sino que, en un supuesto típico de cierre provisional del Registro, declara en suspenso la solicitud a tal efecto cursada, es sin duda cierto que al no prever un plazo determinado para la conclusión del expediente, sino sólo para su iniciación, parece que puede producir el resultado, que la Comunidad recurrente entiende

contrario al principio de seguridad jurídica, de prolongar durante mucho tiempo la solicitud de inscripción registral. Esa posibilidad no puede descartarse, como pretende el Abogado del Estado, apelando a lo dispuesto con carácter general en el artículo 61 de la Ley de Procedimiento Administrativo, tan fácil y frecuentemente soslayado, pero aun así no se infringe con ello el principio de seguridad jurídica. Ni de este deriva necesariamente la necesidad de inscripción instantánea en el Registro de la Propiedad de todas las solicitudes que en él se presenten ni la solicitud de inscripción (*rectius*, la inscripción misma) declarada en suspenso deja de entrañar efectos favorables a la seguridad jurídica, que por el contrario podría verse más gravemente perjudicada por inscripciones registrales destinadas a sufrir casi inevitablemente alteraciones una vez efectuado el deslinde. Por lo demás y como evidencia el Reglamento (art. 32.2.º, 3.º y 4.º), la previsión que aquí se echa de menos en la Ley es una precisión típicamente reglamentaria cuyo lugar propio no está en la Ley misma.

Tampoco en el 16, respecto del que no se argumenta en particular y que, en lo sustancial, se limita a extender a las inscripciones de exceso de cabida lo dispuesto en el artículo anterior se advierte vicio de inconstitucionalidad alguno.

Al quedar desechadas las razones por las que se impugnan los artículos 3.1.a), 4 y 5, decae también la impugnación de los artículos 9.1, 11 y 18.1, cuya inconstitucionalidad postula el Gobierno vasco por su conexión con aquéllos.

La decisión sobre otros artículos de este Título I, que son impugnados por la relación existente entre ellos y las previsiones contenidas en el Título II, se adoptará al analizar los recursos dirigidos contra este último. Este es el caso de los artículos 6.1, 12.5 y 15.

3. *El Título II de la Ley* que, según su epígrafe, regula las "limitaciones de la propiedad sobre los terrenos contiguos a la ribera del mar por razones de protección del dominio público marítimo-terrestre" y está dividido en cuatro Capítulos, comprende once artículos, todos ellos impugnados por uno u otro de los recurrentes y en su mayoría por la totalidad de éstos.

A) *Artículo 20*

El artículo 20, que sólo se impugna por la Generalidad de Cataluña, viene a precisar genéricamente, el contenido de la protección del dominio público marítimo-terrestre, estableciendo que comprende la defensa de su integridad y de los fines de uso general a que está destinado, así como la preservación de sus características y elementos naturales y la prevención de las perjudiciales consecuencias de obras e instalaciones.

No se advierte motivo alguno de inconstitucionalidad en este precepto pues el legislador estatal, al precisar los fines y objetivos que tratan de alcanzarse a través de la protección del demanio no se ha extralimitado en el ejercicio de sus competencias, ni vulnerado el ámbito competencial propio de las Comunidades Autónomas relativos a la ordenación del litoral y del territorio y al urbanismo.

Es cierto que el contenido dado a la protección demanial en este artículo 20 no coincide con una determinada concepción jurídica estricta del régimen de protección de los bienes demaniales, fundamentalmente centrada en la articulación de los medios jurídicos precisos para la defensa de la integridad —patrimonial— del demanio. Ni aun si se acepta esa estrecha concepción, que no es, como se ha visto en el FJ 1.º, la que resulta de la Constitución quedaría desprovisto de cobertura competencial, sin embargo, el artículo que ahora ana-

lizamos, ya que no es reprochable —en términos competenciales— que el legislador estatal describa anticipadamente los fines tendentes a proteger el dominio público marítimo-terrestre sin prejuzgar a quien corresponda regular y adoptar las medidas y decisiones que hagan efectivos dichos fines. De ahí que el Abogado del Estado pueda afirmar que se trata de un precepto competencialmente inocuo.

El carácter demanial natural de los bienes marítimos y la titularidad estatal de los mismos es título suficiente para que el legislador estatal adopte una previsión como la que se impugna. Que algunas de las medidas que deban adaptarse para dar satisfacción a esos fines protectores se ubiquen en unas u otras de las materias sobre las que se ha efectuado el reparto competencial y que, a resultados de ello, la competencia para su adopción venga a corresponder a unas u otras instancias territoriales, es cuestión que no queda aquí prejuzgada. Pero también puede afirmarse que, aun cuando hipotéticamente correspondiesen alguna de ellas a las Comunidades Autónomas, no resulta ilegítimo que el legislador estatal las englobe en un concepto amplio de protección demanial.

B) *Artículo 21*

El artículo 21 es impugnado en su totalidad, si bien es preciso examinar por separado la impugnación, de una parte, de los dos primeros apartados y, de otra, la del apartado 3, por cuanto es distinta la problemática y los correlativos motivos de inconstitucionalidad que unos y otros plantean.

a) Los apartados 1 y 2 son impugnados por la Generalidad de Cataluña por conexión necesaria con el artículo 20.

Descartada la inconstitucionalidad de aquél queda sin base la impugnación de estos apartados 1 y 2 del artículo 21, restando añadir que la sujeción, con carácter general, de los terrenos colindantes con el dominio público a las servidumbres y limitaciones del dominio que regula la Ley trae razón de ser, como antes se dijo, de la propia naturaleza, características y función social de los bienes que integran el dominio público marítimo-terrestre, lo que obliga a limitar el uso que pueda hacerse de tales terrenos colindantes al amparo, genéricamente, del título resultante del artículo 149.1.23 CE. Como también hemos dicho, tratándose de terrenos que no forman parte del dominio público, esta limitación sólo puede hacerse derivar de la competencia estatal para dictar la legislación básica sobre protección del medio ambiente, cuya ejecución corresponde a las Comunidades Autónomas. La incardinación de estas limitaciones en el mencionado título competencial, con la consecuencia de que su ejecución haya de extenderse atribuida a las Comunidades Autónomas, no excluye, claro está, la posibilidad de que el Estado pueda utilizar otras competencias sectoriales como efectivamente sucede con la defensa (art. 149.1.4 CE) que da plena cobertura al apartado 2 de este artículo 21, en el que se exceptúa de la referida sujeción a los terrenos expresamente declarados de interés para la seguridad y la defensa nacional, conforme a su legislación específica.

De otra parte, que las limitaciones y servidumbres prevalezcan “sobre la interposición de cualquier acción” y sean “imprescriptibles en todo caso”, encuentra a su vez respaldo en la competencia reservada al Estado en las materias de legislación procesal y civil (art. 149.1, 6 y 8 CE), por lo que ningún reparo cabe oponer, desde la consideración del orden constitucional de distribución de competencias, a los apartados 1 y 2 del artículo 21.

b) Mayor solidez tienen las objeciones que muchos de los recurrentes hacen al apartado tercero de este artículo, en el que se atribuye a todos los preceptos que integran el Título el carácter de "regulación mínima y complementaria de la que dicten las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus competencias".

En primer lugar, y pese al esfuerzo argumental que en contrario hace la Abogacía del Estado, resulta difícil comprender cómo pueden conjugarse los dos adjetivos que se predicán de la regulación, pues si ésta es mínima por fijar las condiciones básicas del ejercicio del derecho de propiedad en los terrenos colindantes, como sugiere la Exposición de Motivos (apartado IV), no se adivina cómo podría ser al mismo tiempo complementaria de otra normativa que, en el mejor de los casos y si las Comunidades Autónomas costeras tuvieran competencia para ello, sólo podría acrecer, nunca disminuir, las cargas (servidumbres y limitaciones) que el legislador estatal ha impuesto sobre la propiedad del suelo en la zona colindante.

La manifiesta impropiedad del carácter "complementario" que el precepto atribuye a la regulación a se refiere, no es sin embargo, razón suficiente para declarar la inconstitucionalidad de aquél pues, como ya hemos afirmado en otras ocasiones, la imperfección técnica no es causa de invalidez. Tampoco resulta evidente, sin embargo, ni qué es lo que por regulación "mínima" deba entenderse, ni qué es lo que el precepto en cuestión añade a la fuerza vinculante de los restantes artículos del Título II. Si esos carecen de ella por exceder, por ejemplo, de la competencia del legislador estatal para dictarlos, es claro que no la adquirirán por obra de esta declaración, pues como ya dijimos en nuestra Sentencia de 5 de agosto de 1983 [STC 76/1983, FJ 4. b)] y es, por lo demás, obvio, "el legislador no puede dictar normas que incidan en el sistema constitucional de distribución de competencias para integrar hipotéticas lagunas existentes en la Constitución"; si por el contrario, la tienen, es manifiestamente innecesario declararla.

Desde esta perspectiva, el precepto es seguramente técnicamente incorrecto o superfluo. No obstante, debiendo ser entendida buena parte de los preceptos que integran este Título como legislación básica sobre protección del medio ambiente, tampoco hay inconveniente en admitir que la adjetivación empleada para calificar la "regulación" estatal alude al carácter básico de ésta. Es cierto que, con ello, no se dota a los preceptos que integran esta regulación de mayor valor que el que intrínsecamente les corresponda, de manera que el enunciado se convierte en simple norma de reenvío de contenido tautológico, como propone el Abogado del Estado y que la Exposición de Motivos de la Ley no hace referencia alguna al artículo 149.1.23, pero la inocuidad misma del tenor literal del precepto hace imposible que, así entendido, pueda ser considerado contrario a la Constitución.

C) *Artículo 22*

El artículo 22 habilita a la Administración del Estado (en concreto al Ministerio de Obras Públicas, según la DF 1.^a.2) para dictar normas para la protección de determinados tramos de costa, en desarrollo de lo previsto en los artículos 23.2, 25, 26.1, 27.2, 28.1 y 29 de la misma Ley y establece el procedimiento a seguir que requiere la consulta previa con las Comunidades Autónomas y los Ayuntamientos cuya jurisdicción incluya los tramos de costa afectados por tales normas. Del tenor literal del precepto, que refuerza en lo que toca a la eventual

ampliación de la zona de servidumbre de protección el contenido del artículo 23.2, se desprende que tales normas no podrán ser aprobadas si se opone una cualquiera de las Administraciones interesadas. Esta necesidad de la concurrencia de todos los poderes públicos con competencias propias sobre el territorio, que explícitamente reconoce el Reglamento (art. 42.3), reduce al mínimo posible la función del Estado en la protección del demanio y, en consecuencia, no excluye la competencia autonómica, que se mantiene plena en cuanto que puede o no asentir a la normas propuestas que, sin su asentimiento, no llegarán a nacer.

Las normas en cuestión han de tener por objeto la modificación de las que la propia Ley establece con carácter general sobre la anchura de la zona de protección (art. 23), los usos que en ella se prohíben (art. 25), el otorgamiento de autorizaciones para los permitidos (art. 26), la ampliación de la anchura de tránsito (art. 27.2), la servidumbre de acceso público al mar (art. 28.1) y los tramos finales de los cauces de los ríos (art. 29.1). Es indudable que tales normas, que habrán de referirse siempre, según el Reglamento (art. 41.3), a unidades fisiográficas o morfológicas definidas, o a varios términos municipales completos, no son normas generales, en cuanto que no estarán referidas a la totalidad del litoral, y que tienen rango reglamentario. Ni aquella limitación espacial ni esta naturaleza sublegal son, sin embargo, razones que permitan sostener su ilegitimidad constitucional.

De una parte, la variedad de las condiciones físicas de la costa hace razonable, e incluso impone, que no sean idénticas las normas que hayan de aplicarse en uno u otro sitio para la protección del medio ambiente litoral y para asegurar la utilización del demanio o, tal vez, más precisamente, que la estructura jurídicamente uniforme de la protección y de la libertad de acceso (limitaciones a la propiedad, servidumbres de acceso y tránsito) se haga compatible con una acomodación de las determinaciones normativas a la diversidad natural.

De la otra, y como ya antes hemos sostenido, en materia de protección del medio ambiente cobra aun mayor fuerza, por las razones expuestas, las posibilidad que, con carácter general hemos admitido, de adoptar normas básicas con rango simplemente reglamentario, cuando esas normas sean complemento necesario de las establecidas con valor de ley. En el presente caso estas normas reglamentarias, que acomodan a supuestos específicos las determinaciones establecidas por la Ley con carácter general, requieren, y esto es, en definitiva, lo decisivo, además de la voluntad del Estado, las de la Comunidad Autónoma y los Municipios afectados, a los que de ese modo se les da una participación plena en el proceso de elaboración de los contenidos normativos, que sólo con su acuerdo adquirirán fuerza.

D) *Artículos 23 a 26*

Estos cuatro artículos, que componen la Sección 1.^a del Capítulo II de este Título II de la Ley impugnada determinan la anchura de la zona de protección y establecen su régimen jurídico.

Las razones genéricas de su impugnación son las de que, por su contenido [y con excepción del art. 25.1.c)], éstos preceptos no guardan relación alguna con la protección de la naturaleza en sentido estricto por lo que el Estado carece de competencia para dictarlos, anulando tanto la que a las Comunidades Autónomas corresponde para la ordenación de su propio territorio como la de los municipios sobre urbanismo y que, aun si se quisiera entenderlos como normas básicas, faltaría la formalización explícita de su carácter de tales.

Estas razones genéricas son producto, como fácilmente se comprende, de una concepción muy restrictiva de la tarea que el legislador estatal debe llevar a cabo al establecer el régimen jurídico del dominio público marítimo-terrestre, no coincidente con la que se deriva del texto constitucional, ya expuesta en el primero de estos Fundamentos. Es evidente que la protección de los bienes que integran este dominio, la preservación de sus características propias y el aseguramiento del libre acceso público a ellas no pueden alcanzarse si no es dictando una legislación básica para la protección del medio ambiente y limitando, de uno u otro modo, la libre disponibilidad sobre los terrenos colindantes, una limitación que, por lo demás, sólo el Estado puede imponer de modo general (art. 149.1.8.º CE), garantizando al tiempo la igualdad básica de todos los españoles que posean fundos en esos terrenos, según ya dijimos, acerca de una norma análoga, en la STC 227/1988 y cuyo carácter básico no necesita explicitación alguna por inferirse naturalmente de su contenido y su generalidad.

Desechado este razonamiento genérico, se han de analizar los que, en concreto se dirigen contra cada uno de los artículos de la Sección.

a) Frente al apartado 1.º del artículo 23 se hacen dos objeciones: la de que no puede atribuirse carácter básico a la determinación de una determinada dimensión, objeción que se pretende apoyar en la STC 69/1982, y la de carecer de toda racionalidad la fijación de un banda de anchura uniforme, sin atender a la muy diversa configuración de éstas.

Ninguna de estas dos razones conducen al resultado perseguido por los recurrentes. La primera de ellas, porque interpreta inadecuadamente nuestra citada sentencia, que se limitó a negar que pudiese atribuirse carácter básico, en aquel concreto conflicto, a la norma que clasificaba según su tamaño a los distintos tipos de espacios naturales protegidos. La segunda, que pasa por alto el hecho de que este es el modo tradicional de establecer la delimitación de la zona de servidumbre contigua a la marítimo-terrestre, con independencia de cuál sea la anchura que a la misma se asigna, ignora también el hecho de que dado el procedimiento seguido para determinar el límite interior de la ribera del mar esta supuesta carencia de racionalidad no existe y que, de otro lado, este es seguramente el procedimiento más eficaz para asegurarme la igualdad en el contenido del derecho de propiedad sobre los terrenos colindantes con la zona marítimo-terrestre.

El problema, en todo análogo al que planteaba el artículo 6.b) de la Ley 29/1985, de Aguas, ha de recibir, en resumen, la misma respuesta que a éstos dimos en STC 227/1988 (FJ 20).

Idéntica consideración lleva a descartar la inconstitucionalidad del apartado 2 del mismo artículo, máxime al quedar supeditada la ampliación de la extensión de la servidumbre al acuerdo de la Comunidad Autónoma y del Ayuntamiento correspondiente. La constitucionalidad de la posibilidad de que la extensión de la servidumbre de protección queda ampliada hasta un máximo de otros cien metros se justifica, en efecto, en la competencia del Estado para dictar la legislación básica sobre protección del medio ambiente que, en este caso, necesariamente se ha de traducir en una habilitación a la potestad ejecutiva de la Administración del Estado para, según las posibilidades del tramo de costa de que se trate, adoptar la decisión más adecuada y conveniente a fin de asegurar la efectividad de la servidumbre. Tal habilitación no resulta contraria al carácter básico de la norma, ni mucho menos vulnera el ámbito competencial autonómi-

co, una vez que, en todo caso, es preciso el acuerdo de la Comunidad Autónoma y del Ayuntamiento correspondientes.

b) No se formulan específicas alegaciones en contra del artículo 24, si bien conviene señalar que en su apartado 1 no se impone prohibición específica alguna a excepción de la obligación de dejar expedito el paso en la servidumbre de tránsito; regla que, con independencia de no haber sido impugnada, se justifica por el uso común de los bienes marítimos y la competencia relativa a la vigilancia de costas (STC 113/1983).

En cuanto al apartado 2 del mismo artículo 24, es claro que se trata de una servidumbre —propriadamente de salvamento— que por su propia finalidad —depósito temporal de objetos o materiales arrojados al mar y realización de operaciones de salvamento marítimo— al Estado titular de los bienes marítimo-terrestres corresponde establecer, sin que, por tanto, se produzca menoscabo o vulneración alguno de las competencias autonómicas.

El apartado 3, en fin, se limita a prever que los daños ocasionados por las ocupaciones serán indemnizados con arreglo a la Ley de Expropiación Forzosa, lo que, obviamente, para nada afecta al orden constitucional de distribución de competencia.

c) El artículo 25 plantea en sus tres apartados cuestiones diversas que requieren un tratamiento diferenciado.

El primero de ellos enumera, en seis párrafos, una serie de prohibiciones, referidas todas ellas a la zona de servidumbre de protección y cuya finalidad evidente es la protección de la integridad espacial del demanio [párrafo c)] y de sus valores naturales y paisajísticos [párrafos a), b) y d) a f)]. Estas últimas, de acuerdo con lo antes dicho, han de ser valoradas, en relación con los ámbitos competenciales propios del Estado y de las Comunidades Autónomas, como normas de legislación básica para la protección del medio ambiente, puesto que ésta es, evidentemente, su finalidad inmediata. Una norma prohibitiva, como es la que ahora analizamos, tiene, por lo demás, por su propia naturaleza carácter básico, sin necesidad de que tal carácter sea explícitamente declarado.

El apartado segundo del artículo 25 complementa el anterior al descubrir, en términos muy genéricos las obras, instalaciones o actividades que, con carácter ordinario, podrán permitirse en esta zona de protección. Tales indicaciones son, de una parte, sin duda, criterios de ordenación que las Comunidades Autónomas deberán acoger en los correspondientes instrumentos, de la otra e inmediatamente, norma básica de protección del medio ambiente, cuya naturaleza de tal legítima el condicionamiento que impone a la competencia de las Comunidades Autónomas para la ordenación del territorio.

Un problema específico es el que se suscita en relación con el último inciso del apartado, que remite al Reglamento la determinación de las condiciones que en todo caso, y para asegurar la protección del dominio público, deberán cumplirse en la ejecución en esta zona de terraplenes, desmontes o tala de árboles, pues, como reiteradamente hemos dicho a partir de la STC 32/1983, es la Ley el instrumento adecuado para el establecimiento de la legislación básica. Esa doctrina no impide, sin embargo, en modo alguno, que la propia Ley se remita al Reglamento cuando tal remisión sea necesaria para garantizar el fin a que responde la competencia estatal para la legislación básica. Como es obvio, la legitimidad constitucional de la norma reglamentaria así producida dependerá del uso que de la habilitación legal se haya hecho, por lo que no es este el momento de pronunciarnos sobre la impugnación de los artículos 45 y, sobre todo, 46 del Reglamento. De otra parte, y como consideración complementaria, ha de recor-

darse que como ya hemos dicho en lo que toca a la protección del medio ambiente la competencia asumida estatutariamente por las Comunidades Autónomas no es la de desarrollar la legislación básica, sino la de complementarla mediante normas adicionales de protección, de donde se infiere que en principio, también el desarrollo reglamentario de las Leyes sobre la materia es competencia estatal o, dicho de otro modo, que la "legislación básica" incluye tanto las normas con rango de Ley como las reglamentarias dictadas en su desarrollo.

El tercero y último de los apartados prevé, por último, la posibilidad de que, por razones de utilidad pública, el Consejo de Ministros levante, para obras o instalaciones determinadas, algunas de las prohibiciones contenidas en el apartado primero o excepción, para alguna instalación industrial concreta, la regla general del apartado segundo, de manera tal que mediante este precepto se completa las normas que en aquellos otros apartados quedan sólo parcialmente enunciadas. La atribución concedida al Consejo de Ministros no es, en consecuencia, un acto de ejecución de aquellas otras normas fragmentarias, sino parte integrante del contenido de la norma total.

Esta naturaleza del acto excepcionante no elimina, la necesidad de que la posibilidad que con la excepción se abre se adecúe, sin embargo, a las reglas de ordenación urbanística que las Administraciones competentes hayan establecido, salvo en aquellos caso en los que la autorización se ampare en un título competencial que, como los enumerados en los párrafos 4.º, 20 ó 21 del apartado 1.º del artículo 149, dotan a la decisión del Estado de un valor absoluto, o en los que el Consejo de Ministros haga uso de la facultad que le confiere el artículo 180 de la Ley del Suelo, cuya acomodación a la Constitución declaramos en la STC 56/1986. Sólo en estos casos, en efecto, puede imponerse la voluntad del Estado a la competencia autonómica sobre ordenación del territorio. Por lo demás, aun en esos supuestos, tal competencia no queda abolido, y una vez que la Administración competente ha acomodado el planeamiento urbanístico preexistente para hacerlo compatible con la decisión estatal, también en ellos deberá acomodarse a ese planeamiento la realización de las actuaciones autorizadas, según el párrafo final del precepto establece.

d) El artículo 26.1 atribuye a la Administración del Estado la potestad de autorizar los usos permitidos en la zona de servidumbre de protección, autorización que se otorgará con su sujeción a lo dispuesto en la propia Ley y, en su caso, a las normas que se dicten para la protección de determinados tramos de costa.

La previsión debe reputarse contraria al orden constitucional de distribución de competencias, pues se trata de una competencia de carácter ejecutivo ajena a las constitucionalmente reservadas al Estado y que se engloba, por su contenido, en la ejecución de la normativa sobre protección del medio ambiente o en la ordenación del territorio y/o urbanismo de competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas.

Corresponderá, pues, ejercitar esa potestad autorizatoria a los pertinentes órganos de las Comunidades Autónomas o, en su caso, a los Ayuntamientos, que, como es obvio, deberán ajustarse a la normativa estatal, incluida la que se dicte para la protección de determinados tramos de costa prevista en el artículo 22 de la Ley, así como a la que, en su caso, resulte de la legislación autonómica y de los correspondientes instrumentos de ordenación, cuya infracción podrá ser eventualmente corregida por la jurisprudencia correspondiente.

Nada hay que objetar, sin embargo, al apartado 2 de este artículo 26, por cuanto la exigencia de contar previamente con el correspondiente título administrativo otorgado conforme a lo dispuesto por la propia Ley se justifica en la

directa utilización del dominio público, debiendo quedar remitida la cuestión, en todo caso, al examen del Título III de esta Ley.

E) *Artículo 27*

La previsión de la llamada servidumbre de tránsito (art. 27) no ofrece reparo desde la consideración del orden constitucional de distribución de competencias. Se trata de una efectiva servidumbre legal justificada por la defensa del uso general del dominio público marítimo-terrestre que al titular de ese dominio corresponde hacer efectiva, por lo que tampoco la posibilidad de ampliar su anchura en lugares de tránsito difícil o peligroso en lo que resulte necesario, hasta un máximo de veinte metros, merece tacha de inconstitucionalidad alguna.

El reproche de inconstitucionalidad más intenso se centra, no obstante, en el apartado 3, al reclamarse la intervención de las Administraciones autonómicas en la fijación de la sustitución de la zona de servidumbre por otra nueva en condiciones análogas como consecuencia de la ocupación de la zona por obras a realizar en el dominio público marítimo-terrestre.

La atribución a la Administración del Estado de la potestad para fijar el trazado de una nueva servidumbre de tránsito en el excepcional supuesto de ocupación por obras de la ordinaria, no vulnera, sin embargo, las competencias autonómicas sobre ordenación del litoral y/o del territorio, pues por su objeto jurídico se trata aquí también de una medida directamente dirigida a la defensa del uso general del dominio público marítimo-terrestre y a la vigilancia del litoral en los términos ya expuestos, de manera que al titular del mismo corresponde tal determinación.

F) *Artículo 28*

La llamada servidumbre de acceso al mar que establece el artículo 28 es medida indispensable para la efectividad de la defensa del uso general del dominio público marítimo-terrestre, por lo que la imposición a los planes y normas de ordenación territorial y urbanística de unos mínimos destinados a garantizar suficientes accesos al mar y aparcamientos no puede estimarse vulneradora de las competencias autonómicas, que encuentran aquí un límite constitucionalmente legítimo al estar amparado en la condición demanial de los bienes a los que sirve esa limitación y en la titularidad estatal de los mismos.

No hay tampoco, en efecto, tal como señala el Abogado del Estado, infracción de la garantía expropiatoria al imponer esos mínimos relativos al acceso peatonal y tráfico rodado en las zonas urbanas y urbanizables (apartado 2), pues corresponde a los planes urbanísticos de acuerdo con la Ley, delimitar el contenido del *ius aedificandi* que corresponde al propietario, razón por la cual ninguna expropiación cabe apreciar en este caso. Buena prueba de lo que se afirma es, por otro lado, la propia previsión del apartado 3, según la cual se declaran de utilidad pública, a efectos expropiatorios por la Administración del Estado, "los terrenos necesarios para la realización o modificación de otros accesos públicos al mar y aparcamientos, no incluidos en el apartado anterior", pues es evidente que, en estos casos, se trata de una actuación sobre la propiedad ya delimitada previamente en su contenido por el correspondiente plan, lo que si comporta un sacri-

ficio patrimonial individualizado que sólo puede materializarse mediante la correspondiente indemnización expropiatoria.

En relación precisamente a este apartado 3, debe señalarse que la posibilidad de que sea la Administración del Estado la que declare la utilidad pública de la expropiación de los terrenos necesarios para realizar o modificar otros accesos públicos al mar y aparcamientos tampoco supone extralimitación competencial alguna, dada la competencia estatal para garantizar la efectividad del uso público general del dominio público marítimo-terrestre. Ello no significa, por lo demás, que las Comunidades Autónomas, en ejercicio de sus competencias sobre ordenación del territorio y urbanismo no puedan hacer uso de la potestad expropiatoria, pues como ya se declaró en la STC 37/1986 (FJ 6), “la reserva constitucional en favor del Estado sobre la legislación de expropiación forzosa no excluye que por Ley autonómica puedan establecerse, en el ámbito de sus propias competencias, los casos o supuestos en que procede aplicar la expropiación forzosa, determinando las causas de expropiación o los fines de interés público a que aquélla debe servir”.

Por último, el mismo fundamento que legitima los apartados del artículo 28 ya examinados, ampara lo dispuesto en su apartado 4, a lo que cabe añadir, tal como puntualiza el Abogado del Estado, su analogía con el artículo 545 del Código Civil y, por tanto, su carácter de norma material reconducible a la competencia estatal *ex* artículo 149.1.8 CE. Como es evidente, la actuación de la Administración del Estado en uso de esa competencia que deriva de su obligación de garantizar el uso común está sometida al control de los Tribunales.

G) Artículo 29

Del artículo 29.1 se impugna la facultad que se otorga a la Administración del Estado para emitir un informe que habrá de ser favorable para autorizar la extracción de áridos, pues se considera que esa facultad excede de la competencia que al Estado reserva el artículo 149.1.23 CE.

Pues bien, ese informe favorable, que será requerido para autorizar la extracción de áridos en los tramos finales de los cauces y en la distancia que en cada caso se determine, y que ha de referirse a la incidencia que la solicitada autorización de extracción pueda tener en el dominio público marítimo-terrestre, viene a garantizar el mantenimiento de la integridad física de tal dominio y, en consecuencia, ha de considerarse como una facultad dimanante de la titularidad sobre él.

De otra parte, y por razón también aquí de la titularidad de ese dominio público, resulta plenamente ajustada al orden constitucional de competencias la previsión de un derecho de tanteo y retracto a favor de la Administración estatal en las operaciones de venta, cesión o cualquier otra forma de transmisión de los yacimientos de áridos enclavados en la llamada zona de influencia (art. 29.2), pues aun cuando no cabe apelar a la competencia estatal que dimana del artículo 149.1.8 CE a fin de justificar potencialmente tal previsión, ya que no se aborda relación alguna de las instituciones jurídicas del tanteo y retracto, sino el simple establecimiento o constitución en favor de la Administración —aquí estatal— de un derecho (STC 170/89, FJ 6), lo cierto es que ese derecho no puede ser ejercitado sino para la aportación de áridos a las playas. Es, por tanto, plenamente coherente con la condición demanial de los bienes marítimo-terrestres la atribución a su titular —el Estado— de medios jurídicos que, sin exageración alguna,

pueden considerarse necesarios para la preservación de las características físicas de tales bienes.

Por lo demás, y en relación con la previsión contenida en el segundo inciso de este mismo apartado 2, valen las razones ya dadas respecto del apartado 3.º del artículo 28.

H) *Artículo 30*

El artículo 30.1 completa el catálogo de medidas para la protección del dominio público marítimo-terrestre previendo que en una zona llamada de influencia y cuya anchura será como mínimo de 500 metros a partir del límite interior de la ribera del mar, la ordenación territorial y urbanística deberá asegurar que en los tramos con playas y con acceso de tráfico rodado se prevean reservas del suelo para aparcamientos de vehículos en cuantía que garantice el estacionamiento fuera de la zona de servidumbre de tránsito [párrafo *a*]) y en toda la costa se evite la formación de pantallas arquitectónicas o acumulación de volúmenes, a cuyo fin se prohíbe que la densidad de edificación en esa zona de influencia pueda ser superior a la media del suelo urbanizable programado o apto para urbanizar en el correspondiente término municipal [párrafo *b*]).

El precepto viene, en resumen, a imponer a los planes de ordenación territorial unos determinados criterios que se añaden a los que, como consecuencia de la servidumbre de acceso al mar impone el artículo 28.2, que ya antes hemos considerado compatibles con el bloque de la constitucionalidad.

El primero de estos criterios (el contenido en el párrafo *a*), tiene sin duda la finalidad de prevenir la ocupación ocasional de la zona reservada a la servidumbre de tránsito en épocas de gran afluencia a las playas y puede entenderse justificado por la voluntad de conjugar el libre acceso público a la zona marítimo-terrestre con la necesidad de mantener permanentemente expedita la zona reservada a la servidumbre de tránsito.

Los dos criterios que impone el apartado *b*) encuentran en principio, su razón de ser, en la protección del demanio; no en su integridad física, pero sí, sin duda, en la preservación de sus características naturales y en particular en la de sus valores paisajísticos, como finalidad que, como ya dijimos en el Fundamento primero, puede ser legítimamente atendida por el legislador estatal. Como allí indicamos también, en cuanto que esa finalidad afecta directamente a las competencias que las Comunidades Autónomas ostentan para la ordenación de su territorio, el legislador estatal ha de atenerse, para alcanzarla, a la competencia exclusiva que el artículo 149.1.23 le otorga para la legislación básica en cuanto a la protección del medio ambiente, del que forma parte el paisaje natural. Con arreglo a este criterio, no puede considerarse ilegítimo que intenten excluirse de la zona de influencia las edificaciones en pantalla o la acumulación de volúmenes, y que para conseguirlo disponga que en esa zona la densidad de edificación no sea superior a la media, pues en esos términos, el contenido del precepto no desborda del concepto de legislación básica para la protección del medio ambiente.

El apartado segundo de este artículo, frente al que no se ofrece ningún argumento específico, no suscita en este momento reserva alguna en cuanto se refiere a licencias de obra y uso, en principio de competencia municipal y protege directamente la integridad física del demanio. La competencia estatal sobre las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas (art. 149.1.18) no

permite considerar que esta secuencia obligada de permisos o licencias viole competencia alguna o, de otro modo, sea contraria a la Constitución.

D) Descartada globalmente la pretendida inconstitucionalidad de las limitaciones y servidumbres previstas en el Título II de la Ley, debe quedarlo también la de los artículos 6.1, 12.5 y 15 del Título I, que han sido impugnados por razón de su conexión con aquellas previsiones.

4. *Título III*

A) *Preliminar*

La utilización del dominio público marítimo-terrestre que no es libre por requerir obras o instalaciones, o reunir especiales circunstancias de intensidad, peligrosidad o rentabilidad, está sujeta en la Ley de Costas a cuatro tipos o modelos de intervención administrativa: la reserva de porciones demaniales, su adscripción, su concesión, o su autorización. Cada una de estas formas de afectar zonas del demanio a determinadas obras, actividades o servicios, da lugar a una forma distinta de articular las atribuciones de la Administración del Estado y de las correspondiente Administración Autonómica o de la Administración Local en los términos dispuestos por la legislación autonómica.

La Ley de Costas emplea para conseguir esta articulación la figura de la adscripción, a la que dota de un sentido distinto del tradicional y que prevé sólo para los terrenos destinados a puertos o vías de transporte de titularidad autonómica, pero no para otras obras o servicios, que se someten al régimen ordinario de concesión.

Aunque, como es obvio, el uso que ahora se hace de esta figura de la adscripción es la consecuencia más visible que el sistema de distribución territorial del poder instaurado en 1978 tiene en la técnica de administración del demanio, es preciso subrayar, como observación liminar, que la función y el alcance de las figuras tradicionales de intervención quedan decisivamente modulados por su articulación en el seno de un Estado compuesto. En un Estado unitario, en efecto, la titularidad demanial es título suficiente para que la Ley habilite a la Administración una intervención plena en cualquier aspecto relativo al uso y destino del correspondiente bien, regulando mediante concesiones, autorizaciones y reglamentaciones las actividades públicas y privadas que se realizan utilizando porciones del dominio público. Buena muestra ofrece en este sentido la legislación preconstitucional en la materia, desde la venerable Ley de Aguas de 1866, hasta la última Ley de Costas de 1969. Una vez instaurado el Estado de las autonomías, sin embargo, la potencialidad expansiva del dominio público como título de intervención administrativa se ve drásticamente limitada por el orden constitucional de competencias, y así como una Comunidad Autónoma no puede enajenar un bien inmueble de su exclusiva propiedad sin atenerse a las reglas estatales cuya observancia impone el artículo 149.1.18 CE (STC 85/1984), las leyes estatales no pueden otorgar a la Administración del Estado atribuciones sobre las actividades que se desenvuelven en el demanio natural sin respetar los ámbitos materiales que los Estatutos de Autonomía reservan a sus respectivas Administraciones (STC 103/1989, FJ 4).

La propiedad pública de un bien es, en efecto, separable del ejercicio de

aquellas competencias públicas que lo tienen como soporte natural o físico: ni las normas que distribuyen competencias entre las Comunidades Autónomas y el Estado sobre bienes de dominio público prejuzgan necesariamente que la titularidad de los mismos corresponda a éste o a aquellas, ni la titularidad estatal del dominio público constitucionalmente establecida predetermina las competencias que sobre él tienen atribuidas el Estado y las Comunidades Autónomas (STC 227/1988, FFJJ 14.5 y 15.1). En esta sentencia y para corroborar esta disociación entre la titularidad de un bien de dominio público y las competencias —legislativas o de otro orden— que atañen a su utilización, nos apoyamos precisamente en el dato de que distintas Comunidades Autónomas han asumido competencias sobre la ordenación del litoral, aunque la Constitución considera inequívocamente dominio público estatal a la zona marítimo-terrestre y las playas y mencionamos también la atribución a diversas Comunidades de competencias sobre salvamento marítimo y vertidos en aguas territoriales del Estado, así como sobre medios de transporte que discurren sobre infraestructuras de titularidad estatal (en el mismo sentido STC 53/1984).

La cuestión central que frente al Título III de la Ley, central por lo demás también para toda la estructura de la Ley, es la del alcance que esta limitación de las facultades dominicales por obra de las competencias asumidas por las Comunidades Autónomas tiene respecto de la utilización del demanio. En concreto, los recurrentes vienen a sostener, con unos u otros argumentos, que el otorgamiento de los títulos requeridos para la utilización del demanio que no sea la común y pública (autorizaciones) o para su ocupación (concesiones) no corresponde al Estado, sino a las propias Comunidades Autónomas en virtud, sobre todo, de la competencia asumida por éstas para la ordenación del territorio y del litoral, pero también en razón de otros títulos específicos como son los de pesca en aguas interiores, marisqueo y acuicultura; ordenación del sector pesquero; puertos que no sean de interés general; salvamento marítimo y vertidos industriales y contaminantes; turismo, deportes y ocio. Frente a este entendimiento, la Ley afirma rotundamente [art. 110.b)] que corresponde a la Administración del Estado “la gestión del dominio público marítimo-terrestre, incluyendo el otorgamiento de adscripciones, concesiones y autorizaciones para su ocupación y aprovechamiento, la declaración de zonas de reserva, las autorizaciones en las zonas de servidumbre y, en todo caso, las concesiones de obras fijas en el mar, así como las instalaciones marítimas menores ... que no formen parte de un puerto o estén adscritas al mismo”. Es la validez de esta reserva en favor de la Administración del Estado, enunciada por un precepto que se halla fuera del Título cuyo análisis comenzamos ahora, pero que determina en lo esencial su contenido, la cuestión que ahora debemos dilucidar.

Para acometer esta tarea debemos comenzar por precisar la nula relevancia que para el razonamiento que ahora nos ocupa tiene la referencia estatutaria a instalaciones que, como en particular, los puertos que no sean de interés general, han de estar necesariamente emplazados en el dominio público marítimo-terrestre, pues en este caso, como en el de las vías de transporte de titularidad autonómica, la gestión del demanio ocupado y por tanto la facultad de otorgar autorizaciones y concesiones, pasa a las Comunidades Autónomas al adscribirseles los correspondientes espacios. Esta traslación de la gestión demanial en relación con los puertos que no sean de interés general priva igualmente de eficacia a la competencia autonómica sobre la pesca de aguas interiores como título específico en el que apoyar la reivindicación del otorgamiento de autorizaciones y concesiones para la utilización u ocupación del demanio no adscrito,

pues como es evidente, salvo en escasísimos supuestos, difícilmente imaginables, las tareas pesqueras habrán de utilizar o bien puertos de titularidad autonómica, respecto de las que el problema no se plantea, o bien puertos de interés general, cuya gestión está en principio reservada a la competencia exclusiva del Estado (art. 149.1.20).

En definitiva, los títulos competenciales que las Comunidades Autónomas pueden oponer a la reserva al Estado de las facultades de gestión del dominio público marítimo-terrestre [las únicas de las que en este momento nos ocupamos, pues las facultades que el art. 110.b) confiere a la Administración estatal sobre las zonas de servidumbre, y sobre las obras fijas en el mar, etc., no son directamente relevantes para el análisis del Título III] son los que atañen a la ejecución de la legislación estatal sobre vertidos industriales y contaminantes y muy en especial sobre ordenación del territorio, urbanismo y vivienda.

Es cierto que en alguna de las demandas se alude a otros títulos competenciales, pero ni la competencia que el Estatuto de Autonomía del País Vasco (art. 9.7.º) atribuye a esta Comunidad Autónoma sobre el dominio público autonómico se extiende al dominio público estatal, ni la competencia que, sobre "concesiones y contratos en materia de su competencia" ostentan las Comunidades Autónomas recurrentes [art. 11.1.b) EAPV; art. 10.1.2.º EAC, etc.] permiten alcanzar conclusión alguna respecto de las concesiones demaniales, pues la competencia asumida es, en este caso, una competencia *per relationem*, o instrumental, de manera que existe sólo en la medida en que se ostente competencia material sobre el servicio para el que la concesión se otorga.

La competencia para ejecutar la legislación del Estado sobre salvamento marítimo y sobre vertidos industriales y contaminantes en las aguas territoriales del Estado correspondientes al litoral de la respectiva Comunidad Autónoma, asumida por alguna de las Comunidades recurrentes (arts. 12.10 EAPV, 11.10 EAC, 29.3.º y 4.º EAG, 17.6.º y 11 EAA, 33.9.º EAV, y 12.3.º y 11 EAIB) aunque no por todas (no figura en el EACan. y sólo como proyecto, en lo que toca al salvamento, en el EACant.), en cuanto competencia puramente ejecutiva, difícilmente puede sustentar una pretensión dirigida contra una norma de rango legal. Es claro que la competencia que se asume es la de ejecutar la legislación del Estado en materia de vertidos industriales y contaminantes en el mar territorial y esa legislación no incluye disposición alguna respecto de la parte terrestre del demanio marítimo-terrestre, por lo que no cabe sostener que también la gestión de éste debe ser atribuida, en lo que a los vertidos toca, a la Administración competente para la ejecución de la legislación sectorial. Sin duda no sería constitucionalmente imposible esa solución, pero, como a continuación hemos de ver en relación con la competencia de ordenación territorial, del hecho de que esa posibilidad exista no se sigue en modo alguno la imposibilidad de la solución adoptada por el legislador que es también constitucionalmente adecuada, en cuanto que es a la Administración del Estado, como personificación de la titularidad demanial, a la que directamente incumbe la responsabilidad de proteger su integridad y asegurar su utilización pública y gratuita.

Es así sobre todo la competencia plena para la ordenación del territorio propio, incluido el litoral, la que más sólidamente puede fundamentar la oposición de las Comunidades Autónomas a la retención en manos de la Administración del Estado, de las facultades relativas a la gestión del dominio público marítimo-terrestre pues es incuestionable que formando parte éste de aquel territorio, la capacidad para ordenarlo condiciona, de uno u otro modo, el otorgamiento de los títulos que permitan su utilización privativa o su ocupación. La

tesis de los recurrentes es la de que el otorgamiento de esos títulos corresponde a la Administración competente para la ordenación territorial y por eso impugnan la solución acogida por la Ley en este punto, invocando para ello muy reiteradamente, algunos pronunciamos de nuestra Sentencia de 3 de julio de 1984 (STC 77/84), especialmente el de que "El concepto de dominio público sirve para calificar una categoría de bienes, pero no para aislar una porción de territorio de su entorno y considerarlo como una zona exenta de las competencias de los diversos entes públicos que las ostenten".

La mencionada afirmación, a través de la cual no se llega, naturalmente, a la afirmación de que la competencia para la ordenación del territorio excluye toda otra, sino a la de que sobre la zona marítimo-terrestre se produce una concurrencia de competencias que puede dar lugar a dificultades para las que aparece aconsejable buscar soluciones de cooperación, se hizo con motivo de un conflicto de competencias planteado por el Gobierno de la Nación frente a dos Resoluciones del Departamento de Política Territorial y Obras Públicas del País Vasco que aprobaban la modificación del Plan General de Ordenación Urbana de Bilbao y el Plan Especial para la ejecución de la solución Ugaldebieta. Aunque inicialmente la Administración vasca había iniciado la expropiación de los espacios portuarios o demaniales a ocupar, ese procedimiento, que según el alegato del Gobierno Vasco tenía una finalidad "meramente descriptiva", quedó interrumpido por entender, según se dice en las actuaciones, que planificación y ejecución de los planes son dos momentos jurídicos diversos "en relación con los cuales la competencia del primero reside en la Comunidad Autónoma y la del segundo ha de someterse a ciertas especialidades, precisamente por la naturaleza demanial de los terrenos afectados, que vendrá determinada por la legislación específica". Es en el contexto de este litigio concreto en donde se hacen las antes referidas afirmaciones y de ellas nada cabe concluir, en consecuencia, respecto de cuál haya de ser la Administración competente para otorgar títulos de utilización u ocupación del demanio, aunque sí, sin duda, sobre la necesidad de que este otorgamiento haya de hacerse sin contrariar las previsiones de la ordenación territorial.

Una cosa es, sin embargo, claro está, la necesidad de que la concesión o autorización no se otorguen contra las previsiones ordenadoras y otra bien distinta la de que hayan de otorgarse siempre que el plan las prevé y en la forma que en él están previstas y dando un paso más aún, que para asegurar esta conformidad, esta vinculación positiva del otorgamiento de títulos demaniales a las previsiones de ordenación, haya de encomendarse a la Administración competente para la ordenación también la facultad de otorgar los títulos que facultan para la utilización u ocupación de un dominio cuya titularidad no ostentan. La necesidad de llegar hasta esta última consecuencia se argumenta a partir del principio del que el dominio público no es un criterio utilizado para la delimitación competencial, de manera que en el dominio público estatal el Estado no tendría otras competencias que aquellas que, respecto de cualquiera otra parte del territorio nacional, le reserva el artículo 149 de la Constitución, bien por reservárselas en exclusiva, bien por no haberlas asumido dentro de su territorio la correspondiente Comunidad Autónoma.

Como es evidente, tal modo de razonar incurre en una injustificada identificación entre las competencias de los entes públicos territoriales y las facultades dominicales que el Estado tiene como titular del dominio público estatal. Al incluir en él, como componente necesario, aunque no exclusivo, la zona marítimo-terrestre, el artículo 132.2 no ha establecido limitación ni modulación

alguna derivadas del hecho, constitucionalmente necesario, de que ese dominio público formase parte también del territorio de distintas Comunidades Autónomas. Tampoco la interpretación sistemática de la Constitución lleva en modo alguno a la conclusión, implícita en el razonamiento antes comentado, de que, al afirmar la titularidad estatal del dominio público marítimo-terrestre, el constituyente quería hacer referencia sólo, por así decir, al nudo dominio dejando la disposición sobre el uso y aprovechamiento de esa zona a las Administraciones territoriales, en la medida en la que sus competencias sectoriales se extendieran sobre ella. Esa técnica no es, desde luego, constitucionalmente imposible y el legislador la ha utilizado de hecho al recurrir a la figura de la adscripción en favor de competencias concretas de las Comunidades Autónomas (puertos y vías de comunicación, como ya hemos visto) pero esta posibilidad, no es sino una de las opciones que le legislador puede seguir, no la consecuencia única y obligada del bloque de la constitucionalidad, con el que también es perfectamente compatible la retención en manos de la Administración estatal de la gestión del dominio público del Estado.

Aun a riesgo de incurrir en reiteraciones, no es superfluo advertir, también en este punto, que esas facultades dominicales sólo pueden ser legítimamente utilizadas en atención a los fines públicos que justifican la existencia del dominio público, esto es, para asegurar la protección de la integridad del demanio, la preservación de sus características naturales y la libre utilización pública y gratuita, no para condicionar abusivamente la utilización de competencias ajenas y en lo que aquí más directamente nos ocupa, de la competencia autonómica para la ordenación territorial. En consecuencia, no sólo podrán reaccionar las Comunidades Autónomas a través de las correspondientes vías jurisdiccionales en la eventualidad de un uso indebido sino que también al analizar las normas que facultan al Estado para el otorgamiento de autorizaciones y concesiones, habremos de eliminar nosotros aquellas previsiones que de modo manifiesto las hagan posible. Estas correcciones, que en su caso se harán al estudiar cada uno de los artículos del Título, no afectan en nada, sin embargo, a la concepción básica que lo anima y que es perfectamente compatible con el bloque de constitucionalidad.

B) *Disposiciones generales* (cap. I, arts. 31-41)

a) Artículo 31

El artículo 31, impugnado por el Gobierno vasco y por el Consejo de Gobierno de Cantabria, somete la utilización del territorio costero —en cuanto dominio público— a dos regímenes distintos: cuando el uso es común general y normal, en los términos que expresa su apartado 1, las correspondientes actividades son libres, públicas y gratuitas; por el contrario, cuando la utilización del mar o su ribera es especial, privativa o anormal, se requiere inexcusablemente alguno de los títulos de ocupación que enumera el apartado 2 del mismo artículo: reserva, adscripción, autorización o concesión.

El apartado 1 no suscita reparo competencial alguno. Que los usos comunes que en él se contemplan, tales como pasear, estar, bañarse, navegar, embarcar y desembarcar, varar, pescar o coger plantas o mariscos, que no requieren obras o instalaciones de ningún tipo y son acordes con la naturaleza del dominio público marítimo-terrestre, están abiertos a una utilización libre, pública y gra-

tuita, es una norma tradicional que se sustenta en la competencia exclusiva del Estado para establecer el régimen jurídico del dominio público de su titularidad, del que forma parte determinar cuáles usos no requieren acto administrativo de intervención [STC 227/1988, FJ 23.a)]

La impugnación del Gobierno vasco va dirigida sobre todo contra el inciso final de este apartado 1 del artículo 31, en el que se dice expresamente que las actividades que son libres, desde la perspectiva demanial, por poder ser calificadas como usos comunes generales y normales, han de realizarse de acuerdo con las leyes y reglamentos o normas aprobadas conforme a esta Ley, sin hacer referencia alguna a las normas dictadas por las Comunidades Autónomas en ejercicio de sus competencias sobre tales actividades. El reproche del Gobierno vasco resulta, sin embargo, en parte superfluo y, en parte, inviable. Superfluo porque es evidente que el precepto habla de leyes y reglamentos en general, y que en consecuencia no excluye en modo alguno la necesidad de que la utilización común del demanio haya de ajustarse a las normas dictadas por las Comunidades Autónomas cuando tal utilización implique la realización de actividades sobre las que éstas tienen competencia material. Y es en parte inviable, porque el legislador estatal no hubiera podido establecer el orden de prelación de normas aplicables a las distintas materias que confluyen sobre el espacio costero, por las razones expuestas en relación con la Administración local por la STC 214/1989, FJ 5. Es cierto que además de mencionar las leyes y reglamentos el precepto hace referencia a otras "normas aprobadas conforme a esta Ley" y que, como hemos de ver, la habilitación que la Ley confiere a la Administración para dictarlas no siempre es constitucionalmente adecuada. En cuanto que esta inadecuación no se da en todos los casos, sin embargo, la referencia genérica es constitucionalmente inobjetable.

A idénticas conclusiones es preciso llegar respecto al apartado 2 de este artículo 31, en cuanto sujeta las usos especiales y privativos "a lo previsto en esta Ley". También en este caso hay una referencia a las normas generales y específicas aprobadas conforme a la propia Ley, pero como acabamos de decir es, en sí misma inocua, sin perjuicio del juicio de constitucionalidad que merezcan las correspondientes habilitaciones legales, y que se formula con ocasión de los preceptos pertinentes, especialmente los artículos 22 y 34.

Por último, la exclusión de la usucapción cualquiera que sea el tiempo transcurrido, como título del que emane derecho alguno al uso del dominio público marítimo-terrestre, que denuncia la Comunidad Autónoma de Cantabria en el artículo 31.2, es constitucional por los mismos fundamentos por los que una disposición análoga fue confirmada en la Sentencia 227/1988, FJ 23.c), en la que ya afirmamos que, de otro modo, se invalidaría el principio de que sólo mediante título administrativo cabe adquirir derechos de uso privativo, que es un principio básico del sistema concesional, tanto en materia de aguas como en la que aquí se regula.

b) Artículo 32

La impugnación dirigida contra el artículo 32 ha de ser rechazada por las mismas razones que ya se dieron a estudiar el artículo 25. Conviene advertir, sin embargo, que la declaración de utilidad pública por el Consejo de Ministros que contempla su apartado 2 no reemplaza, salvo en el supuesto de previa reserva, a los actos de intervención que la legislación sectorial encomiende a la Adminis-

tración Autonómica, o en su caso, a la local, sino que se superpone a ellos, limitándose a la función de garantizar la integridad física o jurídica del dominio público, y sin que pueda interferir en la apreciación de los factores regulados por la correspondiente legislación sectorial, por parte de la Administración encargada de ejecutar esta última.

c) Artículo 33

Problemas más complejos suscita la impugnación dirigida contra los apartados 2 a 5 del artículo 33, en los términos ya recogidos en los Antecedentes.

En estos preceptos se entremezclan, en efecto, de manera muy estrecha, enunciados que sin duda son competencia estatal por versar directamente sobre la ocupación de una parte importante del demanio marítimo-terrestre (las playas) con otros que aunque referidos también a esta ocupación, no regulan directamente el grado de la misma, sino más bien el modo de llevarla a cabo y podrían ser considerados por tanto como normas de ordenación del territorio o más precisamente, como una habilitación a la Administración del Estado para dictar normas de este género, atribuyendo así a ésta una competencia que es de las Comunidades Autónomas costeras. Aunque tal atribución, en la medida en que exista, ha de reputarse, claro está, incompatible con el bloque de la constitucionalidad, tampoco cabe ignorar que la ocupación de las playas podría resultar gravemente obstaculizadora de su uso público, que el Estado ha de garantizar, e incluso gravemente dañosa para la integridad física del demanio, si las instalaciones permitidas en ellas y las edificaciones para su servicio pudieran hacerse sin otra restricción que la de no ocupar más de un porcentaje determinado del espacio playero o situándose en cualquier lugar de la playa, con lo que tampoco cabe negar al Estado título para disciplinar estas cuestiones en el caso de que la Administración directamente competente, no lo haga.

El apartado segundo no plantea, pese a lo dicho, especiales problemas. Ni el principio del acceso público a las instalaciones permitidas en las playas es constitucionalmente objetable, como congruente con el uso público de éstas, ni la posibilidad de que se autoricen otras modalidades de uso de tales instalaciones está concebida en términos que restrinjan o anulen las facultades que a las Administraciones competentes puedan corresponder y ha de considerarse, en consecuencia, como no incompatible con el sistema constitucional de delimitación competencial.

Tampoco es contrario al sistema constitucional de delimitación de competencias la indicación, contenida en el apartado tercero, de que las edificaciones para el servicio de la playa se habrán de situar preferentemente fuera de ella, pues como es evidente tal indicación no excede de la facultad para regular la utilización del dominio público que va aneja con su titularidad.

La determinación adicional del mismo apartado, según la cual la dimensión máxima de tales edificaciones no podrá exceder de la que reglamentariamente se fije, ni ser menor del mínimo también reglamentariamente establecido la distancia entre ellas suscita una doble cuestión, la de cuál sea el título estatal para imponer una limitación de este género, en primer lugar, y la de la licitud de un apoderamiento a la Administración para concretarla. Ambas tienen, sin embargo, fácil respuesta, pues tanto si las edificaciones en cuestión están situadas en la playa misma y por tanto en terrenos demaniales como si se encuentran fuera de ella, en la zona de protección, el Estado está habilitado para establecer

esas limitaciones, sea como titular del demanio, sea en uso de la competencia para establecer la legislación básica sobre medio ambiente y tanto en uno como en otro caso, en cuanto que la determinación concreta, aunque general, remitida al Reglamento para desarrollo y aplicación de la Ley, constituye un complemento necesario de ésta, no puede hacerse a esa habilitación a la Administración objeción alguna desde la perspectiva constitucional.

Es evidente, sin embargo, que como la titularidad para la ordenación del territorio, incluso el litoral, es competencia propia de las Comunidades Autónomas costeras, habrán de ser éstas las que, respetando esos límites máximos y mínimos, aprueban los correspondientes instrumentos de ordenación, o establezcan las condiciones en que han de ser aprobados y fijen cuáles han de ser los criterios a los que han de acomodarse, en sus dimensiones, en la distancia y en todos los restantes extremos, las mencionadas edificaciones. Así entendido, como simple establecimiento de máximos y mínimos, el precepto no es contrario a la Constitución.

La norma del apartado 4 según la cual las instalaciones situadas en la playa no podrán ocupar más de la mitad de su superficie en pleamar es, naturalmente, inobjetable, pues sólo el titular del demanio puede resolver en último término sobre el grado de ocupación de éste. No así, en cambio, en lo que toca a la distribución de tales instalaciones, que debe ser establecida por la Administración competente para la ordenación del territorio, aunque en su defecto pueda valer como supletoria la norma legal que establece la distribución homogénea. Por esta misma razón ha de ser reputado como inconstitucional el inciso final, que atribuye a la Administración del Estado la potestad de establecer otro modo de distribución de las instalaciones cuando se den condiciones especiales, pues es esa una tarea que corresponde a la Administración competente para la ordenación del territorio, aunque pueda la Administración estatal denegar las solicitudes de autorización o concesión, aun acomodadas a la distribución prevista en la ordenación del territorio, por razones de interés público, de acuerdo con lo previsto en el artículo 35, en los términos que después se verán.

El apartado 5, por último, que en cierto modo completa la previsión del artículo 31.1 es inobjetable desde el punto de vista de la delimitación constitucional de competencias, en cuanto que se limita a excluir, en todo caso, la licitud de ciertos usos de las playas. El Estado, que ciertamente no necesita invocar en su favor en este caso el título que le confiere el artículo 149.1.21 de la Constitución, que difícilmente podría justificarlo, se limita con ello a hacer uso de la facultad que como titular del demanio ostenta para proteger su integridad y garantizar su uso público.

d) Artículo 34

El artículo 34 dispone que la Administración del Estado, "sin perjuicio de las competencias de las Comunidades Autónomas o Ayuntamientos, dictará las normas generales y las específicas para tramos de costa determinados", normas que habrán de incluir directrices sobre las distintas materias que el propio artículo enumera en los párrafos a) a f). Es éste uno de los preceptos de la Ley que concitan mayores y más enérgicas objeciones por parte de los recurrentes. En general éstos ven en él una habilitación a la Administración para dictar normas de ordenación territorial que invaden sus competencias propias pese a la salvedad inicial de su enunciado y a pesar también de que, en su apartado segundo

y en relación sólo con las normas específicas, prevé la audiencia previa de Comunidades Autónomas y Ayuntamientos. Aunque esta objeción se apoya desde luego, como subraya el Abogado del Estado, en la potencial utilización que de tal habilitación puede hacerse, más que en la existencia de la habilitación misma y aunque es cierto también que la finalidad de tales normas (la protección y utilización del demanio) no es ajena a las que el Estado, como titular de éste, puede perseguir legítimamente, no bastan estas razones para desechar las que aducen los recurrentes, que exigen un más detenido análisis; ni puede calificarse sin más de constitucionalmente adecuada una norma habilitante por el hecho de que la invasión real de las competencias ajenas se produzca sólo cuando se haga uso de ella, ni la finalidad perseguida basta por sí sola para legitimar constitucionalmente la habilitación en cuestión cuando, de acuerdo con el bloque de la constitucionalidad, su persecución exige la acción concertada de diversas instancias dotadas de competencias propias.

El primer problema que plantea ese análisis más detallado del precepto es el de precisar cuál es la naturaleza de las normas a que se refiere y cuál el contenido posible de las directrices que éstas han de incluir o, si se quiere, qué es lo que tales directrices son desde el punto de vista jurídico.

En cuanto al poder del que emanan se trata sin duda de normas estatales, pues, como es obvio, ni la salvedad inicial en favor de la competencia propia de Comunidades Autónomas y Ayuntamientos, ni la simple audiencia de unas y otros en el caso de las normas específicas, permiten considerarlas, como era el caso en las previstas en el artículo 22, ya analizado, como producto de la voluntad conjunta de las Comunidades Autónomas y el Estado, aunque fuera éste el que tomaba la iniciativa de dictarlas y el que las aprobaba formalmente. Son, por lo tanto, normas estatales no sólo en cuanto a su forma, sino también materialmente en cuanto que es sólo el Estado el que determina su contenido. Así viene a confirmarlo, por lo demás, el artículo 110.f) de la propia Ley, al afirmar que corresponde a la Administración del Estado la "aprobación de las normas elaboradas conforme a lo previsto en los artículos 22 y 34", pues en la elaboración de estas últimas la voluntad estatal es la única decisiva.

Se trata pues, de normas estatales de rango infralegal, aunque ni las eventuales normas generales, ni menos aún, claro está, las específicas se integren en el Reglamento general aprobado por RD 147/1989 y objeto de los conflictos de competencia de que se da cuenta en los Antecedentes. Dichas normas no desarrollan, sin embargo, preceptos concretos de la Ley; se dan, sin duda, en el marco de ésta, pero no para concretar previsiones que estén, siquiera *in nuce*, en la propia Ley, sino en virtud de consideraciones, por así decir libres o de oportunidad, aunque dirigidas en todo caso a regular la protección y utilización del demanio marítimo-terrestre. Es esta especial naturaleza la que explica seguramente que el legislador no haya considerado como habilitación suficiente la contenida en la Disposición Final 2.ª y se haya sentido obligado, en consecuencia, a incluir aquí la previsión que ahora analizamos.

Si el análisis hubiera de tomar en cuenta sólo el contenido posible de las normas que este artículo 34 permite dictar a la Administración, la impugnación habría de ser rechazada. Todas las materias acerca de las cuales han de versar las directrices que esas normas puede incluir se refieren, en definitiva, salvo que los distinto párrafos en que se divide el apartado primero se interpreten en términos difícilmente conciliables con su letra, a actuaciones propias de la Administración del Estado en cuanto que todas están referidas a la protección o utilización del demanio y resulta en consecuencia imposible negar a la Adminis-

tración del Estado la facultad de establecer, con carácter general o respecto de tramos específicos de la costa, los criterios con arreglo a los cuales habrán de actuar sus órganos periféricos en el desarrollo de las funciones que les han sido encomendadas.

Esa finalidad de acomodar a criterios generales o específicos la actuación de los órganos de la Administración del Estado se alcanza normalmente, sin embargo, mediante instrucciones de servicio. Pero las referencias que en otros lugares de la Ley se hace a estas normas del artículo 34 evidencian que el legislador no las concibe en ese limitado sentido, sino como auténticas reglas de derecho de aplicación directa en una materia (ordenación del territorio y urbanismo) en la que todas las Comunidades Autónomas, que resultarían vinculadas por esas normas, han asumido competencia plena.

Así, y sean cuales sean las previsiones de los correspondientes instrumentos de ordenación territorial, las solicitudes de autorización para utilización y ocupación del demanio sólo podrán referirse a las instalaciones y actividades previstas en las normas generales y específicas dictadas de acuerdo con lo establecido en el artículo 34 (art. 52.1), que también fijan las condiciones con arreglo a las cuales se otorgarán a los Ayuntamientos las autorizaciones para explotación de los servicios de playa (art. 53.1). A estas normas habrá de estarse para otorgar las autorizaciones de vertidos contaminantes, superponiendo así dichas normas a lo ya dispuesto en la legislación estatal y autonómica correspondiente (art. 57.2); es el orden de preferencia fijado por esas normas el que se observará al otorgar las autorizaciones y concesiones que se soliciten (art. 74.3), y a ellas deberán adecuarse por último la ordenación territorial y urbanística del litoral existente a la entrada en vigor de la Ley (DT 3.^a.4).

La eficacia que a estas normas se atribuye es, en definitiva, tal que son ellas y no los instrumentos de ordenación del litoral producidos por las Comunidades Autónomas (instrumentos para cuya aprobación se requiere, por lo demás, el informe previo y vinculante de la Administración estatal según el art. 112), o las medidas que éstas adopten en ejecución de la legislación estatal sobre vertidos industriales y contaminantes al mar [también requeridas de informe previo y vinculante: art. 112.*b*)] las que determinen cuál haya de ser la utilización y ocupación del demanio marítimo-terrestre, que realmente vienen a ordenar. No se trata, pues, ni de simples instrucciones de servicio, ni de normas, que, dictadas en virtud de competencias específicas del Estado aisladamente consideradas o en conexión con las funciones que a éste impone inexcusablemente el artículo 132.2, vienen a condicionar la competencia asumida por las Comunidades Autónomas para la ordenación de su propio territorio, sino de normas que proceden directamente a ordenarlo y que, en consecuencia invaden las competencias autonómicas.

Esta evidencia, que conduce inexcusablemente a considerar inconstitucional al precepto que habilita a la Administración del Estado para dictar tales normas, plantea, sin embargo, un problema que no podemos ignorar y exige una aclaración necesaria.

En lo que toca a esta última, conviene subrayar aquí que la declaración de inconstitucionalidad del precepto no implica en modo alguno que la Administración del Estado, a la que incumbe la protección y utilización del demanio, no pueda llevar a cabo las actuaciones de defensa, regeneración, mejora y conservación del dominio público [apartado 1.*a*)], o prever prioridades para atender las demandas de extracciones de áridos [1.*b*)], o determinar cuál es la localización en él de las infraestructuras e instalaciones [1.*c*)], o regular el procedimiento

para el otorgamiento de concesiones y autorizaciones [1.d)], o resolver lo necesario sobre la adquisición, afectación y desafectación de terrenos [1.f)], ni, en general, desempeñar sus funciones propias sin otra orientación que la del interés público, de manera que no pueda negar, por ejemplo, las autorizaciones y concesiones que de ella se soliciten, aun estando ajustadas esas solicitudes a los correspondientes instrumentos de ordenación territorial, cuando estime que su otorgamiento sería perjudicial para la integridad del dominio público o su utilización. Tampoco significa que los órganos centrales de la estructura administrativa correspondiente no puedan establecer, cuando lo estimen oportuno, los criterios a los que, con carácter general o respecto de tramos específicos, habrá de ajustarse la actuación de los órganos periféricos impartiendo instrucciones o directrices sobre las materias o haciendo uso de la habilitación general que les concede la DF 2.^a.2. Una cosa es, sin embargo, que en virtud de la aplicación de tales criterios se denieguen en uno o más casos solicitudes de autorización o concesión admisibles de acuerdo con la ordenación territorial o urbanística, y otra bien distinta que esas instrucciones o directrices, convertidas en normas vengan a sustituirla, de manera que la negativa pueda fundarse exclusivamente en la no conformidad de la solicitud con lo previsto en ellas. La denegación de una solicitud cursada de acuerdo con las previsiones establecidas por la Administración competente para la ordenación del territorio y del litoral sólo podrá fundarse en el daño que su otorgamiento implicaría para la preservación del dominio público o para su utilización, no por contravenir normas emanadas de una Administración que carece de competencias propias en esta materia.

e) Artículo 35.2

Es cierto que, como alega la Comunidad de Cantabria, cuando el artículo 35.2 dispone que la Administración del Estado no está obligada a otorgar los títulos de utilización del dominio público marítimo-terrestre que se soliciten con arreglo a las determinaciones del plan o normas aprobadas, establece una excepción —que no derogación— a lo dispuesto con carácter general por el artículo 57 de la Ley del Suelo. Este dato, en sí, sería irrelevante, pues nada impide a una Ley del Estado excepcionar lo dispuesto por otra Ley estatal. No obstante, es preciso examinar en qué medida esta disposición vulnera por ello el principio de seguridad jurídica que garantiza el inciso 6 del artículo 9.3 CE, y en qué medida incurre en una vulneración de la competencia autonómica sobre urbanismo, como afirma también la Comunidad Valenciana.

Desde la perspectiva competencial, las dos posibilidades de denegación de la pertinente autorización o concesión que contempla el artículo 35.2 merecen un juicio dispar. Que la Administración del Estado deniegue una solicitud, para realizar una obra u otra utilización del demanio costero que se ajusta a planeamiento, por razones de interés público debidamente motivadas es perfectamente constitucional, siempre que los intereses públicos hechos valer por el Estado correspondan al ámbito de sus competencias sectoriales, o se cifren en la integridad física o jurídica del dominio del que el Estado es titular, por conllevar una degradación del bien costero o un atentado a su condición demanial. Por el contrario, la denegación por razones de oportunidad distintas de las que acaban de indicarse más arriba conlleva una vulneración de las competencias sobre urbanismo y ordenación territorial de la Comunidad Autónoma litoral, puesto que es a ella a quien corresponde apreciar la oportunidad de las distintas distri-

buciones de usos sobre su territorio, y sin que las facultades estatales de preservación del dominio público requieran esta facultad de denegación libérrima y discrecional, añadida a la facultad de denegar por motivos de interés público. Cuando sobre un mismo ámbito coinciden las competencias de unas instancias centrales y autonómicas del Estado, no es admisible que ninguna de ellas se irrogue un poder omnímodo o puramente discrecional; pues una potestad sin límites es incompatible con la idea misma de distribución del poder público, y es incompatible con la esencia del Estado de las Autonomías.

La conclusión alcanzada desde la óptica competencial y que lleva a considerar contraria a la Constitución la referencia a las razones de oportunidad resuelve en gran medida la alegación apoyada en el principio de seguridad jurídica, pues en la medida en que la denegación se apoye en una causa de interés público, debidamente motivada, y que aparezca fundada en una norma establecida por las leyes cuya ejecución compete a la Administración del Estado, o establecida en la misma Ley de Costas como régimen del demanio costero, no habrá vestigio alguno de vulneración del artículo 9.3 CE.

f) Artículo 36

La previsión que introduce el artículo 36, facultando a la Administración del Estado para exigir al solicitante de un uso la presentación de estudios y garantías económicas, en los supuestos en que se puedan producir daños y perjuicios sobre el dominio público o privado, no puede ser interpretada en el sentido que teme el Gobierno vasco. La determinación reglamentaria de dichos estudios y garantías es constitucionalmente legítima, en cuanto aparece como un complemento indispensable de la regulación legal, que a su vez se limita a establecer una norma que preserva la integridad física del dominio público, por lo que queda comprendida inequívocamente en la competencia legislativa del Estado sobre el mar y su ribera. La determinación de cuáles son los supuestos en los que dichos estudios y garantías económicas deben ser exigidos no priva a las Comunidades Autónomas de sus facultades de gestión sobre los usos sometidos a sus competencias sectoriales y específicas.

g) Artículo 37

El artículo 37, al prescribir en su apartado 2 que la Administración del Estado conservará en todo momento las facultades de tutela y policía sobre el dominio público afectado por una ocupación, no priva al Gobierno vasco de sus facultades de gestión acerca de aquellas actividades que correspondan a materias de su competencia aunque se desarrollen sobre el dominio público. Las facultades de tutela y policía dimanar de la titularidad estatal sobre los bienes marítimo-terrestres, en los términos que resultan de los correspondientes preceptos de la propia Ley de Costas. El precepto se limita a señalar que el otorgamiento del título de ocupación que corresponda no conlleva la disposición, traslado o renuncia a las facultades irrenunciables que son inherentes a la titularidad demanial, en cuanto imprescindibles para garantizar la integridad del dominio público y velar por su efectiva utilización en términos adecuados a su afectación a la utilidad pública, tal y como han sido definidos en el título de ocupación.

De aquí que el titular quede obligado a informar a la Administración del

Estado tan sólo de las incidencias que se produzcan en relación con los bienes de dominio público, y no de aquellas otras que atañan a la actividad realizada sin repercutir en su soporte demanial, que deberán en su caso ser puestos en conocimiento de la Administración sectorial que resulte competente. En esa misma línea ha de entenderse la facultad de dictar instrucciones al titular de la ocupación, que si se ciñen al ámbito demanial que les es propio nunca permitirán a la Administración del Estado inmiscuirse en la intervención de aquellas actividades, o en la gestión de aquellos servicios y obras que sean de la competencia de las Comunidades Autónomas.

h) Artículo 38

La prohibición de publicidad que el artículo 38.1 impone en el dominio público costero no infringe ni ignora la competencia de las Comunidades balear y vasca y sobre la ordenación del territorio o el urbanismo. A su condición de norma básica para la protección del medio ambiente, que comparte con la interdicción formulada por el artículo 25.1.f), el artículo 38.1 une el carácter de regla jurídica general que forma parte integrante del régimen jurídico del demanio estatal sobre el que el Estado ostenta competencia legislativa plena.

Respecto a la prohibición que enuncia el artículo 38.2, de anunciar en cualquier medio de difusión aquellas actividades en el demanio costero que sean clandestinas (por carecer del preceptivo título administrativo) o abusivas (por no ajustarse a sus condiciones), hay que dar la razón al Abogado del Estado. Aun cuando el Gobierno vasco recurre todo el artículo 38, su sucinto argumento contra una incorrecta articulación entre protección y uso de la ribera del mar y la ordenación del litoral no atañe al contenido del apartado 2 de este precepto. Cuando un recurrente pretende la depuración del ordenamiento jurídico, tiene la carga de colaborar con la justicia de este Tribunal, analizando pormenorizadamente las graves cuestiones suscitadas (STC 11/1981, FJ 3). En este caso, no existen razones que aconsejen al Tribunal examinar en el fondo la validez de este precepto, cuya supuesta inconstitucionalidad ha quedado tan insuficientemente alegada.

C) *Proyectos y obras* (cap. II, arts. 42-46)

a) Artículo 44

La impugnación dirigida contra los apartados 5 y 6 del artículo 44 referidos respectivamente a los paseos marítimos y a las instalaciones de aguas residuales, no pueden ser aceptadas por las razones que ya se dieron al estudiar la presentada contra el artículo 25.2.

De otra parte, como es evidente, la referencia que este artículo hace en su apartado 1 a normas generales o específicas debe entenderse nula en cuanto incluya las normas previstas en el artículo 34, como consecuencia de la invalidación de éste.

Este apartado no exonera, además, a la Administración competente para formular el proyecto de obra del cumplimiento de los planes que rijan el terreno en que vaya a emplazarse. Que el precepto se refiera tan sólo al planeamiento

desarrollado por el proyecto no puede interpretarse en el sentido que teme el Gobierno vasco, liberando a la obra de los planes urbanísticos o territoriales que puedan estar en vigor sobre la franja litoral correspondiente. La sujeción al planeamiento, tal y como establece el artículo 57 de la Ley del Suelo para los planes urbanísticos, y como establece el artículo 9 de la misma y los correlativos preceptos de las leyes autonómicas de ordenación del territorio para los planes territoriales, no queda exceptuada por lo dispuesto por el artículo 44.1 de la Ley de Costas. Sin que ello obste a que, en cada caso concreto, la Administración del Estado pueda ejercer la facultad que le reconoce el artículo 180 de la Ley del Suelo, en los términos que fueron expuestos por la STC 56/1986.

b) Artículo 46

Las dos impugnaciones que se formulan contra el artículo 46 otorgan al precepto un alcance desmesurado, por lo que yerran al valorar su constitucionalidad. Que la Administración del Estado apruebe planes de "obras y otras actuaciones de su competencia" no equivale a permitirle realizar cualquier tipo de actividad en el espacio costero. El precepto se limita a permitir que la Administración racionalice, a través de planes o, quizá más propiamente, programas integrados, las actuaciones que son de su competencia, v. gr. las enumeradas en las letras a), d) y c) del artículo 110 de la Ley de Costas; no así, en cambio, las que no lo sean, pero sobre estas últimas nuestro pronunciamiento sólo habrá de hacerse, en su caso, al analizar el precepto que específicamente las prevea. Por lo demás, es evidente que en la elaboración de estos planes habrán de tenerse en cuenta los deberes de información mutua, coordinación, colaboración y respeto entre las distintas Administraciones que el artículo 116 de la Ley recuerda y cuyo estricto cumplimiento es siempre necesario.

D) *Reservas y adscripciones* (cap. III, arts. 47-50)

a) Reservas (arts. 47 y 48)

Mediante la declaración de reserva de una zona, la Administración del Estado puede afectar determinadas pertenencias del dominio público marítimo-terrestre para el cumplimiento de fines de su competencia, en los términos previstos por los artículos 47 y 48.

No puede acogerse la impugnación que frente a ellos formula el Gobierno vasco, pues como afirma el Abogado del Estado, nada hay en los preceptos impugnados que ofrezca fundamento a la Administración del Estado para desvincularse de aquellos planes, de carácter territorial, urbanístico, u otro diverso, que esté obligada a cumplir según las leyes. Ni la Constitución exige que las Leyes se carguen de prevenciones y advertencias de que es preciso respetar el orden constitucional de competencias, ni en el presente caso falta tal advertencia contenida, con carácter general, en el artículo 116 de la propia Ley de Costas. La reserva de una zona del dominio público con la consiguiente afectación secundaria para el cumplimiento de fines de competencia estatal, que sustrae de manera total o parcial los terrenos afectados al uso común general (y a cualquier otra utilización, quedando subordinados los derechos preexistentes en los térmi-

nos que formula el artículo 47.3) es instrumental respecto de la competencia sustantiva ejercitada y en consecuencia resulta de plena aplicación la jurisprudencia de las SSTC 76/1984 y 56/1986.

Indudablemente, cuando el Estado ejerce sus competencias deberá tomar en cuenta las competencias de la Comunidad Autónoma, tanto al declarar la reserva, como al llevar a cabo la consiguiente utilización o explotación de la porción reservada del dominio marítimo-costero. Tanto del deber constitucional de lealtad entre el Estado y las Comunidades Autónomas (STC 11/1986), como de los deberes recíprocos que establece el artículo 116 de la propia Ley de Costas, desarrollado en este punto por el artículo 209 de su Reglamento, se desprende inequívocamente que la Administración del Estado deberá suministrar a la de la Comunidad Autónoma toda la información pertinente para la correcta ordenación del territorio autonómico, y para el adecuado ejercicio de sus restantes competencias con incidencia en la franja litoral.

b) Adscripciones (arts. 49 y 50)

Las Comunidades Autónomas recurrentes no cuestionan la figura de la adscripción de bienes de demanio marítimo-terrestre que los artículos 49 y 50 de la Ley de Costas configuran para vincular porciones costeras con el fin de permitirles el ejercicio de sus competencias en dos materias: puertos y vías de comunicación. En la primera, las Comunidades Autónomas de autonomía plena ostentan competencia exclusiva sobre todos los puertos que no revisten interés general (art. 149.1.20 y los correspondientes de los respectivos Estatutos); la de las Comunidades de autonomía gradual alcanza a los puertos de refugio, a los deportivos y, en general a los que no desarrollan actividades comerciales (art. 148.1.6 y los correspondientes de los Estatutos). En materias de vías de transporte, la competencia autonómica se extiende a las carreteras y otras vías cuyo itinerario se desarrolla íntegramente en su territorio (arts. 148.1.5 y 149.1.21 CE y correspondientes a los Estatutos). Correlativamente, a las instituciones centrales del Estado les corresponden los puertos de interés general (y, en su caso, los puertos comerciales), y las vías de transporte interterritoriales.

La adscripción demanial es un instrumento puesto por la Ley al servicio de las Comunidades Autónomas, que al actuar dos de sus competencias sectoriales con incidencia en el territorio costero, quedan exentas del régimen concesional general, y pueden obtener la utilización privativa de zonas del dominio público de una forma similar a las reservas en favor de la Administración del Estado. Se reprocha a la Ley de Costas que ha desnaturalizado la figura, tal y como había nacido en los Reales Decretos de traspasos en materia portuaria.

Esos Reales Decretos no vinculan a las Cortes Generales, ni a los Parlamentos Autonómicos al regular los sectores, instituciones o materias sujetas a su competencia. Esta conclusión es evidente, con sólo reparar en sus autores —los Gobiernos estatal y autonómico, que llegan a acuerdos en el seno de las correspondientes Comisiones Mixtas—, y en la finalidad de estos Decretos —transferir los medios materiales por humanos necesarios para ejercer las competencias dispuestas por la Constitución y el respectivo Estatuto de Autonomía. La Constitución y los Estatutos son, por lo general, las únicas fuentes del orden constitucional de competencias (STC 28/1983 y otras). Cuando la interpretación de este orden que necesariamente constituye la premisa de los traspasos acordados, alcanza un reflejo en el correspondiente Real Decreto, esta interpretación se

refiere a las funciones de las dos Administraciones implicadas en el contexto de la legislación vigente en el momento de producirse el traspaso (STC 113/1983). Lo mismo cabe decir respecto a las precisiones sobre las técnicas o formas jurídicas dispuestas en los Reales Decretos para canalizar las relaciones de cooperación o colaboración impuestas por la Constitución y el Estatuto de Autonomía, pero no reguladas por ellas (en los términos expuestos a partir de STC 11/1986).

a') Artículo 49

Para apreciar el grado de adecuación del artículo 49 de la Ley de Costas al bloque de la constitucionalidad, es preciso esclarecer la imbricación de titularidades que se produce en los espacios portuarios, que, lo mismo que los aeropuertos (STC 68/1984), son espacios en los que se llevan a cabo funciones diversas, correspondientes a distintas Administraciones (STC 77/1984. FJ 2).

La competencia autonómica abarca a todos los servicios portuarios, tanto los generales como los específicos, así como todos los servicios y actividades anejos e inherentes que no sean de competencia estatal. De ahí se sigue que las obras e instalaciones del puerto son creadas y gestionadas por la Comunidad Autónoma, que ostenta sobre ellas una titularidad plena, o diferida a la reversión tras la extinción de la concesión que pudiera existir sobre la obra o instalación. Ahora bien, la indudable titularidad autonómica de las obras e instalaciones portuarias no conlleva la plena titularidad demanial de aquella franja de terreno que es de titularidad estatal, por mandato expreso de la Constitución.

Esta titularidad demanial del Estado justifica que la Ley pueda otorgar a la Administración Central la facultad de emitir un acto que otorgue el derecho a ocupar la ribera del mar necesaria para ampliar un puerto, o para trazar una vía de transporte. Que dicho acto se exteriorice bajo la forma de un informe vinculante que hace posible —cuando es favorable— que el acto autonómico lleve anejo el efecto adscriptorio, en vez de como una resolución estatal añadida al acto autonómico aprobando el proyecto de obras, resulta constitucionalmente válido. Como señala el Abogado del Estado, la técnica del informe favorable simplifica la tramitación, en términos análogos a la importante regla de racionalización que dispone el artículo 39 de la Ley de Procedimiento Administrativo, evitando tener que seguir dos procedimientos separados y facilitando la colaboración entre las Administraciones estatal y autonómica para el cumplimiento de sus distintos fines: proteger la integridad del demanio costero, y proveer los servicios portuarios y viarios de su competencia.

Del fundamento exclusivamente demanial que tiene la facultad en manos de la Administración del Estado de adscribir porciones de la costa para posibilitar el ejercicio de competencias exclusivas de las Comunidades Autónomas, se siguen algunas consecuencias que es preciso definir con precisión.

En primer lugar, es evidente que no se requiere adscripción demanial alguna cuando la actuación de la Comunidad Autónoma recae sobre los terrenos colindantes con el dominio público, pues esa actuación está condicionada sólo por el respeto a las servidumbres y demás limitaciones que establece el Título II, incluyendo la necesidad de contar con la autorización del Consejo de Ministros en los supuestos que contempla el artículo 25.3 de la Ley de Costas.

En segundo lugar, es también claro que, una vez adscrita una porción del dominio marítimo-terrestre a una Comunidad Autónoma no es preciso renovar

dicha adscripción mientras el terreno siga destinado al puerto o a la vía de transporte que dio lugar a la adscripción inicial y por eso el artículo 49 de la Ley de Costas, aunque prevé la adscripción no sólo para la construcción o la ampliación de puertos y vías de transporte, sino también para la "modificación" de los existentes, no puede ser interpretado en el sentido que temen los órganos recurrentes. Resulta indudable, sin embargo, que el hecho de la adscripción no exonera a la Administración del Estado de su deber de velar por la integridad física y jurídica del demanio marítimo-terrestre y que por tanto es legítimo que la Ley prevea cauces que le permitan conocer a tiempo si las obras de modificación proyectadas por una Comunidad autónoma pueden llegar a producir una alteración importante del dominio, o influyen sobre la costa y pueden afectar a su regresión, o distorsionan la dinámica litoral, a los efectos previstos por los artículos 42.2 y 44.2 y 3 de la Ley de Costas. Salvaguardados estos legítimos intereses demaniales, queda agotada la intervención del Estado, cuya Administración no está autorizada por este precepto para inmiscuirse en la gestión o explotación de los servicios portuarios o viarios de competencia de la Comunidad Autónoma.

En tercer lugar, es también indudable que el alcance de la intervención estatal para posibilitar la adscripción habrá de ceñirse a preservar la integridad física y jurídica del demanio marítimo-terrestre, aunque eso no impide que la Administración del Estado, por evidentes razones de economía procedimental y de lealtad y colaboración mutuas, aproveche el informe bajo el que la Ley ha instrumentado su intervención para formular aquellas observaciones, críticas, o sugerencias que fluyan del ejercicio de alguna de sus competencias sectoriales, como pudieran ser la iluminación de costas, la marina mercante, la sanidad exterior o la defensa del patrimonio monumental español (art. 149.1, núms. 20, 16 y 28).

Siendo esto así, nada hay que objetar a que el informe estatal, condicionante de la adscripción, se refiera a la delimitación del dominio público afectado por las obras, y a las medidas necesarias para su protección o a "los usos previstos" en cuanto a las repercusiones que éstos puedan tener sobre los bienes demaniales adscritos, pues es claro que en todo lo demás, el modo de disponer los servicios portuarios y viarios, y de configurar las correspondientes obras e instalaciones, queda fuera del ámbito de competencia estatal.

La omisión de las garantías procedimentales que varias Comunidades Autónomas recurrentes echan en falta en el artículo 49.2 de la Ley de Costas no convierten tampoco a este precepto en inconstitucional. Que la Ley no establezca el plazo máximo del que dispone la Administración del Estado para emitir el informe que hace posible la adscripción no es significativo, porque la existencia de un plazo es ineludible para asegurar el respeto de las competencias autonómicas sobre puertos y vías de comunicación, cuyo ejercicio no puede verse bloqueado a causa de que el Estado no ejercite sus facultades demaniales.

La Ley no se ha pronunciado acerca del signo, favorable o desfavorable, que debe darse al silencio de la Administración estatal. Esta laguna, que versa sobre un aspecto de indudable trascendencia para preservar las competencias autonómicas no implica la inconstitucionalidad que se postula del precepto legal, pues bastará con estar a lo dispuesto sobre este aspecto por los Reales Decretos de traspasos. Por ello, si la Administración del Estado no emite informe dentro del plazo marcado por el artículo 105.a) del Reglamento de Costas, éste deberá entenderse favorable a la adscripción de los terrenos necesarios para construir las obras proyectadas por la Comunidad Autónoma.

Hay que rechazar, por último, que sean inconstitucionales el inciso del artículo 49.1 que alude a "las disposiciones pertinentes", y la última frase de ese mismo

apartado. Lo primero, porque la referencia a tales disposiciones no habilita a la Administración del Estado a regular la gestión o explotación de los puertos o vías de comunicación realizados por la Comunidad Autónoma. La segunda, porque al establecer que el plazo de las concesiones que se otorguen en los bienes adscritos no podrá ser superior a treinta años, el precepto se limita a recordar la regla general que impone el artículo 66.2 de la Ley de Costas que no ha sido impugnado, y que en cualquier caso refleja una determinación legislativa que corresponde a la competencia exclusiva del Estado para regular el régimen jurídico del dominio público marítimo-terrestre.

b') Artículo 50

En relación con el artículo 50 de la Ley de Costas, que regula reversión de los bienes adscritos a una Comunidad Autónoma como soporte de los puertos y vías de comunicación de su titularidad, los órganos que lo impugnan suscitan tres problemas diferentes: el relativo a aquellos supuestos que según el precepto justifican la reversión, el referente a quién es el legitimado para adoptar dicha decisión y, por último, el que toca a la reglamentación del consiguiente procedimiento.

El artículo 50 contempla dos presupuestos de la reversión netamente diferentes. El primero, consistente en que los bienes no sean utilizados para el cumplimiento de los fines a los que se adscribieron, corresponde al supuesto típico de caducidad de un título de ocupación del dominio público; por consiguiente, es lícito que lo regule el Estado, en ejercicio de su competencia para establecer el régimen jurídico del dominio público. El segundo supuesto, el de que los bienes adscritos sean necesarios para la actividad económica o el interés general, según los artículos 131 y 149 de la Constitución, se corresponde con la figura de la supresión de un título de ocupación del dominio público. Puede suscitar alguna duda, en razón de su ambigüedad, pero no es inconstitucional, en tanto que no se atribuye una potestad omnimoda, sino una facultad cuyo ejercicio debe ser justificado en cada caso, y en consecuencia susceptible de ser sometido a control jurisdiccional en caso de discrepancia.

Cuestión distinta es la que suscita el procedimiento previsto para apreciar la concurrencia de alguno de los supuestos y adoptar la pertinente decisión de reversión al Estado. Ninguna objeción puede hacerse, desde la perspectiva competencial, a que la declaración de reversión la formule la Administración del Estado, en la medida en que dicha declaración es una manifestación de su titularidad sobre los bienes de dominio público. No obstante esto, la distinta naturaleza de los motivos posibles en la reversión implica también una situación distinta de las Comunidades Autónomas en el procedimiento. Cuando el motivo en cuestión es el último de los indicados (la actividad económica o el interés general, de acuerdo con los artículos 131 y 149 de la Constitución), la apreciación de su concurrencia es sin duda competencia estatal y la audiencia previa de la Comunidad afectada, con independencia de cuál sea la forma en la que, reglamentariamente, se articule, es suficiente, en principio, para salvaguardar sus competencias.

Mayores dudas suscita, por el contrario, la constitucionalidad del precepto en relación con el primero de los supuestos que en él se contemplan, esto es, el de los terrenos no sean utilizados para el cumplimiento de los fines a los que se adscribieron, pues siendo estos fines, por definición, de competencia autonómica,

sólo la Comunidad Autónoma ejerce la gestión o, en su caso, la inspección y control de los correspondientes servicios, de manera que su criterio acerca del funcionamiento de éstos y, en consecuencia, sobre la utilización de los terrenos para los fines a que fueron adscritos tiene una especial relevancia. Pese a ello y habida cuenta de la posibilidad que la Comunidad Autónoma tiene de impugnar ante la jurisdicción competente la decisión estatal que se aparte del criterio por ella sostenido en el informe preceptivo, no cabe considerar contrario a la Constitución el precepto, sin perjuicio del juicio que, en su caso, haya de hacerse de su desarrollo reglamentario.

E) *Autorizaciones. Disposiciones generales* (arts. 51-55)

a) Artículo 52

La impugnación de este precepto se hace, en todos los casos, por conexión con el artículo 34. Declarada la inconstitucionalidad de éste, es claro que esas impugnaciones han sido atendidas y que debe considerarse nula la referencia que en este artículo 52 se hace a las normas previstas en el artículo 34.

b) Artículos 53.1 y 54

Una vez establecido que las autorizaciones para llevar a cabo actividades que utilizan el demanio costero con circunstancias especiales, o por medio de instalaciones desmontables o bienes muebles (el art. 51.1, no ha sido impugnado) constituyen, lo mismo que las concesiones, manifestaciones de la titularidad del dominio público, nada se puede reprochar a que las otorgue la Administración del Estado, ni al hecho de que se explicita que los servicios de temporada en las playas están subordinados a su obtención, pues sin duda tales actividades revisten las circunstancias que impliquen la intervención autorizatoria.

Queda, pues, por examinar tan sólo las reglas sustantivas que enuncian los artículos 53.1 y 54 de la Ley de Costas sobre el otorgamiento preferente de las autorizaciones a los Ayuntamientos que lo soliciten (art. 53.1, inciso 2) y a los concesionarios de obras para la creación, regeneración y acondicionamiento de playas (art. 54). Esta última regla es un estímulo para quienes asumen el compromiso de crear, regenerar o acondicionar una playa que se justifica como norma de régimen jurídico del demanio en cuanto anuda una utilización lucrativa a otra que se procura fomentar, con el propósito inequívoco de regenerar y recuperar la integridad física del dominio público.

La preferencia en favor de los Ayuntamientos no es inconstitucional. Tanto la competencia estatal para establecer las bases de las concesiones administrativas, como, sobre todo, la necesidad de dotar a los Ayuntamientos de un instrumento eficaz para cumplir las obligaciones que el artículo 115 de la propia Ley les impone y que dimanar directamente de las facultades dominicales para asegurar la libre utilización del demanio marítimo-terrestre, ofrecen base suficiente para negar la inconstitucionalidad de esta norma. Por otra parte, es claro que aunque el precepto se refiere sólo a la sujeción de la autorización a "las normas generales y específicas" (una referencia que, en cuanto conectada con el art. 34 debe tenerse por nula) la obtención de la autorización estatal no dispensa en modo

alguno a los Ayuntamientos de la observancia de las normas dictadas por la Comunidad Autónoma de la que formen parte en las materias de su competencia.

c) Artículo 55

La revocación unilateral de autorizaciones que prevé el artículo 55 suscita dos cuestiones diferentes: una, relativa a los motivos que pueden justificar tal decisión; otra, derivada de la inseguridad jurídica que según alguno de los recurrentes crea.

a') Motivos de revocación:

No puede aceptarse la alegación de que las facultades de la Administración del Estado se expanden fuera del ámbito de la protección del bien demanial de su titularidad, al habilitarla el artículo 55.1 para revocar unilateralmente una autorización en el momento en que aprecie que las actividades que cubre producen daños en el dominio público, o menoscaban su uso público, pues estos dos aspectos son, precisamente, los que forman el nervio de sus facultades demaniales. Los otros dos supuestos en que se prevé la resolución, en cambio, suscitan más reparos.

La revocación de una autorización por resultar incompatible con la normativa aprobada con posterioridad es, en sí, una previsión legal que se limita a establecer el régimen de las autorizaciones demaniales, cuya aprobación no se ha discutido al legislador estatal. Ahora bien, si la normativa cuya aprobación da lugar a la revocación de la autorización debe ser ejecutada por la Comunidad Autónoma, al margen de que venga establecido por leyes estatales o autonómicas, será ésta la que habrá de resolver si se debe o no impedir que continúe la utilización autorizada en su día, de manera que la resolución dictada por la Administración del Estado queda en cierto sentido vinculada por la resolución autonómica, dictada en el ejercicio de sus competencias ejecutivas sectoriales.

El cuarto y último supuesto de resolución es el de que el uso especial autorizado impida la utilización de la pertenencia demanial para actividades de mayor interés público. Siempre que los dos intereses públicos en juego, el servido por la actividad que se quiere sacrificar y el servido por la actividad que se quiere beneficiar con la resolución, caigan en la órbita de las competencias de ejecución de la Comunidad Autónoma literal, es claro que será ella la encargada de tomar la iniciativa de la decisión estatal, que sólo podrá ser denegada en atención a una finalidad de interés público que entre en el ámbito de la competencia estatal y haciendo uso, en su caso, de lo dispuesto en el artículo 180 de la Ley del Suelo, como ya dijimos en la STC 56/1986.

b') Precariedad

El Consejo de Gobierno de Cantabria estima que la posibilidad de que una normativa posterior de lugar a la resolución de una autorización, en cualquier momento y sin derecho a indemnización, y sin la previsión de un régimen transitorio (dada la insuficiencia del apartado 2 del art. 55) vulnera el principio de

seguridad jurídica reconocido en el artículo 9.3 de la Constitución. Esta alegación es inatendible pues es claro que, estando establecida la precariedad de las autorizaciones mediante una norma general y previa, cuya aplicación al caso concreto puede ser objeto de control jurisdiccional, nada cabe objetar al precepto que examinamos desde el punto de vista que la Comunidad recurrente nos propone.

F) *Vertidos* (arts. 56-62)

Las impugnaciones dirigidas contra los artículos que integran la Sección 2.^a del Capítulo IV, que regula las autorizaciones de vertidos de líquidos o sólidos al dominio público marítimo-terrestre se mueven en tres planos distintos. De una parte (sólo esto impugnan las formuladas por las Comunidades Autónomas de Galicia y Baleares), se objeta la referencia que el artículo 57.2 hace a las normas previstas en el artículo 34 De la otra (diversas demandas de manera más o menos indirecta, pero sobre todo la Generalidad de Cataluña), se niega la competencia estatal para dictarlas, por no tratarse de normas básicas de protección del medio ambiente, dado su grado de detalle y por incluir todos los vertidos, no sólo los industriales y contaminantes. Por último, todos los recurrentes impugnan la reserva a la Administración estatal de la facultad de otorgar las autorizaciones de vertidos cuando estos hayan de hacerse en el dominio público.

Como es obvio, en lo que toca a la referencia del artículo 57.2 a las normas previstas en el artículo 34, las demandas han de ser estimadas, teniéndose en consecuencia por nula tal referencia, de acuerdo con las razones ya antes expuestas. La respuesta a las impugnaciones contra esta Sección en los otros planos requiere, sin embargo, algunas consideraciones previas, cuya necesidad resulta tanto de la imbricación existente entre los dos títulos competenciales que se aducen para sostener la inconstitucionalidad de la Ley estatal (la competencia para el desarrollo de la legislación básica del Estado sobre protección del medio ambiente, así como para ejecutar tanto esa legislación como la que el Estado establezca sobre vertidos industriales y contaminantes) como los de los problemas que plantea la competencia ejecutiva de las Comunidades Autónomas en materia de vertidos.

Sobre el alcance de la competencia estatal para establecer la legislación básica de protección del medio ambiente no es necesario reiterar aquí lo ya dicho en el primero de los Fundamentos; sobre la correlativa competencia asumida por las distintas Comunidades Autónomas en esa materia, sólo hay que recordar que todas ellas, con independencia de cuál sea la competencia normativa que el respectivo Estatuto les atribuye, son competentes para ejecutar la legislación del Estado sobre protección del medio ambiente. Hecha esta precisión, podemos entrar a analizar el problema que plantea la competencia autonómica sobre vertidos.

En materia de "vertidos industriales y contaminantes" todas las Comunidades Autónomas recurrentes (salvo Cantabria y Canarias) han asumido competencia para ejecutar la legislación del Estado. Más precisamente aún, para ejecutar la legislación estatal sobre los mencionados vertidos en las aguas territoriales correspondientes al propio litoral (así EA País Vasco, art. 12.10; EA Cataluña, art. 11.10; EA Galicia, art. 29.4.º; EA Andalucía, art. 17.6.º; EA Valencia, art. 33.9.º y EA Baleares, art. 12.3.º). En apariencia el sistema de delimitaciones competencial es, en este caso, más simple que en lo que toca a la protección del medio ambiente, puesto que todas las Comunidades Autónomas que ostentan la com-

petencia la tienen con el mismo alcance y en los mismos términos. La simplicidad es, sin embargo, sólo aparente y la cuestión es oscura y compleja.

Oscuridad y complejidad vienen, en primer lugar, de los conceptos utilizados para determinar la atribución competencial a las Comunidades Autónomas puesto que de ellos resulta que la competencia ejecutiva no se extiende a todos los vertidos, sino sólo a los "industriales y contaminantes" y no con independencia de cuál sea el lugar de recepción de tales vertidos, sino sólo cuando éste sea el mar territorial (País Vasco, Cataluña, Galicia, Andalucía y Valencia) o indistintamente este y las "aguas interiores" (Baleares). Una interpretación estricta del precepto, como la que acoge la Ley obliga a concluir que no existe competencia autonómica alguna sobre vertidos cuando éstos no tienen origen industrial y son inocuos desde el punto de vista ecológico, ni sobre aquellos, que aun siendo industriales y contaminantes, no se arrojan directamente al mar territorial (o, en el caso balear, a las aguas interiores), de manera que sobre todos ellos la Administración Central habría retenido la plenitud de sus competencias. Esta interpretación, aunque posible ateniéndose a la literalidad de los preceptos, no está exenta tampoco de dificultades (ni el concepto de "vertido contaminante" tiene un contenido jurídico inequívoco ni parece razonable que un vertido deje de ser competencia estatal para pasar a ser competencia autonómica cuando se hace más sucio, o viceversa) y conduce, sobre todo, a una situación absurda. Absurda no sólo desde el punto de vista de la lógica institucional sino también desde el punto de vista jurídico. En este último ámbito, el absurdo se origina en la estrecha imbricación existente entre este título competencial y el que antes hemos analizado, en cuanto toca a la ejecución de la legislación del Estado sobre protección del medio ambiente. Como es evidente las mismas normas serán incardinables en uno y otro título según que se las considere desde el punto de vista del objeto que regulan (el vertido) o de la finalidad que persiguen o el resultado que con su aplicación se obtienen (la protección del medio ambiente) y en consecuencia las facultades de ejecución que su aplicación comporte podrán ser al mismo tiempo reconocidas y negadas a las Comunidades Autónomas.

Para evitar este absurdo no cabe otra vía que la de entender que la competencia asumida por las Comunidades Autónomas sobre vertidos industriales y contaminantes en el mar territorial no es más que una especificación de la competencia más amplia que todas ellas tienen para ejecutar la legislación del Estado sobre la protección del medio ambiente. Es cierto que esta interpretación hace en cierta medida redundantes los enunciados estatutarios relativos a vertidos y que infringe así uno de los postulados hermenéuticos más generalmente aceptados, pero también entre los principios hermenéuticos existe una cierta jerarquía y es difícil no otorgar un valor predominante al que ordena prescindir de aquellas interpretaciones que conducen al absurdo.

Cabe afirmar por tanto, para concluir, que las Comunidades Autónomas que han asumido competencia para la ejecución de las normas sobre protección del medio ambiente son también competentes para llevar a cabo los actos de ejecución que impliquen la aplicación de las normas sobre vertidos, sea cual fuere el género de éstos y su destino.

Una vez sentado lo anterior estamos ya en condiciones de entrar en el análisis de los artículos impugnados.

a) Los artículos 56.1 y 3, 57, 58, 59, 61 y 62 se impugnan, en primer lugar, según queda dicho, tanto por referirse a todo género de vertidos como por exceder si se los entiende como normas de protección del medio ambiente, del ámbito de lo que puede ser considerado como básico.

La impugnación no puede ser atendida en virtud de las razones que acabamos de exponer. La admisión de la competencia autonómica para la ejecución de la legislación existente sobre todo género de vertidos sólo existe, dado el silencio de los Estatutos en la medida en la que tal normativa sea encuadrada, de acuerdo con su finalidad, en la protección del medio ambiente y ya hemos ofrecido los argumentos por los que no cabe considerar que las normas generales y abstractas dictadas con esa finalidad, sea cual sea su grado de detalle, exceden de la competencia estatal en esta materia. Los artículos mencionados no son por lo tanto, desde este punto de vista y excluida siempre la referencia que el artículo 57.2 hace a las normas dictadas de acuerdo con el artículo 34, que debe reputarse nula, contrarios al orden constitucional de competencias.

b) Los artículos mencionados en el epígrafe anterior salvo el 56, son impugnados también por atribuir a la Administración del Estado la competencia para otorgar las autorizaciones de vertidos, sea cual sea el género de éstos, una competencia que las Comunidades Autónomas reivindican para sí mismas.

En razón también de lo antes expuesto, no cabe negar la titularidad autonómica de la competencia reivindicada, pues los correspondientes Estatutos, en la forma ya antes analizada, se les atribuye esa competencia con mención explícita en muchos casos de los vertidos al mar territorial. Es claro que para alcanzar éste las conducciones de vertidos habrán de atravesar el dominio público marítimo-terrestre y que para ello habrán de ocuparlo. La competencia estatal para el otorgamiento del oportuno título de ocupación queda sin embargo salvada por la previsión, contenida en el artículo 57.1, de que el otorgamiento de las autorizaciones se hará "sin perjuicio de la concesión de ocupación de dominio público, en su caso". Esta previsión, que pone de manifiesto, también en este caso que la eficacia de la actuación administrativa sólo podrá alcanzarse mediante la coordinación entre las diversas Administraciones implicadas, es la única referencia inequívoca que en los preceptos ahora en consideración se hace a la Administración del Estado.

En todos ellos, en efecto, se habla siempre de la "Administración competente" sin precisar cuál sea ésta. Esta indefinición, no priva ciertamente de sentido a la impugnación dirigida contra estos artículos, pues su integración con lo dispuesto en el artículo 110.h), en el que inequívocamente se atribuye a la Administración del Estado la facultad de otorgar la autorización de vertidos, salvo los industriales y contaminantes, desde tierra al mar, no admite interpretarlos de forma distinta a la hecha por los recurrentes. Aun admitiendo las razones de éstos, la letra de estos preceptos no autoriza ninguna declaración de inconstitucionalidad ni aconseja ninguna consideración interpretativa, pues los resultados que con ella podrían alcanzarse se obtendrán de manera más clara y más simple al llevar en su momento al pronunciamiento que hayamos de hacer sobre el artículo 110.h), las consecuencias de la doctrina que queda expuesta.

G) *Concesiones* (arts. 64-72)

El Gobierno vasco es el único recurrente que impugna preceptos del Capítulo V sobre concesiones aunque la tesis que sustenta es sostenida también por otras Comunidades autónomas que concentran sus ataques en la letras b) y c) del artículo 110, la Disposición Adicional 5.2 y los artículos 52.1 y 57.1. Unos y otros sostienen dos tesis superpuestas: unánimemente, la de que es a la Administración Autonómica, y no a la estatal, a la que corresponde otorgar las concesiones

necesarias para ocupar los bienes de dominio público marítimo-terrestre con obras e instalaciones no desmontables, en contra de lo afirmado en los artículos 64, y 110.b) de la Ley de Costas; facultad de otorgar a la que irían anejas las de vigilancia del cumplimiento de su clausulado, que contempla el artículo 110.c); por añadidura, el Gobierno vasco ataca también distintas normas sustantivas reguladoras de las concesiones (los arts. 64, 67, 68 y 71.3 y la Disposición Transitoria 5.2), y la Generalidad de Cataluña, la prevalencia general que establece la Disposición Adicional 5.2. Nos ocuparemos, en primer lugar, de aquella impugnación unánime que se puede considerar centrada en el artículo 64, para estudiar después, aquí o más tarde, las que se dirigen contra aspectos concretos de la regulación.

a) Artículo 64

Con carácter preliminar, es preciso destacar que ningún recurrente ha cuestionado que la Ley estatal subordine la utilización del dominio público, mediante obras o instalaciones no desmontables, a la previa obtención de una concesión. Sólo el Gobierno vasco impugna, como ya se ha dicho, el artículo 64 de la Ley de Costas y lo hace exclusivamente en su último inciso, que se refiere a la Administración del Estado. Tampoco se han impugnado los preceptos que regulan el régimen sustantivo de la institución concesional (Caps. V y VI), con excepciones no por importantes menos secundarias. Por consiguiente, nuestro examen de constitucionalidad puede partir de la premisa de que el legislador estatal puede lícitamente establecer el sistema concesional para intervenir y regular la utilización de mayor intensidad de porciones demaniales costeras. Y que esa competencia alcanza la definición de su régimen jurídico.

Este último punto es de indudable importancia. La Ley de Costas ha configurado la concesión demanial como título de ocupación del dominio público, no como medida de intervención en garantía de las leyes sectoriales que recaigan sobre la actividad, la obra o incluso la misma zona a la que se refiere la concesión, y en su artículo 65 recuerda que el otorgamiento de la concesión demanial no exime a su titular de la obtención de las concesiones y autorizaciones que sean exigibles por otras Administraciones Públicas, en aplicación de las legislaciones en materias específicas como puertos o vertidos. La articulación entre unas y otras es abordada por la Disposición Adicional 5.^a, que establece algunos principios sobre su otorgamiento y su eficacia recíproca.

Esta caracterización legal de las concesiones del dominio público marítimo-terrestre permite ahuyentar los temores de invasión competencial que fundan los alegatos de las Comunidades Autónomas recurrentes. El artículo 64 al atribuir a la Administración del Estado la facultad de otorgar el derecho a ocupar bienes de dominio marítimo-terrestre mediante concesión, no hace más que permitir la exteriorización de la titularidad estatal sobre tales bienes. Es lógico que conforme a esa titularidad se requiera que en el correspondiente acto concesional quede constancia de cuál es la concreta actividad o utilización consentida, cómo se debe preservar la integridad física del bien, su vinculación general al interés público, y cuáles son las contraprestaciones económicas por su aprovechamiento (como contempla en líneas generales el art. 76 de la Ley de Costas, no impugnado).

Es obvio, por tanto, que a través de la concesión demanial la Administración del Estado hace valer, exclusivamente su condición de *dominus* de las costas, y

que en consecuencia, en cuanto acto de intervención fundado en la titularidad demanial, la fuerza expansiva de la institución concesional queda limitado —en el plano constitucional— por el orden de competencias consustanciales al Estado autonómico. Sin duda esto no impide que, como hasta ahora, otras leyes estatales (o la misma Ley de Costas, en aquellos de sus preceptos que no son estrictamente demaniales) se valgan de la concesión del dominio público para garantizar el cumplimiento de sus disposiciones, pero sí que la Administración del Estado pueda ejercer su facultad de concesión demanial para interferir o perturbar el ejercicio de las potestades de las Comunidades Autónomas en aquellos ámbitos materiales sobre los que ostentan competencia de ejecución, de acuerdo con los parámetros que expuso la STC 77/1984 (FJ 2).

No es así inconstitucional la atribución a la Administración del Estado de la potestad de otorgar el derecho a determinados usos del demanio marítimo-terrestre mediante concesiones. Esta conclusión obliga a desechar la impugnación dirigida contra el artículo 64 de la Ley de Costas.

b) Artículo 67

El contenido propio del artículo 67 es en general inocuo desde la óptica de la distribución territorial del poder público. Los requisitos de información pública y oferta de condiciones, así como la exigencia de aceptación por parte del petionario y las consecuencias de su eventual impugnación, son simples reglas del régimen jurídico propio de la técnica concesional. Las únicas dudas las suscita la configuración de la potestad estatal de otorgamiento de la concesión demanial como discrecional. Esta nota, tradicional en la regulación de la figura, y en sí misma inobjetable, requiere alguna matización en aquellos supuestos en los que la concesión se solicita para un proyecto encuadrado en una materia de competencia autonómica y que ha recibido el beneplácito de la correspondiente Comunidad. Por las razones expuestas al analizar el artículo 35.2, la Administración del Estado sólo podrá denegar en tal caso el otorgamiento de la preceptiva concesión demanial exponiendo motivadamente los fundamentos legales y los hechos determinantes de tal decisión, que sólo serán lícitos en la medida en que se dirijan a evitar la degradación o la expoliación del demanio costero, o se encuadren en materias en las que el Estado ostenta una competencia propia.

c) Artículo 68

El artículo 68 de la Ley prevé la posibilidad de que el acto concesional implique la declaración de utilidad pública a efectos de expropiación forzosa, u ocupación temporal, de los bienes o derechos afectados por el objeto de la concesión estatal. Esta previsión se proyecta tanto sobre la franja demanial, en la que afectará a los derechos de los concesionarios preexistentes, como sobre los terrenos colindantes con el dominio público, en donde afectará a los derechos de sus propietarios. Simultáneamente, el mismo artículo 68 atribuye la declaración al Departamento Ministerial competente.

De la doctrina expuesta en la STC 37/1987 (FJ 6) se desprenden varios criterios que permiten analizar la impugnación formulada por el Gobierno vasco: 1) la legislación sobre expropiación forzosa es competencia exclusiva del Estado,

por imperativo del número 18 del artículo 149.1 CE; 2) la expropiación forzosa es un instrumento puesto a disposición del poder público para el cumplimiento de sus fines (STC 166/1986, FJ 13) que obviamente han de ser fines de su competencia, y 3) la definición de la concreta *causa expropriandi*, además de la ejecución de las medidas expropiatorias, son facultades que no pueden disociarse de las que correspondan al poder público que dispone de potestad expropiatoria para la determinación y cumplimiento de sus diferentes políticas sectoriales.

De aquí se desprende la conclusión de que la decisión de anudar el acto concesional la declaración de utilidad pública corresponderá ya a la Comunidad Autónoma, ya al Estado, según cuál sea el ámbito competencial en el que se encuadren la obra o la instalación para la que se solicita la concesión demanial, aunque como es obvio, la declaración de utilidad pública, postulada por la Comunidad Autónoma, como la concesión misma, podrá ser denegada cuando la expropiación o la ocupación temporal hubiera de recaer sobre obras o instalaciones de competencia plena del Estado, por razón de títulos competenciales propios, o crearán un peligro grave para la integridad física o jurídica del dominio público marítimo-terrestre. En estos supuestos, como en muchos otros que aparecen dispersos por toda esta Ley, resulta palpable la necesidad ineludible de alcanzar una colaboración e incluso concertación entre las dos Administraciones, como es normal cuando sobre el mismo medio físico coinciden la Administración del Estado y la de una Comunidad Autónoma en ejercicio de títulos competenciales distintos [STC 227/1988, FJ 20.e].

d) Artículo 71

La doctrina que acabamos de exponer ofrece también solución para la impugnación dirigida contra el artículo 71.3 de la Ley de Costas, que atribuye al Departamento Ministerial concedente la facultad de declarar de utilidad pública el rescate de una concesión, incluso en su caso, con declaración de urgencia. Que el rescate de una concesión de dominio público sobre bienes costeros queda supeditada a una expresa declaración de utilidad pública hecha por la Administración del Estado no suscita problema alguno habida cuenta de la titularidad estatal del demanio. Lo mismo cabe decir de la previsión legal que permite añadir una declaración de urgencia, cuando las circunstancias lo requieran, de acuerdo con el artículo 52 de la Ley de Expropiación Forzosa.

Cuando el otorgamiento de la concesión se hubiese hecho de acuerdo con proyectos correspondientes a la competencia material de la Comunidad Autónoma y aprobados por ésta, la declaración de la utilidad pública de su rescate, sólo podrá hacerse, excluidos aquellos casos en los que tal declaración se hace para atender fines que son de la competencia estatal o para preservar la integridad del demanio, por iniciativa de la Comunidad Autónoma competente *ratione materiae*. Interpretado en estos términos, el precepto no es contrario al orden constitucional de competencias.

e) Artículo 79.1.k)

Su impugnación no se apoya en argumentación específica alguna, por lo que no procede considerarla.

5. *Título IV*

Dentro del Título IV de la Ley, que regula el régimen económico-financiero de la utilización del dominio público marítimo-terrestre, se han impugnado los artículos 84.1, 85.3, 86 y 87.

Los motivos de la impugnación de estos preceptos enlazan en todos los casos con la reivindicación competencial que ya en relación con artículos anteriores, se ha analizado. Pese a ello y como se verá en lo que sigue, no puede trasladarse a este punto sin más, en todos los casos, la respuesta que allí hemos dado pues en cuanto que tal respuesta altera, en alguno, la solución prevista en la Ley, la lógica interna de ésta quedaría rota mediante la traslación pura y simple. Para mantenerla resulta indispensable por ello hacer una declaración interpretativa que permite mantener el precepto en tanto que el legislador no lo sustituya como una fórmula que de manera más clara y por eso más fácilmente aplicable, acomode la Ley a las exigencias que derivan del bloque de la constitucionalidad.

A) *Artículo 84*

El artículo 84.1 establece un canon que grava a toda ocupación o aprovechamiento del demanio costero que se lleve a cabo en virtud de una concesión o autorización. El canon se devenga a favor de la Administración del Estado, sin perjuicio de los que sean exigibles por la Administración otorgante. Es indudable que este canon demanial recae también sobre aquellas ocupaciones y aprovechamientos que las Comunidades Autónomas permitan, mediante las concesiones o autorizaciones pertinentes, sobre las porciones demaniales adscritas para las vías de comunicación o los puertos de su competencia. Pero ninguna de las razones expuestas por la Junta de Galicia y por el Consejo de Gobierno de Baleares lleva a concluir la inconstitucionalidad de esta norma.

El presupuesto o hecho imponible de esta exacción es la utilización del dominio público marítimo-terrestre, no la realización por la Administración de las actividades encaminadas a adjudicar la concesión o la autorización que hace posible dicha utilización pues estas actividades darán lugar, en su caso, a tasas como las previstas por el artículo 86, que examinaremos luego. De aquí se desprende que es indiferente, al valorar el canon que establece el artículo 84.1, que sea la Administración del Estado o la de una Comunidad Autónoma quien expida el título administrativo que permite la ocupación o el aprovechamiento gravados. Lo determinante es que es el Estado quien ostenta la titularidad del dominio público por cuya utilización se exige el canon. Como ya dijimos en la STC 227/1988 (FJ 28) es por esto al legislador estatal a quien corresponde establecer el canon demanial en cuestión.

No se desnaturaliza así la figura de la adscripción de bienes de dominio público estatal a las Comunidades Autónomas, pues tal adscripción no altera la titularidad dispuesta por el artículo 132.2 CE en favor del Estado, como señala expresamente el artículo 49.1 de la Ley de Costas. Tampoco implica este canon un gravamen en favor del Estado sobre los bienes usados por la Comunidad Autónoma en el ejercicio de sus competencias, porque el apartado 6 del mismo artículo 84 lo excluye expresamente, ni su existencia permite sostener que se ha infringido el principio de igualdad consagrado por el artículo 14 de la Constitución, porque de este precepto no dimana derecho alguno que pueda ser invocado

por las Comunidades Autónomas, que no son ciudadanos, sino partes del Estado dotadas de las potestades que les concede su Estatuto de Autonomía.

Finalmente, en el artículo 84.1 no hay vestigio alguno de la doble imposición que prohíbe el artículo 6.2 de la LOFCA. Ya declaramos en nuestra Sentencia 37/1987 (FJ 14), en relación con una norma análoga que el legislador puede seleccionar distintas circunstancias que den lugar a otros tantos hechos imponibles, determinantes a su vez de figuras tributarias diferentes. Así pues la previsión de que el canon por ocupación del demanio costero puede coexistir con tasas u otros tributos exigibles por la Administración otorgante de la concesión o autorización no suscita entre sí cuestión alguna.

B) *Artículo 85*

El artículo 85.3 ha sido impugnado por la Comunidad Autónoma de Cantabria, en relación con los artículos 56 y 57, por cuanto que, al prever éstos [a su vez por su conexión con el art. 110.h) como ya vimos], que corresponde a la Administración del Estado el otorgamiento de las autorizaciones de vertidos, atribuye también a ésta la percepción del canon por este concepto. La Comunidad Autónoma combate tal atribución por entender que es a ella a la que corresponde la competencia en materia de vertidos.

Para analizar el mérito de la impugnación no hemos de fundarnos en el hecho de que, como ya indicamos, el Estatuto de Autonomía de Cantabria no otorga a esta Comunidad competencia específica sobre vertidos, que hemos considerado incluida en la más genérica de gestión en materia de medio ambiente, que sí le ha sido atribuida [art. 24.a)]. Tampoco podemos resolver, sin embargo, mediante la transposición mecánica de la doctrina que respecto de la competencia autonómica en relación con los vertidos, fuese cual fuese su naturaleza, hemos establecido con anterioridad, de manera que, estimándola, declaremos que corresponde a la Administración de la respectiva Comunidad Autónoma la percepción del canon por la autorización de vertidos, una declaración que, por lo demás, en nada altera el tenor literal del precepto que se refiere sólo a "la Administración otorgante de la autorización".

Esa imposibilidad viene del hecho de que la misma norma que ahora estudiamos prevé que el importe del canon percibido se destinará "a actuaciones de saneamiento y mejora de la calidad de las aguas del mar", esto es, a actuaciones en un espacio que es de titularidad estatal y cuya preservación es, por tanto, función propia de la Administración del Estado. Habida cuenta de esta finalidad, es claro que la razón de ser del canon no es la actividad administrativa en sí misma, ni la eventual ocupación del dominio público marítimo-terrestre por los emisarios de los vertidos, que es objeto de regulación en el artículo 84, sino la perturbación o daño que en el agua del mar origina la recepción de los efluentes y que, en consecuencia, sea cual fuere la Administración que lo recauda, su destino ha de ser el saneamiento y mejora de la calidad de las aguas del mar.

c) *Artículos 86 y 87*

El problema que se suscita respecto de los artículos 86 y 87 se origina en la ambigüedad de su redacción que atribuye a "la Administración" a secas, la percepción de las tasas que regula. Esta ambigüedad ha dado lugar a que sea

impugnado por razones diametralmente opuestas: el Consejo Ejecutivo de Cataluña, por interferir su competencia para imponer y exigir tasas por sus servicios propios, aun cuando se presten sobre el dominio público marítimo-terrestre por entender que las tasas previstas por la Ley abarcan las actividades realizadas por la Administración Autónoma; por el contrario, el Gobierno Valenciano estima que el artículo 86 es inconstitucional por no expresar que las tasas han de ser percibidas por la Administración Autónoma, cuando sea ésta y no la del Estado la que resulte competente para realizar la actividad que la origina

Hay que dar la razón al Abogado del Estado, cuando afirma que estos preceptos deben ser interpretados de conformidad con el bloque de la constitucionalidad y de las normas que forman la arquitectura del Estado de las Autonomías, pues el principio de sujeción de los poderes públicos al ordenamiento jurídico (art. 9.1 CE) impone "una interpretación de las normas legales acorde con la Constitución y debe prevalecer en el proceso de exégesis el sentido de la norma, entre los posibles, que sea adecuado a ella" (STC 77/1985, FJ 4).

Los artículos 86 y 87 establecen unas tasas, que cubren los costes directamente imputables a la prestación de diversos servicios por parte de la Administración perceptora. Estos incluyen el examen del proyecto en la tramitación de solicitudes de autorizaciones y concesiones, el replanteo y la inspección de obras, las prácticas de deslindes y otras actuaciones técnicas y administrativas, y la aportación de estudios y copias de documentos, siempre a instancia de los interesados. El principio de que la competencia para crear tasas por servicios deriva necesariamente de la que se ostente para crear las instituciones y organizar los servicios públicos correspondientes (STC 37/1981, FJ 3) y el mandato expreso de la LOFCA cuyos artículos 7.1 y 17 disponen que las Comunidades Autónomas establecerán y regularán las tasas por prestar sus propios servicios públicos, fuerzan a entender que la norma que contienen los artículos 86 y 87 solamente puede entenderse referida a actividades que sean de competencia estatal. Contra lo que opina la Generalidad de Valencia, las tasas que recauden las Comunidades Autónomas como contraprestación de su intervención serán las fijadas en sus propias leyes, no las previstas por la Ley de Costas.

En conclusión, pues, los artículos 86 y 87 son constitucionales una vez entendido que las tasas allí establecidas gravan actuaciones de la Administración estatal.

6. *Título V*

El Título V de la Ley regula las infracciones y sanciones. Las impugnaciones presentadas por los órganos autonómicos que lo recurren pueden ser agrupadas en tres clases: las dirigidas contra los artículos 90 y 91, las que tienen por objeto el artículo 93.c) y, por último, las que combaten el artículo 101.2. El primer grupo es el más nutrido. La Junta de Galicia, el Gobierno Vasco y el Consejo Ejecutivo de Cataluña objetan diversos párrafos del artículo 90, que tipifica determinadas conductas como infracciones sujetas a las sanciones que prevé el artículo 97 y que son clasificadas en graves y leves en el artículo 91. El Consejo Ejecutivo de la Generalidad ataca también varios párrafos del artículo 91.2 que clasifican como graves distintas infracciones.

a) Artículos 90 y 91

Las impugnaciones dirigidas contra estos artículos no se basan en la atribución de competencia ejecutiva alguna a la Administración del Estado que los recurrentes juzguen invasor de la propia, pues de hecho no hay tal atribución y, como evidencia la conexión existente entre estos preceptos y el artículo 99 de la propia Ley, esta prevé que las sanciones establecidas para las faltas que aquellos preceptos definen y clasifican sean impuestas por la Administración competente en cada caso. La razón de la impugnación está por eso en que los recurrentes niegan que exista competencia estatal para tipificar y clasificar estas faltas porque las mismas hacen relación a conductas que se desarrollan en un espacio, el de la zona de servidumbre, en el que es competencia propia de la Comunidad Autónoma la ejecución de las normas de protección del medio ambiente, o de la legislación sobre vertidos industriales y contaminantes, que son los sectores materiales en los que cabe encuadrar aquellas normas cuya infracción se define ahora como falta.

Los términos en los que la impugnación se plantea obligan a rechazarla. Asegurado como está en la propia Ley el respeto a las competencias ejecutivas de las Comunidades Autónomas, no se advierte, en efecto, razón alguna para declarar la inconstitucionalidad de estas normas por invadir la competencia autonómica. Es cierto que no se hace objeción alguna frente a aquellos párrafos en los que la conducta tipificada se desarrolla en el dominio público marítimo-terrestre o incide directamente sobre él [Así los señalados con las letras *a*), *b*), *d*) y *h*), e incluso, en cierto sentido, el primer inciso de los párrafos *e*) y *f*)], de manera que no se cuestiona la competencia del Estado para regular su propia actuación como titular del demanio y la impugnación se limita a combatir la normativa estatal en cuanto afecta a la zona de servidumbre. Aun así limitado el alcance de la pretensión de los recurrentes, ésta no puede ser aceptada, según ya hemos dicho. Como complemento necesario de las normas sobre protección del medio ambiente las normas ahora analizadas, que no son en rigor sino parte de las normas que enuncian los deberes y obligaciones cuyo incumplimiento se tipifica como falta, no pueden ser tachadas de inconstitucionalidad, pues es incontestable que corresponde al Estado, como competencia exclusiva, la de dictarlas en los amplios términos que ya expusimos en el Fundamento 4.F.

De otra parte y como es evidente, las normas que analizamos no sólo no niegan la competencia de las Comunidades Autónomas para dictar normas en su desarrollo, facultad que, como ya declaramos en SSTC 87/1985 y 227/1988, implica también la de prever sanciones administrativas en caso de incumplimiento, sino que en rigor el ejercicio de esta facultad está postulado por la misma Ley de Costas al limitarse a señalar (art. 99.3) un límite máximo a la cuantía de las multas a imponer por los órganos de las Comunidades Autónomas, sin precisar cuáles han de ser éstos y hasta qué límite podría utilizar cada uno de ellos, en su caso, esta facultad sancionadora. Es verdad que ese límite único hace referencia exclusivamente a las sanciones por infracción de las normas sobre vertidos industriales y contaminantes, única materia en la que la Ley de Costas [art. 110.h)] reconoce una competencia propia a las Comunidades Autónomas, pero el reproche que de acuerdo con la doctrina de la presente Sentencia cabe hacer a ese enunciado limitativo no es resultado de los términos en los que está redactado ni podría subsanarse una declaración de inconstitucionalidad. En la medida en que de acuerdo con dicha doctrina han de reconocerse a las Comunidades Autónomas una mayor amplitud de facultades ejecutivas, de-

rivada de la competencia que ostentan para la ejecución sobre protección del medio ambiente, a lo sumo podrá advertirse en ese enunciado una insuficiencia, una laguna, que no determina la inconstitucionalidad del precepto.

Conviene advertir, por último, que siendo las Comunidades Autónomas litorales las competentes para ejecutar las normas sobre protección del medio ambiente, habrán de ser ellas, en principio, las encargadas de perseguir y sancionar las faltas cometidas en las zonas de servidumbre e influencia, aunque puedan serlo también directamente por la Administración del Estado cuando la conducta infractora atente contra la integridad del demanio o el mantenimiento de las servidumbres de tránsito y acceso que garantizan su libre uso. En general, sea cual sea la Administración competente, no pueden las restantes permanecer pasivas dados los términos generales del artículo 101, que obliga a todas las Administraciones con competencias confluyentes sobre las costas (estatal, autonómica y locales) a efectuar las comprobaciones necesarias y a tramitar todas las denuncias que reciban, sin perjuicio de dirigirse (mediante la correspondiente denuncia, en su caso) a las autoridades que estimen competentes para imponer las sanciones que procedan.

Ninguna tacha de inconstitucionalidad puede oponerse en consecuencia desde el punto de vista de estos recursos a los artículos 90 y 91.

b) Artículo 93

La competencia que ostenta el Estado para regular las infracciones y sanciones conlleva, ineludiblemente, la potestad para establecer quiénes han de responder por ellas, tal y como contempla el artículo 93. En nada obsta a dicha afirmación que la Ley prevea que cuando las infracciones deriven del otorgamiento de títulos administrativos contrarios a lo establecido en ella resulten igualmente responsables los funcionarios y las autoridades a quienes resulte imputable dicho otorgamiento, en los términos que detalla el apartado c) de este artículo 93.

La protección más eficaz del dominio público marítimo-terrestre, que sin duda busca este precepto, es asunto de la incumbencia del legislador estatal contra lo que afirma la Generalidad de Cataluña. Y el que lo dispuesto en la norma ataña a autoridades y a funcionarios o empleados de cualquier Administración Pública y no sólo a las englobadas en la esfera estatal, resulta indiferente. No es preciso acudir a las competencias que al Estado reserva el número 18 del artículo 149.1 CE, como apunta su abogado a mayor abundamiento, pues es suficiente con constatar que las normas por cuyo cumplimiento vela la responsabilidad disciplinaria y administrativa que establecen, respectivamente, los párrafos 1.º y 2.º de este artículo 93.c) caen dentro de la competencia del Estado, que no encuentra más límites a su libertad de configuración que el respeto a los derechos y principios sustantivos que proclama el texto constitucional (STC 76/1990, FJ 5).

c) Artículo 101

La facultad que el artículo 101.2 otorga a los funcionarios y agentes de la Administración para acceder a los terrenos de propiedad privada en que hubieren de realizarse las comprobaciones y actuaciones precisas para hacer guardar

lo dispuesto en la Ley de Costas es en sí misma constitucionalmente legítima. El reparo formulado por el Gobierno cántabro por estimar que este precepto conculca la inviolabilidad del domicilio que reconoce el artículo 18.2 CE se sustenta en una interpretación desmesurada de lo en él dispuesto, pues nada hay en su texto que regule el modo y manera en que debe ser ejercida la facultad que otorga, cuya actuación deberá atemperarse —como es obvio— al respeto a los derechos fundamentales, entre los que se incluye la inviolabilidad del domicilio, en los términos previstos por el artículo 18.2 CE.

Es cierto, como afirma el Abogado del Estado, que no puede incluirse sin más la expresión “terrenos de propiedad privada” dentro del campo semántico del “domicilio” al que la Constitución extiende su protección. Pero no lo es menos que tampoco es aceptable sin más la proposición inversa. Pues no se puede descartar *a priori* la posibilidad de que dentro de un terreno de propiedad privada existan uno o más lugares que merezcan la calificación constitucional de domicilio, ni que en determinadas circunstancias la inviolabilidad que la Constitución predica de tales lugares deba extenderse más allá de las paredes que circunden su espacio nuclear. Todas estas cuestiones pueden quedar ahora imprejuizadas, pues ninguna de ellas resulta determinada por la simple habilitación que enuncia el artículo 101.2 de la Ley de Costas, que evidentemente, sólo forzando su sentido literal, puede ser interpretada para llevar a cabo actuaciones que la Constitución prohíbe.

7. Título VI

El Título VI, dividido en cinco capítulos, está integrado por diez artículos, siete de entre los cuales han sido impugnados en los términos recogidos en los Antecedentes. Todos los preceptos del Título, con la única excepción del último de ellos, el artículo 119, no impugnado, se limitan a establecer determinaciones competenciales, en algunos casos ya precisadas antes, pero que en otros, al hacerse ahora por vez primera, establecen el sentido que el legislador atribuye a las fórmulas equívocas (“Administración competente” o, simplemente, “Administración”) utilizadas al hacer la regulación sustantiva o procedimental. Esta técnica nos ha obligado, como ya se sabe, a anticipar el estudio de algunos de estos preceptos anticipando también con ello el sentido de nuestra decisión, cuyo alcance preciso debe ser establecido ahora.

Esta misma implicación recíproca entre muchos de los enunciados de este Título y los de aquellos que le preceden impide dar una respuesta genérica a la argumentación que con carácter general contra todo el Título, aunque sobre todo contra sus tres primeros artículos, hace la Generalidad de Cataluña, invocando la doctrina recogida en diversas Sentencias (SSTC 76/1983, 29/1986 y 49/1988) sobre la ilicitud del procedimiento consistente en hacer definiciones generales y abstractas de los conceptos utilizados en el bloque de la constitucionalidad para la delimitación de competencias, pues sólo la interpretación sistemática de cada uno de estos enunciados en el contexto de la Ley permite hacer un juicio acerca del tema.

A) Capítulo primero (arts. 110-113)

Los tres primeros artículos de este Título (el último de ellos no ha suscitado objeción alguna) son los que atraen sobre sí la mayor parte de las impugnaciones que ahora pasamos a analizar.

a) Artículo 110

En este artículo, dividido en trece párrafos señalados con letras de la *a*) a la *m*), se precisan cuáles son las funciones que “en los términos establecidos en la presente Ley” corresponden a la Administración del Estado, aunque no se incluyen los de informar planes o proyectos de otras Administraciones contemplados en los artículos 112 y 117. La diversidad de contenido de los distintos párrafos, alguno de los cuales no ha sido impugnado, obliga a analizarlos separadamente a partir del señalado con la letra *b*), ya que el *a*) no ha sido objeto de ataque alguno.

b) Las razones por las que no cabe estimar las impugnaciones dirigidas contra las determinaciones iniciales de este párrafo concernientes a la gestión del dominio público marítimo-terrestre, incluyendo el otorgamiento de adscripciones, concesiones y autorizaciones para su ocupación y aprovechamiento y la declaración de zonas de reserva, han sido ya expuestas antes en los apartados A), B), C) y D) del Fundamento número 4, en el primero de los cuales hacíamos una salvedad expresa respecto de todo lo concerniente a autorizaciones en zonas de servidumbre, las concesiones de obras fijas en el mar y las instalaciones menores que no formen parte de un puerto o estén adscritas al mismo.

Sentado, pues, que es constitucionalmente posible, y por tanto legítimo, atribuir a la Administración del Estado las facultades respecto de reservas, autorizaciones y concesiones relativas al demanio, con el alcance que se precisa en los lugares del Fundamento 4 que acabamos de citar, sólo nos resta pronunciarnos sobre estas últimas determinaciones.

La posibilidad constitucional de reservar a la Administración del Estado el otorgamiento de las autorizaciones necesarias para “las actuaciones en las zonas de servidumbre que requieran de tal requisito” ha sido también ya objeto de consideración y, por lo tanto, también respecto de ella hemos anticipado el sentido de nuestra decisión, que es distinta según la distinta naturaleza de las servidumbres que la Ley establece. La llamada servidumbre de protección, cuyo establecimiento hemos considerado legítimo como instrumento de protección del medio ambiente costero, ha de ser considerada en consecuencia como una institución inscrita en lo que toca a la delimitación competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas dentro de este ámbito material en el que corresponde a las Comunidades Autónomas, además de desarrollar en su caso la legislación del Estado o complementarla mediante medidas adicionales, la ejecución. El otorgamiento de autorizaciones en la zona de protección, en cuanto requeridas por la normativa que disciplina esta servidumbre, corresponde en consecuencia, como actividad ejecutiva, a las Comunidades Autónomas, según dijimos ya al pronunciarnos sobre el artículo 26 en el Fundamento 3.D).*d*). Otra es la naturaleza de las servidumbres de tránsito y de acceso al mar reguladas, respectivamente, en los artículos 27 y 28 de la Ley, pues aunque dichas servidumbres recaen también, como la de protección, sobre los terrenos colindantes con el demanio, están conectadas directamente con la competencia estatal sobre vigilancia litoral y con el deber que la titularidad demanial impone al Estado de asegurar la libre utilización del dominio público marítimo-terrestre, como ya hemos dicho en los apartados E) y F) del Fundamento tercero. Apenas parece necesario agregar a lo allí dicho que el criterio para otorgar o denegar las autorizaciones solicitadas no podrá ser otro que el de garantizar la consecución de los objetivos que justifican estas servidumbres, sin incidir en el ejercicio que las

Administraciones competentes han hecho de sus competencias propias sobre ordenación del territorio, urbanismo, etc.

Resta considerar, por último, la licitud de la previsión concerniente a las concesiones de obras fijas en el mar y de instalaciones marítimas menores que no forman parte de un puerto o estén adscritas al mismo, respecto de la cual resulta poco dudosa la existencia de competencia estatal. Es obvio que la competencia autonómica sobre ordenación del territorio no se extiende al mar y que, excluida la competencia sobre puertos no afectada por esta previsión, las restantes competencias sectoriales asumidas por las Comunidades Autónomas (pesca, agricultura, etc.) no dispensa a quienes realizan estas actividades de la necesidad de obtener la correspondiente concesión demanial cuando la realización de las mismas implica la ocupación del dominio público marítimo-terrestre y, *a fortiori*, la del mar territorial.

c) Este precepto reserva a la Administración del Estado la tutela y policía del dominio público o de sus servidumbres, de una parte, y la vigilancia del cumplimiento de las condiciones con las que han sido otorgadas las correspondientes autorizaciones y concesiones, de la otra

En lo que a tutela y policía del demanio respecta, no se opone realmente por parte de los recurrentes otra objeción que la general, basada en la afirmación de sus propias competencias de gestión respecto del mismo, basadas en la que tienen para la ordenación del territorio propio. Rechazada ésta, como hemos hecho en el Fundamento 4.A, decae también esta impugnación genérica. A lo ya dicho sólo cabe añadir que como las facultades de policía que a la Administración estatal se atribuyen aquí son sólo las que le corresponden en razón de la titularidad demanial, la policía de las actividades que en el demanio hayan de llevarse a cabo, en cuanto no afecten a la integridad del mismo, ha de mantenerse, como es obvio, en manos de la Administración autonómica cuando sea ésta la que ostenta la competencia *ratione materiae*.

En lo que toca a la tutela y policía de las servidumbres demaniales, tampoco cabe negar por las mismas razones expuestas la competencia de la Administración estatal, aunque, como también es evidente, esta competencia ni autoriza a esta Administración para llevar a cabo actuaciones que no estén orientadas por la necesidad de asegurar la protección del dominio público y garantizar su libre utilización, ni excluye en modo alguno la competencia propia de las Comunidades Autónomas para llevar a cabo la tutela y la policía de las actividades que se lleven a cabo en la zona de protección. La eventual duplicidad de actuaciones ha de ser resuelta de acuerdo con los criterios expuestos en el artículo 116, que no ha sido objeto de impugnación.

Por último y en lo que respecta a la vigencia del cumplimiento de las condiciones en las que se otorgaran concesiones y autorizaciones, en cuanto referida esta determinación a las concesiones y autorizaciones otorgadas por la Administración estatal, ningún reproche puede hacerse, desde el punto de vista constitucional, al precepto que estudiamos.

d) Este apartado es impugnado sólo por la Generalidad de Cataluña, aduciendo las mismas razones que fundamentaban su ataque al artículo 29. Baste remitirnos aquí, en consecuencia, a lo ya dicho en el Fundamento 3.G para desestimar esta impugnación.

e) La única impugnación dirigida contra este apartado puede ser rechazada mediante una simple remisión a la doctrina ya expuesta en STC 76/1984, pues el precepto se refiere a labores puramente técnicas, y en consecuencia, como allí ya sostuvimos, no pueden lesionar competencias ajenas.

f) La impugnación de este precepto, simple proyección de lo ya previsto en los artículos 22 y 34, está ya de hecho resuelta por nuestro previo pronunciamiento respecto de estos artículos en los Fundamentos 3.C y 4.B.d). El apartado es en consecuencia válido una vez eliminada la referencia que en él se hace al artículo 34.

g) La impugnación de este apartado, que reproduce en buena medida el tenor literal del artículo 149.1.24 CE, se dirige precisamente contra el único punto en el que la redacción constitucional y la legal difieren, esto es, contra la referencia a las "actuaciones", además de las "obras".

La decisión acerca de esta impugnación resulta problemática. No ciertamente por la fuerza del argumento con el que se la apoya, que es reversible, pues aunque es cierto que el artículo 149.1.24 CE no hace referencia sino a obras públicas y no a "actuaciones", tampoco figura esta referencia en el artículo 99.13 del Estatuto de la Generalidad de Cataluña, que es la Comunidad impugnante; de manera que en lo que a esta Comunidad concierne, la competencia sobre "actuaciones" habría de ser entendida como competencia residual del Estado en aplicación de lo dispuesto en el artículo 149.3 CE. La problematicidad viene de la imprecisión de la expresión utilizada, pues no es fácil determinar en qué puedan consistir tales "actuaciones" como cosa distinta de las obras, ni el precepto indica cuál es el ámbito en el que éstas podrían llevarse a cabo, ni, a diferencia de lo que con las obras sucede, ofrece la Ley ninguna información acerca de cuáles son las actuaciones de las que se predica este interés general.

Parece evidente que cuando tales actuaciones hayan de desarrollarse en el espacio demanial y tengan como finalidad proteger su integridad, preservar sus características propias o asegurar su libre utilización la capacidad para llevarlas a cabo va insita en la titularidad demanial; pero igualmente claro es que esas "actuaciones" no serán constitucionalmente legítimas cuando se desarrollen fuera de ese espacio o aun dentro de él en sectores adscritos a una Comunidad Autónoma, o que aun sin mediar adscripción demanial impliquen la adopción de medidas que corresponden a la competencia autonómica. No cabe, en consecuencia, otro pronunciamiento que el de declarar que el precepto no es contrario a la Constitución siempre que se lo interprete en estos términos.

h) La competencia para autorizar vertidos, salvo los industriales y contaminantes, desde tierra al mar, que este apartado atribuye a la Administración estatal, es competencia propia de las Comunidades Autónomas según hemos razonado ya en el Fundamento 4.F y en cuanto a tales vertidos el precepto ha de considerarse institucional, tanto más cuanto que el supuesto que eventualmente pudiera darse de que el tránsito de los efluentes a través del demanio no requiriese concesión, sino simple autorización, de acuerdo con el artículo 51, está ya cubierto por la previsión contenida en el apartado b) de este artículo 110.

El precepto tiene, sin embargo, otro ámbito de aplicación, pues pese a lo dispuesto en el artículo 56.2, la Disposición Adicional 8.^a prevé su aplicabilidad (junto con la de las restantes disposiciones del Título V) a los vertidos que se realicen al mar desde buques y aeronaves, en defecto de legislación específica y también en cuanto a este carácter de norma supletoria lo impugna el Gobierno vasco, que considera que es esta Comunidad Autónoma la competente para autorizar los vertidos de mar a mar en las aguas litorales adyacentes a su territorio.

Esta reivindicación, que el Gobierno vasco apoya en el tenor literal del artículo 12.10 del Estatuto de Autonomía, no puede ser estimada. El mencionado precepto se refiere al mar territorial como lugar de recepción de los vertidos, no como

origen de éstos; y el artículo 20.6.º del mismo Estatuto precisa que "salvo disposición expresa en contrario, las competencias mencionadas en los artículos anteriores... se entienden referidas al ámbito territorial del País Vasco", que no incluye el mar adyacente.

El precepto ha de ser considerado, por tanto, inconstitucional en cuanto referido a los vertidos de tierra a mar.

i) En cuanto referido a los vertidos no industriales y contaminantes, este apartado es impugnado por aquellas Comunidades que sostienen que su competencia sobre los vertidos inoocuos es plena, correspondiéndoles en consecuencia también la legislación sobre ellos. Una vez que, como hemos visto, esa competencia (como, por lo demás, la que ostentan sobre los vertidos industriales y contaminantes) ha de ser encuadrada en la materia de medio ambiente, en la que la competencia normativa autonómica es la de desarrollo de legislación estatal, además de la necesaria para dictar normas adicionales, la objeción frente a la atribución de competencia normativa a la Administración estatal ha de ser rechazada.

El Gobierno vasco impugna también la atribución a la Administración del Estado de las facultades necesarias para la elaboración y aprobación de normas sobre seguridad humana en lugares de baño, que considera propia como inscribible dentro del ámbito de la protección civil.

Es evidente, en efecto, que estas normas afectan directamente al uso común del dominio público, cuya regulación es competencia estatal, pero que al mismo tiempo pueden encuadrarse, de acuerdo con su contenido, en el título que el Gobierno vasco invoca. Ha de entenderse por lo tanto que se trata de competencias concurrentes y que las normas estatales han de ser entendidas como el mínimo indispensable que la Comunidad Autónoma puede ampliar para mayor garantía de los usuarios. Entendido en estos términos, el precepto no es contrario a la Constitución.

l) Aunque la Generalidad de Cataluña hace algunas observaciones críticas de la imprecisión con la que este apartado se refiere a las competencias propias del Estado, su impugnación, como la del resto de los recurrentes que contra él se dirigen, combate sobre todo la atribución a la Administración estatal de facultades para llevar a cabo, en su caso, "la coordinación e inspección de su cumplimiento por parte de las Comunidades Autónomas, pudiendo adoptar, si procede, las medidas adecuadas para su observancia".

En este punto la reivindicación competencial, apoyada en las cláusulas estatutarias en las que se atribuye a la respectiva Comunidad Autónoma la competencia para ejecutar los Tratados Internacionales en las materias que constituyen su propio ámbito competencial, aparece sólidamente fundada. Es cierto que dada la imprecisa redacción del precepto, éste podría entenderse referido sólo a las materias de competencia estatal; pero aun así la ejecución autonómica sólo podría fundarse en una delegación expresa del Estado y había de ser la Ley de delegación (o transferencia) la que estableciese (art. 150.2 CE) las formas de control que el Estado se reserve. También es verdad que en razón de la responsabilidad internacional única del Estado éste no puede desentenderse de cuál es la forma en la que las Comunidades Autónomas llevan a cabo las obligaciones derivadas de los Tratados, pero la información necesaria ha de recabarse de las Comunidades Autónomas, y las medidas que para corregir eventuales deficiencias haya de adoptar son las previstas en la Constitución. El apartado es, por tanto, constitucional en su primer inciso e inconstitucional y nulo en todo lo demás.

b) Artículo 111

El apartado primero de este artículo califica de interés general las obras que describe a continuación en cinco párrafos separados, de los que sólo los cuatro primeros [a), b), c) y d)] han sido impugnados por entender los recurrentes que el Estado carece de competencias materiales para acometer tales obras, que habrían de ser, por el contrario, tarea propia de la respectiva Comunidad Autónoma, competente en todos los casos para la ordenación del territorio y del litoral. La competencia que sobre estas obras se recaba para la Administración del Estado específica, por así decir, la que en términos más genéricos se enuncia en el apartado g) del artículo anterior y es independiente de la que en el apartado b) del mismo artículo se le reconoce para el otorgamiento de adscripciones, concesiones y autorizaciones para la ocupación y aprovechamiento del demanio, de tal modo que en caso de que las obras en cuestión sean de competencia de otra Administración distinta, ésta habrá de obtener para realizarlas la correspondiente concesión demanial. Esta es la situación que de acuerdo con la letra del precepto [apartado 1.d)] se produciría en las obras a realizar en el mar territorial sobre instalaciones destinadas a la acuicultura. Es claro en consecuencia que la disputa sobre la legitimidad constitucional de este precepto ha de resolverse teniendo en cuenta no el espacio físico en donde las obras han de realizarse, sino la finalidad que constituye su razón de ser.

De acuerdo con este criterio, es fácil alcanzar la solución en lo que toca a las competencias enumeradas en los tres párrafos iniciales [letras a), b) y c)]. La impugnación, que se apoya en una interpretación muy restrictiva y no constitucionalmente necesaria de las facultades inherentes a la titularidad demanial, ha de ser rechazada por razones que ya expusimos en el fundamento 4.A, al que ahora, en aras de la brevedad, nos remitimos, pues la conexión entre la definición de las obras calificadas de interés general y el ámbito propio de esas facultades inherentes es en todos los casos evidente.

Más complejo es el problema que plantea la impugnación dirigida contra el párrafo d), pues a diferencia de lo que sucede en los casos anteriores la competencia sobre las obras no se atribuye a la Administración del Estado en atención a la finalidad de éstas, sino sólo en razón del espacio en el que se realizan. Este cambio de la perspectiva, que es el que explica que se salve aquí la competencia autonómica sobre acuicultura, obliga también a considerar insuficiente esta salvedad, pues no es la acuicultura la única materia de competencia autonómica que puede dar lugar a la realización de obras en el mar territorial. Así sucede también, como hemos visto, en lo que toca a los vertidos y puede eventualmente suceder en otros supuestos, cuya exclusión *a priori* por la norma que ahora analizamos obliga a considerarla, precisamente en cuanto los excluye y sólo por ello, contraria al orden constitucional de competencias. Su acomodación al mismo no requiere por ello otra operación que la de anular la referencia específica a la acuicultura, de manera que se salve en general la competencia de las Comunidades Autónomas siempre que ésta exista.

Los apartados 2.º y 3.º de este mismo artículo son impugnados (en este caso sólo por el Gobierno vasco) por implicar una injerencia en la competencia autonómica sobre ordenación del territorio. Esta posible injerencia sólo se daría, sin embargo, en lo que al apartado segundo se refiere si el precepto dispensase al Estado del cumplimiento de las normas de ordenación territorial, pero no es éste el caso. El precepto, que reserva a los Tribunales la decisión última, se limita a excluir la posibilidad de suspensión administrativa (no judicial) de las obras

emprendidas por el Estado y encuentra por ello apoyo suficiente en la competencia que en exclusiva reserva a éste el artículo 149.1.18, del mismo modo que encuentra sólido fundamento en el artículo 133.1 y 2 del texto constitucional la exención fiscal que el apartado 3.º consagra.

c) Artículo 112

El artículo 112 que atribuye a la Administración estatal la facultad de emitir un informe preceptivo y vinculante sobre los planes y proyectos de las Comunidades Autónomas ha sido impugnado por la obvia razón de que tal informe mediatiza el ejercicio de éstas de sus competencias propias sobre la ordenación del territorio, vertidos, puertos y vías de transporte y acuicultura.

Que la mediatización se produce es, desde luego, cosa innegable. También lo es, no obstante, que la emisión del informe se prevé para planes y proyectos cuya puesta en práctica requiere decisiones de la Administración del Estado [adcripciones, concesiones y autorizaciones en el caso de los apartados *b)*, *c)* y *d)*, aunque no necesariamente en el caso *a)*] que ésta no puede ser forzada a adoptar cuando entiende contrarias a las disposiciones legales relativas a la protección, preservación y uso público del demanio. La existencia de un informe previo y preceptivo en tales casos es así un medio razonable para asegurar que la realización de los planes y proyectos no encuentre al final un obstáculo insalvable. Cosa distinta es, naturalmente, el carácter vinculante que a tales informes preceptivos se otorga y que, como más tarde veremos, se encuentra considerablemente atenuado, en lo que respecta a los planes y normas de ordenación territorial o urbana, por lo dispuesto en el artículo 117 de la propia Ley, pues la fuerza que así adquieren esos informes convierte de hecho la aprobación final del plan o proyecto en un acto complejo en el que han de concurrir dos voluntades distintas; y esa concurrencia necesaria sólo es constitucionalmente admisible cuando ambas voluntades resuelven sobre asuntos de su propia competencia. La admisibilidad de esta exigencia legal de informe vinculante ha de ser considerada por eso en relación con cada uno de los supuestos, de acuerdo con esa doctrina que ya dejamos sentada en STC 103/1989 (FJ 8.º).

En el contemplado en el párrafo *a)*, la competencia ejercida, mediata o inmediatamente, por las Comunidades Autónomas que han de aprobar los planes o normas de ordenación territorial es la que con carácter exclusivo le conceden los respectivos Estatutos sobre la materia, en tanto que la competencia estatal (más precisamente facultad inherente en la titularidad estatal) es la que tiene por objeto la protección física del demanio y la garantía de su utilización; y no es sólo a estas tareas a las que el precepto se refiere al mencionar todas las disposiciones de la Ley y de las normas dictadas para su desarrollo y aplicación. Prescindiendo de que en cuanto en esta última referencia se entiendan incluidas las normas dictadas al amparo del artículo 34 debe tenerse por nula, es obvio que entre las disposiciones de la Ley se encuentran, por ejemplo, las que prohíben determinadas actuaciones en la zona de protección o las limitan en la zona de influencia que hemos considerado legítimas como normas de protección del medio ambiente costero, cuya ejecución corresponde por esta razón a las Comunidades Autónomas. Cuando entienda que los planes o normas de ordenación territorial infringen tales normas, la Administración estatal podrá sin duda objetarlas; pero su objeción no resulta vinculante, pues no es a la Administración estatal, sino a los Tribunales de Justicia a quien corresponde el control de lega-

lidad de las Administraciones autónomas, y a éstos deberá recurrir aquélla para asegurar el respeto de la Ley cuando no es la competente para ejecutarla. Cuando, por el contrario, el informe de la Administración estatal proponga objeciones basadas en el ejercicio de facultades propias, incluida la de otorgar títulos para la ocupación o utilización del demanio o preservar las servidumbres de tránsito o acceso, para referirnos sólo a las derivadas de la titularidad demanial, a las que, como es lógico, cabe añadir las que derivan de otras competencias sectoriales (defensa, iluminación de costas, puertos de interés general, etc.), su voluntad vinculará sin duda a la Administración autonómica, que habrá de modificar en concordancia los planes o normas de ordenación territorial o urbanística.

Esta doctrina ha de aplicarse a los restantes párrafos de este artículo sin necesidad de entrar en detalle en cada uno de los supuestos imaginables. Si conviene advertir, sin embargo, que lo dispuesto en el párrafo *b)* ha de entenderse aplicable a todo género de vertidos en razón de lo ya dicho respecto de los artículos 56 y siguientes (FJ 4.F) y del apartado *h)* del artículo 110, y que el alcance posible del informe previsto en el párrafo *c)* debe establecerse teniendo en cuenta la doctrina que en relación con el artículo 49 se recoge en el Fundamento 4.D.b).a'). En lo que toca al apartado *d)*, es claro, por último, que la especificación de esta doctrina en relación con los cultivos marinos se encuentra sobre todo en STC 103/1989, cuyas directrices básicas hemos extendido ahora a los restantes supuestos.

B) *Capítulo II*

El artículo 114, único de este capítulo, que se limita a afirmar que las Comunidades Autónomas ejercerán las competencias que constitucionalmente tengan, ha sido impugnado, aunque en términos más bien dubitativos, por las Comunidades Autónomas de Cataluña y Galicia.

Ciertamente, dado el carácter tautológico de su enunciado, no se puede hacer al precepto reproche alguno de inconstitucionalidad en cuanto a su contenido. No menos cierto es, sin embargo, que los preceptos de esta naturaleza no tienen razón de ser en las leyes en cuanto pudieran llevar a la idea falsa de que pueden éstas alterar el orden competencial dispuesto por la Constitución y los Estatutos de Autonomía. Su escaso rigor técnico no es, sin embargo, jurídicamente suficiente para su invalidación.

C) *Capítulo III*

El artículo 115, el único también de este capítulo, es impugnado en su totalidad, aunque la argumentación que se ofrece para combatir su legitimidad se centra especialmente en el contenido de los párrafos *c)* y *d)*.

Dado el contenido de los dos primeros párrafos, que se limitan a prever la posibilidad de que la legislación autonómica ofrezca a los correspondientes municipios la posibilidad de informar en los expedientes de deslinde o en los que se inicien para atender solicitudes de reserva, adscripción, concesión o autorización cuya resolución corresponde en todo caso a la Administración estatal, no se advierte cuál pueda ser la lesión que los mismos implican para las competencias de las respectivas Comunidades Autónomas.

Tampoco cabe estimar la impugnación dirigida contra los dos restantes apar-

tados cuyo contenido no desborda del ámbito competencial que les reserven los artículos 25 y 28 de la Ley de Bases de Régimen Local (Ley 7/1985), sobre cuya adecuación constitucional ya nos pronunciamos en STC 214/1989 (FJ 12). El primero de ellos, *c*), es por lo demás simple proyección de la previsión contenida en el artículo 53, que ya antes [FJ 4.E.*b*)] hemos considerado compatible con el bloque de la constitucionalidad. Como allí dijimos y como aquí precisa el enunciado liminar de este artículo, la explotación de los servicios de temporada en las playas que los Ayuntamientos puedan eventualmente asumir directa o indirectamente, habrá de acomodarse en todo caso a lo dispuesto en la legislación autonómica, incluida naturalmente la de régimen local. Por último y en lo que toca al párrafo *d*), hay que reiterar que la previsión de esta competencia municipal que ya figuraba en la Ley de Costas de 1969 (art. 17) y en disposiciones anteriores no colide en modo alguno con la competencia autonómica en materia de protección civil, como ya hemos indicado al analizar la impugnación dirigida contra el párrafo *i*) del artículo 110, y menos aún con la competencia de salvamento marítimo cuyo ámbito propio está actualmente delimitado por la Ley 60/1969. Entendido en estos términos, el precepto no es contrario a la Constitución.

D) *Capítulo IV*

a) Ni el tenor literal del artículo 117, el primero de los impugnados en este capítulo consagrado a las relaciones interadministrativas, permite distinguir fácilmente el supuesto que en él se contempla del descrito en el párrafo *a*) del artículo 112, ni el desarrollo reglamentario de uno y otro precepto en los artículos 206 y 210 del Reglamento ayuda a despejar las dudas que la lectura de la Ley suscita. Es cierto que el artículo 112.*a*) se refiere sólo a planes y normas de ordenación territorial y urbanística, en tanto que este artículo 117 que ahora analizamos menciona, en términos aparentemente más comprensivos, todos los instrumentos de ordenación territorial y urbanística; pero como evidencia la lectura de los citados preceptos reglamentarios, ambas fórmulas incluyen los Proyectos de Delimitación de Suelo Urbano y los Estudios de Detalle, que son quizá los únicos instrumentos de ordenación que podrían justificar las diferencias de dicción.

Esta coincidencia, cuando menos parcial, de los supuestos contemplados en ambos artículos es la que nos llevaba a afirmar, al estudiar el artículo 112.*a*), que la fuerza vinculante del informe que en él se preveía resulta debilitada por lo que en este artículo 117 se dispone. En él, en efecto, y en contra de lo que las Comunidades Autónomas recurrentes parecen suponer, no se subordina la aprobación de los correspondientes instrumentos de ordenación (o de su revisión o modificación) siempre y en todo caso a la concurrencia de ambas voluntades, sino sólo en aquellos supuestos en los que el informe desfavorable de la Administración estatal verse sobre materias de su competencia, es decir, sobre un ámbito limitado en la forma que ya hemos expuesto al analizar el artículo 112.*a*). Sólo en esos casos será indispensable abrir el período de consultas para llegar al acuerdo. Cuando así no sea, es decir, cuando el informe negativo verse sobre materias que a juicio de la Comunidad Autónoma excedan de la competencia estatal, la búsqueda del acuerdo no es jurídicamente indispensable y, en consecuencia, podrá la Administración competente para la ordenación territorial y urbanística adoptar la decisión que proceda, sin perjuicio, claro está, de la posi-

bilidad que a la Administración estatal se ofrece siempre de atacar esa decisión por razones de constitucionalidad o de legalidad.

Esta interpretación es la que naturalmente resulta del tenor literal del precepto y, por tanto, éste no puede ser considerado contrario al bloque de la constitucionalidad.

b) El artículo 118 remite al artículo 59 de la Ley de Bases de Régimen Local (“en los términos del art. 59”, dice).

La remisión produce cierta perplejidad, porque si bien es verdad que el mencionado precepto abre la posibilidad de que las leyes sectoriales, tanto del Estado como de las Comunidades Autónomas, atribuyan al Gobierno de la Nación o al respectivo Consejo de Gobierno la facultad de coordinar la actividad de la Administración Local y en especial de las Diputaciones Provinciales en el ejercicio de sus competencias, no es menos cierto que en el apartado segundo se establece que “en todo caso la Ley deberá precisar, con suficiente detalle, las condiciones y los límites de la coordinación, así como las modalidades de control que se reserven las Cortes Generales o la correspondiente Asamblea Legislativa”, y que esta exigencia queda absolutamente incumplida en el artículo que ahora estudiamos.

Esas condiciones y esos límites legalmente previstos en cada caso son, naturalmente, indispensables para preservar la autonomía local, que resulta ignorada mediante una habilitación general como la que en este precepto se contiene. A ello ha de añadirse aún que, como ya dijimos en STC 214/1989 (FJ 21), el artículo 59 de la Ley de Bases de Régimen Local no resulta contrario al bloque de la constitucionalidad precisamente porque la posibilidad que en él se abre de que la Ley estatal o autonómica atribuyan al Gobierno del Estado o al de las Comunidades Autónomas unas facultades de coordinación limitadas y sometidas al control de las Cortes o del Parlamento respectivo está referida a los sectores materiales de competencia estatal o autonómica, en tanto que el precepto que ahora comentamos no establece distinción alguna, abriendo así el camino para que la Administración estatal asuma la tarea de coordinar la actuación de las Corporaciones Locales en materias que, como la de ordenación territorial, son de competencia de las Comunidades Autónomas. Todo ello lleva inexcusablemente a la declaración de inconstitucionalidad del precepto.

8. *Disposiciones Transitorias*

A) *Preliminar*

La heterogeneidad de contenido de las Disposiciones Transitorias hace que la impugnación dirigida contra seis de ellas (la sexta no ha sido atacada por ninguno de los recurrentes) se apoye en razones muy diversas que es imposible reducir a unidad. No obstante, el argumento central, desarrollado unas veces directamente en relación con las Disposiciones Transitorias (así en los recursos suscritos por los señores Diputados y por el Gobierno cántabro) y en otros al impugnar artículos de la Ley para cuyo análisis consideramos innecesario entrar en el problema planteado por los derechos adquiridos (así en los recursos del Gobierno vasco, especialmente en relación con los arts. 3, 4 y 5 de la Ley, y del Gobierno balear, en relación con el art. 13), es el de que se viola el artículo 33.3 de la Constitución según el cual, como se sabe, “nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, median-

te la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto en las leyes". Parece, en consecuencia, aconsejable, que también aquí, como antes hicimos en los Fundamentos 1.º y 4.º, establezcamos, antes de acometer el análisis de cada una de las Disposiciones, o más precisamente de cada uno de los apartados en los que están divididas, algunos criterios generales que ahorren después reiteraciones innecesarias.

Al iniciar esta tarea, conviene comenzar por advertir que el derecho que ese precepto constitucional consagra no puede ser dissociado del que se enuncia en el apartado precedente del mismo artículo 33 CE, pues aunque la advertencia parezca obvia no es infrecuente el olvido de algunas de las consecuencias que necesariamente se siguen de la estrecha conexión de ambos preceptos.

Tal olvido parece perceptible, en efecto, en algunas de las argumentaciones empleadas por los recurrentes para negar la legitimidad constitucional de aquellas Disposiciones Transitorias que no prevén indemnización alguna en favor de los propietarios de terrenos colindantes con el dominio público en la zona de protección o en la de influencia, que ahora, en virtud de las limitaciones que la Ley establece, se verán impedidos de hacer lo que antes de ella podían. Esos argumentos no imputan ciertamente a la Ley la infracción del artículo 33.1 CE por no respetar aquélla el contenido esencial de la propiedad, sino la del párrafo 3.º de este mismo artículo por no indemnizar la privación de derechos que de la misma se sigue; y por eso no pueden ser respondidos con la simple remisión a lo ya dicho en otras ocasiones (así SSTC 111/1983, 37/1987 y otras). Su razonamiento parece implicar, sin embargo, que sea cual sea el contenido esencial y por eso constitucionalmente intangible de la propiedad, el régimen jurídico de un determinado género de bienes no puede ser alterado en ningún caso sin indemnizar a sus propietarios por la privación de los derechos (o simples facultades) que de acuerdo con la regulación antes existente tenían; y esta idea no responde a una interpretación adecuada de nuestra Constitución. La función social de la propiedad con arreglo a la cual las leyes han de delimitar el contenido propio de ésta opera, en efecto, no sólo en abstracto, por así decir, para establecer el contenido de la institución constitucionalmente garantizada, sino también, en concreto, en relación con las distintas clases de bienes sobre los que el dominio recae. El legislador puede establecer en consecuencia regulaciones distintas de la propiedad en razón de la naturaleza propia de los bienes y en atención a características generales de éstos, como es, en el caso que ahora nos ocupa, la de su contigüidad o proximidad respecto del dominio público marítimo-terrestre. No es tarea propia de este Tribunal la de mediar en la disputa dogmática acerca de si estas normas que disciplinan la propiedad sobre determinados géneros de bienes delimitan el contenido propio de diversas formas de propiedad o, siendo ésta una institución pública, son más bien limitaciones que al propietario se imponen en razón de la naturaleza de los bienes. Lo que sí conviene subrayar es que las limitaciones introducidas con carácter general en el capítulo II de la Ley, como los meros cambios legislativos, aun cuando impliquen una restricción de los derechos (o simples facultades) que antes de él se tenían, no implica necesariamente privación de derechos que permita, en consecuencia, exigir la indemnización que el artículo 33.3 CE garantiza.

En segundo término, parece también indispensable hacer alguna consideración sobre el significado de la determinación constitucional (art. 132.2) según el cual forman parte del dominio público estatal "en todo caso la zona marítimo-terrestre, las playas, el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica y de la plataforma continental".

La rotundidad de este enunciado, que utiliza sólo conceptos referidos a la realidad física y no categorías jurídicas, hace imposible otra determinación que no sea la de entender que desde el momento mismo de la promulgación del texto constitucional todos los espacios enumerados en el artículo 132.2 se integran en el dominio público del Estado, aunque se encomiende al legislador el establecimiento de su régimen jurídico y, por supuesto, a actuaciones posteriores de la Administración la delimitación de sus confines.

Dejando de lado esto último para reducirnos sólo a la tarea constitucionalmente encomendada al legislador, es evidente que éste, al ejecutar el mandato contenido en el apartado primero del artículo 132, no sólo habrá de establecer el régimen de dominio público inspirándose en los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, sino también ofrecer soluciones concordes con tales principios (y con los derechos que simultáneamente la Constitución consagra, entre los que ahora merece especial atención el de propiedad) para los problemas que plantea la eventual existencia de titularidades dominicales sobre zonas que por mandato constitucional quedan integradas en el dominio público estatal.

No hemos de entrar, porque no es cuestión que se nos haya planteado, a discutir la compatibilidad entre el rotundo mandato constitucional y el mantenimiento de terrenos de propiedad privada (enclaves) en el espacio demanial, aunque sí conviene advertir que no cabe invocar, en apoyo de esta solución, el principio que repetidamente hemos afirmado y que continuamos manteniendo de la primacía de los derechos constitucionalmente garantizados, del que se sigue que cualquier limitación de éstos, aunque no afecte a su contenido esencial, sólo es constitucionalmente legítima cuando la consecución de la finalidad perseguida por la norma no puede ser alcanzada sin imponerla. Ese principio, en efecto, como es evidente, sólo es aplicable a aquellas normas que afectan directamente al contenido del derecho, no a aquellas otras que teniendo objeto distinto producen inconvenientes o desventajas a algunos titulares de derechos por las circunstancias concretas que en ellos se dan. Sustraer del comercio privado los terrenos que forman parte de la ribera del mar no es una regulación del derecho de propiedad, y en consecuencia no puede decirse que las normas que disponen tal sustracción restrinjan o limiten, más allá de lo necesario, ese derecho. Cosa bien distinta es que la eliminación de los derechos de propiedad existentes sobre terrenos que la Constitución incorporó al demanio pueda ser considerada como privación de tales bienes y haya de dar lugar, por consiguiente, a una indemnización, pues ésta es cuestión que atañe al respeto de la garantía expropiatoria que la propia Constitución reconoce.

Como es evidente, esta última cuestión, que constituye el núcleo de la argumentación dirigida contra las Disposiciones Transitorias, no puede ser analizada en abstracto sin tener en cuenta cuáles son los derechos de los que se privó a sus titulares, cuál es la forma de esta privación y cuál es, en su caso, la indemnización que la Ley les otorga. Sí cabe precisar, sin embargo, con carácter general, dos extremos que conviene tener en cuenta antes de llevar a cabo ese examen en detalle de los supuestos concretos contemplados en las Disposiciones Transitorias.

El primero de ellos es el de que esta eliminación de las titularidades privadas sobre terrenos incluidos en el dominio público sobre la ribera del mar no pueda ser considerada, desde el punto de vista constitucional, como una decisión arbitraria o carente de justificación, pues es, cuando menos, la forma más simple y directa de poner en práctica una decisión ya adoptada por la Constitución misma,

de manera que si de expropiación ha de hablarse es aquélla la que establece la *causa expropriandi*.

En segundo término, hay que traer también aquí, en relación ahora con la eventual existencia de enclaves de propiedad privada en el dominio público, las consideraciones que antes hacíamos respecto de las limitaciones impuestas a la propiedad sobre terrenos situados en las zonas de protección e influencia. Aun si esos enclaves de propiedad privada se mantuviesen en los términos actuales, las limitaciones que al uso y aprovechamiento de tales bienes pudiera resultar de la nueva regulación legal no podrían ser consideradas, aunque fueran más intensas que las anteriores, como privación del derecho de propiedad. En consecuencia, no podría ser entendida, por ejemplo, como privación de un derecho preexistente la limitación que a su ejercicio impone la utilización libre, pública y gratuita para los usos comunes del mar y su ribera, pues aun en la hipótesis de que la inclusión de una determinada parte del territorio nacional en el espacio demanial no fuese incompatible con el mantenimiento de parcelas de propiedad privada en ese mismo territorio, no puede tampoco la existencia de esos derechos dominicales impedir al legislador regular el uso del dominio público natural en los términos que considere adecuados a su naturaleza.

B) *Disposición Transitoria 1.ª*

La Disposición Transitoria 1.ª intenta dar solución a dos problemas distintos: de una parte, el que plantea la existencia de títulos de propiedad (o incluso de obras sin título) sobre terrenos que ya antes de la promulgación de la Ley se situaban como enclaves en el dominio público, y, de la otra, el que suscita la eventual extensión de la zona demanial sobre terrenos que, de acuerdo con la legislación anterior, eran de propiedad privada. El primero de estos problemas es el que se aborda en los tres primeros apartados de la Disposición, en tanto que se consagra el segundo el apartado cuarto.

Elemento común a los supuestos de hecho que se enuncian en los tres primeros apartados es, claro está, el de la existencia de títulos privados sobre terrenos enclavados en el dominio público cuya subsistencia resulta incompatible con el mandato del artículo 132.2 de la Constitución, por lo que antes de entrar en el estudio de cada uno de estos supuestos es imprescindible hacer alguna consideración sobre la naturaleza y origen de estos títulos.

Su existencia es un dato del que la Ley de Costas parte. A ellos se refiere tanto la Exposición de Motivos ("se ha producido además con demasiada frecuencia la desnaturalización de porciones del dominio público, no sólo porque se ha reconocido la propiedad particular, sino también por la privatización de hecho que ha supuesto el otorgamiento de determinadas concesiones..., con el resultado de que ciertas extensiones de la ribera del mar han quedado injustificadamente sustraídas al disfrute de la colectividad") como la propia Disposición Transitoria 1.ª, que muy significativamente utiliza la expresión "titulares de espacios de la zona marítimo-terrestre, playa y mar territorial que hubieran sido declarados de propiedad particular..."

Expreso reconocimiento, pues, de una realidad preexistente que, incluso más allá de la genérica expresión "derechos legalmente adquiridos" que utilizara el artículo 1 de la Ley de Costas de 1969, parece admitir o presuponer la naturaleza dominical de tales derechos.

No obstante, dada la trascendencia que la calificación de la naturaleza de

esos “derechos legalmente adquiridos” pudiera tener en orden a valorar la adecuación al artículo 33.3 de la CE de las consecuencias de orden patrimonial previstas por la Disposición Transitoria 1.ª, por razón de la extinción o supresión de los mismos, conviene tener presente que dicha calificación no ha dejado de suscitar contrapuestas apreciaciones, no sólo ya doctrinalmente, sino lo que ahora resulta más relevante, en la propia jurisprudencia.

En efecto, frente a la identificación sin más de esos derechos como efectivas propiedades particulares —enclaves privados en las riberas marítimas, a los que ciertamente también la Ley de Costas de 1969 aludía expresamente en su artículo 4.1: “Los terrenos de propiedad particular enclavados en las playas...”—, no ha dejado de mantenerse por cierta parte de la doctrina que esos derechos no pueden referirse sino a derechos de aprovechamiento por ser en todo momento los únicos compatibles con la naturaleza demanial de la ribera del mar. Pero es que, además, aun cuando se ha admitido, ante la realidad incuestionable de determinados pronunciamientos judiciales, la titularidad privada de parcelas concretas —enclaves privados— del dominio público marítimo-terrestre, no por ello se ha dejado de sostener la existencia, en todo caso, de una servidumbre de uso público a fin de conservar y garantizar los valores colectivos incorporados al *litus maris*, lo que suponía el reconocimiento de la competencia estatal para reglamentar el uso de las playas y de la zona marítimo-terrestre, con independencia del tipo de propiedad existente sobre tales bienes. Tesis, ciertamente, de la que no toda la doctrina ha participado, pero que evidencia ya la “singularidad” o “especificidad” de esos derechos dominicales aun cuando se les reconozca como tales.

La jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo refleja también muy sintomáticamente la falta de uniformidad de criterio en esta cuestión. En una línea jurisprudencial evolutiva, en la que, sin embargo, no faltan decisiones concretas que coetáneamente se orientan en muy distinto sentido, cabe apreciar el tendencial deslizamiento de la posición más extrema, que admite sin reparo alguno la licitud —obviamente, siempre con anterioridad a la CE vigente— de la desafectación de los bienes de dominio público —en este caso, no se olvide, de dominio público natural— y su adscripción al dominio privado mediante un acto de soberanía que produjera su entrada en el comercio de los hombres a posiciones más matizadas o más dubitativas basadas, en términos generales, en la consideración de que resulta difícil admitir la posibilidad de que el Estado haya podido desafectar unos bienes que siendo inalienables se encuentran fuera de su poder de disposición. E incluso, dando un paso más adelante y partiendo de que tales bienes por su propia naturaleza son *res communis omnibus*, en algunas ocasiones se ha concluido negando la legitimidad de los actos de disposición y desafectación que se hubieran producido en el pasado, considerando que las enajenaciones a favor de particulares que históricamente se produjeron de parcelas incluidas o enclavadas en la ribera del mar sólo pudieron transmitir un “dominio degradado” o, si se quiere, un “derecho real atípico” que, aún sin límite temporal, concedió únicamente algunas de las facultades propias de la titularidad dominical, pero no ésta.

Es evidente que no es tarea nuestra entrar en esa polémica ni en la interpretación que deba darse de la expresión “derechos legalmente adquiridos”, máxime mediando sentencias judiciales firmes que, aunque desigualmente, ya lo han hecho; pero sí debe tenerse presente que, en todo caso, esas titularidades dominicales lo son de unos singulares bienes que por sus propias características

físicas y por imperativo constitucional necesariamente forman parte del dominio público marítimo-terrestre.

Tras estas consideraciones iniciales, procede examinar ya directamente la Disposición Transitoria 1.ª a la que se imputa genéricamente la infracción del artículo 33.3 CE, por cuanto, a juicio de quienes formulan tal imputación, supone una privación —legislativa— de derechos dominicales sin la consiguiente y preceptiva indemnización. Y asimismo se alega también la vulneración del artículo 24 de la CE al ser la propia Ley la que ha procedido a la supresión de los referidos derechos dominicales.

a) El apartado 1 de la Disposición Transitoria 1.ª se refiere, en primer lugar, a “los titulares de espacios de la zona marítimo-terrestre, playa y mar territorial que hubieran sido declarados de propiedad particular por sentencia judicial firme anterior a la entrada en vigor de la presente Ley” para establecer que “pasarán a ser titulares de un derecho de ocupación y aprovechamiento del dominio público marítimo-terrestre”. Este derecho se materializa en el otorgamiento de una concesión por treinta años, prorrogables por otros tantos, que vendrá a permitir “los usos y aprovechamientos existentes” y sin que el titular tenga obligación de abonar canon alguno.

La norma acepta, como ya hemos dicho, la existencia de auténticas titularidades dominicales privadas en determinadas dependencias del dominio público marítimo-terrestre, descartando así implícitamente la posibilidad interpretativa plasmada en alguna jurisprudencia según la cual esas titularidades no podían ser sino derechos de aprovechamiento aun cuando lo fuesen sin limitación temporal.

No obstante, aun cuando su declaración por sentencia judicial firme suponga el reconocimiento de titularidades dominicales, lo cierto es que, como ya hemos señalado, esas titularidades recaen sobre unos bienes —zona marítimo-terrestre y playas— que por sus propias características físicas y naturales eran y son de dominio público y, por tanto, se trata de unas titularidades que por imperativo constitucional deben cesar. Titularidades dominicales, además, que con arreglo a la propia legislación que vino a reconocerlas y respetarlas quedaban ya limitadas y condicionadas por razón misma de la clase o tipo de bienes sobre los que recaían.

Esa naturaleza dominical del derecho declarado por sentencia judicial, aunque evidentemente no permite olvidar las limitaciones que en todo caso imponía a los propietarios el carácter demanial de los bienes, obliga a considerar que su transformación en concesión implica una muy singular forma de expropiación. La evidente razón de utilidad pública, constitucionalmente declarada, de tal expropiación no puede ser puesta en cuestión, de tal modo que la impugnación del precepto se dirige efectivamente contra la ausencia o la insuficiencia de la indemnización.

Que no cabe hablar de inexistencia de indemnización es cosa evidente. Si la expropiación se opera precisamente por la transformación de la propiedad en concesión, el valor económico de ésta no puede ser entendido sino como compensación, determinada *ope legis*, por la privación del título dominical. La relación entre expropiación y conversión del título, de una parte, y la naturaleza compensatoria de la concesión que se otorga, de la otra, no aparecían tal vez con absoluta nitidez en la propia Ley, que daba a los propietarios el plazo de un año para solicitar dicha conversión y no ofrecía solución alguna para el supuesto de que se dejara transcurrir ese plazo sin cursar la solicitud. El desarrollo reglamentario de esa norma (DT 1.ª.2 del Reglamento General) al ordenar a la Administra-

ción que, de oficio, otorgue la concesión cuando se hubiera agotado el plazo para solicitarla, vino a llenar esa laguna e hizo patente que se trata, en efecto, no de una libre opción, sino de una decisión expropiatoria en la que es la Ley misma la que fija el *quantum* de la indemnización. Esta verificación es el punto de partida obligado del análisis de la impugnación que, como decíamos antes, aduce la violación de dos artículos constitucionales: el 33.3 y el 24.

Siendo innegable, como acabamos de señalar, que la conversión del título que faculta para la ocupación y aprovechamiento del dominio público es simultáneamente un acto de privación de derechos y una compensación por tal privación, la vulneración del primero de los artículos mencionados sólo puede entenderse producida por la insuficiencia de la indemnización concedida, no por su inexistencia.

Es evidente, sin embargo, que para que esa postulada insuficiencia comporte la inconstitucionalidad de la norma que fija la indemnización para la expropiación de un conjunto de bienes se ha de atender no a las circunstancias precisas que en cada supuesto concreto puedan darse, sino a la existencia de un "proporcional equilibrio" (STC 166/1986, FJ 13.B) entre el valor del bien o derecho expropiado y la cuantía de la indemnización ofrecida, de modo que la norma que la dispone sólo podrá ser entendida como constitucionalmente ilegítima cuando la correspondencia entre aquél y éste se revele manifiestamente desprovista de base razonable.

La aplicación de esa doctrina al supuesto que ahora nos ocupa no permite concluir, como los recurrentes sostienen, que la norma sea inconstitucional. La singularidad de las propiedades a las que la norma se aplica, ya antes comentada: de una parte, el mantenimiento, aunque sea a título distinto pero por un prolongado plazo, de los derechos de uso y disfrute que los mismos propietarios tenían de la otra, y la consideración, en fin, de que en todo caso esos bienes habrían de quedar sujetos, aun de haberse mantenido en manos privadas, a las limitaciones dimanantes de su enclave en el dominio público, hacen imposible entender que la indemnización ofrecida, dado el valor económico sustancial de ese derecho de ocupación y aprovechamiento del demanio durante sesenta años y sin pago de canon alguno, no represente, desde el punto de vista del juicio abstracto que corresponde a este Tribunal, un equivalente del derecho del que se priva a sus anteriores titulares.

De otro lado, y con ello entramos en el análisis de la supuesta violación del derecho a la tutela judicial efectiva, nada impide naturalmente que los afectados por la expropiación puedan impugnar ante la jurisdicción competente el acto administrativo de conversión de su título dominical en título concesional para aducir ante ella las pretensiones que estimen pertinentes frente al mismo.

b) Supuesto similar es el previsto en el apartado 4 de la misma Disposición Transitoria 1.ª referido a aquellos bienes que tras el correspondiente deslinde pasan a integrar el dominio público marítimo-terrestre de acuerdo con la nueva definición que del mismo se contiene en los artículos 3, 4 y 5 de la Ley. La pérdida de la propiedad de los mismos implica sin duda una expropiación que es, no obstante, constitucionalmente admisible en su causa en cuanto, como ya se razonó en su momento, nada impide que el legislador precise la definición jurídica de lo que, en razón de sus características físicas, haya de entenderse por ribera del mar y que da también satisfacción a la garantía indemnizatoria que prevé el artículo 33.3 CE al compensar la pérdida de una efectiva titularidad dominical sobre unos bienes que pasan a integrar el dominio público con el

otorgamiento de una concesión que permite el mantenimiento de los usos y aprovechamientos existentes por un plazo máximo de sesenta años.

c) El apartado 2.º de esta Disposición Transitoria 1.ª se ocupa del problema que plantea la existencia sobre la zona marítimo-terrestre o playas de titularidades dominicales amparadas por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, aunque no declaradas por sentencia judicial firme.

La solución que para tal problema exige es la de que los terrenos en cuestión “quedarán sujetos al régimen establecido en la presente Ley para la utilización del dominio público, si bien los titulares inscritos podrán solicitar en el plazo de un año (...) la legalización de usos existentes mediante la correspondiente concesión en los términos de la Disposición Transitoria 4.ª”, reconociéndoseles asimismo un derecho de preferencia “durante un período de diez años para la obtención de los derechos de ocupación o aprovechamiento que, en su caso, puedan otorgarse sobre dichos terrenos”.

La reducción que en este caso tiene el valor de la compensación impuesta por la Ley en relación con los dos supuestos antes estudiados tiene su justificación, en principio, en la mayor debilidad del título. Una cosa es, claro está, una sentencia judicial, y otra bien distinta una inscripción registral, pues aun prescindiendo del hecho bien sabido de que entre nosotros la inscripción registral da fe de la validez del título, pero no de la realidad física del bien a que éste se refiere, es claro que frente a la notoriedad del carácter público de la zona marítimo-terrestre la existencia de títulos inscritos en el Registro en los que se señale como linderos de la finca “el mar” o, a veces, incluso, un país extranjero “mar por medio”, no puede fundar la afirmación de una efectiva titularidad dominical.

Pese a ello, tampoco cabe pasar por alto el hecho de que, en ocasiones, la inexistencia de una sentencia judicial puede deberse al hecho de que la Administración no hizo uso, tras el deslinde, de las actuaciones judiciales dirigidas a invalidar el título que se le oponía y que, en consecuencia, el titular registral se ve colocado en una situación más desfavorable justamente como consecuencia de la anterior inactividad de la propia Administración.

Las dudas que esta consideración jurídica pudiera hacer nacer en cuanto a la constitucionalidad de este apartado, dada la menor compensación que en este caso se ofrece a los titulares de las inscripciones registrales, quedan despejadas no obstante por el inciso final del propio apartado, en el que expresamente se salva el derecho de estos titulares para acudir a las acciones civiles en defensa de sus derechos. Es evidente, en efecto, que de acuerdo con esa salvedad los titulares registrales, como aquellos titulares de derechos en zonas hasta ahora no deslindadas, cuando el deslinde se efectúe podrán ejercitar las acciones dirigidas a obtener la declaración de su propiedad, y que si la sentencia así lo hiciese les sería de aplicación lo dispuesto en el apartado primero de esta Disposición Transitoria.

d) El apartado 3.º de la Disposición Transitoria 1.ª dispone que “en los tramos de costa en que el dominio público marítimo-terrestre no esté deslindado o lo esté parcialmente a la entrada en vigor de la presente Ley se procederá a la práctica del correspondiente deslinde, cuya aprobación surtirá los efectos previstos en el artículo 13 para todos los terrenos que resulten incluidos en el dominio público aunque hayan sido ocupados por obras”.

Es evidente que la operación de deslinde puede dar lugar también en estos casos a una privación de derechos. Así sucederá, por ejemplo, en aquellos casos en los que al llevarse a cabo el deslinde con arreglo a la presente Ley se incorporen al dominio público terrenos (y eventualmente obras e instalaciones) que

según la legislación anterior eran inequívocamente de dominio privado, o en aquellos otros en los que existan títulos registrales inscritos y amparados por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria que nunca pudieron hacerse valer ante la Administración por la simple razón de no haber acometido ésta el deslinde del dominio público en la zona.

Por ello sería forzoso aceptar la impugnación en este punto si efectivamente, como los recurrentes sostienen, el precepto no contemplase compensación alguna. No es esto, sin embargo, así y la interpretación sistemática del precepto evidencia que también en estos casos deberá ser indemnizada la privación de derechos en términos análogos a los previstos en los dos apartados anteriores.

En lo que toca a los derechos que recaen sobre terrenos que eran, antes de la presente Ley, de dominio privado y que al efectuarse el deslinde de acuerdo con lo que en ella se prevé se incorporan al dominio público, la laguna legal ha sido completada, en términos coherentes con las exigencias derivadas del artículo 33.3 de la Constitución, por el Reglamento, que en sus Disposiciones Transitorias 3.^a 4 y 4.^a dispone que estas situaciones reciban el mismo tratamiento que las contempladas en el apartado 4.^o de esta misma Disposición Transitoria 1.^a de la Ley, cuya adecuación a la Constitución ya hemos declarado antes. Esta disposición reglamentaria patentiza, en consecuencia, que la norma que ahora analizamos puede ser interpretada de manera conforme a la Constitución y que puede ser mantenida, pese al silencio de su texto, siempre que sea interpretada en este sentido.

En lo que respecta a las inscripciones registrales amparadas por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, la solución es aún más clara, pues la posibilidad de hacerlos valer en el momento del deslinde está expresamente reconocida en el inciso final del artículo 13, apartado 2.^o, de la propia Ley, de manera que en esa ocasión podrán sus titulares obtener de la jurisdicción competente el reconocimiento de su derecho y quedarán con ello en la misma situación que los propietarios de enclaves a los que se refiere el apartado 1.^o de esta Disposición Transitoria. Es cierto que el texto de este apartado se refiere sólo a las sentencias judiciales firmes anteriores a la entrada en vigor de la presente Ley, pero también lo es que la aplicación analógica de esta previsión al supuesto que ahora consideramos, que el texto literal no hace imposible, es indispensable para no privar de sentido al inciso del artículo 13.2 que antes hemos comentado, y que esta aplicación, exigida en definitiva por la interpretación sistemática de la propia Ley, permite también en este caso entender que el precepto que ahora comentamos no es, tampoco en relación con estos supuestos, contrario a la Constitución.

C) La Disposición Transitoria 2.^a, apartados 1.^o y 2.^o, es impugnada por el Gobierno vasco en razón exclusivamente de su conexión con los artículos 3, 4 y 5.

La impugnación, sin embargo, debe ser rechazada. El cambio de criterio que respecto de la Ley de Costas de 1969 (art. 5.2) ha introducido el artículo 4.5 de la vigente Ley al conceptuar ahora como dominio público marítimo-terrestre estatal los terrenos deslindados como dominio público que por cualquier causa han perdido sus características naturales de playa, acantilados o zona marítimo-terrestre, salvo que se proceda a su desafectación de acuerdo con el procedimiento previsto por el artículo 18 de la Ley, justifica que transitoriamente se establezca la regla de que los terrenos sobrantes y desafectados del dominio público marítimo conforme a lo previsto en el artículo 5.2 de la Ley de 1969 que a la entrada en vigor de la Ley estén en el patrimonio del Estado y no hayan sido, en su caso, recuperados por sus antiguos propietarios, no serán ya enajenados ni

afectados a otras finalidades de uso o servicio público mientras se procede a la actualización del deslinde para su afectación al dominio público marítimo-terrestre. Por ello, habiendo quedado ya descartada la pretendida inconstitucionalidad del artículo 4.5 de la Ley, necesariamente debe serlo también la del apartado 1.º de esta Disposición Transitoria 2.ª, pues idéntico es el fundamento de una y otra previsión e idénticos son los motivos esgrimidos en su contra.

Lo mismo hay que decir en relación al apartado 2.º, máxime cuando aquí se mantiene el estatuto preexistente a la Ley, a pesar de que ésta, en su artículo 4.2, declara que los terrenos ganados al mar como consecuencia directa o indirecta de obras y los desecados en su ribera son bienes pertenecientes al dominio público marítimo-terrestre estatal. Por lo demás, el hecho de que el respeto a las situaciones preexistentes a la Ley quiebre cuando los terrenos hubiesen sido ganados ilegítimamente, sin título habilitante, está plenamente justificado, pues ningún derecho o interés jurídicamente protegible queda en tal caso afectado, sin perjuicio de que en su caso, a las obras o instalaciones que pudieran existir en dichos terrenos se les aplique el régimen previsto en la Disposición Transitoria 4.ª.

D) En la Disposición Transitoria 3.ª se impugnan genéricamente todos sus apartados —especialmente los cuatro primeros— por las mismas razones aducidas en la impugnación de los correspondientes preceptos del capítulo II del Título II, con los que guarda conexión.

Una vez más hay que señalar que el reproche queda privado de todo fundamento al haber sido ya rechazado que las disposiciones relativas a la servidumbre de protección —a excepción del art. 26.1— y a la zona de influencia sean contrarias a la Constitución por vulnerar las competencias autonómicas en materia de ordenación del territorio y urbanismo.

La Disposición Transitoria 3.ª prevé, en efecto, un régimen transitorio en la aplicación de la servidumbre de protección y de las limitaciones previstas en la zona de influencia, lo que supone incidir en las situaciones urbanísticas preexistentes de los terrenos sobre los que aquellas recaen, afectando de esa forma a las competencias de las Comunidades Autónomas y Ayuntamientos en la materia de urbanismo.

No es preciso, sin embargo, examinar en detalle ese régimen, que se diversifica en función de la clasificación del suelo existente a la entrada en vigor de la Ley y, a su vez, de la existencia o no de planes parciales aprobados definitivamente o no y, en su caso, de la fecha de su aprobación y del hecho mismo de su ejecución (apartados 1.º, 2.º y 3.º), pues es incuestionable que la incidencia que todo ello tiene en las competencias urbanísticas de las Administraciones autonómicas y municipales correspondientes queda plenamente justificada en la medida en que, como ya se ha visto, también lo están las prohibiciones y limitaciones que en relación al uso del suelo por razones medio-ambientales (art. 149.1.23 CE) se imponen en las zonas de servidumbre de protección y de influencia.

Cabe aún añadir que este régimen transitorio encuentra además complementaria cobertura en la competencia que al Estado reserva el artículo 149.1.1 de la CE, ya que con él se garantiza que las limitaciones y servidumbres que establece la Ley no tengan una proyección desigual sobre las facultades de los propietarios según las diversas situaciones urbanísticas de los terrenos e inmuebles de su titularidad. Es decir, si la necesidad de asegurar la igualdad de todos los españoles en el ejercicio del derecho que garantiza el artículo 33.1 de la CE no quedaría plenamente asegurada si el Estado no regulase las condiciones básicas de la propiedad sobre los terrenos colindantes del dominio público

marítimo-terrestre sujetos a las limitaciones ya conocidas, tampoco lo quedaría si no procediese a fijar los criterios a los que transitoriamente, en atención al planeamiento y circunstancias urbanísticas preexistentes en cada caso, deba acomodarse y ajustarse la aplicación de dichas limitaciones.

Ya más en particular, tampoco es objetable la remisión al Reglamento que hace el apartado 3 en lo que toca a la posibilidad de autorizar nuevos usos y construcciones en la servidumbre de protección que recaiga sobre terrenos clasificados como suelo urbano y siempre de conformidad con los planes de ordenación en vigor, pues sin perjuicio del juicio que pueda merecer el desarrollo o concreción que ha llevado a cabo la DT 9.ª.2 del RC —que ha dispuesto que cuando la línea de edificaciones existentes estuviese situada a una distancia inferior a veinte metros desde el límite interior de la ribera del mar será posible la autorización de nuevas construcciones, si bien será preciso la observancia de una serie de criterios, entre los que ocupa lugar preferente la necesidad de que previa o simultáneamente al otorgamiento de aquélla se proceda a la elaboración y aprobación de un Plan Especial, Estudio de Detalle u otro instrumento urbanístico—, la sujeción de la posibilidad de autorizar los nuevos usos y construcciones a los criterios que complementariamente se fijen por vía reglamentaria se justifica por las mismas razones que nos han llevado a rechazar la inconstitucionalidad del artículo 25.2, último inciso, máxime si se repara que ahora se trata de autorizar nuevos usos y construcciones en la servidumbre de protección al margen de los criterios generales establecidos por el artículo 25 de la Ley.

De otra parte, en el inciso final de este mismo apartado 3.º se establece que el señalamiento de alineaciones y rasantes y la adaptación o reajuste de los existentes, así como la ordenación de los volúmenes y el desarrollo de la red viaria, se llevará a cabo mediante Estudios de Detalle y otros instrumentos urbanísticos adecuados, que deberán respetar las disposiciones de la Ley “y las determinaciones de las normas que se aprueben con arreglo a la misma”. Si las normas que se aprueben con arreglo a la Ley son las normas dictadas en desarrollo de la Ley o, como parece más apropiado, son las previstas en el artículo 22, justificada la no inconstitucionalidad de éste atendiendo al orden constitucional de distribución de competencias, tampoco puede serlo esa sujeción de los referidos instrumentos urbanísticos a tales normas que dispone el precepto en cuestión.

Aun cuando no se formula una argumentación concreta contra el apartado 4.º, es evidente que declarada la inconstitucionalidad del artículo 34 la adecuación de la ordenación territorial y urbanística del litoral existente a la entrada en vigor de la Ley sólo habrá de producirse, en su caso, a las normas a las que se refiere el artículo 22, sin que esa vinculación suponga tampoco menoscabo de las competencias urbanísticas de las Comunidades Autónomas una vez constatada la constitucionalidad del artículo 22 de la Ley.

La impugnación de los apartados 5.º y 6.º no se apoya en argumentación concreta alguna, lo que bastaría para rechazarla. Por otra parte, ninguna incidencia competencial, lesiva de las competencias autonómicas, cabe apreciar en la regulación contenida en los mismos, que se refieren a las servidumbres de tránsito —antigua servidumbre de paso público peatonal al mar— y de acceso al mar, que como ya se ha visto corresponde establecer al Estado sin perjuicio de las medidas complementarias que puedan adoptar las Administraciones urbanísticas competentes.

Por último, tiene razón el Abogado del Estado cuando afirma que no cabe imputar a esta Disposición Transitoria 3.ª vulneración alguna de la garantía

expropiatoria sancionada en el artículo 33.3 de la CE, pues al margen de los supuestos que puedan plantearse en los que producida una efectiva expropiación deba procederse a la materialización de la correspondiente indemnización, la fijación y la regulación de las limitaciones a las propiedades colindantes al dominio público marítimo-terrestre que por razón de la protección de éste y del medio-ambiente se establecen en el Título II de la Ley, aparecen plenamente justificadas constitucionalmente (art. 33.2 CE), y por ello y de acuerdo con lo ya dicho en el apartado A) de este Fundamento, no pueden ser consideradas como expropiaciones *stricto sensu*.

E) Idéntica apreciación merece la Disposición Transitoria 4^a, que para los Diputados recurrentes también infringe el artículo 33.3 por cuanto establece limitaciones de derechos o facultades dominicales sin prever la correlativa indemnización para sus titulares, máxime al incidir esas limitaciones en terrenos que no son estrictamente dominio público marítimo-terrestre.

Sin embargo, con independencia de la inexactitud de esta última apreciación, ya que el párrafo a) del apartado 2 de dicha Disposición Transitoria sí se refiere a terrenos integrantes del dominio público al fijar en concreto cuál será el destino final de las instalaciones y obras que a la entrada en vigor de la Ley ocupen terrenos de dominio público, debe tenerse en cuenta, en primer término, que la demolición de las obras e instalaciones prevista en el apartado 1.º en forma alguna debe ser objeto de indemnización por ser obras realizadas al margen o con infracción de la propia legislación de costas vigente en el momento en que lo fueron. No sólo, pues, no hay privación expropiatoria de un bien, sino que tampoco hay lesión patrimonial por la que deba responder la Administración indemnizando, sin que pueda olvidarse que la Ley, aun cuando no venía obligada a ello, abre el portillo a una posible legalización de dichas instalaciones y obras por razón de interés público.

En segundo lugar, también es preciso advertir que el hecho de que las obras construidas o que puedan construirse al amparo de autorización estatal otorgada con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley sean demolidas al extinguirse la concesión cuando ocupen terrenos de dominio público [apartado 2.º, párrafo a)] o queden sujetas a una situación equivalente a la de fuera de ordenación que prevé el artículo 60.1 y 2 de la Ley del Suelo cuando se encuentren ubicadas en la zona de servidumbre de tránsito y de protección [apartado 2, párrafos b) y c)], en nada puede justificar la imputada infracción del artículo 33.3 de la CE al no ser sino limitaciones legales de las facultades dominicales que fácilmente se comprende son totalmente ajenas al concepto mismo de expropiación.

Distinta es la consideración que debe merecer el párrafo c) del apartado 2.º, ya que la atribución de la potestad autorizatoria que en él se prevé a favor de la Administración estatal, dado su carácter ejecutivo, supone una extralimitación competencial del legislador que menoscaba las competencias urbanísticas autonómicas y, en su caso, municipales. De manera que, al igual de lo que ya se ha dicho a propósito del artículo 26.1, corresponderá ejercitar esa potestad a los pertinentes órganos de las Comunidades Autónomas o en su caso a los Ayuntamientos.

F) La Disposición Transitoria 5.^a es impugnada en sus dos apartados por establecer normas intertemporales que guíen la aplicación de preceptos sustantivos que se estiman inconstitucionales. La referencia que en el apartado 1.º realiza el artículo 57.2 ha quedado sustancialmente alterada, pues como vimos al enjuiciar la validez de este artículo la remisión que efectúa no puede entenderse referida a las normas aprobadas *ex artículo 34*, declarado inconstitucional, sino

a los reglamentos que el Estado dicte en ejercicio de sus competencias reguladoras en materia de vertidos. El apartado 2.º de esta Disposición Transitoria, por su parte, no priva a la Comunidad Autónoma Vasca de sus competencias de gestión del dominio público, por las razones expuestas al analizar los preceptos relativos a reservas (arts. 47 y 48), a adscripciones (especialmente el art. 50) y a concesiones (arts. 64, 67, 68 y 71.3), y siempre que se tengan en cuenta las inflexiones interpretativas que exige el respeto al orden constitucional de competencias, en los términos que se expusieron en sus respectivos lugares.

G) La declaración de inconstitucionalidad de la Disposición Transitoria 7.ª.1 se solicita por razón de su conexión, en particular, con el artículo 26. No obstante, estimada inconstitucional la potestad autorizatoria prevista en el artículo 26.1 a favor de la Administración estatal, debe también acordarse idéntica declaración respecto de la referencia a la "Administración del Estado" contenida en dicha Disposición Transitoria 7.ª.1, pues la autorización a la que se refiere el artículo 26 será exigida por la Administración urbanística competente, si bien debe serlo de acuerdo con "la línea probable de deslinde y la extensión de la zona de servidumbre que establezca la Administración estatal".

Asimismo la impugnación del apartado 3.º de la misma Disposición Transitoria 7.ª, al no fundarse en razón distinta a la de su conexión con el artículo 44.5, debe recibir idéntica respuesta: no es inconstitucional porque, lo mismo que el artículo 25.2, las limitaciones impuestas a los paseos marítimos constituyen una norma básica de protección del medio ambiente.

9. *Disposiciones Adicionales, Finales y Derogatorias*

A) La ausencia de razonamiento específico en que se pueda apoyar la impugnación por el Gobierno vasco de la Disposición Adicional 1.ª no exime por sí misma de la necesidad de todo razonamiento para rechazarla, a pesar de lo cual no estará de más señalar que en nada puede afectar a las competencias de la Comunidad Autónoma recurrente la determinación de los criterios para la fijación de las distancias previstas por la Ley en orden a la concreción de las diversas servidumbres y zonas de limitación.

B) Las razones ya expuestas para rechazar la pretendida inconstitucionalidad de los artículos 28.3 y 29.2 son asimismo reproducibles en el caso de los apartados 1.º y 3.º de la Disposición Adicional 3.ª Y en cuanto a su apartado 2.º, como oportunamente advierte el Abogado del Estado, es clara la no extralimitación competencial atendiendo a lo dispuesto en el artículo 149.1.18 de la CE.

C) Es asimismo norma procedimental amparable en el artículo 149.1.18 de la CE lo preceptuado en la Disposición Adicional 4.ª, que por lo demás el Gobierno vasco ha impugnado también sin argumentación concreta alguna.

D) La Disposición Adicional 5.ª, apartado 2.º, establece que las autorizaciones y concesiones obtenidas según la Ley de Costas no eximen a sus titulares de obtener las licencias, permisos y otras autorizaciones que sean exigibles por otras disposiciones legales; no obstante, "cuando se obtengan con anterioridad al título administrativo exigible conforme a esta Ley, su eficacia quedará demorada al otorgamiento del mismo, cuyas cláusulas prevalecerán en todo caso".

Es indudable que la llamada "prevalencia" de las cláusulas del título administrativo estatal para ocupar el dominio público sobre las licencias, permisos y otras autorizaciones que sean exigibles por otras disposiciones legales no puede recibir el alcance desmesurado que teme la Generalidad de Cataluña. Al quedar sometida la Ley de Costas al marco descentralizado del Estado de las Autono-

mías, este precepto no puede permitir a la Administración del Estado imponer su criterio al margen del orden constitucional de competencias, en los términos que expusimos con ocasión del Título III de la Ley. Las autorizaciones que hayan emitido las autoridades autonómicas, en aplicación de su legislación propia o de la legislación estatal en materias en que ostenten la competencia de ejecución, no pueden sufrir interferencias o perturbaciones a causa de las concesiones o autorizaciones demaniales que otorgue la Administración Central en el ejercicio de sus facultades, siempre que unas y otras se limiten a su ámbito propio. Lo mismo debe decirse de las autorizaciones que hayan otorgado las autoridades locales en cuanto lleven a cabo las leyes sectoriales de competencia de su Comunidad Autónoma.

No obstante, la Disposición Adicional en cuestión introduce un factor gravemente distorsionante, al prescribir categóricamente que el clausulado del acto administrativo estatal prevalecerá "en todo caso" sobre lo dispuesto por la Administración Autónoma en las licencias, permisos y otras autorizaciones que expida en ejercicio de sus atribuciones. Hay que dar la razón al Abogado del Estado cuando afirma que lo dispuesto en el título de ocupación es determinante dentro de su ámbito propio, que está circunscrito a asegurar la integridad física y jurídica del bien del que la Administración estatal es titular en concepto de dueño. Pero es indudable que lo resuelto en los actos administrativos autonómicos dentro de aquellos ámbitos en los que la Comunidad ostenta facultades ejecutivas es también determinante dentro de su propio ámbito competencial, el cual viene definido materialmente por el bloque de la constitucionalidad y desarrollado por la correspondiente legislación sectorial aplicada por la Administración autonómica. Pues como expusimos en la STC 77/1984 (FJ 2), la concurrencia de dos competencias jurídicamente diversas sobre el mismo espacio físico sólo resulta posible cuando su respectivo ejercicio no interfiere ni perturba el legítimo ejercicio de la otra. Por consiguiente, es preciso estimar en este punto el recurso del Consejo Ejecutivo de Cataluña y declarar inconstitucional el inciso "en todo caso" de la última frase de la Disposición Adicional 5.^ª2.

E) La Disposición Final 1.^ª, párrafo 2.^º, es atacada por tres Comunidades Autónomas porque atribuye al Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo facultades de las que carece el Estado. A la luz de lo dicho anteriormente sobre los artículos 26.1, 29, 22 y 34, 111 y 112.a), es preciso concluir que resultan inconstitucionales los siguientes incisos: "al otorgamiento de autorizaciones en la zona de servidumbre de protección", "y utilización de la ribera del mar". Siendo plenamente constitucionales las atribuciones restantes, siempre que en su ejercicio se respeten los límites derivados del orden constitucional de competencias que han sido expuestos en los lugares correspondientes.

F) Por último, respecto de la derogación del artículo 14 del Decreto-Ley de Puertos de 19 de enero de 1928, coincidente con el mismo artículo de la Ley de Puertos de 1880 (DD 1.^ª), nada hay que objetar a que el legislador haya procedido a determinar los bienes que han de formar parte del dominio público marítimo-terrestre estatal con arreglo a criterios distintos a los utilizados por las leyes anteriores, siempre que, como ya hemos precisado en el Fundamento Jurídico 2.A anterior, no sean arbitrarios o caprichosos ni conlleven una modificación en términos que afecten al contenido esencial de las instituciones, lo que no se aprecia en forma alguna en la derogación ahora impugnada, simple consecuencia de la definición previa de los bienes integrantes del dominio público marítimo-terrestre estatal a la que ha procedido los artículos 4 y 5 de la Ley.

II. Resoluciones de la Dirección General

Por SALVADOR MÍNGUEZ SANZ
y EMILIANO CANO FERNÁNDEZ

EFICACIA, CON RELACION A LAS VENTAS JUDICIALES O ADMINISTRATIVAS, DE UNA CLAUSULA POR LA QUE SE ESTABLECE UN DERECHO DE ADQUISICION PREFERENTE POR PRECIO FIJADO POR ARBITRO QUE PUEDE SER DISTINTO DEL DE REMATE.—EFICACIA CON RELACION A LAS MISMAS VENTAS DE LA CLAUSULA QUE IMPONE EN EL PROCEDIMIENTO DE EJECUCION LA NOTIFICACION PREVIA A LA SOCIEDAD Y A LOS ACCIONISTAS. (RESOLUCIÓN DE 6 DE JUNIO DE 1990.)

Resolución de 6 de junio de 1990, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por don Roberto Blanquer Uberos, Notario de Madrid, contra la negativa del Registrador Mercantil de Madrid a inscribir determinada cláusula estatutaria contenida en una escritura de constitución de sociedad anónima.

En el recurso gubernativo interpuesto por don Roberto Blanquer Uberos, Notario de Madrid, contra la negativa del Registrador Mercantil de dicha ciudad a inscribir determinada cláusula estatutaria contenida en una escritura de constitución de sociedad anónima.

Hechos.—I. El día 28 de diciembre de 1988, mediante escritura autorizada por el Notario de Madrid don Roberto Blanquer Uberos, se constituyó la mercantil "Bauer y Ulled, S. A.", dividiéndose su capital social en acciones "al portador". Los Estatutos sociales establecen lo siguiente: Artículo 6. Las acciones y, en su caso, los resguardos provisionales o los extractos de inscripción que las representen de manera unitaria o múltiple se emitirán en la forma y con el contenido previsto en las leyes y en los reglamentos. Libro de Registro de Acciones se llevará a los efectos del cumplimiento del artículo 8 de estos Estatutos y, en su caso, de lo dispuesto en la Ley. Artículo 7. La transmisión de acciones es libre en principio y de regla general. Así pues, las acciones son transmisibles sin restricción por causa de muerte y son transmisibles sin restricción a otro accionista o a los ascendientes, descendientes o cónyuge de un accionista, aunque éste sea el

propio transmitente y aunque la transmisión se comprenda en operaciones de liquidación de Sociedad o comunidad conyugal. Artículo 8. Como excepción al principio de libre transmisibilidad de las acciones consignada en el artículo anterior se establece que el accionista que se proponga transmitir todas las acciones de que sea titular o parte de ellas, por cualquier título entre vivos no aludido en el artículo anterior, estará sujeto a las restricciones siguientes: deberá comunicar la transmisión proyectada con expresión del adquiriente del precio, si existiese, y de las demás condiciones de la misma a la administración por escrito. La administración, en plazo de cinco días, deberá trasladar a los restantes accionistas la comunicación de todos los caracteres y circunstancias, pudiendo los accionistas optar por la adquisición de las acciones a que se refiere la comunicación, si fueren varios los optantes a prorrata de su participación en la Sociedad, bien por el precio comunicado o bien, caso de no existir precio o caso de discrepancia con el propuesto por el transmitente, por el precio que fije como árbitro de equidad y por vía de actualización y corrección de valoraciones del último balance aprobado por un profesional colegiado como Economista, Censor Jurado de Cuentas o Auditor de Contabilidad, designado por acuerdo o insaculación de entre los propuestos. Transcurridos treinta días desde la comunicación de la proyectada transmisión sin que reciba el transmitente notificación de la decisión de otros accionistas de optar a la adquisición, podrá aquél verificar libremente la transmisión de las acciones conforme al proyecto comunicado o en condiciones más ventajosas para el transmitente, pero precisamente a la persona designada en la comunicación inicial, no a otra. Si en el plazo de seis meses desde que comienza la libre transmisión aludida en el párrafo anterior no se realiza la proyectada transmisión, deberá reiterarse la comunicación para cualquier nuevo proyecto o para la reiteración del anterior. En todo caso de venta, incluso judicial o administrativa, que no hubiera sido precedida de la notificación antes prevista, el adquirente deberá comunicar la adquisición con expresión de precio a la administración a los efectos de que los restantes accionistas puedan optar por adquirir las acciones a que se refiera la comunicación de la manera prevista en los párrafos anteriores. La Sociedad no reconocerá la condición de accionista a quien no pueda acreditar haber adquirido las acciones de su propiedad conforme a lo dispuesto en este artículo y en el anterior, y no permitirá el ejercicio de los derechos políticos o económicos correspondientes.

II. Presentada la anterior escritura en el Registro Mercantil de Madrid fue calificada con la siguiente nota: "Inscrito el precedente documento en el Registro Mercantil de Madrid, tomo 9.328, libro 8.105, de la Sección Tercera del Libro de Sociedades, folio 35, hoja número 86.895-2, inscripción primera, se deniega la inscripción del párrafo sexto del artículo octavo de los Estatutos por no ser aplicables a las ventas judiciales o administrativas las normas sobre derecho de adquisición por los demás socios, tal como se establece en dicho artículo octavo especialmente en cuanto a la determinación del valor para ejercitar dicho derecho. Se inscribe el resto con consentimiento del presentante según instancia de fecha 27 de febrero de 1989 que se acompaña.—Madrid, 10 de marzo de 1989.—El Registrador.—Firmado, *Manuel Casero Mejías*".

III. El Notario autorizante del documento interpuso recurso de reforma y subsidiariamente gubernativo contra la anterior calificación y alegó: Que en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 104 del Reglamento del Registro Mercantil los títulos a que se refiere el artículo 6 de los Estatutos sociales emitidos por la Sociedad llevan consignadas las limitaciones estatutarias a la libre transmisibilidad. Que la vigente Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951

da por supuesta la pervivencia del régimen de circulación de las acciones como títulos-valores; así resulta de la Exposición de Motivos, apartado 2.º, y de sus artículos 1 y 33 y siguientes, particularmente los artículos 34 y 39 de la misma. Que a las acciones al portador es aplicable el régimen previsto en el artículo 545 del Código de Comercio. Combinando ése con el artículo 39 de la Ley de Sociedades Anónimas, resulta que el tenedor del título de la acción, como titular legítimo de ella, ostenta la condición de socio y puede ejercer los derechos consiguientes. Como en todo caso de legitimación posesoria la doctrina señala que se trata de obtener la seguridad del tráfico, la protección del adquirente sin mala fe y, en el caso de los títulos valores, añade que se pretende facilitar la circulación de los títulos, asegurando el adquirente el ejercicio de los derechos incorporados a los mismos. Que el artículo 46 de la Ley de Sociedades Anónimas permite que la Sociedad emisora de las acciones establezca en sus Estatutos limitaciones a su libre transmisibilidad y, en tal caso, queda facultada para desconocer las transmisiones que no se ajusten a lo establecido estatutariamente. En base de la permisón del citado artículo, queda modalizada por la cláusula estatutaria de la ley de circulación establecida en el artículo 545 del Código de Comercio. Que no es el momento de analizar el acierto de lo dispuesto en el artículo 104 del Reglamento del Registro Mercantil ni la discordancia entre el carácter de las acciones emitidas al portador y la restricción a su circulación. Los Estatutos que se comentan se apoyan en la interpretación de la Ley de Sociedades Anónimas realizada en su día por el Reglamento del Registro Mercantil, aunque las exigencias de la realidad del tráfico se traslucen en los Estatutos calificados. Que la acción al portador cuya circulación está estatutariamente restringida es, según el estado actual de la legislación, un título-valor cuya ley de circulación al portador queda restringida por la cláusula consignada en el mismo. Es un título-valor que cumple los principios de liberalidad y de incorporación. Si es objeto de venta judicial o administrativa, la intervención del Juez o de la autoridad competente no altera la "ley" de circulación del objeto de la venta. Si esta "ley" obliga ofrecer a terceros el objeto comprado, deberá cumplirse esta obligación en los términos en que quedó legítimamente estructurada. Que en las ventas judiciales o administrativas el *imperium* se manifiesta: a) En la decisión de proceder a la venta; b) En el control de legalidad del proceso de formación del contrato entre el enajenante "forzoso" o forzado y quien formule la mejor oferta en el procedimiento de "subasta pública", y c) En la ejecución forzosa del contrato a través de su formalización y consumación por el Juez o por la autoridad, que sustituyen al contratante "forzoso" o forzado, siendo esta sustitución la última manifestación del *imperium*. El *imperium* no se manifiesta en la fijación del precio. Este resulta de la tasación previa o propuesta por el demandante o por el promotor y de las ofertas en subastas o sólo de estas ofertas; la adjudicación al mejor postor es una manifestación del *imperium* en control de legalidad, pero la decisión del Juez o de la autoridad no incide en la fijación del precio. Del *imperium* del Juez o de la autoridad actuante no se sigue la ineficacia de la cláusula restrictiva. El objeto de la venta judicial o administrativa tiene su propia ley y la intervención de estas autoridades no la altera. Que la venta judicial o administrativa es un contrato entre el vendedor forzado o forzoso y el comprador designado por su mejor oferta; y el Juez o autoridad contratan en ejercicio de autoridad legalmente conferida que fuerzan a celebrar un contrato entre las partes y sustituyen al forzado o ejecutado si fuere rebelde al cumplimiento, realizando en esta sustitución el ejercicio de una representación *ex lege* conferida por causa de autoridad, pero sin representar, por razón de cargo, ni al Estado ni a Administra-

ción Pública alguna y siendo la venta judicial o administrativa un contrato entre terceros respecto de la Sociedad, no puede perjudicar a la mercantil emisora de las acciones sujetas a cláusula restrictiva ni alterar el régimen de circulación propio de las acciones así emitidas. Las acciones sujetas a cláusula restrictiva son objeto de dicha venta sin perder por ello ni su identidad ni el propio régimen de circulación, en el cual está comprendida la facultad de adquisición preferente y la de discrepar del precio fijado en remate. Que hay que recordar que la venta exteriorizada mediante la intervención judicial ha sido desde su origen histórico una forma aparente acompañada de contrapactos reservados entre las partes, y si se aceptare que la venta judicial o administrativa está exenta de la regla restrictiva se abriría un portillo a la defraudación de la Sociedad emisora y se infringirían los artículos 46 de la Ley de Sociedades Anónimas y 104 del Reglamento del Registro Mercantil. Aunque la excepción a la norma estatutaria se limitase a la “determinación de valor” en expresión de la nota calificadora, aunque en el artículo 8 de los Estatutos calificados no se emplea la palabra “valor” y sí reiteradamente se hable de “precio”, se abriría un portillo para eludir la norma restrictiva provocando una venta judicial (en proceso ejecutivo simulado) que se perfeccionase por precio disuasorio del ejercicio del derecho de opción de los otros socios, igualmente simulado, cuyo ejercicio sería imposible sin el recurso a la discrepancia en el precio previsto en la norma para la que se solicita la declaración de procedencia de su inscripción. Que el rematante en venta judicial o administrativa, que es tercero en el tráfico de las acciones respecto de la Sociedad emisora, de sus Estatutos y a los otros accionistas y es destinatario, según las leyes y reglamentos vigentes, de la publicidad del título-valor al portador, tal como la diseñan los artículos vigentes 24, 25 y 119 del Código de Comercio y 46 de la Ley de Sociedades Anónimas. Si se niega la publicidad registral y la Sociedad emisora cumple el artículo 104 del Reglamento del Registro Mercantil, surgirá una discordancia entre ambas publicaciones, y como el rematante no puede sustraerse a la literalidad de los títulos de las acciones adquiridas resulta que no puede sustraerse al conocimiento del texto incorporado a ellos; y este conocimiento le impide ampararse en la omisión de publicidad registral del mismo texto por ser conocedor del texto del documento inscribible no inscrito. Que de todo lo expuesto resultó: a) Que el párrafo cuya inscripción se ha denegado no adolece de falta de validez ni, por tanto, de defecto que impida su inscripción; b) Que la falta de su inscripción puede provocar muy perniciosas consecuencias. Que se hace gracia de cualquier comentario referente a la omisión en la nota recurrida de todo argumento que pudiera justificar el criterio del señor Registrador, según el cual el precio resultante de subasta judicial o administrativa se supone a terceros legitimados por Ley para fijar ley de circulación del objeto de la venta y para articular, con el derecho de preferente adquisición, la fijación objetiva del precio por arbitradores imparciales.

IV. El Registrador dictó acuerdo manteniendo la calificación en todos sus extremos e informó: Que el artículo 545 del Código de Comercio queda matizado por las posibles restricciones estatutarias, pero lógicamente presuponiendo que dichas cláusulas sean válidas, pues caso de no serlo no surtirían efecto alguno a pesar de estar contenidas en los Estatutos. Que admitidas con carácter general las cláusulas restrictivas establecidas en los Estatutos por acciones al portador, lo que verdaderamente se discute en este recurso es la aplicabilidad de las restricciones contenidas en el artículo 8 de los Estatutos debatidos, a las enajenaciones judiciales o administrativas, es decir, forzosas y, por tanto, sin intervención de la voluntad del socio titular de las acciones. Dicha aplicabilidad es un

problema hoy no resuelto por la doctrina ni por la jurisprudencia, si bien aborda el tema la Ley de Reforma. Junto a los legítimos intereses de la Sociedad han de valorarse otros igualmente legítimos, como los de adquirentes de buena fe y acreedores de los socios; y esta concurrencia de intereses hace que el examen de las cláusulas haya de realizarse con mayor cautela, acentuando el carácter restrictivo con que las mismas han de interpretarse. Que debe sentarse, con carácter previo, la premisa siguiente: los Estatutos de una Sociedad son un ordenamiento de naturaleza privada y, por tanto, nunca podrán vulnerar normas imperativas o principios de orden público, y entre ellos están las normas procesales y el principio de responsabilidad patrimonial universal, consagrado por el artículo 1.911 del Código Civil. Que uno de los principios básicos de nuestro ordenamiento jurídico es el de la responsabilidad patrimonial universal del citado artículo 1.911. Principio de orden público que no admite más limitación o exoneración que aquella que esté legalmente establecida o bien convencionalmente por expresa remisión legal (art. 1.807 CC o 140 LH), pero se entiende que nunca podrá limitarse directa o indirectamente por un ordenamiento privado, como los Estatutos de una Sociedad, sin una especial delegación legal. De nada serviría el principio si pudiese alterarse el valor de los bienes directa o indirectamente a través de convenios privados, pues ello lesionaría de inmediato los legítimos derechos del acreedor. El carácter inalterable de dicho principio ha sido reiteradamente declarado por la jurisprudencia; basta citar la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 22 de febrero de 1989. Que el párrafo del artículo 8 de los Estatutos que es objeto de denegación parece dar a entender que "la notificación" a que alude deberá también procederse en caso de ventas judiciales. Pero si éste es el sentido del párrafo, de inmediato surge la cuestión de cuándo y quién debe hacer esta notificación. La pregunta parece absurda, pues unos Estatutos en modo alguno pueden dar instrucciones a la autoridad judicial ni menos aún alterar las normas que rigen el proceso de ejecución. De procederse al embargo y consiguiente ejecución de las acciones no puede, desde ningún punto de vista, exigirse la notificación estatutaria prevista, pues ello vulneraría el principio de imperatividad de las normas que rigen el proceso de ejecución; y, por tanto, se entiende que el párrafo debatido adolece de la falta de claridad que debe exigirse a todo aquello que es objeto de inscripción registral. Que descartada, pues, la obligatoriedad de notificaciones en caso de ejecución sobre acciones, concluida la ejecución y adjudicadas las acciones se impone al adquirente la obligación de notificar la adquisición a la Administración, con expresión del precio a los efectos que se establecen en dicho artículo 8 de los Estatutos. La cláusula contenida en los Estatutos no puede evitar el embargo ni la correspondiente ejecución; parece que lo que se pretende es establecer un derecho de retraer a favor de los socios, pues la enajenación a través del correspondiente proceso de ejecución ya se ha producido. Si como tiene establecido el propio Tribunal Supremo, las cláusulas de este tipo deben establecerse expresamente y prevén un mecanismo perfecto y funcional, se entiende que esta parte del párrafo denegado adolece de falta de claridad. Que existe un obstáculo añadido que impide la inscripción, radicado en el valor que habrán de satisfacer los demás socios para ejercitar el derecho de adquisición. En caso de ejecución judicial sobre acciones la Ley de Enjuiciamiento Civil regula expresamente la forma de determinar el valor por el que han de adjudicarse, que es el que sirve para satisfacer al acreedor el crédito que genera la ejecución: artículo 1.482 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Complementan este precepto el artículo 268 del Reglamento de las Bolsas de Comercio de 30 de junio

de 1987 y el artículo 94 del Reglamento de Bolsines de Comercio de 6 de junio de 1969. Lo que quiere ponerse de relieve es cómo la Ley procesal establece unos trámites imperativos para la ejecución de las acciones del deudor, cuya embarcabilidad aparece expresamente reconocida en el artículo 74 del Código de Comercio y fija un procedimiento que garantice plenamente la obtención del precio máximo posible, precisamente por el principio de responsabilidad patrimonial universal que proclama el artículo 1.911 del Código Civil. Si el valor obtenido en la enajenación del bien ejecutado es el que servirá para satisfacer al acreedor, es imprescindible establecer estos procedimientos precisamente para que la transmisión se efectúe por su verdadero valor. Que presupuesto el carácter intangible del principio de responsabilidad patrimonial universal y el carácter imperativo de las normas procesales que regulan la ejecución y el sistema de transmisión previsto, hay que preguntarse si el párrafo estatutario denegado es o no contrario a estos principios. Se entiende que una restricción a la libre transmisibilidad de las acciones, tal como se regula el citado párrafo, es claramente contraria al principio de responsabilidad patrimonial universal y al carácter imperativo de las normas procesales. Que lo que al parecer se pretende establecer en la cláusula debatida es un derecho de retracto a favor de los socios, pero en condiciones distintas a aquellas que satisfizo el adquirente. Para el supuesto de retractos convencionales, el artículo 1.518 del Código Civil establece imperativamente que habrá de abonarse al adquirente el precio de la venta, además de otros gastos. Se entiende que aun no estableciéndose expresamente un retracto, y a pesar de las diferencias que existen entre el retracto convencional tal como lo regula el Código Civil y el derecho que parece configurarse en el párrafo denegado para el supuesto de ejecución judicial y no existiendo precepto legal que permita alterar el artículo 1.518, el mismo es de aplicación necesaria. Si se admite que el adquirente, de buena fe en tanto no se pruebe lo contrario, pueda verse privado de las acciones adquiridas, recibiendo a cambio una cantidad que puede ser muy inferior a la satisfecha por él, la injusticia resulta evidente. Que se reconoce que el fraude podría llegar a darse, pero la situación para ello no puede en ningún caso ser la admisión de una cláusula que de hecho perjudica *ab initio* a posibles acreedores, generando de entrada un auténtico fraude a sus legítimos intereses; y en este punto hay que destacar la Resolución de 22 de febrero de 1989, en su fundamento de derecho cuarto, que la Sociedad es libre de redactar sus Estatutos como crea oportuno y de imprimir en los títulos las limitaciones que juzgue conveniente; pero ello no puede impedir que el Registrador califique dichas cláusulas y si estima que no deben tener acceso al Registro proceda a denegarlas, independientemente de que se impriman en los títulos. Si el argumento de la vinculación a terceros por su impresión en los títulos fuese válido, sobraría el Registro Mercantil, la calificación registral, el recurso gubernativo y las mismas Resoluciones de la Dirección General. Que como resumen de todo lo anterior se entiende: 1) Que los intereses de la sociedad anónima son perfectamente legítimos y dignos de defensa, pero junto a ellos e igualmente legitimados y dignos de defensa están los de los futuros adquirentes de las acciones en ejecuciones judiciales y los de posibles acreedores de los socios. 2) Que las cláusulas restrictivas de la libre transmisibilidad de acciones han de establecer expresamente y contener un mecanismo perfecto y funcional, debiendo interpretarse restrictivamente, todo ello según tiene declarado reiteradamente la jurisprudencia. 3) Que el principio de responsabilidad patrimonial universal, consagrada por el artículo 1.911 del Código Civil, es de orden público inspirador de nuestro ordenamiento, y por tanto no puede admitirse cualquier cláusula esta-

tutaria que directa o indirectamente lo limite, pues como ha establecido la jurisprudencia y recoge expresamente la Resolución de 22 de febrero de 1989, ésta es materia excluida de la autonomía de la voluntad. 4) El párrafo estatutario objeto de denegación defiende perfectamente los intereses de la Sociedad, lo que no es discutible; pero se entiende que es contrario al carácter imperativo de las normas procesales y el principio de responsabilidad patrimonial universal de los socios frente a sus acreedores. 5) Que dicho párrafo es igualmente contrario al artículo 1.518 del Código Civil, que debe entenderse aplicable para el supuesto de que los socios ejerciten el derecho de adquisición preferente una vez producida la enajenación a través del correspondiente procedimiento judicial; y 6) Que el Registrador, que al calificar debe tener en cuenta todos los intereses en juego, y no sólo los de la Sociedad, entiende que el citado párrafo no es inscribible por vulnerar dichas normas, que además y en lo que atañe al artículo 1.911 del Código Civil éste no admite otra interpretación que la que ha sentado la referida Resolución de 22 de febrero de 1989, que por tanto ha de considerarse como la doctrina vigente sentada por la Dirección General de los Registros y del Notariado.

V. Que por la Subdirección General de Recursos Gubernativos se formuló la siguiente propuesta de Resolución.—Vistos los artículos 1.518, 1.525 y 1.911 del Código Civil; 174 del Código de Comercio; 46 de la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951; 1.482 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y las Resoluciones de 20 de septiembre de 1966 y 22 de febrero de 1989.—1. En el supuesto de hecho del presente recurso se debate en torno a la eficacia, con relación a las ventas judiciales o administrativas, de una cláusula de la escritura fundacional de una sociedad anónima cuyas acciones son todas al portador, por la que, para el caso de que uno de los socios proyecte la enajenación de sus acciones por cualquier título *inter vivos*, se establece un derecho de adquisición preferente a favor de los restantes socios por un precio aceptado de común acuerdo o, en su defecto, por el que fije, “como árbitro de equidad y por vía de actualización y corrección de valoraciones del último balance aprobado”, un profesional colegiado designado por acuerdo o insaculación entre los propuestos y cuyo incumplimiento determinará el no reconocimiento de la condición de socio para el adquirente, quien deberá comunicar su adquisición a la Sociedad, quedando sujetas sus acciones a un derecho de opción en favor de los restantes accionistas por el precio que resulte conforme a las reglas antes citadas. 2. En su nota y acuerdo, el Registrador se opone a la inscripción de la cláusula por estos dos motivos: 1.º Por imponer en el procedimiento de ejecución la notificación previa a la Sociedad y a los accionistas. 2.º Por imponer, para el ejercicio del derecho de adquisición preferente en favor de los accionistas, un precio determinado conforme a criterios que no garantizan que alcance el valor real de las acciones. 3.º Es cierto que las normas procesales no tienen, en principio, carácter dispositivo y que no pueden alterarse por vía convencional los trámites del procedimiento de apremio, pero también lo es que no puede afirmarse la ejecutabilidad incondicionada de la acción con menoscabo de su contenido jurídico específico. Aun cuando la acción de la sociedad anónima sea considerada jurídicamente como un bien, no puede desconocerse su peculiar naturaleza jurídica en cuanto que no representa una realidad física económicamente autónoma, sino una compleja posición social cuyo contenido y características vienen definidas por la norma estatutaria rectora de la vida y funcionamiento de la Sociedad, de modo que siempre que dicha norma permanezca dentro de los cauces legales preestablecidos a ella deberá estarse para resolver las incidencias que se

planteen en su actuación y tráfico. 4.º Del mismo modo que en las Sociedades personalistas la posición del socio colectivo, al ser intransmisible sin el consentimiento de los demás (art. 143 CCo), no resulta embargable por deudas particulares suyas, sino que la traba ha de contraerse a los beneficios y a la cuota de liquidación (art. 174 CCo) —si bien el acreedor, por la vía subrogatoria, puede solicitar la disolución anticipada si la Sociedad se constituye por tiempo indefinido (art. 224 CCo) y la quiebra del socio colectivo provoca la disolución de la Sociedad (art. 222.3.º CCo)—, en las Sociedades de capital en las que al amparo de la previsión legal (*vid.* art. 46 LSA de 17 de julio de 1951 y 20 de la LSRL) se estipule estatutariamente el derecho de la Sociedad y de los socios a evitar el ingreso de nuevos miembros mediante el abono del valor de las acciones o participaciones, tal previsión, en cuanto contribuye a definir el contenido jurídico de la posición social representada por la acción, deberá tener las consiguientes repercusiones en el ámbito procedimental, de modo que su respeto quede garantizado en el caso de ejecución de acciones por deudas del socio (sin que pueda estimarse que en esos supuestos, y dado el orden procesal vigente, el derecho de adquisición preferente haya de operar siempre *a posteriori* como derecho de subrogación en el lugar del adjudicatario), pues, por una parte, el mismo ordenamiento jurídico compatibiliza el derecho de adquisición de carácter previo con los casos de venta judicial —así, el art. 1.640 CC posibilita al dueño útil o al directo la adquisición por el tipo fijado para la subasta, evitándole el eventual quebranto que se le ocasionaría si el tanteo cediese en favor del retracto y el remate lo fuera por un importe superior al tipo de salida; igualmente, el art. 592 CCo—, y, por otra, no puede desconocerse el carácter subordinado del ordenamiento procesal en cuanto ha de dar cauces de actuación judicial de los derechos sustantivos. 5. Cuando la evolución jurídico-sustantiva no vaya acompañada del paralelo desarrollo procedimental, la reconocida licitud del derecho de adquisición preferente de carácter previo impone la notificación previa a la ejecución judicial con suspensión de ésta durante los plazos estatutariamente previstos, cuya duración no podrá rebasar de la adecuada a la finalidad pretendida (en este sentido, resultan suficientemente expresivos los establecidos en el art. 20 LSRL o en el art. 63 de la nueva LSA); y todo ello sin perjuicio de la embargabilidad desde luego de las acciones, embargo que se contraerá en el *interin* a los derechos económicos a que se refiere el artículo 174 del Código de Comercio y que en caso de ejercicio del derecho de adquisición por la Sociedad o por los socios recaerá sobre el derecho del socio deudor al valor de aquéllas. 6. Ahora bien, y por lo que se refiere al segundo de los argumentos del Registrador que antes hemos expuesto, no cabe duda de que esa posibilidad de evitar el ingreso de nuevos miembros mediante el ejercicio del derecho de adquisición preferente de las acciones que se pretenden transmitir exige que dicho ejercicio se efectúe por un precio que alcance el valor real de las acciones, pues de otro modo el pacto respectivo (aunque se estimase que entre socios no significa restricción excesiva —lo que ahora no se juzga)— sería contrario al principio de responsabilidad patrimonial universal (art. 1.911 CC) al implicar la detracción, en beneficio injustificado de los socios, de una parte del valor de la participación que al deudor corresponde (*vid.* arts. 20 LSRL y 64 del Texto Refundido de la LSA aprobado por RD legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre). 7. Debe determinarse, pues, si el desenvolvimiento de la cláusula debatida permite obtener el valor real de las acciones. En este sentido, resulta evidente que sólo permitirán obtener el verdadero valor de las acciones aquellos sistemas de tasación que tengan en cuenta los elementos inmateriales de la Empresa como son las expect-

tativas, la clientela y, en general, el denominado fondo de comercio, pues aunque tales elementos no figuran siempre en el balance, pueden llegar a alcanzar una indudable trascendencia económica, de modo que su no consideración podría determinar, y ordinariamente determinará, la obtención de un valor inferior al real de las acciones. Sin embargo, la cláusula debatida, al establecer que la actuación del tasador designado se realiza “por vía de actualización y corrección de las valoraciones del último balance aprobado”, produce incertidumbre sobre si han de tenerse en cuenta o no aquellos elementos inmateriales cuando no se hallen contabilizados; si bien podría invocarse que las expresiones “corrección y actualización” implican de por sí la toma en consideración de los elementos inmateriales no contabilizados, es indudable que tales términos pueden entenderse también en el sentido de imponer exclusivamente la consideración de aquellos cambios de valor que desde la aprobación del último balance han experimentado los bienes en él incluidos, pero que sólo éstos han de ser tenidos en cuenta. Esta indeterminación debe conducir al rechazo registral de la cláusula en los términos en que aparece redactada, pues la trascendencia de las normas estatutarias (destinadas a regular la vida y funcionamiento de la Sociedad y llamadas, por tanto, a regir frente a quienes pueden no haber intervenido en su formulación), así como las exigencias de claridad y precisión en el contenido del Registro en función de su esencia publicitaria y de protección del tráfico y del alcance sustantivo y *erga omnes* de sus pronunciamientos, impone el cierre registral a todo el contenido jurídico ambiguo o equívoco.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 1.518, 1.525 y 1.911 del Código Civil; 174 del Código de Comercio; 46 de la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951; 1.482 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y las Resoluciones de 20 de septiembre de 1966 y 22 de febrero de 1989.

1. En el supuesto de hecho del presente recurso se debate en torno a la eficacia, con relación a las ventas judiciales o administrativas, de una cláusula de la escritura fundacional de una sociedad anónima cuyas acciones son todas al portador, por la que para el caso de que uno de los socios proyecte la enajenación de sus acciones por cualquier título *inter vivos* se establece un derecho de adquisición preferente a favor de los restantes socios por un precio aceptado de común acuerdo o, en su defecto, por el que fije “como árbitro de equidad y por vía de actualización y corrección de valoraciones del último balance aprobado” un profesional colegiado designado por acuerdo o insaculación entre los propuestos y cuyo incumplimiento determinará el no reconocimiento de la condición de socio para el adquirente, quien deberá comunicar su adquisición a la Sociedad, quedando sujetas sus acciones a un derecho de opción en favor de los restantes accionistas por el precio que resulte conforme a las reglas antes citadas.

2. En su nota y acuerdo el Registrador se opone a la inscripción de la cláusula por estos dos motivos. 1.º Por imponer en el procedimiento de ejecución la notificación previa a la Sociedad y a los accionistas. 2.º Por imponer, para el ejercicio del derecho de adquisición preferente en favor de los accionistas, un precio determinado conforme a criterios que no garantizan que alcance el valor real de las acciones.

3. Es cierto que las normas procesales no tienen en principio carácter dispositivo y que no pueden alterarse por vía convencional los trámites del procedimiento de apremio, pero también lo es que no puede afirmarse la ejecutabilidad

incondicionada de la acción con menoscabo de su contenido jurídico específico. Aun cuando la acción de la sociedad anónima sea considerada jurídicamente como un bien, no puede desconocerse su peculiar naturaleza jurídica en cuanto que no representa una realidad física económicamente autónoma, sino una compleja posición social cuyo contenido y características vienen definidas por la norma estatutaria rectora de la vida y funcionamiento de la Sociedad, de modo que siempre que dicha norma permanezca dentro de los cauces legales preestablecidos a ella deberá estarse para resolver las incidencias que se planteen en su actuación y tráfico.

4. Del mismo modo que en las Sociedades personalistas la posición del socio colectivo, al ser intransmisible sin el consentimiento de los demás (art. 143 CCo) no resulta embargable por deudas particulares suyas, sino que la traba ha de contraerse a los beneficios y a la cuota de liquidación (art. 174 CCo) —si bien el acreedor, por la vía subrogatoria, puede solicitar la disolución anticipada si la Sociedad se constituye por tiempo indefinido (art. 224 CCo) y la quiebra del socio colectivo provoca la disolución de la Sociedad (art. 222.3.º CCo)—, en las Sociedades de capital en las que al amparo de la previsión legal (*vid.* art. 46 LSA de 17 de julio de 1951 y art. 20 de la LSRL) se estipule estatutariamente el derecho de la Sociedad y de los socios a evitar el ingreso de nuevos miembros mediante el abono del valor de las acciones o participaciones, tal previsión, en cuanto contribuye a definir el contenido jurídico de la posición social representada por la acción, deberá tener las consiguientes repercusiones en el ámbito procedimental, de modo que su respeto quede garantizado en el caso de ejecución de acciones por deudas del socio (sin que pueda estimarse que en esos supuestos y dado el orden procesal vigente el derecho de adquisición preferente haya de operar siempre *a posteriori* como derecho de subrogación en el lugar del adjudicatario), pues, por una parte, el mismo ordenamiento jurídico compatibiliza el derecho de adquisición de carácter previo con los casos de venta judicial —así, el art. 1.640 CC posibilita al dueño útil o al directo la adquisición por el tipo fijado para la subasta evitándole el eventual quebranto que se le ocasionaría si el tanteo cediese en favor del retracto y el remate lo fuera por un importe superior al tipo de salida; igualmente, el artículo 592 del CCo—, y por otra, no puede desconocerse el carácter subordinado del ordenamiento procesal en cuanto ha de dar cauces de actuación judicial de los derechos sustantivos.

5. Cuando la evolución jurídico-sustantiva no vaya acompañada del paralelo desarrollo procedimental, la reconocida licitud del derecho de adquisición preferente de carácter previo impone la notificación previa a la ejecución judicial con suspensión de ésta durante los plazos estatutariamente previstos, cuya duración no podrá rebasar de la adecuada a la finalidad pretendida (en este sentido resultan suficientemente expresivos los establecidos en los arts. 20 LSRL o en el 63 de la nueva LSA); y todo ello sin perjuicio de la embargabilidad, desde luego, de las acciones, embargo que se contraerá en el *interin* a los derechos económicos a que se refiere el artículo 174 del Código de Comercio y que en caso de ejercicio del derecho de adquisición por la Sociedad o por los socios recaerá sobre el derecho del socio deudor al valor de aquéllas.

6. Ahora bien, y por lo que se refiere al segundo de los argumentos del Registrador que antes hemos expuesto, no cabe duda de que esa posibilidad de evitar el ingreso de nuevos miembros mediante el ejercicio del derecho de adquisición preferente de las acciones que se pretenden transmitir exige que dicho ejercicio se efectúe por un precio que alcance el valor real de las acciones. Esta es una premisa que no se ha discutido ni debe discutirse. La cláusula debatida en

el presente recurso establece que en caso de discrepancia entre los socios el precio de las acciones será el que fije, como árbitro de equidad, un profesional colegiado "por vía de actualización y corrección de valoraciones del último balance aprobado". Es evidente que aunque no figuren en el balance, no puede desconocerse la indudable relevancia económica de los elementos inmateriales como la clientela y las expectativas y, en general, el denominado fondo de comercio y su necesaria consideración para averiguar el valor real en las acciones, pues de otro modo se obtendría un precio que podría ser, y generalmente sería, inferior a dicho valor. El Registrador, entendiendo que la cláusula en cuestión no permite tener en cuenta los elementos que no figuran en el balance objeto de actualización y, consiguientemente, que esta circunstancia podría impedir la obtención del valor real de las acciones, considera inválida la cláusula y deniega su inscripción. Esta conclusión no parece, sin embargo, acertada. El tenor de la cláusula presenta, ciertamente, alguna oscuridad; y en este sentido se halla necesitada de interpretación (*in claris non fit interpretatio*); pero una vez interpretada de acuerdo con los cánones hermenéuticos que son de aplicación en la materia, queda disipada cualquier duda acerca de su validez. No puede olvidarse a este respecto que en las hipótesis en que, como la que nos ocupa, una cláusula admita diversos sentidos, debe optarse, por imperativo del artículo 1.284 del Código Civil, por el más adecuado para que produzca efecto. Y sin duda alguna hay una interpretación de la cláusula que viene propiciada por los usos (art. 1.287 CC) que permite salvar su validez. En medios económicos contables y financieros resulta claro, en efecto, que la expresión "actualización y corrección de valoraciones de balance", de conformidad con el uso que ha cristalizado en la práctica habitual, incluye no sólo las operaciones relativas a la revalorización de los elementos patrimoniales inscritos en el balance, sino también las relativas a la afloración del valor inherente a los elementos inmateriales no contabilizados, y especialmente del fondo de comercio; hasta tal punto es así que el propio legislador utiliza esa expresión para referirse al conjunto de todas las operaciones —incluida, como es natural, la afloración— que sean precisas para hallar el valor real. El artículo 4 de la Ley 76/1980, de 26 de diciembre, sobre Régimen Fiscal de las Fusiones de Empresas, tanto en su redacción originaria como en la que le ha dado la Disposición Adicional 6.^a del Real Decreto-Ley 7/1989, de 29 de diciembre, sobre medidas urgentes en materia presupuestaria, financiera y tributaria, es elocuente al respecto. En consecuencia, no procede objetar al sistema de valoración establecido en los Estatutos que se examinan la imposibilidad de alcanzar el valor real de las acciones a transmitir.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso interpuesto y revocar el auto apelado y la nota del Registrador.

Lo que con devolución del expediente original comunico a V. S. para su conocimiento y demás efectos.

Madrid, 6 de junio de 1990.—El Director general, *José Cándido Paz-Ares Rodríguez*.

Sr. Registrador Mercantil de Madrid.

(BOE de 29 de agosto.)

COMENTARIO A LA RESOLUCION DE 6 DE JUNIO DE 1990

Hace cuatro siglos, FRANCISCO BACON en sus ensayos escribía: "Hay libros que sólo necesitan ser catados, otros hay que tragarlos y unos pocos precisan mascarlos y digerirlos". Hoy podríamos decir lo mismo de algunas Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, y particularmente de ésta que comentamos y en la que el informe del Notario y la defensa de la nota del Registrador van a veces por caminos paralelos destinados a no encontrarse, lo que es bastante frecuente, y donde la propuesta de Resolución y la Resolución no coinciden, lo que ya no lo es tanto. El supuesto de hecho del presente recurso se centra en torno a la eficacia de un pacto estatutario que extiende a las ventas forzosas de acciones un derecho de adquisición preferente en favor de la propia Sociedad y de los demás socios, en los mismos términos que en las demás transmisiones voluntarias. En su nota el Registrador señala un defecto formulado con gran generalidad al decir: "...no son aplicables a las ventas judiciales o administrativas las normas sobre derecho de adquisición de los demás socios..." Y luego lo concreta en la forma de determinar el valor para ejercitar el tal derecho. Más tarde, en la defensa de la nota se detiene en la imposibilidad de extender a los procedimientos de ejecución forzosa una notificación de la venta prevista, con carácter previo, para las ventas ordinarias, aunque ésta extensión no resulta clara del propio texto estatutario, como ya veremos. El recurso notarial se monta sobre argumentos que no son del todo coincidentes con los defectos que se habían invocado y la Dirección discrepa de sí misma entre la propuesta de Resolución y la Resolución.

Hoy, después de la entrada en vigor de la nueva Ley de Sociedades Anónimas, puede parecer ocioso un comentario de la Resolución; pero, no obstante, creo muy interesante hacerlo no tanto como posible crítica de la situación legal en la que se dicta, sino intentando sacar consecuencias aplicables al régimen jurídico vigente.

El Notario al comienzo de su informe hace una especie de declaración de principios dando por supuesto la admisión con carácter general de las cláusulas restrictivas en las transmisiones de acciones al portador. Por supuesto, esto el Registrador no lo había puesto en duda ni forma parte del recurso; mas a pesar de tal consenso, esto hoy ya no es así con la legislación vigente ni lo fue, de una manera tan clara, con la legislación bajo la que se dictó la Resolución. Hay que tener en cuenta que tratándose de acciones al portador, el artículo 545.2 del Código de Comercio rompe con la añeja teoría del título y el modo, y en la esfera externa la transmisión de acciones se realiza por la simple tradición y el nuevo tenedor del documento recibe el *status* de socio.

BÉRGAMO (1) señala que el artículo 545.2 rompe con la teoría del título y el modo de forma que el acto dispositivo, "independizándose de la relación obligatoria entre acreedor y deudor penetra en el campo fecundo de los actos *sine causa* y se dibuja como un negocio abstracto".

No obstante, el Decreto de 19 de septiembre de 1936 y la Ley de 23 de febrero de 1940 introdujeron un elemento formalista inderogable —escritura pública o póliza— que, según URÍA (2), suspendió la Ley de circulación de los títulos al portador del artículo 545.2 del Código de Comercio.

(1) BÉRGAMO, *Sociedades anónimas. Las acciones*, t. I, pág. 583

(2) URÍA, *Derecho mercantil*

Se comprende que hacer compatible el carácter de al portador de las acciones con las limitaciones a su libre transmisibilidad haya ocasionado fuerte polémica en la doctrina.

BÉRGAMO (3) admitió las restricciones a la libre transmisión de las acciones al portador en base a los siguientes argumentos: a) El Decreto de 1939 y la Ley de 1940 que comunicaron a la transmisión de acciones un evidente matiz formal. b) El propio artículo 545.3 que admite la irrevindicabilidad absoluta sólo cuando no estuviera suspendida en forma su libre negociación al tiempo de su venta, lo que ocurriría si la transmisión de acciones estuviera limitada. c) Porque la Ley de circulación de los títulos puede quedar modalizada no sólo por una norma positiva, sino también por convenios privados que tengan fuerza de tal y siendo los Estatutos la Ley Orgánica de la Sociedad Anónima, toda cláusula estatutaria que regule directamente el tráfico de las acciones al portador debe tener primacía sobre toda otra regulación y vincular a los socios por el hecho de serlo. Este argumento es recogido en lo fundamental por el Notario en su informe. d) El principio de libertad de pacto del artículo 1.255 del Código Civil y del artículo 117 del Código de Comercio. e) Naturalmente, el artículo 104 del Reglamento del Registro Mercantil. GARRIGUES-URÍA (4) afirman que no existe incompatibilidad de orden conceptual entre las acciones al portador y las limitaciones a la transmisibilidad. Pero URÍA, por su parte (5), reconoce que las acciones al portador son menos aptas que las nominativas para sufrir restricciones a su régimen normal de circulación.

El Tribunal Supremo, aunque en varias ocasiones había señalado que los títulos al portador legitiman por la simple posesión, en una desdichada Sentencia de 5 de abril de 1961 admitió las restricciones en las acciones al portador introducidas por vía de modificación de Estatutos y llegó a privar a los accionistas de la *vacatio* del artículo 85.2 de la Ley de Sociedades Anónimas.

Desde la otra posición, GIRÓN TENA (6) criticó a la Ley de Sociedades Anónimas por no haber limitado el supuesto a las acciones nominativas expresamente. PEDROL (7), aunque admitió la limitación por el tono claramente imperativo del artículo 104 del Reglamento del Registro Mercantil, se lamentó de que la Ley con tal admisión pasase a ser "un islote solitario" dentro de la doctrina y la legislación mundial introduciendo la paradoja de "una acción al portador que no es al portador". Pero es BROSETA (8) quien hace las críticas más acertadas de esta situación. Discrepando de BÉRGAMO, opina que la Ley de Circulación de los Títulos al Portador es de orden público y los preceptos en que se contienen de naturaleza imperativa, sin que pueda ser derogada por la voluntad del emisor. Los Estatutos aunque incorporen la Ley orgánica o constitutiva de la sociedad son un ordenamiento de naturaleza privada. Sostiene legislativamente esta postura en base a los artículos 545.2 y 174.2 del Código de Comercio y al artículo 59 de la Ley de Sociedades Anónimas, de los que se desprende que la posesión es requisito suficiente para ejercitar los derechos incorporados en las acciones al

(3) BÉRGAMO, *ob. cit.*, pág. 603

(4) GARRIGUES-URÍA, *Comentario en la Ley de Sociedades Anónimas*, 3.ª edición, 1976, pág. 526

(5) URÍA, *Derecho mercantil*.

(6) GIRÓN TENA, *Derecho de sociedades*, pág. 325

(7) PEDROL, *La anónima actual y la sindicación de acciones*

(8) BROSETA, *Restricciones estatutarias a la libre transmisibilidad de acciones*, 2.ª edición, 1984

portador. Además, el artículo 85.3 se refiere exclusivamente a las acciones nominativas, sin que sea posible tener en cuenta la interpretación que de este artículo hizo la que hemos llamado desdichada Sentencia de 5 de abril de 1961. No considera obstáculo para su criterio la necesidad de intervención de fedatario público porque con esta intervención no se añaden requisitos nuevos a la transmisión, sino que solamente se obliga a que uno de los antiguos requisitos (título o modo) revista una forma solemne establecida. Esta intervención afecta sólo parcialmente a la Ley de Circulación porque la posesión continúa siendo suficiente para otorgar la legitimación. Además, ningún precepto expreso exige que el poseedor del título exhiba ante el emisor la póliza de transmisión. Así pues, el artículo 104 del RRM viola lo dispuesto con carácter imperativo por los artículos 545.2 y 59 LSA introduciendo un nuevo requisito no exigido por el artículo 43 LSA, lo que no debió hacer por su rango, en primer lugar, y porque a pesar de tratarse de un Reglamento de Registro Mercantil exige un requisito que luego no controla, ya que la emisión de acciones no se inscribe en el Registro ni su transmisión posterior tampoco. Efectivamente, señala BROSETA (9), si en virtud de lo establecido en el artículo 104 del RRM se hace constar en las acciones al portador que su transmisión está sometida a limitaciones, esta mención puede ser irrelevante, puesto que se trata de una condición impuesta por el emisor del título en contra de la propia Ley de Circulación de los Títulos que es imperativa. Si a pesar de ello la restricción es oponible a tercero, como opina la mayoría de la doctrina y el Tribunal Supremo, se produciría el caso paradójico de que el principal refuerzo legislativo vendría del artículo 104 del Reglamento del Registro y, sin embargo, las limitaciones no vendrían a través de la fuerza de la publicidad del Registro, sino en virtud de la literalidad del título valor. A mi juicio, el artículo 104 es gravemente distorsionante de la publicidad registral porque si se inscribieran las limitaciones en el Registro y luego se emitieran los títulos sin hacer constar las limitaciones la Ley de circulación de esos títulos, en los términos que veíamos antes, haría que la posesión legitimara al titular en contra de los pronunciamientos registrales; y si ocurriese al revés y el Registro no publicara las limitaciones y si las publicaran los títulos, el principio de literalidad haría que la posesión no legitimara en contra de los pronunciamientos registrales y de lo dispuesto en los artículos 2.2 RRM y artículo 24 del CCo. Y no obstante, la Resolución de 18 de mayo de 1986 señaló que el artículo 104 del RRM obliga a que las limitaciones consten en los títulos al portador, pero no exige que esta misma constancia haya de reflejarse en los Estatutos.

Finalmente, opina BROSETA que si la posesión ya no legitima en todo caso para ejecutar los derechos incorporados no se trata de un verdadero título al portador, sino de un *tertius genus*, ya que la Sociedad puede investigar si en la transmisión se ha cumplido el procedimiento restrictivo y conocer en cada momento el nombre de los socios, lo que viola lo dispuesto en el artículo 34, que sólo permite las acciones nominativas y al portador. Efectivamente, eso es así y en los Estatutos comentados se introduce un Libro Registro de Acciones que contribuye a desnaturalizar todavía más las acciones al portador. Es por ello que el artículo 51, que permite la válida constitución de la Junta en primera convocatoria, en caso de asistencia de la mayoría de los socios, sólo es aplicable cuando se trate de acciones al portador en caso de que sea conocido el nombre de los titulares (10). La Resolución de 29 de febrero de 1980 estableció que la alternativa del

(9) BROSETA, *ob cit.*, pág 93

(10) GARRIGUES-URÍA, *ob cit.*, pág 526.

artículo 51 introduce un derecho legalmente reconocido, por lo que la omisión de uno de los medios priva a los socios de este derecho y constituye defecto subsanable. Más tarde extendió esta doctrina aunque se tratase de acciones al portador cuando el quórum personal por cualquier circunstancia pueda ser determinado, como ocurría en el supuesto de hecho en el que existían restricciones estatutarias. Además, hay que tener en cuenta que el artículo 58 de la Ley de Sociedades Anónimas exigía quórums reforzados distintos tratándose de acciones nominativas y al portador, y no se sabe muy bien el porqué de la diferencia de trato legislativo en acciones al portador con restricciones. Existía el problema de si en este caso sería exigible en la primera convocatoria la asistencia de los dos tercios del número de socios, o de la mayoría de los accionistas si se tratara de segunda convocatoria, además de los quórums de capital como se exige para las acciones nominativas. Todavía el problema se complica más, y sería casi insoluble si existieran acciones nominativas y al portador al mismo tiempo y, dentro de las últimas, con restricciones y libres. Por ello, la Resolución de la Dirección General tiró por la calle de enmedio y en su Resolución de 20 de noviembre de 1985 acordó que sólo se tendrían en cuenta los quórums de las acciones al portador. Lo que volvería a plantear el problema si las acciones al portador fueran de esas cuya restricción está estatutariamente establecida y sobre las que, como en este caso, se lleve un Libro Registro de Acciones.

Afortunadamente, la Ley de Reforma de 25 de julio de 1985 acabó con el problema, y en el nuevo artículo 63 de la Ley de Sociedades Anónimas concreta la posibilidad de restricciones a la libre transmisibilidad a las acciones nominativas.

BROSETA, verdadero paladín de la tesis ahora conseguida legislativamente, a la que ya defendía en la primera edición de su trabajo en 1963, se alborozó y dice (11): "España era la única legislación del mundo occidental civilizado en la que no por la Ley realmente, sino por Decreto y a virtud de la redacción del artículo 104 del Reglamento del Registro Mercantil y mediante una interpretación que yo personalmente no he compartido nunca..., se admiten las restricciones estatutarias sobre las acciones al portador".

Entra después el recurso en una fase de discusión sobre la aplicación de las restricciones estatutarias a las enajenaciones judiciales o administrativas, es decir, forzosas. A mi juicio, la discusión no se centra, y en las alegaciones del Notario y en la defensa de la nota por el Registrador no llegan a cruzarse los argumentos. El Notario defiende la aplicación de las reglas restrictivas a las ventas judiciales o administrativas, y el Registrador creo que eso no lo puso nunca en duda y sus objeciones se centraron en el modo de determinar el valor y en la notificación, aunque esto resulta más claramente de la nota que de su defensa. Por claridad en la exposición veremos, primero, el aspecto general de la cuestión. En la sociedad anónima las condiciones personales de los socios son irrelevantes y el artículo 174 del Código de Comercio permitía que la acción fuera embargada y ejecutada. Tratándose de acciones sometidas a restricciones estatutarias, al no existir ninguna norma que las libere, estarán como las otras sometidas al principio de la responsabilidad patrimonial universal consagrado en el artículo 1.911 del Código Civil. Consecuentemente con su planteamiento de que la Ley de circulación de los títulos puede quedar modalizada por los Estatutos, el Notario señala que en las ventas judiciales y administrativas de acciones

(11) BROSETA y otros, *La reforma del Derecho español de sociedades de capital. Acciones: clases y régimen jurídico*, Madrid, 1987.

vinculadas la intervención del Juez no altere la Ley de circulación del objeto de la venta. Esto no obstante, no es menos cierto de modo absoluto, y así GARRIGUES (12), estudiando la posible eficacia de las restricciones estatutarias frente a la declaración de quiebra del accionista, opina que en la ejecución de acciones vinculadas las restricciones no deben ser respetadas y las acciones deben incluirse en la masa activa del quebrado.

Claro que la admisión de la embargabilidad de la acción vinculada no resuelve todos los problemas, teniendo en cuenta que el artículo 1.447 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no las menciona, por lo que GUASP (13) a tales efectos las considera cosa mueble.

BROSETA (14), en base a los artículos 35 de la Ley de Sociedades Anónimas (hoy 55 y no modificado a estos efectos) y 20 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, y aunque nada dice la Ley de Enjuiciamiento, cree en la posibilidad de la anotación de embargo en el libro de acciones nominativas. El Juez, al decretar el embargo a solicitud de parte, debe notificarlo a la sociedad emisora del título que deberá anotarlo en el libro de acciones nominativas. Esta notificación se inscribe dentro de las medidas destinadas a asegurar el resultado de la Sentencia y en nada se parece a la notificación en fase de ejecución que se discute en el recurso y que veremos después. Pretende el efecto preventivo de cualquier otro embargo (15). Tratándose de acciones al portador, cuya embargabilidad asimismo admite el artículo 174 del Código de Comercio, el sistema de asegurar la ejecución sería el depósito del título.

Toda la doctrina considera que las acciones, desde el momento en que pueden ser embargadas, pueden ser ejecutadas, ya que lo otro sería absurdo. Se plantea entonces el problema de si los órganos encargados de la ejecución forzosa deben respetar el procedimiento estatutario. Este es uno de los puntos concretos que plantea el recurso. A mi juicio, la cláusula se sobredimensiona, primero, por el Registrador en la defensa de la nota, y luego, y mucho, en la Resolución. Efectivamente, la notificación de la cláusula está pensando en las enajenaciones no forzosas y es congruente con las restricciones pactadas. Es en la enajenación forzosa cuando se produce la confusión: creo que la obligación de notificar en modo alguno se impone al Juez; lo normal será que la notificación deba hacerla el embargado, a quien como accionista sí obligan los Estatutos. Lo que sí ocurre con la cláusula es que no permite suponer qué pasará si realizada la notificación ni los demás accionistas ni la sociedad acuden a la subasta. Se tratará de una venta precedida de la notificación, pero está claro que esta notificación no puede pretenderse que produzca el efecto de propiciar un derecho de opción en favor de los beneficiarios de la cláusula sin que la ejecución de las acciones termine con la venta en pública subasta. Es en esta contradicción donde debería haberse puesto el acento en la nota. El Registrador en su informe se centra en una interpretación de la cláusula por la que ésta obligaría a la Autoridad Judicial a proceder a la notificación, lo que lógicamente rechaza en base a que los Estatutos "en modo alguno pueden dar instrucciones a la Autoridad Judicial ni menos aún

(12) GARRIGUES, *Curso de Derecho mercantil*, pág. 394.

(13) GUASP, *Derecho procesal civil*, pág. 452.

(14) BROSETA, *Restricciones...*, cit., pág. 191.

(15) Sobre embargo de acciones ver el trabajo de LAURA CANO ZAMORANO en el *Boletín del Colegio de Registradores*, núm. 256, mayo 1989, pág. 995, que señala que las acciones no pueden inscribirse, ya que se configura la inscripción con carácter voluntario u obligatorio, ni procede, por tanto, anotarse en el Registro los embargos que afecten a las acciones

alterar las normas que rigen el proceso de ejecución". Ya hemos dicho que el Notario no argumenta contra el defecto concreto de la imposición de una notificación porque no está recogido de manera expresa en la nota de calificación, pero a pesar de ello la Dirección, en la propuesta de Resolución formulada por la Subdirección General de Recursos Gubernativos y en los fundamentos de Derecho de la propia Resolución, hace unas afirmaciones a mi juicio desacertadas. Parte la Dirección, siguiendo la tesis de BÉRGAMO, de la afirmación de que en virtud del pacto estatutario se confiere a la acción un "contenido jurídico específico" o, lo que es igual, "una peculiar naturaleza jurídica", lo que hace de la acción "una compleja posición social cuyo contenido y cuyas características vienen definidas por la norma estatutaria, que regulará siempre que sea legal su tráfico". En base a estas afirmaciones y a la consideración del carácter subordinado del derecho procesal, la Dirección admite algo que, vuelvo a repetir, nadie le reclamaba, y señala la posibilidad de que estatutariamente pueda imponerse una notificación previa a la ejecución o durante la ejecución que la suspendiera durante los plazos estatutarios previstos. Tanto si se interpreta como un requisito previo a la ejecución, como si la interpretación es que deba suspenderse la ejecución comenzada, una vez notificada la existencia de la vinculación, no parece que esto sea posible. Aquí está el fallo grave de la Dirección, pues aunque las normas procesales sean siempre vehículo para la aplicación de otras normas sustantivas, en ningún caso son subordinadas a aquéllas. Para PRIETO-CASTRO y FERRÁNDIZ (16) el Derecho procesal presenta naturaleza de Derecho político en cuanto que regula la actividad pública que tiende a lograr (por los justiciables) e impartir (por el órgano jurisdiccional) la justicia solicitada mediante la ejecución de una acción. El Tribunal Supremo ha señalado que las normas procesales pertenecen a la esfera del Derecho público y han de reputarse absolutas e imperativas salvo en aquellos supuestos excepcionales en los que de las palabras expresas de la Ley o de la finalidad de la norma concreta de que se trata se desprenda que las partes o el Juez están autorizados para reglamentar convenciones o libremente la relación procesal. Para la doctrina se conciben las normas procesales como expresión del *ius cogens*, y esta imperatividad está fundada por el fin público que se proponen alcanzar, por las garantías de seguridad jurídica que han de otorgar y por la protección que deben conceder al principio de igualdad de las partes. Estas circunstancias se refuerzan en los procedimientos de ejecución donde el Juez procede a la ejecución como órgano del Estado, siendo la subasta un acto de soberanía en el sentido de que el órgano jurisdiccional efectúa la enajenación como si el Estado fuese el propietario de los bienes, evitando así toda posible resistencia del deudor y procurando conseguir el mayor precio posible, evitando la depreciación de los bienes en beneficio principalmente del deudor. La adquisición con carácter previo a la ejecución que quiere fundamentar la Dirección en el artículo 1.640 del Código Civil puede hacerse cuando, como en este artículo, viene impuesto por Ley porque supone de hecho una derogación parcial del artículo 1.911 en cuanto el tipo de subasta puede ser inferior al que se obtendría en el remate, con mengua del derecho, si no del ejecutante, al menos de acreedores posteriores. Y el artículo 592 del Código de Comercio que cita también la Resolución tampoco es contundente porque se refiere a supuestos distintos y la colisión de intereses se produce sólo entre partes (copropietarios mayoritarios y minoritarios). Por todo ello no parece que

(16) PRIETO-CASTRO FERRÁNDIZ, *Derecho procesal civil*, 5.ª edición, pág. 45.

haya argumentos para decidir que los órganos encargados de la enajenación forzosa deban respetar el procedimiento estatutario. Se debe respetar, por supuesto, en la ejecución forzosa de las acciones las restricciones a su libre transmisibilidad cuando éstas vengan impuestas por la Ley (v.gr., acciones intransferibles a extranjeros), ya que el Juez es el primer obligado a respetar la Ley; pero en ningún caso puede afirmarse que el Juez quede obligado a respetar el procedimiento restrictivo al decretar la ejecución forzosa. La ejecución forzosa se decreta en virtud de un poder público —*imperium*—. La venta no es más que un acto del proceso de ejecución regido por preceptos de contenido imperativo.

Así pues, parece que, en contra de lo dispuesto por la Dirección, las restricciones sólo podrán operar *a posteriori* y al modo de un derecho de retracto ejercitable en contra del adjudicatario-rematante. En el régimen vigente, cuando se dictó la Resolución ni siquiera esta afirmación es totalmente segura para parte de la doctrina que ve cómo el proceso de ejecución puede ser inútil al ser burlado por norma estatutaria, que si bien vincula a los socios no hace lo mismo con el Juez, ya que de prosperar la tesis admensiva del retracto obligaría al adquirente por vía judicial a someterse a un nuevo juicio, el de retracto, que podría acabar con un precio —el estatutario— distinto del que pagó. Como veremos, hay diferencia entre el régimen anterior y el actual, que precisamente para no frenar ni modificar el procedimiento judicial ha creado el retracto, pero por vía legal y no contractual. Efectivamente, el artículo 64 de la nueva Ley de Sociedades Anónimas, que curiosamente no se cita en la Resolución, aunque sí se cita el artículo 63, introduce un sistema mixto de autorización posterior o adquisición, retracto o como quiera denominarse, también posterior, que a mi juicio refuerza lo que venimos defendiendo: 1.º Que la restricción estatutaria se opone a terceros adquirentes en los supuestos de enajenación forzosa, *a posteriori* y sin afectar para nada al procedimiento de enajenación. 2.º Que este sistema de retracto en perjuicio de terceros debe introducirse, como ya veremos, con una base legal.

Esto nos lleva de lleno a un tema que, a mi juicio, es la carencia más grave de la nota del Registrador y por ello del recurso: la licitud de los pactos en virtud de los cuales se introduce un retracto en caso de incumplimiento de los requisitos previos o simultáneos a la transmisión, y ello no en los supuestos esenciales de adquisiciones por causa de muerte o en procedimientos judiciales o administrativos, sino en los supuestos generales de enajenaciones voluntarias *inter vivos*. Según creo, el tema jamás ha sido planteado en una nota de calificación. La Dirección General ha admitido el retracto en alguna ocasión, pero sin que haya entrado a estudiar el problema central, constreñido como estaba dentro de los límites del recurso gubernativo a resolver sobre temas marginales. Así, en la Resolución de 11 de febrero de 1986 admitió el retracto, sin que se planteara jamás el tema de su admisión y sólo si la fijación del precio que se había pactado se basaba en criterios objetivos que asegurasen un precio justo y si había infracción del artículo 1.518 del Código Civil. Asimismo se admitió en la Resolución de 31 de octubre de 1986 con la misma salvedad, y en la Resolución de 27 de abril de 1990 que discutió si era posible admitir el “valor contable” distinto del valor real en un procedimiento de enajenación forzosa.

No obstante no haberse planteado la validez del retracto, su licitud no es ni mucho menos admitida de modo pacífico por la doctrina que ha estudiado esta cláusula, a la que BÉRGAMO llama cláusula de *praemptio* y otros cláusula de tanteo. En realidad no se trata de un tanteo propiamente dicho, ya que presenta los rasgos característicos siguientes: 1.º Mientras que en el tanteo común son los propios contratantes quienes señalan libremente el precio en las cláusulas de

tanteo, el valor suele fijarse con criterios más o menos objetivos o automáticos. 2.º Así como el retracto supone una transferencia inicial válida que va seguida de otra a favor del retrayente, el cual, como señala BÉRGAMO (17), a título de verdadera expropiación se coloca en el lugar del primer cesionario subrogándose en sus derechos y obligaciones, aquí el acto dispositivo formalizado en contra de la cláusula de tanteo se reputa nulo frente a la Sociedad. Para BÉRGAMO el ejercicio de la *praemptio* "supone un contrato único que considera no consumada la transmisión subrepticia". 3.º El derecho se ejercita no por el vendedor, sino por terceros a modo de los retractos legales. Si bien el artículo 20 de la Ley de Sociedades Limitadas señala la nulidad de las transmisiones que no se ajusten a lo establecido en la escritura social, tratándose de sociedades anónimas la Ley no concede un efecto tan enérgico, aunque la transmisión que viole el procedimiento restrictivo no producirá ningún efecto frente a la sociedad. La Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 1978 señala que el efecto de la violación estatutaria se limitará a la facultad de la sociedad de desconocer como accionista al adquirente, negándose a inscribirlo en el libro-registro especial a que se refería el artículo 35 de la Ley de Sociedades Anónimas y a conceptuarle legitimado para el ejercicio de los derechos sociales, que es en definitiva el efecto previsto en el artículo 46 en cuanto disponía que las limitaciones a la libre transmisibilidad de la acción serán válidas frente a la Sociedad cuando estén expresamente impuestas por los Estatutos, sin que a la Sociedad para nada interesen los efectos meramente obligatorios del contrato que se desplegaran *inter partes*.

No parece que la transmisión *inter vivos* pueda imponer un derecho de retracto al adquirente, lo que haría a la Sociedad o a los socios, según los casos, titular de una especie de acción reivindicatoria contra el adquirente. Efectivamente, en este sentido PEDROL (18) cree que estas cláusulas a las que, como BÉRGAMO, llama también de Preemción, conceden a la Sociedad o a los beneficiarios un derecho a solicitar judicialmente la restitución de la acción, BROSETA (19) cree que el retracto no es posible por las siguientes razones: 1.ª Porque se introduce un retracto ejercitable contra tercero por un ordenamiento interno de naturaleza convencional como son los Estatutos. 2.ª Porque un remedio tan enérgico sólo puede concederse por una disposición expresa de naturaleza legal. 3.ª Tratándose de acciones nominativas, tampoco cree en la posibilidad de la acción reivindicatoria porque si la inscripción en el Libro Registro que no se ha producido tiene la consideración de requisito de la transmisión, ésta todavía no se ha producido y la titularidad continúa estando en manos del transmitente. Si por el contrario la inscripción sólo tiene un efecto legitimador, la transmisión se habrá producido y será propietario el adquirente aunque no pueda ejercitar sus derechos. Si las acciones son al portador la transmisión se habrá producido desde luego y sólo podrá negarse el efecto legitimador. En base a esto la doctrina moderna distingue entre las consecuencias obligacionales y reales del acto de disposición. En el orden interno el incumplimiento de los Estatutos es irrelevante y el cesionario adquirirá el dominio del título, aunque hay que reconocer que el contenido del Registro, si se trata de acciones nominativas, o el propio título si se

(17) BÉRGAMO, *ob. cit.*, pág. 644.

(18) PEDROL, "Cláusulas estatutarias restrictivas de la transmisibilidad de acciones en las sociedades anónimas", *RDP*, núm. 147, págs. 717 y sigs

(19) BROSETA, *ob. cit.*, pág. 150

ha cumplido lo dispuesto en el artículo 104 del Reglamento del Registro Mercantil y se trata de acciones al portador impedirá la buena fe del adquirente. Ahora bien, la adquisición no será perfecta y por ello la Sociedad no podrá negar la legitimación para el ejercicio de los derechos sociales del adquirente. Pero por ello el cesionario queda legitimado solamente para accionar contra el cedente que incumpliendo los Estatutos —que sí le obligaban por su carácter de socio— le transmita las acciones con el fin de que ponga a su disposición las ventajas de carácter patrimonial que rinda el título de la acción o para que resuelva el contrato. En definitiva, hay que tener en cuenta además que no se puede considerar al tercero adquirente como accionista —de otra forma no le obligarían los Estatutos sociales— a los solos efectos de privarle de las acciones, y las más de las veces por precio distinto del que efectivamente pagó en contravención clara del artículo 1.518 del Código Civil. Además, el artículo 46 concedía un remedio menos riguroso pero suficiente para proteger a la Sociedad: desconocer al adquirente como accionista. Tratándose de participaciones de Sociedades de Responsabilidad Limitada hay otro argumento de peso, que es la declaración de nulidad que el artículo 20 señala para las transmisiones a personas extrañas a la Sociedad que no se ajusten a lo establecido en la escritura social. Está claro que al ser nula la transmisión la propiedad continuará en el transmitente y no podrá ejecutarse un retracto cuyo sujeto pasivo tendría que ser un tercero no adquirente a causa de un título nulo, porque no olvidemos que el artículo 1.521 del Código Civil define el retracto como el derecho de subrogarse en lugar del que adquiere una cosa.

El artículo 64 de la nueva Ley, a mi juicio, aclara definitivamente la cuestión ya que introduce un retracto en supuestos determinados, como veremos, y lo introduce con efecto respecto a terceros, como los demás retractos legales, por vía legislativa y, por tanto, no ampliable por vía estatutaria. En el supuesto que contempla la Resolución la cláusula está bien configurada porque no se impone el retracto al adquirente según parece, aunque no queda claro si notificada la transmisión —dejando al margen ahora que se haga por el Juez o por el ejecutado— el cesionario-adquirente puede ser obligado a sufrir el retracto por la sociedad o por los otros beneficiarios o, simplemente, esta nueva transmisión precisaría el consentimiento social de la adquisición del cesionario-adquirente, pudiendo la Sociedad, en caso de que no la preste, solamente no reconocerle la condición de accionista. No obstante, tratándose de transmisiones *mortis causa* o de enajenaciones forzosas sí será en cambio posible la existencia del retracto. En el primer caso, además de por el apoyo legal que suponía el párrafo 2.º del artículo 21 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, porque los herederos sucesores del accionista —contratante— fundador, conforme al artículo 661 del Código civil, son continuadores de la personalidad jurídica del causante y quedan obligados por el contrato de sociedad y sometidos a los preceptos de los Estatutos. Hoy el artículo 64 de la Ley de Sociedades Anónimas confirma lo dicho.

El otro supuesto es el de la enajenación forzosa, que en definitiva es el supuesto del recurso que ahora comentamos. Hasta la publicación de la nueva Ley la doctrina, unánimemente, reconocía el derecho de oponer las restricciones estatutarias a quien adquiere por enajenación forzosa. De otro modo se dejaría la puerta abierta para que los propios accionistas violaran la finalidad perseguida por las restricciones estatutarias. Para algunos autores la enajenación forzosa debe expropiar lo que encuentra en el patrimonio del ejecutado según su propio estado. Aunque admitir el derecho de oposición de forma absoluta puede, pri-

vando a las acciones de parte de su valor, permitir que los Estatutos sustraigan indirectamente una parte del patrimonio de los accionistas deudores a la satisfacción de sus acreedores.

BROSETA (20), de la interpretación conjunta de los artículos 174 del Código de Comercio y 46 de la Ley de Sociedades Anónimas, piensa que las restricciones estatutarias son oponibles a quienes adquieren las acciones vinculadas por un procedimiento de ejecución forzosa. Esta oponibilidad producirá los siguientes efectos en principio: el adjudicatario adquiriría la propiedad de las acciones y podía transmitir las a terceros, pero la sociedad podría negarse a inscribir las transmisiones en el Libro Registro de Acciones Nominativas. Con esta solución, que es totalmente congruente conceptualmente, no obstante, no se protegería el interés del adquirente en pública subasta, que posteriormente vería cómo se le negaba la condición de accionista, lo cual tampoco sería nada grave habida cuenta de que tales limitaciones ya constarían en el Registro o en título, según el artículo 104 del Reglamento del Registro Mercantil, y el adquirente ya sabe a qué se expone, por lo que, coincidiendo con la doctrina del Tribunal Supremo, la venta será válida, pero sin surtir efecto frente a la Sociedad. Los derechos del adquirente serían de otro orden. Por eso BROSETA, ya en la primera edición de su obra, en 1963, proponía un sistema análogo al establecido en el artículo 686.4.º del Código suizo. La Sociedad sólo puede oponer las restricciones estatutarias al adquirente si ella misma o cualquiera de sus accionistas manifiesta su deseo de adquirir las acciones ejecutadas. De esta manera se protegen todos los intereses en juego: se protege a la Sociedad porque le permite vetar el ingreso de personas no deseadas; se protege al ejecutante porque permite la enajenación sin sustraer parte del patrimonio del deudor; se protege, por último, al tercer adquirente porque para negarle la condición de accionista le deben presentar a alguien que adquiera las acciones por el precio justo.

En definitiva, éste es el sistema que aceptó la Ley de 25 de julio de 1989 de Reforma Parcial y Adaptación de la Legislación Mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea y el que se contiene en el artículo 64 de la nueva Ley de Sociedades Anónimas.

Por ello extraña que la Dirección, en la Resolución que comentamos y que dicta ya bajo la vigencia de la nueva Ley, diga que "sin que pueda estimarse que el derecho de adquisición preferente haya de operar siempre *a posteriori* como derecho de subrogación en el lugar del adjudicatario" y reconozca esa notificación previa que nadie le había pedido.

Admitido el derecho de retracto, queda el problema del valor para ejercitar el derecho. Esta es la objeción más contundente de la nota del Registrador. Debe arbitrase un procedimiento para calcular el precio que permita obtener al vendedor el precio justo. Pienso, sin entrar en la polémica que inicia el Notario en su recurso al distinguir entre valor y precio, que en este caso son términos sinónimos y que el justo precio vendrá determinado por el valor real de las acciones.

El tema era ciertamente espinoso. PEDROL (21) señala que someter al cedente a un precio abusivamente reducido supone, en la práctica, atentar contra la transmisibilidad del título. Dos sistemas pueden establecerse: uno, de fijación discrecional, y el otro, de fijación reglada. En el primero el precio se obtiene mediante el juicio de un árbitro; en el otro, el precio se deduce automáticamente

(20) BROSETA, *ob cit.*, pág 202

(21) PEDROL, *ob cit.*

en base a determinados criterios objetivos. Aquí hay que hacer tres puntualizaciones a la Resolución, que a mi juicio, en primer lugar, comete una injusticia con el Registrador, se equivoca después en el supuesto concreto y, sin embargo, en tercer lugar, acierta al sentar una doctrina espléndida decantándose hacia el sistema discrecional de fijación del precio. Efectivamente, el reparo de la nota del Registrador no está, como señala textualmente la Dirección, en “imponer un precio determinado conforme a criterios que no garantizan que alcance el valor real de las acciones. El reparo del Registrador es que se retraigan las acciones adquiridas en procedimiento judicial por precio distinto del remate. Es aquí, a mi juicio, donde no está acertada la Dirección. Se produciría el caso de que un rematante judicial sería privado del bien rematado después de consignado el precio, que en este caso sí que podría no coincidir con el valor, ya que normalmente el precio del remate será inferior al valor de las acciones, puesto que el artículo 1.449 de la Ley de Enjuiciamiento Civil señala que se admitirán posturas desde las dos terceras partes del avalúo, y no se sabe cuál sería el destino de esa diferencia que produciría un enriquecimiento injusto del rematante. Peor sería si el remate se produjera por precio superior, porque en este caso el rematante se vería desposeído de un bien que habría adquirido por legítimo título, sin saber bien quién le tendrá que completar el precio que habría pagado y depositado en el Juzgado. Hay que tener en cuenta que la valoración se producirá después de aprobado el remate y consignado el precio. Nada importa para lo que estamos afirmando que el nuevo artículo 63 de la Ley de Sociedades Anónimas, al introducir una cláusula mixta de adquisición preferente y consentimiento, suponga una adquisición por precio distinto del de remate, ya que en definitiva es una decisión legal que obligará también al Juez precisamente por el carácter subordinado el Derecho procesal, pero sólo a la Ley sustantiva, y que obligará a alterar las normas sobre el avalúo. De todas formas, creo que subsistirán los problemas de los enriquecimientos sin justicia que hemos apuntado. Además, el problema subsistirá en los supuestos de cláusulas de retracto en las transmisiones *inter vivos* (si se opta por admitir su posibilidad), porque no creemos que el artículo 634 pueda extenderse en forma de interpretación analógica a todos estos supuestos en cuanto supone una limitación de los derechos adquiridos por terceros.

Desde mi punto de vista, la Dirección acierta de lleno en el tercer punto al inclinarse hacia el sistema objetivo de fijación del precio. PEDROL (22) ya señalaba que fijar el precio justo “exige que se tengan en cuenta los recursos ocultos, el rendimiento y el potencial de esperanza de la empresa, es decir, la posibilidad de un crecimiento previsto e inmediato de su potencial y prosperidad”; y ahora la Dirección señala que “sólo permitirán obtener el verdadero valor de las acciones aquellos sistemas de tasación que tengan en cuenta los elementos inmateriales de la empresa como son las expectativas, la clientela y, en general, el denominado fondo de comercio”. De confirmarse esta doctrina, que considero muy ajustada y progresista, el problema va a trasladarse a los distintos sistemas de fijación del valor de las acciones que se utilizaban hasta ahora y que se inscribían sin ningún reparo en la mayoría de los Registros, tales como el último balance aprobado (recordemos que el art. 194.2 establece que el fondo de comercio únicamente podrá figurar en el activo del balance cuando se haya adquirido a título oneroso); la cotización oficial en Bolsa; la capitalización del dividendo medio repartido

(22) PEDROL, *ob. cit*

durante varios ejercicios sociales anteriores a la transmisión; el fijado por la Junta con referencia y al tiempo de aprobar el balance; el fijado por el Consejo con las mismas condiciones; el valor contable de la acción. Todos estos sistemas habrán de revisarse a la luz de esta Resolución. El sistema de tasación para fijar el valor de la acción nos lleva al estudio de una cláusula que ha proliferado recientemente y que por mimetismo con lo dispuesto en el artículo 64 de la Ley de Sociedades Anónimas defiere la fijación del precio a un auditor nombrado por el Registro Mercantil del domicilio social. Dentro de los Registradores Mercantiles se observan dos reacciones: la de los que se inclinan a aceptarla en base, sobre todo, a la ampliación de las funciones del Registro Mercantil, y la de los que la rechazan, a mi juicio con mejores razones jurídicas, en base al criterio que hemos expuesto en demasía de que los Estatutos sólo obligan a los socios. Quizás la cláusula sea admisible si se establece un procedimiento alternativo, o mejor supletorio, para el nombramiento del auditor.

SALVADOR MÍNGUEZ SANZ
Registrador de la Propiedad

SOCIEDADES ANONIMAS.—SOCIO UNICO.—ANOMALIA DE ESTA SITUACION Y POSIBILIDAD DE SU PRORROGA. (RESOLUCIÓN DE 21 DE JUNIO DE 1990.)

Hechos.—I. Mediante escritura pública otorgada el día 2 de noviembre de 1988 ante don Luis Enrique Barberá Soriano, Notario de Calella, don José Massa Massa, como único accionista que manifiesta ser de la Mercantil “Masitur, Sociedad Anónima”, modificó el artículo 23 de los Estatutos Sociales, ampliando las facultades del único administrador.

II. Presentada la anterior escritura en el Registro Mercantil de Barcelona, fue calificada con la siguiente nota: Presentado el documento que antecede el día 16 de noviembre de 1988, retirado con defectos el 30 siguiente y devuelto a esta oficina el día 13 de los corrientes, según consta del asiento de presentación número 2.652 del Diario 476 y las notas al margen del mismo, se deniega la inscripción por los siguientes defectos: 1. No se justifica debidamente que don José Massa Massa sea el titular de todas las acciones de “Masitur, Sociedad Anónima”. 2. No se reúnen los requisitos que exige el artículo 48 de la Ley de 17 de julio de 1951 sobre Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas sobre adopción de acuerdos sociales. 3. No teniendo por objeto la modificación estatutaria contenida en el documento, la superación de la actuación anómala en que se encuentra la Sociedad, no se puede admitir su acceso al Registro Mercantil, conforme a las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 13 y 14 de noviembre de 1985. No procede anotación de suspensión, por ser insubsanables los defectos consignados bajo los números 2 y 3. La presente nota de calificación la extiendo con la conformidad de mis compañeros cotitulares en esta oficina.—Barcelona, 30 de diciembre de 1989.—El Registrador (firma ilegible), *José L. San Román Ferreiro*.

III. El Notario autorizante del documento interpuso recurso de reforma y subsidiariamente gubernativo contra la anterior calificación, y alegó: que la calificación está en una línea totalmente dogmática y conceptual y se aparta del

criterio de interpretación de las normas previsto en el artículo 3 del Código Civil, no se tiene en cuenta la Resolución de 5 de julio de 1954 y se aparta de la doctrina sentada por el Tribunal Supremo a partir de la Sentencia de 20 de abril de 1960, recogida en el considerando cuarto de la Resolución de 4 de octubre de 1982. Que el acto escriturado no se refiere más que a una aclaración, determinación o relación enunciativa de las facultades del administrador, para que éste en el desarrollo de la empresa social tenga menos dificultades o inconvenientes prácticos. Que los defectos segundo y tercero de la nota se contradicen entre sí, pues de ellos parece deducirse que el socio no tiene capacidad para adoptar acuerdos sociales, pero si la tiene cuando éstos se dirigen a “superar la situación anómala”, lo que carece de lógica jurídica; que el espíritu de la nota de calificación se mueve en el terreno de las conjeturas. 1. Primer defecto de la nota de calificación: que el señor Massa, socio único de “Masitur, Sociedad Anónima”, manifestó que era el titular de las cien acciones en que se dividía el total capital social de la citada sociedad en su cifra de cien mil pesetas, exhibiendo la póliza de Corredor Colegiado de Comercio, sin que hubiera nota de cualquier otro fedatario alusiva a una posterior venta de cualquier acción, no constando en los asientos registrales ninguna ampliación posterior de capital. 2. Segundo defecto de la nota de calificación: que es evidente que el socio único no adopta acuerdos, sino que toma decisiones sociales. Que en el caso del accionista único no cabe la Junta general, tal como establece el artículo 48 de la Ley de Sociedades Anónimas; cuestión que está determinada, entre otras, en las Resoluciones de 20 de julio de 1957, 20 de junio de 1963, 3 de octubre de 1972 y la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril de 1960, y en la escritura autorizada se ha respetado la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Que el socio único puede adoptar las decisiones necesarias para superar la situación en que se encuentra la sociedad, según el defecto tercero de la nota, en línea con la Resolución de 20 de noviembre de 1985 y porque lo ordena el artículo 50 de la Ley de Sociedades Anónimas. 3. Tercer defecto de la nota de calificación: que es el único defecto que tiene entidad jurídica. Que la doctrina de las Resoluciones de 13 y 14 de noviembre de 1985 merece una fuerte crítica y carece de justificación su aplicación al caso concreto debatido, máxime cuando el acto escriturado se refiere al desarrollo de la empresa social, por lo que la escritura debe inscribirse conforme a las prescripciones de la Resolución de 7 de julio de 1980. Que en este tema parecen que circulan por estadios diferentes el derecho constituido, la jurisprudencia y la práctica cotidiana, ya que cada vez existen más Sociedades con un solo socio.

IV. El Registrador dictó acuerdo manteniendo la calificación en todos sus extremos, e informó: Que del artículo 59 de la Ley de Sociedades Anónimas se infiere que sólo la posesión de los títulos legitimará el Señor Massa como único accionista, que no ha sido justificada, sin que se pueda sustituir la posesión de los títulos por póliza intervenida por Corredor Colegiado que justifica la adquisición de los efectos el 11 de febrero de 1987 pero no la ausencia de una transmisión posterior, por cuanto la falta de nota de cualquier otro fedatario alusiva a una venta posterior no la invalidaría si efectivamente se hubiera efectuado. Que de los artículos 48, primer párrafo, y 84 de la Ley de Sociedades Anónimas se deduce que el otorgante debería haberse constituido en Junta general y no actuar en nombre de la Sociedad, por cuanto, como accionista, carece de facultades representativas; además de que es competencia exclusiva del órgano social soberano la modificación de las normas que organizan y desenvuelven el régimen jurídico interior y exterior de la Sociedad. Que si bien la Sentencia del Tribunal

Supremo de 19 de abril de 1960 y las Resoluciones de 20 de julio de 1957, 20 de junio de 1963 y 3 de octubre de 1972 no admitieron la Junta de un solo socio, de ello no puede derivarse la imposibilidad de la Junta general en el supuesto calificado, en la medida que los supuestos de hecho de las citadas disposiciones jurisprudenciales eran distintos del presente y, además, la Dirección General de los Registros y del Notariado cambió su criterio por la Resolución de 18 de junio de 1979, en su considerando sexto. Que la no admisión de las Juntas generales en las sociedades que devienen unipersonales llevaría a conclusiones rechazadas por toda la doctrina, jurisprudencia y exposición de motivos de la Ley de Sociedades Anónimas, como sería su disolución automática. Que en cuanto al último defecto señalado en la nota, la Resolución de 7 de junio de 1980 no puede servir de cobertura para la inscripción del documento calificado, como pretende el Notario recurrente, al no referirse ésta a ningún acto realizado por una Sociedad unipersonal. Que se ha seguido el criterio establecido por la Dirección General de los Registros y del Notariado en sus Resoluciones de 13 y 14 de noviembre de 1985, impidiendo la entrada en el Registro a un acto que pretende perpetuar la situación preexistente mediante la ampliación de las facultades del administrador, por las que éste, en representación de la Sociedad, además de poder afianzar una obligación ajena renunciando al beneficio de excusión, obligándose solidariamente con el deudor, pueda constituir otras sociedades. Si se considera que la atribución de estas facultades al Administrador son inscribibles, será porque se reconoce a la sociedad unipersonal capacidad, entre otras cosas, para constituir otras sociedades y, por tanto, debería admitirse la constitución de una Sociedad de Responsabilidad Limitada entre el socio único como persona física y la propia sociedad unipersonal, desvirtuándose así fraudulentamente todo el sistema de la limitación de la responsabilidad que las Sociedades Anónimas y Limitadas llevan consigo. El hecho de que la modificación estatutaria se realice en la actual situación pone de manifiesto que no existe intención de superar la situación anómala en que se encuentra la sociedad desde el 11 de febrero de 1987.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 38 CE; 35 y 1.911 CC; 1, 10, 48, 62, 64 y 150 LSA; 30 LSRL; 103 LG Coop.; 127, 129 y 148 CCo; Sentencias de 19 de abril de 1960, 27 de noviembre de 1985 y 28 de febrero de 1989; Resoluciones de 20 de julio de 1957, 20 de junio de 1963, 3 de octubre de 1972, 8 de junio de 1979, 7 de julio de 1980, 13 y 14 de noviembre de 1985 y 16 de marzo de 1990.

Primer. En el tercer punto de la nota de calificación recurrida, que, por ser el fundamental y condicionar la suerte de los demás, se examina en primer lugar, se invoca la inadmisibilidad de la sociedad unipersonal para rechazar la inscripción de una modificación estatutaria tendente a ampliar las facultades del administrador único (*rectius*: del objeto social [V. RDGRN 16 de marzo de 1990]). A la vista de las consideraciones que más adelante se realizan y de las directrices que presiden la evolución actual de la materia, no puede atenderse el defecto aducido por el Registrador y, en consecuencia, procede revisar la doctrina anterior de este Centro Directivo, en especial la contenida en las Resoluciones de 13 y 14 de noviembre de 1985, expresamente invocadas por el propio Registrador, a tenor de las cuales la exigencia de la pluralidad de socios inherente a la naturaleza de la sociedad, la falta de justificación de una personalidad jurídica distinta de la de sus miembros cuando existe un solo socio y la inadmisibilidad, por imperativo del artículo 1.911 CC, del reconocimiento extralegal de patrimonios separados y de la consiguiente limitación de responsabilidad de la persona individual determinan el cierre del Registro a aquellos acuerdos sociales que, como el que ahora nos ocupa, son adoptados por el socio único sin hallarse encamina-

dos a reconstruir la anormalidad social (la pluralidad subjetiva), sino más bien a perpetuar la situación preexistente (la unipersonalidad).

Segundo. La primera consideración que debe hacerse conduce a desvirtuar el argumento que afirma la incompatibilidad entre el concepto de sociedad y la situación de unipersonalidad. El argumento, en apariencia tan poderoso, se funda en una generalización injustificada. Bajo el concepto de sociedad se albergan realidades normativas muy distintas. El hecho de que algunas de ellas no puedan subsistir en situaciones de unipersonalidad no significa que las demás deban comportarse del mismo modo. Dicho de otra manera: si bajo el concepto de "sociedad" tenemos presente el modelo de las sociedades personalistas el argumento se revela ciertamente implacable. En estos tipos sociales, el contrato de sociedad —que es un contrato básicamente obligatorio— despliega su eficacia produciendo derechos y obligaciones entre los socios, de modo que la propia sociedad se asienta sobre ese entramado de relaciones obligatorias que, por definición, sólo es posible entre dos o más socios (*actio pro socio*). La sociedad en estos casos queda vinculada a las vicisitudes de su sustrato personal. De ahí que pueda afirmarse que su personalidad jurídica —realmente imperfecta— se articule sobre el principio de pluralidad. El argumento que analizamos no puede extenderse, sin embargo, a las sociedades de capitales. En éstas, el contrato [que incluso puede faltar y verse sustituido por un acto unilateral de una persona jurídica pública (arg. ex art. 10 II LSA)] tiene un carácter netamente organizativo. El contrato, en efecto, no tiene por objeto producir relaciones directas entre los socios, sino que, por el contrario, se halla dirigido a constituir una organización objetiva y a establecer sus reglas de funcionamiento. Buena prueba de ello es que en esta clase de sociedades las relaciones no se entablan entre los socios, sino entre el socio y la sociedad. Se explica así que la personalidad jurídica de la sociedad —plena y completa— aparezca independizada de sus miembros y se asiente sobre el principio de unidad. El ente creado se separa de quienes le dieron vida y permanece inmune a sus vicisitudes. Un buen exponente de esta construcción legislativa nos lo ofrece la objetivación de la condición de socio que se lleva a cabo mediante la acción. La acción, indivisible, acumulable, transmisible, permite objetivar la relación de participación en la sociedad anónima respecto de la persona de su titular. Una persona —podría decirse— es tantas veces socio como acciones posea. Cada puesto de socio subsiste como tal y no se ve alterado porque se acumulen varios. De ello cabe deducir que la reunión en la misma mano de todas las acciones, en la medida en que no afecta a la existencia de múltiples participaciones independientes o puestos de socio no determina la invalidez conceptual de la sociedad unipersonal. La sociedad unipersonal constituirá así, probablemente, una *contradictio in terminis*, pero no una *contradictio in substantia*.

Desde el punto de vista jurídico-positivo, este razonamiento se asienta sobre un silencio muy elocuente de la Ley: concretamente, sobre la omisión, entre las causas de disolución (cuyo listado ha de entenderse *numerus clausus*), de la reunión de todas las acciones en una sola mano (arts. 150 LSA y 30 LSRL). Es esta una circunstancia que no puede explicarse más que por las razones anteriormente aducidas. Mientras que en las sociedades de personas la reducción de la pluralidad subjetiva determina necesariamente el fin de la sociedad, en las sociedades de capitales, la organización a que da lugar el contrato social se halla tan fuertemente objetivada e independizada que puede subsistir aunque desaparezca la pluralidad de sus miembros. En ese caso, no subsiste ciertamente una sociedad entendida, en el sentido originario del término, como asociaciones

de personas, pero lo que no puede discutirse es que permanece la situación objetiva de las participaciones (acciones) y la personalidad jurídica propia de la sociedad anónima o, en su caso, de la sociedad de responsabilidad limitada. Esta conclusión se corrobora, *a contrario sensu*, por el artículo 103.6.º, de la Ley General de Cooperativas, el cual, en función de la estructura del tipo (v. arts. 29 ss.), establece expresamente como causa de disolución la reducción de la pluralidad de socios por debajo del mínimo legal fijado en el artículo 5.

Tercero. El segundo argumento de la doctrina que pretende revocarse apela a la incompatibilidad entre la sociedad unipersonal y la esencia de la personalidad jurídica. En buena parte, este argumento ya ha quedado contestado en el apartado anterior. No obstante, parecen precisas algunas indicaciones complementarias. En el fondo, el argumento parece presuponer que la personalidad jurídica de las sociedades de capitales se funda necesariamente sobre su estructura corporativa, de manera que al faltar la pluralidad de socios que dicha estructura inicialmente requiere carecería de justificación la atribución de personalidad, debiendo decretarse el fin de la persona jurídica. Se trata, sin embargo, de una presuposición inexacta, tributaria, en buena medida, de las concepciones “realistas” de la persona jurídica, hoy en franca decadencia. El sustrato de la persona jurídica corporativa no es la realidad asociativa en sentido sociológico a que apelan las tesis realistas, sino la unidad artificial de imputación “válidamente constituida” (cfr. art. 35, 1.º II CC), que invocan las tesis ficcionistas e instrumentalistas. Así lo pone de manifiesto la propia regulación legal de la sociedad de responsabilidad limitada, que constituye un tipo social que, dado su carácter marcadamente personalista, adolece de un grave déficit de realidad corporativa en sentido sociológico. La bondad de este planteamiento la confirma, por lo demás, esta inveterada tradición doctrinal que arranca del célebre y significativo paso del Digesto que afirma la subsistencia de la *universitas* aun cuando sus miembros hubiesen quedado reducidos a la unidad [*Sed si universitas ad unum redit, magis admititur posse eum convenire et conveniri, cum ius omnium in unum reciderit et stet nomen universitatis* (Dig. 3, 4, 7, 2)]. La pluralidad —e incluso más: la pluralidad cualificada (cfr. art. 10.I LSA)— de socios constituye una condición de erección de la persona jurídica corporativa, pero no es una condición de subsistencia del ente, que, una vez creado, por su vocación de permanencia y la trascendencia supraindividual de sus fines (la explotación de una empresa que aspira a conservarse), queda independizado de sus miembros.

Desde el punto de vista positivo, estas consideraciones se avalan por el hecho, ya indicado, de que la Ley no declara la disolución de la sociedad devenida unipersonal ni le concede un lapso de tiempo —según han hecho otras leyes— para que reconstruya su infraestructura corporativa. La personalidad jurídica, como técnica instrumental para autonomizar patrimonios y aislar esferas de imputación, no se pone en entredicho por la *reductio ad unum*. Naturalmente, para ello es preciso que la organización objetivada se manifieste en el tráfico como tal y se conduzca con arreglo a sus reglas de funcionamiento. Si esto no se hace así —si el socio único (pero lo mismo vale para el socio plural) abusa de la institución— habrá que desestimar la personalidad jurídica y resolver en función de la realidad sustancial de las relaciones jurídicas. Es esta, sin embargo, una tarea que corresponde realizar a los Tribunales.

Cuarto. Estrechamente relacionado con el anterior aparece el tercer argumento de la doctrina tradicional, que se funda en la incompatibilidad entre la sociedad unipersonal y el principio general de responsabilidad universal que consagra el artículo 1.911 CC. El razonamiento adolece, en esta ocasión, de un

vicio de especialización. La contradicción no se produce entre la sociedad unipersonal y el artículo 1.911 CC; sino entre la sociedad anónima como tal y el artículo 1.911 CC (o el art. 127 CCo, que es su correlativo en el derecho de sociedades). Pero esa contradicción o, mejor dicho, derogación del artículo 1.911 CC en el ámbito de las sociedades de capital, en la medida en que se halla establecida por la Ley, es irrelevante. Cosa distinta es que se afirme que la limitación de responsabilidad consignada en el artículo 1 LSA carezca de fundamento en la sociedad unipersonal y que, en consecuencia, se reclame una reducción teleológica del precepto que excluya de su ámbito de aplicación al socio único. Trasladada la discusión a este plano, la respuesta ha de ser igualmente negativa; y ello por la sencilla razón de que, al menos en nuestro ordenamiento, la limitación de responsabilidad de las sociedades de capital no se funda en la estructura corporativa del ente, en la pluralidad de los miembros que la integran, sino que se justifica por la creación o dotación —poco importa si a cargo de uno o de muchos socios— de un fondo de responsabilidad adecuado. Y es razonable que así sea. A los terceros —y no puede olvidarse que el problema de la responsabilidad es un problema de terceros— les resulta de todo punto indiferente que una sociedad se halle formada por uno o más socios: lo que les interesa es que su capital se dote y publique adecuadamente y que se preserve, mediante una estricta observancia de las normas de defensa del capital, para hacer frente a las responsabilidades que la sociedad vaya contrayendo frente a ellos. La magia de los números es inconsistente con la lógica del derecho. Es claro, pues, que en la hipótesis de la sociedad unipersonal no se deroga el artículo 1.911 CC al margen de la Ley; es la propia Ley de Sociedades Anónimas o Limitadas quien lo deroga al establecer que, bajo ciertas condiciones y sometidos a ciertas reglas, pueden crearse patrimonios separados. Desde el punto de vista positivo, la confirmación de este razonamiento se halla en la ausencia de una norma que —como sucede en otros ordenamientos próximos al nuestro— imponga al socio único la sanción de la responsabilidad ilimitada; ausencia ésta que, al margen de las consideraciones anteriormente vertidas, resulta plenamente sensata. En efecto, si el Derecho constituye un orden de valoraciones presidido por la lógica de lo razonable y no por una lógica maquinal, no hay razón alguna para que un movimiento infinitesimal (la adquisición, por parte de un socio de la acción que le falta para disponer de todo el capital) genere un cambio infinito en sus relaciones de responsabilidad.

Quinto. Vinculado al anterior se presenta también el argumento que apela la incompatibilidad de la responsabilidad limitada de la sociedad unipersonal con el principio de correlación entre poder y responsabilidad. A este argumento, que trataría de fundarse en la presunta vinculación que establece el derecho de sociedades entre poderes administrativos de los socios y responsabilidad ilimitada (el argumento se basaría en una lectura conjunta de los artículos 129 y 127 CCo y se corroboraría por el artículo 148 IV CCo, que prohíbe administrar al socio comanditario), hay que oponer que el mismo reconocimiento legislativo de sociedades personalistas de responsabilidad limitada —la “Sociedad de Responsabilidad Limitada”— constituye una opción indiscutible del legislador por desvincular el privilegio de la limitación de responsabilidad del carácter gestor de los miembros que integran la sociedad.

No desconoce este Centro Directivo que al razonamiento examinado ha tratado de dársele relieve constitucional. La constitución económica de un ordenamiento que ha optado por el modelo de mercado (art. 38 CE) no puede quebrantar, viene a decirse, el principio de correlación poder/responsabilidad que es

consustancial al sistema de libre competencia y que, en última instancia, justifica el poder del empresario de organizar los factores de producción y su beneficio en el riesgo que asume de tener que pechar con las pérdidas de la explotación. Formulado de esta manera, el argumento, que no carece de cierta lógica, tampoco se revela decisivo, pues el socio único no está exento de responsabilidad. El socio único responde con el patrimonio social, que, naturalmente, ha de ser adecuado al nivel de riesgo de la empresa que trate de desarrollar. Del precepto constitucional se deduce que el que tiene el poder y obtiene el beneficio ha de responder. Lo que no se deduce es el *quantum* de esa responsabilidad; y menos aún que haya de ser ilimitada.

Sexto. Pero las mejores razones para admitir la sociedad unipersonal no se hallan en el Derecho positivo, que ciertamente guarda silencio sobre la figura, sino en imperativos de la razón práctica. No puede desconocerse que la admisión de la sociedad unipersonal responde, en efecto, a necesidades muy dignas de ser tenidas en cuenta. Por un lado, se encuentran las exigencias del propio funcionamiento del sistema económico. Desde esta perspectiva, la sociedad unipersonal permite al pequeño empresario concurrir al mercado en igualdad de condiciones, sin que ello resulte perjudicial —o, por lo menos, especialmente perjudicial en relación a las sociedades anónimas pluripersonales— para terceros. Por otra parte, la sociedad unipersonal subviene a importantes necesidades organizativas de la empresa. Abre la posibilidad del organicismo de terceros (art. 71 II LSA); facilita la conservación de la empresa más allá de la vida del socio único y simplifica el proceso hereditario; permite autonomizar jurídicamente unidades empresariales, facilitando así su transmisión; ofrece la posibilidad de reorganizar las empresas en el seno de los grupos de sociedades; etc. Y hay, en fin, exigencias del propio tráfico jurídico que reclaman el reconocimiento de la figura. En este sentido ha de tenerse en cuenta que la prohibición de la sociedad unipersonal generaría una gran incertidumbre en el tráfico, puesto que el carácter unipersonal de la sociedad carece de publicidad y los terceros podrían verse en dificultades para saber a quien exigir el cumplimiento o la satisfacción de sus derechos. La negación de personalidad jurídica a la sociedad unipersonal significaría, además, abrir el patrimonio social al ataque de los acreedores personales del socio con daño para los acreedores de la empresa.

Dado que la Ley no efectúa un pronunciamiento expreso de inadmisibilidad y que no se advierte la incompatibilidad de la sociedad unipersonal con los principios de organización del derecho de sociedades de capital, estas razones adquieren un peso decisivo en la construcción y desarrollo del derecho *praeter legem*.

Por lo demás, negar reconocimiento —o lo que es lo mismo, un tratamiento jurídico igual al dispensado a otra sociedad— a la sociedad unipersonal sería un empeño inútil, puesto que los rodeos para salvar la situación están al alcance de la mano de cualquiera, sin que prácticamente puedan ser combatidos con el recurso al fraude de Ley. Basta vender una acción o una cuota de copropiedad sobre una acción para deshacer formalmente una situación que materialmente no muda un ápice. Por todo ello, ya desde antiguo, la jurisprudencia de los ordenamientos europeos que partían de bases normativas similares a las nuestras, ha acabado por admitir la figura. La bondad de esta solución ha quedado confirmada en tiempos recientes cuando los legisladores de esos países han decidido trasladarla a los textos positivos. El último eslabón de este proceso, ya imparable, nos lo ofrece la 12 Directiva CEE.

Séptimo. Establecido lo anterior, y en relación con el segundo de los defectos

puestos de manifiesto por la nota de calificación impugnada, ha de precisarse que la reunión de todas las acciones o participaciones en una sola mano no dispensa de la observancia de las reglas de funcionamiento de la sociedad, no sólo de las que primordialmente atañen a intereses de terceros (publicidad, contabilidad, aportaciones, autocartera, distribución de dividendos, etc.), sino también de las que disciplina la organización interna, razón por la cual la sociedad unipersonal ha de contar con órganos legales y observar los preceptos procedimentales y formales relativos a la toma de decisiones (a salvo, naturalmente, de los que revisten carácter dispositivo, como son, por ejemplo, los relativos a la convocatoria en la junta universal). Es claro, en consecuencia, que el socio único puede —y, en su caso, debe (art. 50 LSA)— reunirse en Junta y adoptar acuerdos, cumpliendo naturalmente con las formalidades (lista de asistentes; actas; escritura de acuerdos; publicidad registral, etc.) establecidas por la Ley. Llevar por ello razón el Registrador cuando señala que el socio único, para modificar estatutos, debe constituirse en Junta General, sin que pueda hacerlo directamente, actuando como tal socio único en nombre de la sociedad. Contra ello no puede oponerse la imposibilidad de la Junta unipersonal. Si la sociedad es unipersonal, por fuerza lo será su Junta, que, como señala el artículo 51 LSA, “quedará válidamente constituida...” “... cualquiera que sea el número de los (...) concurrentes si representan, por lo menos, la mitad del capital desembolsado”. Ciertamente, en el caso objeto del presente recurso, el socio único no se ha constituido formalmente en Junta general. No obstante, su comparecencia ante Notario puede considerarse como una Junta general, de la que el Notario levanta acta. De la misma forma que instrumentos notariales que reflejaban los acuerdos de Juntas universales celebradas en la Notaría tras la constitución de la sociedad recogía válidamente los acuerdos adoptados, no debe negarse valor de acta de una Junta general a las manifestaciones realizadas por el socio único —que necesariamente también sería Presidente y Secretario de la asamblea— y consignadas en la escritura que documenta los acuerdos sociales. Por ello, el defecto acusado, de matiz puramente nominalista, debe perecer, siendo evidente la voluntad del socio único de ejercitar la potestad que al universo de accionistas confiere la Ley para decidir por unanimidad cualquier asunto. No obstante, los Notarios deben procurar dar al acto una configuración más precisa, y consignar expresamente el carácter de Junta de la actuación del socio único que se desarrolla en su presencia y advertirle de esta circunstancia al objeto de que dicho acuerdo se traslade a los libros de actas de la sociedad.

Octavo. Respecto del primero de los extremos de la nota de calificación recurrida, a través del cual se denuncia que no queda debidamente acreditado por el compareciente su condición de socio único, hay que tener en cuenta que, en principio, ninguna norma sustantiva confía al Notario el control directo de la legitimación y de los demás requisitos que son precisos para la válida constitución de la Junta. El Notario ha de conformarse con lo que certifica el Secretario, respecto del cual el ordenamiento ni siquiera exige que se halle inscrito en el Registro Mercantil. Esta deficiente situación, que el derecho nuevo ha tratado de remediar estableciendo algunas cautelas, determina que cuando la Junta se celebra directamente ante Notario, tampoco éste se halla obligado a controlar la legitimación de los asistentes. Le basta con consignar en la escritura que el Presidente manifiesta que está reunido todo el capital. Desde esta perspectiva, cabría sostener que la simple manifestación del socio único, que entre otras muchas condiciones reúne la del Presidente y Secretario y, en el supuesto examinado, también la del administrador es suficiente. Formalmente, por tanto, la

objección del Registrador no se halla suficientemente fundada. Debe señalarse, no obstante, en el caso especial del socio único (aunque la observación vale también para las sociedades con pocos socios y escasamente articuladas) parece que un elemental sentido de la prudencia aconseja que el Notario adopte algunas cautelas al objeto de cerciorarse de la verosimilitud de la legitimación; y desde este punto de vista (y, en general, desde la preocupación que subyace al artículo 74 RN y concordantes), parecen suficientes las medidas de precaución tomadas por el Notario, que tuvo a la vista la escritura por la que el socio único resultaba nombrado administrador de la sociedad, la póliza del Corredor de Comercio acreditativa de la adquisición de todas las acciones, sin nota de otro fedatario alusiva a una posterior venta de alguna de esas acciones y certificación de los asientos del registro que ponía de manifiesto que no se había producido ninguna ampliación del capital posterior. El defecto puesto por el Registrador (que, en definitiva, reprocha al Notario no haber exigido la exhibición de los títulos de las acciones, resulta, en este contexto, excesivo, máxime tratándose de sociedades de escasa envergadura en las que —según enseña la práctica— no acostumbran a emitirse los títulos.

Noveno. Finalmente, en cuanto a la afirmación que se hace en la nota de que la calificación se realiza con la conformidad de los demás titulares del Registro Mercantil, debe destacarse su improcedencia, pues de conformidad con el artículo 4 de la Orden de 26 de noviembre de 1986, por la que se dictan normas para la ejecución del Real Decreto 671/1986, de 21 de marzo, sobre nueva demarcación de determinados Registros Mercantiles, corresponde a cada Registrador calificar, bajo su responsabilidad exclusiva, los documentos que le correspondan, y conocer, también en exclusiva, de todas las incidencias que se produzcan hasta la total terminación del procedimiento registral.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso interpuesto, revocando el acuerdo y nota del Registrador.

Lo que, con devolución del expediente original, comunico a V. S. para su conocimiento y demás efectos.

Madrid, 21 de junio de 1990.—El Director general, *José Cándido Paz-Ares Rodríguez*.

Sr. Registrador Mercantil de Barcelona.

(BOE de 14 de agosto.)

COMENTARIO A LA RESOLUCION DE 21 DE JUNIO DE 1990

La Resolución cuyo comentario abordamos ha causado gran sorpresa por cuanto lo primero que salta a la vista, tras su lectura, es la descalificación que hace de la doctrina sentada por la misma Dirección, en las Resoluciones de 20-VII-57, 20-VI-63, 3-X-72 y especialmente de las de 13 y 14-XI-85, todas en igual línea, concordantes además con la jurisprudencia del Tribunal Supremo según Sentencia de 19-IV-60.

Muy fuerte ha debido ser la convicción del Centro Directivo para hacer tabla rasa de una doctrina, como vemos reiterada, y así en su Fundamento de Derecho primero ya nos dice que "procede revisar la doctrina anterior de este Centro

Directivo, en especial la contenida en las Resoluciones de 13 y 14 de noviembre de 1985, expresamente invocadas por el propio Registrador a tenor de las cuales la exigencia de la pluralidad de socios inherente a la naturaleza de la sociedad, la falta de justificación de una personalidad jurídica distinta de la de sus miembros cuando existe un solo socio y la inadmisibilidad, por imperativo del artículo 1.911 del Código Civil, del reconocimiento extralegal de patrimonios separados y de la consiguiente limitación de responsabilidad de la persona individual, determinan el cierre del Registro a aquellos acuerdos sociales que, como el que ahora nos ocupa, son adoptados por el socio único sin hallarse encaminado a reconstruir la normalidad social (la pluralidad subjetiva) sino más bien a perpetuar la situación preexistente (la impersonalidad)”.

Pues bien siguiendo aquello de que “rectificar es de sabios” la Dirección rectifica su posición y doctrina anterior y solo nos falta ahora comprobar si dicha rectificación ha sido efectivamente sabia. Siguiendo el expositivo de la propia Resolución abordaremos primeramente el comentario del defecto tercero de la nota de calificación, y en él vemos que para nada niega el Registrador la posibilidad de sociedad con socio único ya que lo que expresa es que “el acto realizado no tiene por objeto la superación de la actuación anómala en que se encuentra la sociedad por existir un solo socio conforme a las Resoluciones de 13 y 14-XI-1985”. Ello es evidente, la decisión adoptada no tiende a salir de la situación de socio único por lo que, de acuerdo con las Resoluciones citadas, no debe tener acceso al Registro, lo cual no impide que la sociedad pueda seguir actuando en tal situación mientras no tenga que realizar Juntas generales como claramente expresaba la jurisprudencia anteriormente citada. La sociedad subsiste y actúa si bien solo en cuanto a sus órganos de gestión y representación, sin embargo el que no puede actuar es el órgano deliberante por el hecho de que Junta supone reunión y mal puede uno reunirse consigo mismo, y porque de la propia Ley resulta, tal como reconoce la jurisprudencia citada, que la Junta supone la contraposición de mayoría y minoría que no puede darse en la situación de socio único. El Registrador en su calificación se acomodó estrictamente a la doctrina del Supremo y de la Dirección General, para negar la inscripción, pero en ningún momento niega la posibilidad de la sociedad unipersonal, antes al contrario la reconoce expresamente (incluso la posibilidad de Junta) como claramente resulta del Hecho IV cuando dice “que si bien la Sentencia del Tribunal Supremo del 19-IV-60 y las Resoluciones de 20-VII-57, 20-VI-63 y 3-X-72, no admitieron la Junta de un solo socio, de ello no puede derivarse la imposibilidad de la Junta general en el *supuesto calificado* en la medida en que los supuestos de hecho de las citadas disposiciones jurisprudenciales eran distintos del presente..”

Simple consecuencia de esta postura favorable a la admisión de Juntas con socio único es el defecto tercero cuando indica que “no teniendo por objeto la modificación estatutaria contenida en el documento la superación de la situación anómala en que se encuentra la sociedad no se puede permitir su acceso al Registro Mercantil conforme a las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 13 y 14 de noviembre de 1985”.

En resumen la postura del Registrador es totalmente coherente con la jurisprudencia existente hasta el momento de la calificación. La situación de sociedad con socio único es perfectamente posible y así lo reconoció ya la exposición de motivos de la LSA del 51 al no considerar como causa de disolución el hecho de reunirse todas las acciones en una sola mano, aunque considerase tal situación como de naturaleza transitoria, y la habían reconocido igualmente las Resolu-

ciones anteriormente citadas, y especialmente la de 7 del julio de 1980, en la que al adquirir un socio las participaciones sociales del otro socio, y negada la inscripción de tal acto, la propia Dirección General declaró la inscribibilidad de tal adquisición si bien manifestando a su vez que cuando con posterioridad la sociedad realizase alguna actuación es cuando había de comprobar, y en su caso denegar, la inscripción de tal acto, si la situación de anormalidad no había cesado.

En resumen que en el defecto comentado no se discutía la posible existencia de la sociedad con socio único, supuesto frecuente especialmente en sociedades de padre e hijo pues el simple fallecimiento del primero conlleva casi siempre la adjudicación al segundo de las participaciones de aquel, sino que lo discutido era la posibilidad de Juntas generales de tal tipo de sociedades y esto era lo negado por la jurisprudencia citada. La sociedad tiene existencia, funciona en orden a la administración y representación pero no puede celebrar Juntas generales. Pero aun éstas son posibles en determinados casos y a ellos se referían las Resoluciones de 13 y 14 de noviembre de 1985, acertadamente citadas por el Registrador en su nota, o sea aquellas Juntas que precisamente tienen por objeto salir de la situación anómala que supone la sociedad de socio único. Por ejemplo, Junta que acuerda la disolución de la sociedad o su fusión o absorción con otra. En ambos casos la situación de anormalidad desaparece y no se puede pretender el que subsista indefinidamente una situación contraria a la propia naturaleza del ente social que, por definición (art. 1.665 del CC y 116 del CCo) exige la concurrencia de *dos o más personas*. (Sobre esta materia relativa a las Juntas de único socio, véase nuestro trabajo en el *Boletín del Colegio Nacional de Registradores*, de diciembre de 1982.)

Vemos pues que en la Resolución se confunden estas dos cuestiones pues se achaca al Registrador la no admisión de la sociedad de único socio cuando éste claramente las admite, e igualmente admite la posibilidad de Juntas generales en determinados casos si bien no era el de la escritura presentada uno de los posibles.

Pues bien frente a este claro planteamiento (admisión de la sociedad de socio único con carácter transitorio e imposibilidad de Juntas generales salvo las que tengan por objeto salir de tan anómala situación) la Dirección centra su argumentación (inútil por no ser discutida) en la posibilidad de la sociedad con único socio y así ya en el Fundamento de Derecho primero dice "En el tercer punto de la nota calificadora recurrida se invoca la *inadmisibilidad de la sociedad unipersonal* para rechazar la inscripción de una modificación estatutaria..." y, como hemos visto, no es ese el defecto señalado por el Registrador que para nada alude a tal situación, otra cosa sería si el defecto hubiese sido "no poder actuar la sociedad por ostentar todas las acciones una sola persona", mas tal como aparece redactada, lo único que expresa el calificador (recogiendo las expresiones de las Resoluciones de 13 y 14 de noviembre del 85 que invoca expresamente), es que la modificación estatutaria (y por tanto la Junta que la acuerda) no tiene por objeto la superación de la situación anómala en que se encuentra la sociedad, o lo que es lo mismo si la Junta hubiese tenido por objeto deshacer tal situación anómala habría sido perfectamente admitida.

Pero es que además si examinamos la nota de calificación vemos que ésta fue formulada con exquisito cuidado, y así los defectos aparecen escalonados previendo la posibilidad de que alguno fuese rechazado, y por el primero se alega el no justificarse la titularidad de todas las acciones, con lo que de aceptarse éste no se habría podido entrar en los restantes. En el segundo, que sería subsidiario,

se alega que no se cumplen los requisitos del artículo 48 o sea los necesarios para la Junta general, cuestión que ni el Notario niega sino que admite expresamente pues el Hecho III ya expresa “que es evidente que el socio único *no adopta acuerdos* sino que toma decisiones sociales”, y en el tercero, a su vez subsidiario del anterior, por si se admite la validez de tal Junta (inexistente pues en ninguna parte de la escritura se hace referencia a ella), se señala que tal Junta no tiene por objeto el salir de la situación anómala en que se encuentra la sociedad como exigieron las Resoluciones de 13 y 14 de noviembre citadas.

Pero veamos ahora la argumentación del Centro directivo para revocar una nota de calificación y el subsiguiente acuerdo totalmente ajustado a la doctrina del Tribunal Supremo y a las Resoluciones precedentes de la propia Dirección General.

El primer argumento recogido en el Fundamento de Derecho segundo, trata de desvirtuar la incompatibilidad entre el concepto de sociedad y la situación de unipersonalidad y para ello distingue entre dos tipos de sociedades a saber: las personalistas en las que, según la propia Dirección General reconoce, “el argumento se revela ciertamente implacable” por cuanto en este tipo de sociedades el contrato de sociedad —que es un contrato básicamente obligatorio— despliega su eficacia produciendo derechos y obligaciones entre los socios, de modo que la propia sociedad se asienta sobre ese entramado de relaciones obligatorias que, por definición, solo es posible entre dos o más socios, y las capitalistas en las que el contrato [que incluso puede faltar y verse sustituido por un acto unilateral de una persona jurídica pública (arg. *ex art.* 10 II LSA)] tiene un carácter netamente organizativo y no tiene por objeto producir relaciones directas entre los socios, sino que, por el contrario, se halla dirigido a constituir una organización objetiva y a establecer sus reglas de funcionamiento.

Consecuencia de ello, sigue diciendo la Resolución, es que las relaciones no se entablan entre los socios sino entre el socio y la sociedad. Se explica así que la personalidad jurídica de la sociedad —plena y completa— aparezca independizada de sus miembros y se asiente sobre el principio de unidad. Un buen exponente de ello es la objetivación de socio que se lleva a cabo mediante la acción y así una persona es tantas veces socio como acciones posea. Cada puesto de socio subsiste como tal y no se ve alterado porque se acumulen varios, de lo que cabe deducir que la reunión de todas las acciones en una sola mano en la medida en que no afecta a la existencia de múltiples participaciones independientes o puestos de socio no determina la invalidez conceptual de la sociedad unipersonal.

Hasta aquí la argumentación del Centro Directivo, en el aspecto que podríamos considerar doctrinal, pues respecto al derecho positivo se desarrolla en el párrafo segundo del mismo Fundamento de Derecho II, que posteriormente examinaremos.

La verdad es que tal argumentación doctrinal, que a veces trata de apoyarse en preceptos de derecho positivo, no ha llegado a convencernos por las razones que exponemos a continuación:

1.^a Porque el Código de Comercio al definir el contrato de compañía en su artículo 116 nos dice que es aquel por el cual “*dos o más personas* se obligan a poner en común...” y no distingue en modo alguno entre sociedades personalistas y capitalistas regulando a continuación, en secciones consecutivas del mismo título, tanto a unas como a otras, y específicamente en la sección cuarta las sociedades anónimas, lo que claramente implica que una cosa es el concepto de

sociedad y otra la forma que ésta adopte. El concepto es único y la forma múltiple. De ahí que la distinción entre personalistas y capitalistas que a tal efecto hace la Resolución nos parezca desacertada. La distinción es doctrinal no legal.

2.^a La afirmación de que en las primeras se dan relaciones entre socios, y que en las segundas estas relaciones no se establecen entre los socios sino con la sociedad ya que sólo se dirige a constituir una organización objetiva creando una personalidad jurídica plena y completa independizada de sus miembros, tampoco la consideramos admisible por cuanto en tal tipo de sociedades también existen relaciones obligatorias entre los socios, y unas y otras adquieren personalidad, baste recordar todas las obligaciones que se imponen en las cláusulas restrictivas a la libre transmisibilidad de las acciones, como las de comunicar el propósito de vender a los restantes socios, el derecho de éstos a la adquisición preferente, la regulación del precio, el posible retracto por falta de notificación, etc. En ninguna de ellas interviene para nada la relación socio-sociedad, son relaciones típicamente entre socios. Y tampoco se concibe sin esta relación obligatoria entre los socios la responsabilidad solidaria a que se refiere el artículo 18 de la LSA vigente y del apartado 4 del artículo 15, o la del apartado 2 del artículo 17. Tampoco la afirmación de que en las sociedades personalistas el argumento se muestra implacable se puede admitir sin distinciones, por cuanto también en las sociedades personalistas puede darse la situación de socio único con carácter transitorio y así en una colectiva de dos socios el fallecimiento de uno de ellos si existe el pacto de continuar con los herederos de éste, permitido en el artículo 222.1.º del Código de Comercio, se da la situación de socio único con carácter temporal en el período que media entre el fallecimiento y la aceptación de los herederos, pues aun cuando éste tenga efecto retroactivo una vez se realiza es evidente que entre tanto la sociedad continúa su actividad.

3.^a Tampoco podemos considerar acertada la referencia al artículo 10.II de la antigua Ley hoy 14.II de la vigente. La norma general de ambos artículos es que el número mínimo de socios es de tres y la excepción la del párrafo segundo para las sociedades estatales, de comunidades autónomas, etc. Pretender la interpretación extensiva de un precepto excepcional, restringiendo la de una norma general, es algo totalmente contrario a todos los principios de interpretación jurídica. La sociedad por concepto ha de tener varias personas y esa es la norma general. La otra, la excepción que en ningún caso puede interpretarse extensivamente. Pero es que además nuestro legislador en la larga etapa de elaboración de la LSA vigente contempló incluso la exigibilidad de un mayor número de socios inicial y así el Anteproyecto del 79 exigía cinco socios y ello porque se pretendía que la sociedad anónima quedase exclusivamente para grandes sociedades y no se comprende muy bien que ahora se nos diga que institucionalmente cabe la sociedad de un solo socio cuando el legislador ha tenido en su mano la posibilidad de suprimir la pluralidad en la reciente reforma de la Ley y no lo ha hecho, sino que ha mantenido la necesaria pluralidad, y la reafirma en su actual artículo 34.I.d) cuando declara nula la sociedad en la que no haya concurrido en el acto constitutivo la voluntad efectiva de al menos *dos* socios.

4.^a Porque resulta absurdo que se exija la existencia de tres socios en la constitución admitiendo con ello que esta exigencia sólo es necesario mientras que la sociedad no es tal, para dejar de serlo tan pronto como la sociedad adquiere personalidad y existencia por la inscripción, pues en tal momento y en aplicación del artículo 62 de la Ley vigente (antes 14), ya pueden transmitirse todas las acciones a un único socio, ¿qué sentido tiene en este caso el artículo

8.ºb) de la vigente Ley y el artículo 34.1.d) antes citado cuando nos habla de voluntad efectiva de constituir la sociedad?

La admisión de esta situación anómala, que predica la Resolución con carácter permanente, da clara entrada a un fraude de Ley o sea el de burlar la exigencia del artículo 14 citado. Recordamos un supuesto de hecho en nuestro despacho en el que en una sociedad un socio extranjero asumía todas las acciones en la constitución salvo dos, cada una de las cuales era suscrita por otra persona nacional, pero acompañando a la escritura la verificación de la inversión extranjera en la que claramente se expresaba que la sociedad tendría capital extranjero al 100% dado que las acciones de las otras dos personas serían transmitidas al inversor extranjero tan pronto se realizase la inscripción. Naturalmente denegamos la inscripción por falta de voluntad efectiva de constituir la sociedad.

5.ª No nos parece de mayor entidad el argumento de que “el ente creado se separa de quienes le dieron la vida y permanece inmune a sus vicisitudes”. Esto sucede en cualquier tipo de sociedad pues el ente creado adquiere personalidad jurídica independiente de la de los socios pues así lo dispone el propio Código de Comercio, y aún en las sociedades más personalistas se admiten la sustitución de personas o la ampliación de éstas como se ve en los artículos 143 y 222.1.º del Código de Comercio, mientras que en las capitalistas el acceso a la sociedad o la transmisión a terceros puede quedar cerrado por el ejercicio del derecho de suscripción preferente de nuevas acciones o por las cláusulas restrictivas de la libre transmisibilidad de las mismas.

6.ª Por último tampoco resulta convincente la afirmación de que una persona es tantas veces socio como acciones posea. La afirmación queda desmentida por el propio legislador especialmente en cuanto al derecho primordial del socio, o sea el de concurrir a la formación de la voluntad social mediante el ejercicio del derecho de voto, y claramente lo recoge el artículo 105 de la nueva Ley, concordante con el artículo 38 de la derogada, cuando dispone que los Estatutos podrán exigir respecto de todas las acciones la posesión de un número mínimo para asistir a la Junta general, del mismo modo que podrán fijar con carácter general el número máximo de votos que puede emitir *un mismo accionista*. Como vemos la correlación acciones-votos quiebra específicamente.

Claramente el precepto habla de *un accionista* (un socio) y un número de votos.

Mas no solo es este precepto el que niega tal correlación entre la condición de socio y acción por cuanto el artículo 51 también distinguía entre *quórum* de asistencia válido con *mayoría de socios* o mitad del capital, situación imposible si cada acción crease un socio ya que en tal supuesto ambos *quórum* coincidirían siempre necesariamente, y lo mismo se observaba en el artículo 58 en que se requería la concurrencia de ambos quorum cuando las acciones eran nominativas. Claramente manifiesta el legislador que los socios son las personas independientemente del número de acciones que cada uno posea.

Si se mantuviese tal interpretación bastaría en la constitución la intervención de una sola persona siempre que el capital estuviese integrado al menos por tres acciones, y, de hecho, sería imposible la constitución de las sociedades limitadas pues dado que el valor de las participaciones en la mayoría de los casos es de 1.000 pesetas, se rebasaría siempre el tope de cincuenta socios que impone la Ley.

Pasemos ahora a la argumentación de derecho positivo contenida en el párrafo segundo del Fundamento de Derecho comentado, en el que la Resolución nos dice “Desde el punto de vista jurídico-positivo, este razonamiento se asienta

sobre un silencio muy elocuente de la Ley: concretamente sobre la omisión entre las causas de disolución (cuyo listado ha de entenderse *numerus clausus*) de la reunión de todas las acciones en una sola mano (arts. 150 LSA y 30 LSRL)". El argumento lo desvirtúa el propio legislador. La Resolución como vemos se dicta para un supuesto anterior a la Ley actual como claramente se deduce de la referencia al artículo 150 de la LSA, aunque igualmente sería aplicable el 260 de la Ley vigente concordante con la anterior, y en relación con este punto el legislador claramente expresó cual era su posición en la exposición de motivos de la Ley en su apartado VIII, que constituye, evidentemente, una interpretación auténtica de la Ley, cuando nos dice: "ni considera causa de disolución la reunión de todas las acciones en una sola mano ni hace de la declaración de quiebra una causa específica", y añade "En cuanto al primer punto, la omisión, que a muchos parecería inexplicable, de aquella causa de disolución que a primera vista viene impuesta por la naturaleza de la sociedad, como resultante del acuerdo de varias voluntades, y aún por la misma estructura de un organismo que presupone pluralidad de actividades, no es otra cosa sino un homenaje a la sinceridad, de que todo legislador debe hacer gala cuando advierte un divorcio entre la realidad y el Derecho legislado: y la realidad es que, aun en los supuestos de reunión de acciones en una sola mano, que con harta facilidad puede eludirse mediante la interposición de verdaderos testafierros, no puede producirse la *inmediata* disolución de la sociedad *por lo menos mientras subsista la posibilidad de que la normalidad se produzca, restableciéndose la pluralidad de socios*".

El legislador es claro, la normalidad lo constituye la pluralidad de socios y la anormalidad la reunión de todas las acciones en una sola mano y no debe producirse la *inmediata* disolución porque puede restablecerse la normalidad volviendo a la pluralidad. El problema es determinar cuanto puede durar esa situación de anormalidad y si ésta puede ser permanente. Es claro que la situación de permanencia no era la postura del legislador cuando nos habla de inmediata disolución, lo que implica que tiene que existir la "mediata". Y aquí es donde entró en juego la jurisprudencia y así la Sentencia del Tribunal Supremo de 19-IV-60, refrendada por las Resoluciones de la Dirección General, negaron la posibilidad de Juntas Generales en tal situación, con lo que, de hecho, quedaba completada la interpretación de la Ley en el sentido de que la duración de tal situación lo era hasta el momento en que fuese precisa la celebración de una Junta general con lo que de hecho el sistema español quedaba en cierto modo equiparado al de la legislación italiana. Es decir la reunión de todas las acciones en un socio no es causa de disolución pero esta situación es de naturaleza transitoria y hay que restablecer la normalidad volviendo a la pluralidad, y dado que obligatoriamente hay que celebrar una Junta general cada año para la aprobación del Balance, propuesta de distribución de beneficios, etc., hasta ese momento es posible la subsistencia de la sociedad en tal situación. El derecho italiano sólo admite tal situación durante un año. En el texto actual esta postura aún está más justificada al recoger entre las causas de disolución el artículo 260.3.º una causa ya reconocida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo "la de la paralización de los órganos sociales de modo que resulte imposible su funcionamiento", y resulta francamente difícil la aplicación al supuesto de único socio de la regulación contenida en los artículos 93 y siguiente de la LSA en los que siempre se halla presente la contraposición de mayoría y minoría, la exigencia de Presidente y Secretario, la aprobación del acta por Presidente y dos interventores, etc., que necesariamente están contemplando la pluralidad (ver la citada Sentencia de 19-IV-60 y la Resolución de 3-X-72) porque Junta supone re-

unión y mal puede reunirse uno consigo mismo. (En cuanto a las posibles Juntas con asistencia de un único socio veáse nuestro citado trabajo en el *Boletín del Colegio Nacional de Registradores* de diciembre de 1982.)

Por último en cuanto a la interpretación a *contrario sensu* del artículo 103.6.º de la Ley General de Cooperativas nos parece extemporánea, pues tratándose de Ley especial no puede predicarse su interpretación extensiva, máxime por cuanto su naturaleza es distinta y, como hemos visto, el propio legislador ha desvelado su criterio en la exposición de motivos de la Ley de Sociedad Anónima.

Poco añade el Fundamento de Derecho tercero a resolver la cuestión planteada insistiendo en que la reducción de varios socios hasta quedar solo uno no implica ni la desaparición de la personalidad ni la necesidad de la disolución de la sociedad pues, como ya hemos visto al comentar el fundamento anterior, ni ésta era la cuestión planteada en la nota, ni el legislador adoptó tal solución radical, según hemos visto en la propia exposición de motivos de la Ley, lo que no implica que tal situación pueda constituirse en permanente rompiendo el concepto jurídico de sociedad. El legislador la permite como mal transitorio y la jurisprudencia, interpretando la voluntad del legislador específicamente manifestada, exige la vuelta a la normalidad a cuyo efecto niega la posibilidad de celebración de Juntas. Lo que de ninguna manera ha admitido es que esta situación sea definitiva. Y resulta curioso que en este mismo Fundamento de Derecho se diga "Naturalmente para ello es preciso que la organización objetivada se manifieste en el tráfico como tal y se conduzca con *arreglo a sus reglas de funcionamiento*. Si esto no se hace así si el socio único abusa de la institución habrá que desestimar la personalidad jurídica. Es ésta sin embargo una tarea que corresponde realizar a los Tribunales".

Pues bien, como expresa la propia Resolución es preciso que la sociedad se conduzca con arreglo a sus reglas de funcionamiento y las reglas de funcionamiento para la celebración de Juntas no pueden cumplirse en el supuesto del socio único como ya determinó reiteradamente la jurisprudencia. La propia LSA demostró siempre claramente su concepción pluralista de la sociedad. Sin este concepto resulta absurda toda la normativa legal, la existencia de convocatoria, la publicación de anuncios en Boletín y periódicos, la determinación de quorum de asistencia y votación, la elección de Presidente y Secretario, el derecho preferente de suscripción, el de voto, el de separación en los casos de fusión y cambio de objeto, el nombramiento de administradores por el sistema proporcional, las reglas sobre división y adjudicación del patrimonio social en la disolución, la designación de censores de cuentas en representación de mayoría y minoría, etc., carecen totalmente de sentido y de aplicación cuando nos encontramos ante una situación de socio único. ¿Cuáles son pues las reglas de funcionamiento que en orden a la celebración de la Junta se observan? Evidentemente ninguna. La situación de socio único sólo es admisible como la previó el legislador, como situación anormal y transitoria de la que hay que salir, y mantener su estabilidad o pedir que siempre los Tribunales decidan si se rompen las reglas del juego societario es desconocer la realidad de las cosas y favorecer la infracción del artículo 10 (hoy 14) de la LSA y del artículo 1.911 del Código Civil, pero de este nos ocuparemos seguidamente.

La cuestión últimamente citada aparece estudiada en el Fundamento de Derecho cuarto y así nos dice "Estrechamente relacionado con el anterior aparece el tercer argumento de la doctrina tradicional, que se funda en la incompatibilidad entre la sociedad unipersonal y el principio general de responsabilidad universal que consagra el artículo 1.911 del Código Civil. El razonamiento ado-

lece, en esta ocasión de un vicio de especialización. La contradicción no se produce entre la sociedad unipersonal y el artículo 1.911 del Código Civil, *sino entre la sociedad anónima como tal y el artículo 1.911 del Código Civil* (o el art. 127 del CCo, que es su correlativo en el derecho de sociedades). Pero esa contradicción o, mejor dicho, *derogación del artículo 1.911 del Código Civil*, en el ámbito de las sociedades de capital, en la medida en que se halla establecida por la Ley es irrelevante”.

La argumentación aquí utilizada por la Resolución nos produce gran asombro. En primer lugar porque resulta evidente que el principio general de responsabilidad universal recogido en el artículo 1.911 no tiene excepción alguna, mientras la Resolución nos dice que la contradicción de tal precepto, o mejor dicho su derogación, se produce cuando nos encontramos ante una sociedad anónima y la verdad es que por mucho que uno lo medita ni vemos la contradicción ni mucho menos la derogación. La persona física responde de sus deudas con todos los bienes presentes y futuros. Pura aplicación del citado artículo 1.911. Las personas jurídicas, y entre ellas la sociedad anónima, también. No se produce ninguna excepción, contradicción ni derogación. La persona jurídica, con su adquisición de personalidad, tiene un patrimonio propio independiente del de las personas que la integran, y con todo él responde de sus deudas al igual que las personas físicas, y no sólo con el patrimonio actual sino también con el futuro o que adquiera con posterioridad. Ningún precepto legal limita su responsabilidad patrimonial universal. La responsabilidad que aparece limitada no es la de la sociedad anónima sino la personal de los socios que la integran que queda limitada a su aportación, pero no olvidemos, porque ello es elemental, que son personas distintas y, en su caso, son deudas distintas las de la sociedad anónima y las de sus socios personas físicas, y tanto uno como otros responden universalmente, la sociedad con su patrimonio y el socio igualmente con su patrimonio personal de sus personales deudas. Es la tradicional confusión de hablar de responsabilidad limitada de las sociedades, incluso utilizada en la LSL del 53, cuando la limitación de responsabilidad no es de la sociedad, sino de los socios que son personas distintas. Lo mismo que sucede con la denominación de sociedad *anónima* cuando precisamente uno de los requisitos legales es que la sociedad tenga nombre o denominación, o lo que es lo mismo que no sea anónima. El anonimato es para los socios no para la sociedad. Pero esto es algo que ya es conocido hasta la saciedad por todos.

La situación de socio único en nada altera lo expuesto pues igualmente responde la sociedad universalmente con todos sus bienes presentes y futuros, igual que cuando está integrada por varios socios, y la única cuestión a plantearse es la de si tal situación envuelve un posible fraude en orden a la aplicación del artículo 1.911 el Código Civil, pero ni esta cuestión era objeto del recurso ni los Registradores tienen competencia para calificar el fraude que es exclusiva de los Tribunales de Justicia. El Registrador no puede hacer otra cosa que exigir el cumplimiento, en los documentos sujetos a inscripción, de las normas legales según resulta del texto de las mismas y de la jurisprudencia que los interpreta, y a eso se limitó el Registrador calificador que para nada se acogió al citado precepto del Código Civil. Le bastaba con hacer constar que no se cumplían los requisitos del artículo 48 de la LSA en orden a la celebración de Juntas, y que la celebrada no tenía por objeto eliminar la situación anormal existente.

Queda claro que no existe contraposición alguna ni derogación del 1.911 por la LSA. El precepto sigue incólume tanto para las personas físicas como para las jurídicas, y como vimos anteriormente ya el legislador en la Exposición de mo-

tivos aludió a la intervención de testafierros para dar aparentemente la situación de pluralidad exigida por la Ley, situación como decimos de aparente legalidad en fraude de Ley, en la que el Registrador no puede entrar ya que, aunque presumible, no aparece probada, con lo que queda sustraída a su competencia y sólo es susceptible de declararse mediante la correspondiente resolución judicial. Mas cosa bien distinta es cuando el propio título presentado demuestra palpablemente la situación de anormalidad por expresar que sólo existe un único socio. Aquí no hay que presumir ni deducir nada. El hecho aparece probado por la propia manifestación y comparecencia, y la intervención del Registrador adecuada tal como expresamente reconoció la Resolución de 7-VII-80 cuando en su Considerando quinto nos dice "admitido que la sociedad sobrevive *transitoriamente* aun concentradas las participaciones en una sola mano, *únicamente cuando en el Registro se presente un acto de esta sociedad* sujeto a inscripción, *procederá su calificación*, según las circunstancias del caso, ya que ha podido realizarse una nueva transmisión de participaciones sociales que *normalice* la sociedad o incluso aun sin darse este supuesto entender que no concurre una situación que impida la inscripción".

Como se deduce de lo expuesto cuando el supuesto es patente la calificación debe entrar en él y no puede el Registrador eludir su función sin perjuicio de que, como en cualquier otro caso, las partes puedan acudir a los Tribunales de Justicia.

Por razones análogas tampoco nos parece consistente el argumento recogido en el Fundamento de Derecho quinto de correlación entre el poder y responsabilidad ya que en ningún momento se produce tal ruptura, por cuanto, como hemos visto, la responsabilidad sigue siendo total para la sociedad. Es ésta quien ostenta el poder que lo ejercita a través de sus órganos de gestión y representación y responde totalmente con lo que constituye su patrimonio. Se sigue incidiendo en la misma confusión, la de equiparar la sociedad al socio titular de todas las acciones y así se nos dice en el inciso final de este Fundamento de Derecho, que "Del precepto constitucional (art. 38 CE) se deduce que el que tiene el poder y obtiene el beneficio ha de responder. Lo que no se deduce es el *quantum* de esa responsabilidad; y menos aún que haya de ser *ilimitada*". A fuerza de que se nos tache de pesados hemos de insistir en lo expuesto: Son personas distintas la sociedad y el socio titular de toda las acciones, y tanto una como otro responden ilimitadamente, pero esto en nada afecta al objeto de la nota de calificación a la que necesariamente ha de constreñirse el recurso. El defecto de enfoque ha hecho derivar a cuestiones que nada tienen que ver con la cuestión planteada.

Y para acabar con el estudio de este defecto tercero de la nota de calificación el Fundamento de Derecho sexto apela a razones de carácter práctico cantando las excelencias de la sociedad unipersonal permanente y manifestando que los legisladores de los países europeos han decidido trasladarla a los textos positivos. El último eslabón de este proceso, ya imparabile, nos lo ofrece la 12 Directiva de la Comunidad Económica Europea.

Pues bienvenida sea a los países europeos la tan debatida figura pero en la forma que tales países lo hacen es decir incorporándola a sus textos positivos. El legislador acaba de disponer de un medio extraordinario para ello al reformar la LSA y sin embargo sigue encastillado en su concepto plural de la sociedad con lo que bien a las claras demuestra que no comulga con tal idea, aunque tarde o temprano tenga que aceptarla si quiere cumplir con la citada Directiva. Lo que no parece adecuado es que la figura se instaure a través de una Resolución

frente a la opinión del legislador de su admisión con carácter transitorio exclusivamente.

Prácticamente ha quedado estudiada la parte importante de la Resolución, sin embargo, aunque sea brevemente, vamos a ocuparnos de los restantes defectos de la nota, al segundo de los cuales dedica el Fundamento de Derecho séptimo. Aquí la Resolución es un tanto contradictoria pues tras afirmar que la reunión de todas las acciones en una sola mano no dispensa de la observancia de las reglas de funcionamiento de la sociedad, no sólo de las que primordialmente atañen a intereses de terceros, sino también de las que disciplinan la organización interna...”, y añade “Es claro, en consecuencia, que el socio único puede y en su caso, *debe* (art. 50 LSA) reunirse en Junta y adoptar acuerdos... Lleva por ello razón el Registrador cuando señala que el socio único para modificar Estatutos debe constituirse en Junta general sin que pueda hacerlo directamente actuando como tal socio único en nombre de la sociedad”.

Mas es lo cierto que de poco ha servido al Registrador que se le diga que tiene razón cuando la Resolución a continuación se la quita revocando íntegramente la nota de calificación, y ello en base a una argumentación que nos parece poco consistente.

Cierto que el Registrador no alega la imposibilidad de la celebración de Junta con socio único, antes al contrario, como vimos, la admite expresamente según resulta del Hecho IV. La nota nos pareció correcta sin embargo el acuerdo pierde la mayor parte de su fuerza al desistir de la argumentación que le brindaba.

Cierto también que expresamente se acoge a las dos Resoluciones de 13 y 14-XI-85 en que típicamente se rechazan las Juntas en que no se persigue salir de la situación anormal de socio único, más admitida esta situación la Dirección se ha dejado llevar por ella hasta sus últimas consecuencias y lo que para el legislador era una situación anormal y transitoria se ha convertido por mor de la Resolución en normal y permanente, aunque para ello haya que destrozar el concepto jurídico de sociedad.

Así la Resolución añade “Contra ello no puede oponerse la imposibilidad de la Junta unipersonal. Si la sociedad es unipersonal por fuerza lo sería su Junta, que como señala el artículo 51 de la LSA “quedara válidamente constituida...” “cualquiera que sea el número de los (...) concurrentes, si representan por lo menos la mitad del capital desembolsado”. Pues bien tal argumentación nos lleva no sólo a la revisión de las Resoluciones de 13 y 14 de noviembre de 1985 como dice el Fundamento de Derecho primero sino también a la de otras Resoluciones como las de 20-VII-57, 20-VI-63 y 3-X-72, pues si el único requisito para la validez de la Junta es la concurrencia del capital legal exigido para su validez, la doctrina de estas Resoluciones hay que considerarla igualmente derogada.

Ya decíamos en nuestro trabajo citado anteriormente que podemos distinguir tres tipos de Juntas con asistencia de un único socio: 1.^a Junta a la que asiste un solo socio que ostenta la representación de todos los restantes; 2.^a Junta a que asiste un solo socio que reúne el *quórum* de capital necesario pero existiendo otros, y 3.^a Junta de único socio porque no existen más.

La validez de la primera nos parece incuestionable. La de la segunda fue negada sistemáticamente por la Dirección General en las Resoluciones citadas por cuanto un único socio aunque reúna el *quórum* de capital suficiente no puede erigirse en definidor de la voluntad social y las de la tercera sólo eran admisibles aquellas que tenían por objeto deshacer la situación de anormalidad creada.

Pues bien como vemos y resulta del Fundamento de Derecho ahora comentado, si el único requisito a contemplar para la validez de la Junta es la asistencia del capital necesario, la anterior doctrina hay que considerarla totalmente derogada.

Pero no solo esas Resoluciones se ven afectadas por la comentada sino que también la de 22-II-80 y posteriores que confirmaron la doctrina por ella sentada han perdido su vigencia, pues la existencia de las dos firmas para la expedición de la certificación que exige la Resolución es imposible de cumplir en la Junta de socio único. Por otra parte desconocemos cual sería el contenido de las normas estatutarias de la sociedad en orden a la constitución de la Junta por cuanto el artículo 61 de la Ley prevé la posibilidad de que los Estatutos determinan las personas que han de actuar de Presidente y Secretario de las Juntas y reconocer la validez de éstas por el simple hecho de la concurrencia del capital sin atender a los demás requisitos estatutarios de composición de la mesa parece poco adecuado, pues la afirmación de la Resolución de que el socio único "necesariamente también sería Presidente y Secretario de la asamblea", es ir demasiado lejos, por cuanto los Estatutos pueden desvirtuar esta afirmación, de ahí que el acta notarial, a que quiere equiparar la Resolución como acta de la Junta, puede quedar convertida en una simple acta de manifestaciones del socio único pero en ningún caso revestiría el carácter de acta notarial de la Junta pues requisito previo de ésta sería la designación de Presidente y Secretario, con sujeción a las normas estatutarias, que no se realizó. Y ello sin tener en cuenta que cuando se realizó el acto la Ley no recogía un precepto como el del artículo 114.2 de la Ley actual que reconoce al acta notarial el valor de acta de Junta, antes al contrario la Sentencia del Tribunal Supremo de 19-VI-60 no permite considerar la actuación notarial como fedatario de los acuerdos adoptados en Junta si no se le ha designado específicamente como Secretario, y no podemos olvidar que el caso resuelto lo era con sujeción a la Ley anterior.

Tampoco parece demasiado acertada la recomendación hecha a los Notarios de procurar dar al acto una configuración mas precisa y consignar expresamente el carácter de Junta de la actuación del socio único, pues en el caso debatido el Notario, como vimos claramente, manifiesta que el socio único no adopta acuerdos sino que simplemente toma decisiones y el Notario se limitó a reflejar en la escritura las manifestaciones que el socio único realizó, y si las consideró legales no tenía porque añadir ni quitar nada, y si las hubiese considerado incorrectas hubiese negado su ministerio. Así pues ni existió acta, por cuanto se omitió el nombramiento preceptivo de Presidente y Secretario, ni era voluntad del socio hacer Junta alguna.

Confirma lo expuesto, el propio Fundamento de Derecho octavo, cuando afirma que "ninguna norma sustantiva confía al Notario el control directo de la legitimación y de los demás requisitos que son precisos para la válida constitución de la Junta. El Notario ha de conformarse con lo que certifica el Secretario" Pues bien si ni hubo designación de Secretario ni certificación alguna, ¿cómo puede configurarse como acta de Junta lo que simplemente era una manifestación de voluntad del socio único en la que el Notario ni tan siquiera tenía obligación de comprobar si el compareciente reunía tal cualidad, pues según afirma el citado Fundamento de Derecho, el Notario "no se halla obligado a controlar la legitimación de los asistentes? Le basta con consignar en la escritura que el Presidente manifiesta que está reunido todo el capital". Sin embargo la Resolución se asusta un poco de las consecuencias de tal afirmación y rápidamente da marcha atrás para decir "Debe señalarse, no obstante que en el caso especial del

socio único (aunque la observación vale también para las sociedades con pocos socios y escasamente articuladas) parece que un elemental sentido de la prudencia aconseja que el Notario adopte algunas cautelas al objeto de cerciorarse de la verosimilitud de la legitimación...”

Nosotros decíamos que no es que deben adoptarse algunas cautelas sino que debe adoptar todas las cautelas necesarias pues lo contrario supone que cualquier persona podría comparecer ante el Notario y, cubriendo formalmente los requisitos de una Junta general, adoptar acuerdos que serían inscribibles sin más. Para ello le bastaría manifestar al fedatario que es socio único de la sociedad X, que como tal quiere constituirse en Junta, por lo que se designa Presidente y Secretario de la misma, y que adopta el acuerdo siguiente. Que esto constituye un acuerdo inscribible, sin más, nos parece demasiado fuerte pues aunque el otorgante incidiese en el delito de falsedad en documento público ni el Notario autorizante ni el Registrador que inscribiese quedarían exentos de responsabilidad por tal actuación. Las afirmaciones de la Resolución de que el Notario debe conformarse con la simple manifestación del Presidente parece excesiva, y ello no sólo por las razones expuestas sino además porque desde el punto de vista estrictamente jurídico no parecen sostenibles, ya que la comparecencia ante el Notario del socio único, o de esos pocos socios a que alude la Resolución, no se realiza en representación de la sociedad sino en su carácter de persona física socio titular de todas las acciones y debe acreditar tal condición del mismo modo que se acredita el carácter de la intervención en cualquier otra comparecencia, y una vez acreditado tal carácter lo que se haga a continuación podrá revestir el carácter de Junta de la sociedad si se cumplen los demás requisitos formales exigidos por los Estatutos más no antes. El Notario no tiene por qué controlar los requisitos de validez de la Junta, mas lo que sí tiene que verificar es el carácter de la intervención de los comparecientes, del mismo modo que cuando un compareciente manifiesta que interviene en nombre de... le exige que acredite su legitimación.

Pero es que por otra parte, ¿cómo puede el Notario saber cuando se encuentra ante una sociedad de socio único o de poco número de socios y escasamente articulada? Las sociedades no manifiestan exteriormente por su denominación si tienen pocos o muchos socios o uno solo, ni tampoco si están escasa o ampliamente articuladas, mas bien diríamos nosotros que todas ellas están suficientemente articuladas pues si no fuese así no se hubiese admitido la inscripción de las mismas, y la situación de socio único o de pocos socios o se justifica debidamente en la comparecencia o el Notario hará castillos en el aire. Pretender que baste la afirmación del Presidente de la Junta, cuya condición de tal queda supeditada a que los socios que efectivamente lo sean lo hayan designado, es llegar al dilema de si fue primero la gallina o el huevo, pues para elegir Presidente han de hacerlo los socios y no puede valer la afirmación del Presidente para decir que los que lo eligen lo son. Los socios acreditarán su condición de tales en la intervención ante el Notario y una vez legitimada su intervención se constituirán en Junta designando Presidente y Secretario y todo ello bajo la fe del Notario constituirá el acta notarial de la Junta celebrada.

Cuestión distinta es cuando la comparecencia ante el Notario lo es exclusivamente del órgano de representación social, como tal, requiriendo la intervención notarial para que levante acta de la Junta. En tal supuesto el Notario comprobará y exigirá que se le acredite el carácter de la intervención del representante y acto seguido pasará por las manifestaciones del Presidente designado en orden al número de socios y capital que representen para la constitución de la Junta sin

tener que entrar en la acreditación del carácter de socios de los intervinientes en la Junta ni de su capital, por cuanto todo ello serán hechos que presencia y recoge en el acta, mas si la comparencia es de los socios en su condición de tales han de acreditar tal circunstancia, o la designación de Presidente que los mismos hagan, para que a su vez aquel manifieste que lo son, estará totalmente carente de base y legitimación.

Cierto que en el supuesto examinado el compareciente era a su vez Administrador pero no necesariamente ha de darse tal circunstancia por cuanto para ser Administrador no es preciso ser accionista, y la doctrina contenida en la Resolución puede ser extremadamente peligrosa pues resulta evidente que si una persona comparece ante el Notario manifestando que es socio único de la Compañía Telefónica Nacional de España, SA, el fedatario se negará a intervenir en la formalización del acta, pero si manifiesta que es socio único de "Melenas Peinadas, SA" difícilmente podrá juzgar si la afirmación es cierta o si la sociedad está escasamente articulada, por lo que necesariamente habrá de exigir que se le acredite la legitimación de su intervención o negará su ministerio.

Así lo entendió también el Notario autorizante que exigió la escritura de nombramiento de Administrador, la póliza del Corredor de Comercio, acreditativa de la adquisición de todas las acciones, sin nota de otro fedatario alusiva a la posterior venta de alguna de las acciones, y certificación registral de que no se había realizado aumento posterior del capital social. Así pues los requisitos de la intervención resultaban acreditados y el defecto primero de la nota inexistente pero seguían completamente vivos los segundo y tercero, por cuanto, como hemos visto, ni se pretendió hacer Junta ni aunque se hubiese realizado ésta tenía por finalidad acabar con la situación anormal de la sociedad tal como el legislador y la jurisprudencia exigían en la exposición de motivos y Sentencia y Resoluciones estudiadas.

Por último vamos a hacer brevísimo comentario al Fundamento de Derecho noveno, aun cuando la materia a que se refiere ya fue objeto de estudio por el que suscribe en un trabajo dedicado a la cuestión bajo el título "La división de los Registros Mercantiles y el artículo 485 del Reglamento Hipotecario" publicado en el *Boletín del Colegio de Registradores* de mayo de 1989, número 256, página 1003, al que remitimos al lector.

En el referido Fundamento noveno se decreta la improcedencia de notificar la nota de denegación a los restantes cotitulares del Registro, por cuanto de conformidad con el artículo 4 de la Orden de 26-XI-86, corresponde a cada Registrador calificar, bajo su responsabilidad exclusiva, los documentos que correspondan, y conocer, también en exclusiva de todas las incidencias que se produzcan hasta la total terminación del procedimiento registral.

Pues bien la Resolución entiende que el artículo 4 citado impide que se proceda a la notificación a los restantes cotitulares. No compartimos tal opinión como ya expusimos en el citado trabajo.

El proyecto de Orden Ministerial que en su día fue remitido por el Colegio a los Registradores mercantiles contenía expresamente un párrafo que dejaba sin efecto el apartado c) del artículo 485 del Reglamento Hipotecario que regula la notificación y conformidad, pero tal párrafo fue suprimido en el texto definitivo de la Orden citada. Como decimos en el trabajo citado "Aquí es donde surge la duda pues no puede saberse si tal supresión fue debida al hecho de considerar útil la regulación contenida en dicho precepto, ya que los Registros Mercantiles habrán de funcionar en régimen de división personal, con la consiguiente posible discrepancia en orden a la calificación entre los diversos Registradores, o si la

supresión de tal norma era imposible en una Orden Ministerial de inferior rango que el Decreto aprobatorio del Reglamento, o si la mención de tal supresión se consideraba innecesaria por entender que ningún precepto del Reglamento Hipotecario era ya aplicable a tal situación desde la reforma del artículo 10 del Reglamento del Registro Mercantil.

Que la duda surgió entre los Registradores Mercantiles lo demuestra el hecho de que en las diversas Resoluciones dictadas a partir de la entrada en vigor de la nueva normativa observamos, en las notas extendidas por los respectivos Registradores, que en unas se hace referencia a haber cumplido lo dispuesto en el artículo 485 y en otras se silencia tal circunstancia. (Véanse, en el primer sentido, Resoluciones de 30 de abril, 8 de mayo y 29 de julio de 1987; 22 de enero y 16 de marzo de 1988 y, en el segundo, las de 5 y 26 de julio de 1988.)

Con un examen simplista podría sostenerse que el artículo 4.º de la citada Orden, al disponer que cada Registrador conocerá de todas las incidencias que se produzcan hasta la total terminación del procedimiento registral excluye la posible aplicación del apartado c) del artículo 485 en relación con el apartado j) del mismo, mas si observamos los restantes apartados del artículo 485 la cuestión no aparece tan clara, ya que norma similar a la del artículo 4.º de la Orden citada aparece en el apartado d) del artículo 485 cuando dispone que "el Registrador que califique un título seguirá conociendo de cuantas incidencias, operaciones, recursos y quejas se produzcan respecto del mismo y firmará los asientos y notas a que diere lugar", y tal norma no excluía la aplicación del apartado c) para los supuestos de calificación denegatoria.

Por otra parte, no hay que olvidar que la reforma del Reglamento del Registro Mercantil entró en vigor el 26 de marzo de 1986 y que en tal momento aún no se había dictado la Orden Ministerial que es de fecha 26 de noviembre de 1986, por lo que era inexistente en el período de tiempo que media entre ambas disposiciones el texto del artículo 4 de la Orden comentada, y existían situaciones de Registros Mercantiles en régimen de división personal, como lo prueban las Resoluciones de 30 de abril y 8 de mayo de 1987, en las que se aplicó claramente el artículo 485.c), del Reglamento Hipotecario, aplicación que hubiese resultado imposible de haberse sostenido la interpretación de que la reforma del artículo 10 del Reglamento del Registro Mercantil dejaba sin efecto el contenido del artículo 485 del Reglamento Hipotecario, y mucho menos que ello pudiera fundarse en un precepto como el del artículo 4, citado, aún inexistente.

Así pues, lo que sucede es que tanto el Reglamento como la Orden Ministerial han silenciado la regulación de la norma a aplicar en los supuestos de documentos estimados defectuosos por el Registrador a quien le incumbió el correspondiente documento en el reparto, con lo que cobra importancia la cuestión de si es aplicable ante tal silencio la Disposición Adicional 4.ª del Reglamento del Registro Mercantil cuando con referencia a las "materias no previstas en este Reglamento" dice que "serán aplicables como supletorias las disposiciones del vigente Reglamento Hipotecario".

Lo único cierto e incontrovertido es que la norma del apartado j) del artículo 485 del Reglamento está ahí, disponiendo que "el despacho del Registro Mercantil y de los demás servicios encomendados a los Registradores se ajustará a las anteriores normas", entre las que obviamente se encuentra el apartado c) del mismo precepto, y que según el artículo 2 del Código Civil las Leyes sólo se derogan por otras posteriores.

Que ésta es la postura correcta nos lo demuestra el propio legislador cuando al redactar el Reglamento del Registro Mercantil introduce la norma del artículo

15.2 que dice "siempre que el Registrador a quién corresponda la calificación de un documento apreciare defectos que impidan practicar la operación solicitada, lo pondrá en conocimiento del cotitular o cotitulares del mismo sector, a quienes pasará la documentación. El que entendiere que la operación es procedente, la practicará bajo su responsabilidad.

Y el número 3 del mismo precepto conserva a pesar de ello, disposición análoga a la del artículo 4 de la Orden en que se basa la Resolución al decir que "El Registrador que califique un documento conocerá de todas las incidencias que se produzcan hasta la terminación del procedimiento registral" lo que demuestra que ambas normas no eran contradictorias, ni la existencia del artículo 4 de la Orden excluía la aplicación del apartado c) del artículo 485 del Reglamento Hipotecario aplicable a los Registros Mercantiles por la Disposición Adicional 4.ª del propio Reglamento del Registro Mercantil y por el apartado j) del artículo 485 del Reglamento Hipotecario.

Sin embargo el artículo 15 del nuevo Reglamento no deja de suscitar problemas en orden a su aplicación, y así hay quién entiende que tal precepto sólo es aplicable al Registro Mercantil de Madrid, por ser el único que está dividido en sectores.

Referente a este punto los Registradores Mercantiles Rodolfo Bada y Carlos J. Orts, en la Revista *Lunes 430*, número 60, correspondiente a la primera quincena de septiembre de 1990, en su folio 3 nos dicen que la Resolución resuelve "La improcedencia de que la extensión de la nota de calificación sea con la conformidad de los cotitulares en los Registros Mercantiles servidos por varios Registradores en régimen de división personal" y añaden "Debemos felicitarlos por ello. ¡Nos anticipamos! (véase *Lunes 430*, núm. 55 al folio 5 vuelto punto 19), de las reuniones de los Registradores Mercantiles con los Notarios de Valencia. Cano Fernández con buenos argumentos sustentaba lo contrario". Pues bien, uno se sorprende un poco de tal afirmación por las siguientes razones: 1.ª Porque la Resolución resuelve un recurso anterior a la reforma de la Ley y Reglamento en la que se planteaba la duda que hemos visto sobre si la Orden derogaba el artículo 485 del Reglamento Hipotecario, cuestión que nada tiene que ver con la situación jurídica actual en que existe un precepto específico destinado a regular la materia como es el artículo 15 del Reglamento. 2.ª Porque la reunión a que aluden, y a la que no asistieron todos los Registradores Mercantiles ni prestaron su conformidad a los puntos expuestos, fue posterior a la publicación de los nuevos textos legales por lo que la Resolución nada tiene que ver con la postura adoptada en tal reunión que, por otra parte, debía contemplar el problema con la legislación nueva y era cuestión a resolver exclusivamente entre los Registradores y no por los Notarios. 3.ª Porque el Reglamento como hemos visto claramente impone la notificación a los restantes cotitulares y 4.ª Porque si se sostiene que el precepto es sólo aplicable al Registro de Madrid, único dividido en sectores, tal interpretación, errónea a nuestro juicio, aparece contradicha en el mismo número de la citada Revista por el entonces Director General de los Registros señor Paz-Ares en su trabajo "La reforma del Registro Mercantil" cuando en el folio 21 vuelto nos dice "En la misma dirección apuntan las previsiones adoptadas a fin de asegurar la uniformidad de la calificación de los registros pluripersonales (v. art. 48 RRM). Hasta la fecha las operaciones registrales eran efectuadas por el Registrador al que incumbiesen, resultando así, sobre todo en los Registros de Madrid y *Barcelona*, que las decisiones adoptadas por los distintos Registradores no siempre eran coincidentes. Esta heterogeneidad en los criterios de calificación producía la sorpresa, cuando no la irritación de los ciudadanos, que veían que un

Registro Mercantil trataba de manera desigual casos y problemas que en muchos aspectos eran iguales o similares. El sistema de trabajo registral por sectores y el establecimiento dentro de cada sector, de la necesidad de que *todos* los Registradores adscritos a él examinen la documentación que suscita objeciones, va a impedir que se produzcan las situaciones anteriormente descritas. El procedimiento regulado por el artículo 15 RRM se inspira en él introducido en la legislación hipotecaria a raíz de la reforma de 1981”.

Como vemos el Director General acoge la postura que sostuvimos con anterioridad a la reforma del Reglamento y así nos dice que el artículo 15 se inspira en la norma del Reglamento Hipotecario que impone la notificación a los cotitulares, y por otra parte, que el precepto se refiere a todos los Registros en régimen de división personal resulta paladinamente del hecho que expresamente menciona el Registro Mercantil de Barcelona como uno de los favorecidos por el cambio del sistema, a pesar de que tal Registro, servido por 16 Registradores, no está dividido en sectores. Por idéntica razón es aplicable a Valencia y Bilbao y a cualquier Registro que después sea objeto de división personal. La exposición en tal trabajo es consecuente con la Resolución, pues ésta estimó que con la Orden Ministerial ello no era preciso en el régimen anterior, pero después del Reglamento la notificación es necesaria para tratar de unificar la calificación y evitar la irritación de los ciudadanos. Nos sorprende que opinión tan autorizada no fuese tenida en cuenta por los citados compañeros a pesar de pertenecer al Consejo de redacción de la Revista.

El Registro está para prestar un servicio público y en interés de los ciudadanos y, como ya exponíamos antes, las discrepancias en la calificación, si hay un Registrador favorable al despacho del documento, no tienen porqué paralizarlo ni trascender al exterior creando una imagen deficiente de la institución, cuestión que llegó a motivar una interpelación de queja incluso en unas Cortes autonómicas. La solución del Reglamento tiende a evitarlo con mayor o menor fortuna y a pesar de que tal texto no es un modelo de norma creemos que en este punto ha estado acertado. Y no nos felicitamos por ello, si a alguien hay que felicitar sería al legislador aunque la redacción pudo ser más clara.

No podemos compartir la interpretación de los referidos compañeros que dejaría prácticamente reducida a la inoperancia una norma dictada con carácter general y ello por las razones siguientes:

1.^a El artículo 15 del Reglamento, como claramente se deduce del epígrafe que lo encabeza, es aplicable a los Registros con “pluralidad de titulares” y Registros con pluralidad de titulares son los de Madrid, Barcelona, Valencia y Bilbao y los que posteriormente, como consecuencia de demarcaciones futuras, pasen a integrarse en el sistema. Si la pretensión del legislador hubiese sido limitar tal norma a un solo Registro específico lo hubiere expresado.

2.^a En los Registros que carecen de sectores divididos es una realidad incontestable que existe un solo sector y por consiguiente todos los restantes cotitulares pertenecen al mismo sector, por lo que la obligación de comunicación resulta evidente

3.^a Que la eliminación de la notificación a los Registradores que no forman parte del sector de Madrid al que corresponda el documento presentado es una simple consecuencia de que el referido Registro, aunque en régimen de división personal, a efectos de distribución de trabajo actúa como si estuviese dividido materialmente en tantos Registros como sectores ya que era la situación existen-

te con anterioridad a la reforma del Reglamento y que no ha podido ser totalmente eliminada en la reforma por cuanto facilita el trabajo de la Oficina.

4.^a Que resultaría absurdo que un documento presentado en Madrid y calificado con defecto haya de ser comunicado a los tres Registradores del sector y en Bilbao no haya de ser comunicado a los dos restantes cotitulares del Registro.

5.^a Que la comunicación que exige el precepto tiene por finalidad unificar la calificación ya que presentado un documento y estimado defectuoso por un cotitular y correcto por otro, todos los documentos idénticos podrán ser despachados por el Registrador que le otorga calificación favorable, sin que al exterior pueda aparecer la discrepancia de los cotitulares en la calificación, finalidad claramente manifestada en el propio Reglamento cuando en su artículo 60 nos dice "Si un Registro Mercantil estuviese a cargo de dos o más Registradores, se procurará, en lo posible, la uniformidad de los criterios de calificación" y resultaría absurdo que una norma como la del artículo 15.2, que evidentemente tiene tal finalidad, sólo resultase de aplicación a un solo Registro a pesar de que, como hemos visto, el epígrafe del precepto se refiere a todos los Registros en régimen de división personal.

En resumen que resulta poco lógico que cuando se han dictado diversas Resoluciones con idéntica notificación a los cotitulares sin haber entrado en la materia la Dirección General, lo haga ahora cuando ya existe un precepto reglamentario que sostiene la tesis contraria. El silencio hubiere sido más prudente máxime cuando los restantes cotitulares habían prestado la conformidad a la nota de calificación.

Como final sólo podemos añadir que no compartimos la tesis de la admisibilidad de la sociedad unipersonal pues por definición ésta no es una sociedad. La sociedad requiere socios y uno solo no es socio de nadie. La finalidad perseguida de la limitación de responsabilidad en las actividades empresariales al patrimonio destinado a la empresa puede conseguirse por otros medios como la de creación de patrimonios separados sin necesidad de distorsionar o destruir el concepto de sociedad, y para los juristas el concepto jurídico es primordial y las finalidades económicas lo secundario, y si por último la sociedad unipersonal, a pesar del contrasentido que supone su propia denominación, ha de entrar en nuestro derecho lo debe hacer, como en los restantes países europeos, por la vía legislativa y no por la Resolución.

A modo de resumen de lo expuesto podemos concretar las siguientes afirmaciones:

1.^a Que el legislador español no admitió la sociedad de socio único como claramente se deduce del concepto del contrato social, según los artículos 116 del Código de Comercio y 1.665 del Código Civil.

2.^a Tal voluntad aparece igualmente reflejada en la Exposición de motivos de la LSA del 51 que sólo la permite como situación excepcional y transitoria.

3.^a Que tampoco la admite el legislador actual como lo demuestra claramente el que los Anteproyectos de la Ley de Sociedades Anónimas anteriores al proyecto de Ley remitido a las Cortes y publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales* de 22 de abril de 1988 recogían expresamente la figura en su artículo 13 que disponía "*El socio único responderá ilimitadamente de las deudas sociales en la medida en que el patrimonio social sea insuficiente para satisfacerlas*", precepto que fue suprimido en el proyecto definitivo y en el texto vigente.

4.^a Que la sociedad de socio único no sólo supone una *contradictio in terminis*, sino una *contradictio in substantia*, por cuanto la esencia o sustancia de la sociedad es la puesta en común de bienes por varias personas para obtener finalidades que no puede conseguir una sola mientras que el tipo de responsabilidad que afecte a tales personas es accesorio y dependerá del tipo de sociedad que adopten pues tan sociedades son las llamadas personalistas como las capitalistas.

5.^a Que frente a este principio general la única excepción es la que nuestras Leyes han mantenido relativa a las sociedades constituidas por el Estado, Comunidades Autónomas, provincias, municipios, etc., que tratan de cubrir servicios públicos o necesidades no cubiertas por la iniciativa privada.

6.^a Que la admisión de la figura de la sociedad unipersonal con carácter transitorio, como mal menor del que necesariamente hay que salir, fue lo único permitido por el legislador y la interpretación auténtica que supuso la Exposición de motivos de la Ley del 51 pervive en la actualidad por cuanto, como hemos visto, la Ley actual no ha supuesto alteración alguna en esta materia al mantener íntegramente la redacción de los preceptos de la Ley anterior.

7.^a Que la limitación de la responsabilidad patrimonial de las actividades empresariales al patrimonio destinado a la empresa puede conseguirse por otros medios jurídicos que no supongan una clara contradicción con el concepto jurídico de sociedad, y

8.^a Que si la figura ha de acceder a nuestro Derecho por imperativo de las Directivas de la Comunidad europea, la vía adecuada ha de ser la legislativa del mismo modo que se exige para las constituidas por el Estado, Comunidades Autónomas, etc., camino que, como la propia Resolución comentada reconoce, han seguido otros países europeos.

EMILIANO CANO FERNÁNDEZ
Registrador de Castellon numero 3

III. Sentencias del Tribunal Supremo

I. DERECHO CIVIL

B) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

Por RICARDO DE ANGEL YÁGÜEZ

FIANZA: CONDENA AL HIJO Y HEREDERO DEL AVALISTA FALLECIDO.
(SENTENCIA DE 26 DE SEPTIEMBRE DE 1989.)

En cuanto interesa para resolver el presente recurso, son de destacar los siguientes antecedentes: por "Asfaltos Chova, S. L.", se interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia de Sueca contra la entidad "Valse, S. A.", antes "Dachal Andalucía, S. A.", y una serie de personas que habían garantizado el pago de los suministros realizados por aquélla a ésta reclamando el importe de los mismos; entre las personas que prestaron la garantía se encontraban los esposos don Germán M. M. y doña Concepción B., así como sus hijos don Germán y doña Concepción M. B, pero no D. Eduardo M. B., la pretensión fue estimada en su integridad, condenándose a todos los demandados y entre ellos al dicho don Eduardo, que apeló la Sentencia, confirmada por la Audiencia Territorial de Valencia en la suya de 10 de julio de 1984, si bien con ciertas puntualizaciones en cuanto a la condena de los herederos de don Germán M. M. (la esposa e hijos citados), fallecido antes de la iniciación del proceso, habida cuenta de las limitaciones contenidas en el contrato de reconocimiento de la deuda y garantía firmado por dicho señor en Tabernes de Valldigna el 16 de febrero de 1974. Don Eduardo interpuso recurso de casación.

El expresado recurso se concreta en un solo motivo, al amparo del número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; pero después se diversifica, denunciando: 1.º Infracción del artículo 524 de la Ley Procesal, y 2.º Infracción del artículo 359 del propio texto. Razona que la demanda "va contra la persona de mi mandante y no con la condición de heredero del avalista", resultando, no obstante, condenado como tal; y que las demandas deben ser congruentes con las pretensiones deducidas en el pleito, siendo así que don Eduardo

M. B. no firmó el documento base de la reclamación, y si se le condena como hijo y heredero del avalista, es lo cierto que no fue demandado por tal condición. El perecimiento del motivo o motivos agrupados resulta obligado no sólo por no razonarse de forma pertinente en qué consisten las infracciones de cada uno de los preceptos que se citan y tener señalado esta Sala que la conjunción de normas del ordenamiento jurídico sin la adecuada separación está vedada por la doctrina jurisprudencial en cuanto proyecta confusión en el razonamiento de la pertinencia y fundamentación del motivo, que es obligación insoslayable del recurrente, como afirma el artículo 1.707, párrafo 3.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil (ver S. 4 febrero 1988, que cita las de 14 marzo, 25 abril, 24 mayo y 9 diciembre, todas de 1985), sino también porque no cabe alegar defecto legal en el modo de proponer la demanda cuando consta con precisión cuál es el contenido de la acción ejercitada en la misma (S. 7 octubre 1987); la demanda, como acto de iniciación procedimental, si quebranta las formas esenciales que la rigen, así como las garantías procesales, ha de producir indefensión en quien lo alega, y el cauce adecuado para la denuncia en casación se encuentra en el motivo tercero del artículo 1.692 de la Ley Rituaria, cual ocurre con la incongruencia al combatir pretendidas vulneraciones del artículo 359 (SS., entre muchas otras, respecto a este último extremo, de 24 abril, 11 y 21 mayo, 16 julio, 16 noviembre y 12 diciembre, todas ellas de 1987); conforme al artículo 1.693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las infracciones de los actos y garantías procesales que produzcan indefensión han de ser denunciadas en las instancias, y don Eduardo M. B. sólo planteó como excepciones la incompetencia de la jurisdicción (como dilatoria) y su falta de personalidad por no tener el carácter o representación con que se le demandaba (art. 533.4.º) al contestar, pero en ningún momento aludió al defecto legal en el modo de proponer la demanda (art. 533.6.º); por último, que se le demandaba en su calidad de heredero de don Germán M. M. aparece con absoluta claridad en el pleito que se preparó (art. 497.1.º) pidiéndole declaración jurada sobre tal extremo absuelto de forma afirmativa, relatándose así en el hecho décimo de la demanda, en el que después de nominar a don Eduardo se dice: "Y es claro, señor, que los expresados codemandados responderán por su calidad de herederos de las obligaciones que en su día contrajo el causante don Germán M. M....", recogándose en los fundamentos de derecho que "los herederos del fallecido don Germán M. M. están legitimamente demandados en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.003 del Código Civil, que preceptúa..." En definitiva, la Audiencia especificó y aclaró la responsabilidad de los herederos con la limitación contraída por el causante, y al aplicar tal precepto sustantivo y los artículos 659, 661, 1.257, 1.084 y concordantes del propio texto legal, aunque no se citasen expresamente, adecuó el fallo a las pretensiones de las partes y a los hechos en que las fundamentaban, con correcta aplicación de los principios *da mihi factum, dabo tibi ius* y *iura novit curia*.

R. DE A.

AVAL EN LETRA DE CAMBIO.—NO SE ACREDITA QUE LA FIRMA FUERA LA DE LA ENTIDAD AVALISTA. (SENTENCIA DE 7 DE JULIO DE 1989.)

La Sentencia dictada por la Sala de lo Civil de la Audiencia de Las Palmas que condenó a la demandada, "Transportes Fruteros Canarios, S.A." (FRUCASA), a abonar a los demandantes, "Varaderos Chas, S.A.", y don Carlos C. C., respecti-

vamente, las cantidades de 1.110.383 y 4.441.530 pesetas, más los intereses legales de ambas sumas desde la interposición de la demanda, es impugnada en el recurso mediante dos motivos, en los que al amparo de los apartados 5.º y 4.º —por orden de su exposición— se denuncia la infracción en la instancia del artículo 487 del Código de Comercio aplicable al caso y error en la apreciación de la prueba por la Sala sentenciadora, motivo éste de preferente examen dada la eventual incidencia del mismo sobre el articulado como ordinal primero, aunque en el caso presente tal incidencia no tenga efectividad ya que el denunciado error se pretende acreditar no mediante el señalamiento de un preciso documento que lo evidencie, como exige la norma de cobertura procesal, sino con la simple opinión de que la firma estampada por aval al dorso de las cambiales que determinó la condena no aparece acreditado que corresponda a la representación de la entidad demandada, por lo que, sigue diciendo la recurrente, la consideración de ésta como avalista es improcedente, conclusión indemostrada que por opuesta, tanto al texto que en las propias cambiales se contiene como a la sentada en la instancia, ha de ser abiertamente rechazada, y con ella el motivo en examen, al que sigue en el mismo caso de improsperabilidad el otro motivo por supuesta infracción del artículo 487 del Código de Comercio, ya que una vez establecido por la Sala sentenciadora, como resultado de la prueba documental y pericial, la certidumbre del aval prestado, y que lo fue a nombre y en representación de la empresa condenada al pago y por la mercantil aceptante, como se razona en los Considerandos 3.º y 4.º de la Sentencia impugnada, no se advierte la infracción que se acusa cuando la Sentencia de instancia acoge la acción cambiaria acertada frente a un obligado solidario como lo es la entidad avalista, que en 22 de mayo de 1981 prestó el aval en términos generales al dorso de las cambiales en circulación.

R. DE A.

RECURSO DE REVISIÓN: NO PROCEDE CUANDO FUESE POSIBLE UN RECURSO ORDINARIO. (SENTENCIA DE 4 DE OCTUBRE DE 1989.)

Apareciendo que la presente revisión se interpone con la finalidad expresa en la demanda de dejar sin efecto la Sentencia dictada el 20 de octubre de 1987 por el Juzgado de Primera Instancia número 3 de los de Valencia “en su carácter firme como consecuencia de la aparición de documentos que le quitan tal carácter”, es visto que no se trata de un juicio revisorio tendente a rescindir en todo o en parte la Sentencia misma (art. 1.806 LEC) por estar incurso en alguno de los supuestos del artículo 1.796 de la Ley Procesal civil, sino de atacar en vía del recurso extraordinario de revisión el proveído que el propio Juez de Primera Instancia número 3 de Valencia dictó en fecha 28 de junio de 1988 rechazando la apelación interpuesta contra aquella Sentencia “por haber sido formulado (el escrito) fuera de plazo” y consiguientemente declaró firme la Sentencia a que se refería, proveído éste que notificado en el siguiente día al representante procesal del recurrente y susceptible de impugnación (arts. 398 y concordantes LEC) no aparece haberse intentado siquiera por el interesado su ataque en la vía procesalmente correcta, en vez de utilizar ahora, con notoria improcedencia, el trámite del recurso extraordinario de revisión reservado a la impugnación de Sentencias

en su contenido y no en la declaración de su firmeza, argumentando una disconformidad en el cómputo de plazo hecho en un proveído que, como se dice, pudo ser objeto de recursos ordinarios procesalmente previstos y dejados de utilizar

R. DE A.

ACCION REIVINDICATORIA: DETERMINACION DE LA FINCA REIVINDICADA, POR REFERENCIA A UNA HIPOTECA PREVIAMENTE CONSTITUIDA. (SENTENCIA DE 29 DE JUNIO DE 1989.)

La Sentencia recurrida, dictada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valladolid, asume en su integridad los razonamientos de la en su día pronunciada por el Juzgado de Primera Instancia de Medina del Campo, resultando que la fundamentación de una y otra Sentencia se contienen las afirmaciones fácticas que sirven de apoyo a los fallos acordes que pronuncian, razón por la que al haberse deducido los tres motivos en los que se desarrolla el presente recurso por la vía del ordinal quinto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a las merítadas afirmaciones fácticas ha de estarse para decidir sobre su procedencia o improcedencia, pues al no haberse intentado desvirtuarlas por el cauce adecuado al efecto del número 4 del citado artículo de la Ley Procesal han quedado incólumes en este trámite casacional.

El tema debatido en la instancia y con el presente recurso radica en la circunstancia de si al otorgarse una escritura pública de préstamo con garantía hipotecaria entre el aquí actor don Mariano R. R. y su esposa como prestatarios, y el Banco de Crédito Agrícola en calidad de prestamista, quedó afecta a la carga real que la hipoteca representaba al efecto de responder con el importe que arrojase la realización de su valor de la obligación de devolución de la cantidad prestada, una finca que los mencionados prestatarios habían adquirido por un título de compraventa, instrumentado mediante escritura pública otorgada en el pueblo de Rueda el día 6 de octubre de 1922, consistente dicha finca en un lagar y una bodega que las vendedoras, con expresión de sus linderos y extensión superficial, y segregándola de otra finca de mayor extensión transmitieron a los compradores, quedando vigente en el Registro de la Propiedad de Medina del Campo la inscripción de la finca matriz, con la alteración dicha, bajo el número 432 cuadruplicado que venía ostentando y practicándose nueva inscripción en cuanto al lagar y bodega segregados al folio 221, tomo 1.154, libro 95, de Rueda, finca número 5.609, cuya inscripción sin constancia alguna de cargas o gravámenes que puedan afectar a la finca sigue vigente en la actualidad; apareciendo, por otra parte, que por escritura pública otorgada el día 10 de diciembre de 1963, don Mariano R. R. y su esposa, doña Felisa P. I., procedieron a la agrupación material de varias fincas urbanas de su propiedad y declaración de la obra nueva construida sobre los solares colindantes que las integraban, y que en dicha agrupación, si bien se comprendió la finca 432 cuadruplicado, no así el lagar y bodega, inscritos como finca 5.609. Por último, sobre el edificio construido en la finca resultante de la agrupación, debidamente inscrito en el Registro de la Propiedad, el señor R. R. y su esposa, mediante escritura pública otorgada el día 22 de octubre de 1964 y para garantizar la devolución del préstamo que le había sido concedido por el Banco de Crédito Agrícola, constituyeron a favor de éste la hipoteca antes mencionada, determinando el incumplimiento por los prestatarios de las obligaciones que habían asumido que el Banco ejercitara contra la finca hipotecada, acción por los trámites del procedimiento judicial sumario del

artículo 131 de la Ley Hipotecaria, y que en cumplimiento de la Resolución dictada en el mismo se procediera por el Juzgado de Primera Instancia de Medina del Campo al lanzamiento del aquí actor señor R. R. de la bodega objeto de la presente acción reivindicatoria y cuya posesión a la sazón mantenía.

Los denotados antecedentes, que ya fueron puestos de relieve por la Sentencia del Juzgado y la aquí recurrida, se complementan con la terminante afirmación que en la primera se contiene que había quedado acreditada la identidad y determinación de la bodega que describe el actor en el hecho primero A, a tenor de la escritura de compraventa que como documento número dos y propia descripción se hacía en la diligencia de lanzamiento llevada a cabo por el Juzgado de Primera Instancia, por lo que al ser inconcuso que en la escritura de préstamo no quedó afecta al efecto de garantizar las obligaciones pecuniarias asumidas por los prestatarios la bodega objeto de la presente controversia, decaen los tres motivos que sirven de fundamento al recurso, por cuanto: a) La Sentencia recurrida al estimar la demanda, declarando haber lugar a la acción reivindicatoria deducida por el actor y demás pronunciamientos ajenos, no vulneró lo dispuesto en el artículo 350 del Código Civil, como se aduce en el primer motivo del recurso, habida cuenta de que la carga real que la hipoteca constituida a favor del Banco de Crédito Agrícola representaba, no gravaba la finca donde la bodega radicaba por la fundamental razón de que, a tenor de lo dispuesto en los artículos 1.875 del Código Civil y 145 y 159 de la Ley Hipotecaria, la hipoteca es un derecho de constitución registral que exige que el título correspondiente se haya inscrito en el Registro de la Propiedad, lo que aquí no acontece, y ello hace que el supuesto contemplado en el caso de la litis quede al margen de lo que el precepto que se supone infringido prescribe; b) Tampoco infringió los artículos 1.258 y 1.284, ambos del Código Civil, invocados en el segundo motivo del recurso, pues el primero de dichos preceptos, como resulta claramente de los antecedentes de hecho precedentemente consignados, carece de aplicación al caso controvertido al no ser admisible que las consecuencias derivadas de un procedimiento de ejecución hipotecaria trasciendan a una finca no afectada por el gravamen; y con respecto al artículo 1.284, ninguna cláusula existe en la escritura de constitución de la hipoteca que admita diversos sentidos, lo que tampoco acontece en la escritura de agrupación de fincas que fue su antecedente, invocada al desarrollar el motivo y como fundamento del mismo, ya que, por el contrario, al incluir bajo el número 3 en el inventario de las fincas que se agrupan la 432 cuadruplicado y señalar sus linderos, uno de los de la izquierda entrando lo es con lagar del exponente, o sea, don Mariano R. R., y e) La aducida infracción de la jurisprudencia de esta Sala, que complementando lo dispuesto en el párrafo 2.º del artículo 348 del Código Civil establece los requisitos para que la acción reivindicatoria pueda prosperar y que se supone infringida en el tercer motivo del recurso, se verifica con fundamento en afirmaciones que, carentes de toda base fáctica que les hubiera podido servir de apoyo, hacen supuesto de la cuestión al haber quedado inalterados en este trámite casacional los hechos sentados por la Sentencia del Juzgado respecto a la identificación de la bodega objeto de la pretensión y no alcanzarse, por demás, que el demandante no haya justificado su título de dominio con la aportación que hizo de la correspondiente escritura pública y certificación del Registro de la Propiedad de Medina del Campo, así como que el detentador de la bodega no sea la entidad demandada, "Alfonso Maldonado, S.A.".

SIMULACION.—PUESTA A NOMBRE DE OTRO.—SOCIEDAD IRREGULAR.—DAÑOS Y PERJUICIOS (CALCULO DE LOS MISMOS). (SENTENCIA DE 5 DE JULIO DE 1989.)

Con ocasión de un polémico derecho de opción concedido a don José Alonso T. por el Embajador en España de la República Dominicana que obligó al primero a constituir un depósito de 2 millones de pesetas en el Banco de Bilbao, sucursal X-23 de esta capital, para la compra de una finca urbana radicante en Madrid, por precio de 800.000 dólares USA, equivalentes entonces —11 julio 1968— a 56 millones de pesetas, entró en contacto dicho señor Alonso T. con don Eloy V. M. y don Evaristo R. M., religiosos pertenecientes a la Orden de Predicadores —religiosos dominicos—, de la que eran representantes a la sazón, al objeto de llevar a cabo esa operación de compraventa, ya que estos últimos facilitarían los medios crematísticos precisos para ello; y tras surgir múltiples y complejas incidencias en las que intervinieron los demandados señores D. B. y G. B. como compradores de la finca en cuestión, transmisión que les fue conferida por la Orden religiosa demandada, que a su vez y previamente la había adquirido del señor T. y su esposa, señora C. L., en escritura de 8 de febrero de 1969, que habían sido los primeros adquirentes y directos de la República Dominicana, pendientes, sin embargo, de la aprobación por el Congreso de dicha República, que ya había concedido el Senado; todas estas transmisiones puestas en tela de juicio por los contendientes, como también el de la Sociedad constituida a raíz de la obtención del derecho de opción entre los demandantes y el señor V. M. el 7 de enero de 1969, tienen como final inatacado e inatacable, por tanto, desde el punto de vista procesal, el de la adquisición por "Cobasa, Sociedad Anónima Inmobiliaria", en escritura otorgada a su favor por el señor D. B. el 30 de julio de 1970, en razón de estar protegida por el principio de fe pública registral, contando además con la previa aprobación por la Cámara de Diputados Dominicana a la enajenación de la finca que ya concedió anteriormente, como se dijo, el Senado. La demanda, tendente a restaurar el equilibrio patrimonial que según su tesis se quebró por las transmisiones sucesivas a la de su adquisición, que tuvieron como causa efectiva de su simulación poner a cubierto de las eventuales responsabilidades que pudieran derivarse del expediente instruido por el Juzgado de Delitos Monetarios a consecuencia del pago del precio de 56 millones de pesetas en divisas efectuado por el señor T. al Estado dominicano (expediente 74/69; S. 9.648) de la finca de Autos, ha prosperado en parte, mas no así la reconvencción formulada —por la Orden de Predicadores y sus dos representantes particularmente demandados también—, y tal éxito parcial ha sido confirmado por la Sentencia de apelación.

El recurso de la parte actora, con base el primer motivo en el número 3.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, acusa la incongruencia en que incurre la Sentencia recurrida por entender que se omitió el pronunciamiento relativo al punto 8.º del suplico de la demanda, concerniente a la constatación de que la finca vale, según la peritación practicada en la causa penal, 180 millones de pesetas, lo que tiene gran influencia en la liquidación de cuentas y gestión que constituye el núcleo de las pretensiones de la demanda. El motivo fracasa: A) Porque la doctrina de esta Sala tiene determinado que cuando se absuelve de la demanda en todo o en parte, esta absolución comporta el rechazo de dichas pretensiones, sin precisar de un tratamiento concreto y casuístico de todas y cada una de las cuestiones controvertidas, es decir, que resuelven todas las suscitadas en el pleito (SS. 7 y 18 diciembre 1981, 8 marzo 1982, 12 julio y 31

octubre 1983); y B) Porque la tasación, aunque haya sido recogida en una resolución firme penal, al ser absolutoria deja de vincular casacionalmente a la jurisdicción civil y porque la dación de cuenta de las gestiones y liquidación solicitada parte de una premisa que mantiene la propia parte recurrente, como se verá a continuación, cual es la del precio obtenido realmente en la venta efectuada por el señor D. B. a "Cobasa, Sociedad Inmobiliaria" el 30 de julio de 1970, inscrita en el Registro el 26 de octubre de 1970, que una vez más demuestra la diferencia conceptual entre valor y precio, aparte de constituir un ejemplo más de la inveterada protección de los particulares ante la presión fiscal.

El segundo motivo, al amparo del número 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, impugna el error de hecho de la Sentencia al pronunciarse sobre el valor auténtico de la finca cuestionada sobre la que se proyectaba el contrato de opción, ignorando documentos como la Sentencia recaída en el procedimiento penal en la que se pone de relieve en el Resultando de hechos probados su valor ascendente a 189 millones de pesetas y la venta totalmente válida de 30 de julio de 1970 en la que se cifra su valor en 120 millones de pesetas más el 3 por 100 de las cantidades que se obtuvieran por la venta de las edificaciones que construyera "Cobasa, Sociedad Inmobiliaria", o en defecto de ese 3 por 100, 25 millones de pesetas más si se trata de la venta de los terrenos. Pues bien, el motivo no puede en modo alguno prosperar porque la Sentencia recurrida, precisamente en su primer Considerando, punto 8.º, y en el 5.º pronunciamiento declarativo del fallo, acepta la tesis de la parte recurrente, coincidiendo absolutamente en orden a la venta celebrada el 30 de julio de 1970 a que se ha hecho referencia.

El tercer motivo por la vía del ordinal 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil acusa la vulneración de los artículos 1.101 y 1.902 del Código Civil, así como del artículo 1.281, también del mismo Cuerpo legal, en punto a que si bien se condena a los demandados a que rindan cuentas de todas las operaciones y beneficios que hubieran podido obtener, no se explica que no se señale como primera partida la del reintegro del derecho de opción, económicamente evaluado en 56 millones de pesetas. En efecto, habiéndose solicitado en la demanda (extremo 10 del suplico) la restitución del importe de ese derecho, que es el que se aportó por los actores al contrato de sociedad civil irregular reconocido en el pronunciamiento primero de las declaraciones del fallo, es evidente que en evitación de eventuales incidencias en ejecución de Sentencia y siendo obligado establecer al máximo y en lo posible ya en la Sentencia las bases y partidas que han de integrar las liquidaciones e indemnizaciones y habida cuenta de que se constituía tal sociedad con aportaciones iguales e idénticas participaciones en cargas y beneficios, ha debido reseñarse la cantidad de 56 millones de pesetas como partida favorable primera a reintegrar a la parte actora recurrente, que es la cantidad en metálico aportada por el otro socio, señor V. M., y al omitirlo la Sentencia ha incidido en error de apreciación del mandato contenido en los preceptos que se dicen violados, así como del artículo 1.689 del Código Civil, siempre y cuando las cargas y pasivo en las operaciones liquidatorias lo permitan.

El cuarto motivo, por el mismo cauce del ordinal 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, acusa la violación de los artículos 1.100 y 1.101 del Código Civil al omitirse la determinación de los intereses a satisfacer, cuya petición integraba la petición duodécima del suplico de la demanda, que no puede ser atendida sino rechazada en acatamiento del contrato de sociedad de 7 de enero de 1969, que estatuye la finalidad de reparto por mitad de los beneficios

o cargas que precisamente por desconocerse se suplica en la demanda su liquidación, sin que haya lugar por tanto a la determinación de intereses legales de ninguna cantidad, ya que al no ser líquidas puesto que no se han podido fijar en el procedimiento, están sujetas a su especificación en ejecución de Sentencia, siguiendo con ello la doctrina de esta Sala (SS. 5 octubre y 25 noviembre 1983, 3 noviembre 1987, 7, 3 y 28 octubre 1988), por lo que se rechaza el motivo que se analiza.

El recurso de casación formalizado por la representación de la Orden de Predicadores —religiosos dominicos— y los religiosos de dicha Orden, señores V. M. y R. M., tiene fundado su primer motivo con base en el número 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil acusando el error en la apreciación de la prueba al afirmar que don José A. T. obtuvo una opción de compra sobre la finca de autos por el precio de 800.000 dólares USA, siendo lo cierto que no pudo tener efectividad tal opción porque sólo contaba con la aprobación del Senado, pero no del Congreso o Cámara de Diputados de la República Dominicana; y para ello señala como documentos acreditativos de dicho error la certificación de fecha 17 de junio de 1969 unida a la escritura complementaria otorgada por don José A. T. el 24 de julio de 1969 y las certificaciones de 13 de enero de 1970. El motivo no puede prosperar por las siguientes consideraciones: A) No es lícito en casación extrapolar del contexto global del material probatorio que en su conjunto ha sido valorado por el Tribunal de Instancia, como aquí acontece, determinados elementos de prueba para extraer deducciones, obviamente parciales y subjetivos que sirvan de soporte a la tesis del recurrente, a no ser que esos elementos específicamente determinen en forma contundente y sin precisar de mayores interpretaciones el error en que haya incidido la Sentencia y que se acusa en el motivo, debiendo ser esos elementos de prueba concretos de la naturaleza exigida en los artículos 1.692.4.º y 1.707.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, circunstancia ésta que no ofrece ninguno de los documentos que se indican; y B) Que si bien cuando se estipuló la opción de compra entre el Embajador dominicano y el señor A. T. no se contaba con la aprobación del Congreso de Diputados, sino solamente del Senado de dicha potencia extranjera, es lo cierto que se constituyó el depósito de 2 millones de pesetas convenido en dicha opción cumpliendo con todas las obligaciones que por ella le venían impuestas al señor A. T. (folios 199 a 202), y la operación de compraventa o compraventas que se siguieron de dicha finca tuvieron precisamente su raíz causal en la referida opción de compra como lo acredita el contrato de 17 de diciembre de 1969 (folios 120 a 124, donde concretamente se constata la compraventa anterior de 24 de enero a favor del señor A. T.); el contrato de 11 de junio y el de 30 de julio de 1970 (folios 160-165 y 178-184, respectivamente), pues si bien el requisito formal de orden público constitucional se cumplió el 12 de enero de 1970, quiérese decir que lo hizo con efecto retroactivo subsanando su deficiencia inicial, pues siempre se operó sobre un negocio jurídico cual el de la opción de compra, perfeñado por el representante diplomático del Estado propietario de la finca en España y que en el tracto de transmisiones en que se apoyan los demandados —algunas de ellas simuladas— arrancan del eslabón inicial de la enajenación de la finca por la República Dominicana al señor A. T., pendiente para su irreprochable eficacia transmisiva de la autorización de uno de los dos órganos representativos constitucionalmente del Estado dominicano, que finalmente se obtuvo; pues toda la documentación obrante en Autos sigue la pauta cronológica-negocial apuntada, sin que sea por ello dable desconocer el pristino negocio imperfecto formalmente, pero que acarrió una serie de negocios sucesivos que,

curiosamente, estiman válidos las partes demandadas, pero no el primero, como lo acredita hasta la saciedad el poder de 7 de enero de 1969 otorgado por el matrimonio A. T.-C. L. a favor de don Eloy V. M. y don Evaristo R. M., confiriéndoles facultades de enajenación de la finca de Autos y de la que el primer apoderado hizo uso para en 8 de febrero de 1969 transmitir simultáneamente el inmueble a la Orden de Predicadores para sustraerla a las responsabilidades del expediente del Juzgado de Delitos Monetarios.

El segundo motivo al amparo del ordinal 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil acusa la infracción por no aplicación del artículo 1.261.1.º del Código Civil, fundando su alegato en la circunstancia tantas veces invocada de la falta de aprobación de la venta de la finca por la Cámara de Diputados del Estado dominicano, que no puede prosperar no sólo por lo apuntado ya en el precedente fundamento jurídico, sino porque si en efecto se convino el contrato de compraventa inicial con el señor B. T. el 24 de enero de 1969 sin la completa autorización constitucional requerida, es patente que se está en presencia de un supuesto subsumible en la previsión contenida en el artículo 1.259 del Código Civil, en concordancia con el segundo párrafo del artículo 1.727 del mismo Cuerpo legal; y que si bien esa autorización subsanatoria exigió un precio mayor, lo cierto es que le fue satisfecho al Estado vendedor de la finca, por quienes aparecían como compradores en las subsiguientes operaciones de compraventa los hoy demandados, que como se dice en el quinto Considerando de la Sentencia de primer grado, “y como quiera que dicha actuación obedece a un previo acuerdo de todos ellos... Y como especie de socios de hecho vienen obligados a rendir cuentas de la gestión”, por lo que el motivo fracasa.

El tercer motivo, con sede en el número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la infracción del artículo 1.261.2.º del Código Civil relativo a la inexistencia de contrato cuando falta el objeto cierto que sea materia del mismo referido a la sociedad civil irregular que con fecha 7 de enero de 1969 formalizaron en documento privado los señores A. T. y su esposa, señora C. L., y don Eloy V. M., de la Orden de Predicadores, que perece a la sola consideración de que viene a hacer supuesto de hecho de la cuestión al partir en su alegato de la premisa de la inexistencia del derecho de opción que era la aportación del matrimonio a tal ente societario irregular, lo que está proscrito en casación; y ello por cuanto al fracasar el primer motivo de este específico recurso quedan incólumes las afirmaciones que al respecto contienen las Sentencias de instancia, toda vez que la de apelación confirma y asume las de la de primer grado.

En el recurso de casación formalizado por los demandados, matrimonio señores D. B.-G. B., el primer motivo encauzado por el ordinal 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil acusa el error de hecho en que incide la Sentencia recurrida al afirmar que dichos recurrentes formaron parte como socios de hecho en las actuaciones dañosas para con los demandantes, y a tal propósito señala como documento contraste del error el de Sociedad de 7 de enero de 1969 entre los actores y el demandado don Eloy V. M., en el que claramente no parecen incluidos el señor D. B. y su esposa. El motivo fracasa por la potentísima razón de que las Sentencias de instancia hacen una declaración extraída del conjunto de todas las pruebas aportadas a los Autos y en la que significan no una existencia de sociedad regularmente constituida, sino una intervención de estos últimos señores en el proceso de contratos simulados que arranca en el de 7 de enero de 1969 de enajenación de la finca por el señor Alonso T. a favor de la Orden de Predicadores por el apoderado del primero —o sea, del vendedor—, el religioso don Eloy V. M., si bien con la aquiescencia del

poderdante, ya que tenía por finalidad sustraer el inmueble de las responsabilidades derivadas del expediente instruido por el Juzgado de Delitos Monetarios; pero a partir de ahí la enajenación a favor del señor D. B. y señora por la Orden de Predicadores el 10 de diciembre de 1969, sin contar con el consentimiento del señor A. T., e igualmente simulada, va, como las subsiguientes, derechamente encaminada a conseguir la irrevindicabilidad del derecho dominical en el orden de las transmisiones por operar el principio de fe pública registral, como se consigue en definitiva con la transmisión a favor de "Cobasa, Sociedad Inmobiliaria", el 30 de julio de 1970, sin perjuicio de que el señor D. B., sobrino de don Alfonso G. B., figuraba como comprador, ya que fue este último el que facilitó el dinero efectivo de la compra hecha a nombre del señor A. T. de 56 millones de pesetas y que teóricamente facilitaba o financiaba la Orden de Predicadores; conclusiones fácticas éstas que proclamadas en la Sentencia de instancia no han sido atacadas y que al permanecer incólumes avalan la consiguiente afirmación de la existencia de esa subrepticia asociación de hecho sin perfiles nítidos que dan clara idea de una connivencia para eliminar a los actores de los resultados de la sociedad constituida con don Eloy V. M. que tiene una proyección de ilícito civil que las Sentencias de este orden apuntan y sancionan con la imposición de las consecuencias dañosas que de ello se derivan por virtud de los artículos 1.101 y 1.902 del Código Civil en lo concerniente a los demandados, según que se hallen o no vinculados por relación jurídico-negocial con los actores, con lo que queda definido y rechazado el otro error que se acusa en el primer motivo y que refiriéndose a la extinción de una sociedad de la que nunca formaron parte los recurrentes, incuestionablemente por la propia literalidad de la Sentencia se advierte claramente que nunca se afirma en ella una vinculación societaria con los actores, sino de una connivencia entre los demandados con fines de eliminación de los actores del resultado económico de la compraventa y comercialización posterior de la finca de Autos.

Al amparo del número 3.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, discurre el motivo segundo, impugnando la Sentencia por entender que se ha infringido el artículo 359 de la misma Ley adjetiva por no pedirse en ninguno de los escritos rectores del proceso la declaración de extinción de la sociedad formada por los actores con don Eloy V. M.; pero ha de saberse que tratándose de una sociedad irregular que tenía una finalidad concreta cual era en síntesis la explotación de la construcción y venta de dicha finca para repartirse al 50 por 100 los beneficios y cargas y haber culminado todo ese proceso de comercialización con una definitiva enajenación inatacable jurídicamente a favor de "Cobasa, Sociedad Inmobiliaria", es evidente que la petición de los actores de la dación de cuentas de la gestión y liquidación y pago correspondiente entraña la constatación de esa extinción que se ha producido *ope legis* por aplicación del artículo 1.700.2.º del Código Civil, pero que en todo caso y conforme a la doctrina de esta Sala, la congruencia sólo impone una racional adecuación del fallo a las pretensiones de las partes y a los hechos que las fundamentan, pero no una literal concordancia, pues lo que importa es que los pronunciamientos del fallo tengan eficacia bastante para dejar resueltos todos los extremos que fueron objeto de debate (SS. 7 diciembre 1982, 19 enero, 30 mayo, 15 octubre y 15 noviembre 1984, 9 mayo 1986 y 17 junio 1988).

El tercer motivo, residenciado en el número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, acusa la infracción del artículo 1.261 del Código Civil en relación con los artículos 1.089 y 1.091 del mismo Cuerpo legal, por entender que al traer causa estos recurrentes de la Orden de Predicadores en la cadena de

transmisiones operadas de la finca en cuestión, ya que se estima eficaz aunque simulada, por contar con la aquiescencia de los actores la adquisición por la Orden de Predicadores, por virtud de la escritura de 8 de febrero de 1969, ha de obtener la misma virtualidad jurídica la subsiguiente de 10 de diciembre de 1969 a favor de los señores D. B. y su esposa. El motivo no puede prosperar porque a tenor de los hechos declarados como probados en la Sentencia y que no han sido desvirtuados, aparece claro que el contrato de compraventa a favor de la Orden de Predicadores efectuado por los actores por medio de su apoderado a tal fin, don Eloy V. M., y con el propósito de esquivar responsabilidades de orden administrativo, consituye un típico caso de negocio jurídico de "puesta a nombre de otro" en sentido estricto que en el historial patrio cuenta con innumerables precedentes en los avatares de los conflictos político-sociales padecidos y que con un instrumento jurídico aparentemente ilimitado en sus consecuencias cual es la transmisión de la propiedad, se trata de conseguir una finalidad económica muy limitada y con arreglo a instrucciones reservadas del verdadero propietario, cual es la ocultación de la titularidad real para salvar el patrimonio de las responsabilidades en que se halle implicado el mismo; tiene, pues, unos perfiles ciertamente semejantes a los negocios fiduciarios, pero con unas improntas específicas que han sido objeto de doctrina de esta Sala, si bien en casos diferentes al que aquí nos ocupa (SS. 26 abril 1956, 13 noviembre 1958 y 25 octubre 1962) y con concomitancias con figuras afines como la de interposición de personas. Ahora bien, calificado el contrato de 8 de febrero de 1969 como enmarcado en el negocio de "puesto a nombre de otro" (*nomen commodat*) y dada su validez, no cabe extenderse más allá de lo prevenido, conforme al acuerdo de voluntades de los contratantes, por lo que las sucesivas transmisiones sin el consentimiento de una de las partes incurre en vicio de simulación y nulidad por falta del consentimiento del verdadero titular, salvo que esté protegido por la buena fe el tercer adquirente en aras de la seguridad jurídica, circunstancia que no concurre en el presente caso en los recurrentes señores D. B. y su esposa, según declara la Sentencia de instancia y que no ha sido combatida eficazmente por la vía adecuada del número 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por cuya razón decae asimismo el cuarto motivo, que con sede en el número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil denuncia la infracción del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, y artículos 1.258 y 1.278 del Código Civil, que basados en la consideración de la buena fe del tercero protegido está en abierta y frontal contradicción con la resultancia de hechos probados no desvirtuados en casación.

El quinto motivo, con sede en el artículo 1.692.5.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la infracción del artículo 1.258 del Código Civil, coincidiendo con el motivo anterior, y del artículo 1.306 del Código Civil. En cuanto a la vulneración del primer precepto, dicho está su fracaso por los razonamientos del fundamento jurídico precedente, y respecto del segundo precepto no cabe su aplicación en el presente caso, ya que los actores no contrataron con el señor D. B. y su esposa en el convenio de 10 de diciembre de 1969, por lo que es inoperante la subsunción que en el mismo se pretende, pues como se dijo y se reitera una vez más que la responsabilidad que le alcanza a estos recurrentes y que se señala concretamente en la Sentencia de instancia lo es por virtud de la connivencia con los demás demandados en el proceso de eliminación de los resultados económicos previstos en el contrato de sociedad tantas veces aludido de 7 de enero de 1969, muy concretamente encaminado a la explotación de la construcción y venta de dicha finca en la que no fueron parte los ahora recurrentes, y por eso

la responsabilidad fijada en la Sentencia respecto de ellos les viene proyectada por vía del artículo 1.902 del Código Civil según se indica en el quinto Considerando de la Sentencia de primer grado.

R. DE A

PRELACION DE CREDITOS: DISTINCION ENTRE EXISTENCIA Y EXIGIBILIDAD.
(SENTENCIA DE 4 DE JULIO DE 1989.)

Por la demanda de la entidad bancaria actora se promueve acción de tercería de mejor derecho contra los codemandados que cita en súplica de cuanto consta en su *petitum* —folio 35 autos— y que luego se concreta, habiendo recaído sentencia desestimatoria en primera instancia, y confirmatoria en la segunda al resolver el recurso de apelación interpuesto por el otro banco codemandado —única parte de las destinatarias de la acción que compareció—, porque según los *facta* que aprecia como probados, el crédito del actor amparado en la póliza correspondiente “que es crédito por su contenido aunque se la denominase impropriadamente de préstamo como se deduce de su cláusula 3.^a quedó líquido y exigible el 14 de abril de 1986 en la que se libró certificación de saldo intervenida por fedatario mercantil, en tanto que el título del ejecutante codemandado es también una póliza mercantil creada en 17 de diciembre de 1983, vencida el 17 de abril de 1984 y sobre la que recayó Sentencia de remate el 22 de noviembre de 1984, concluyéndose, en que esas “fechas son todas anteriores a la liquidación y exigibilidad del crédito del tercerista, cuya pretensión por tanto ha de ser rechazada”, en aplicación, se argumenta, de cuanto se estableció, como cuerpo de doctrina en la Sentencia de 21 de septiembre de 1984 y demás resoluciones en ella citadas, en relación con la preferencia fijada en el artículo 1.924, número 3, apartado *a*) del Código Civil; y frente a cuya decisión se interpone el presente recurso de casación por la citada codemandada con la súplica final —a lo que se reconduce y concreta, pues la de la demanda de tercería— de que se dicte Sentencia por la que se case y anule la impugnada, declarando el mejor derecho del crédito de mi mandante instrumentado en la póliza de préstamo de fecha 10 de diciembre de 1982, frente al crédito del Banco Exterior de España, SA, instrumentado en la póliza de préstamo de fecha 17 de diciembre de 1923, articulando al efecto, un primer motivo, como fundamentación fáctica, y tres restantes en la jurídica, que, a continuación, son examinados.

En el primer motivo del recurso por la vía anunciada y al amparo del artículo 1.692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia “error en la apreciación de la prueba basado en documentos que demuestran la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios”, porque, en resumen, “ha existido ese error del Juzgador al entenderse que el título del recurrente era una póliza de crédito y no de préstamo, error cuya trascendencia es fundamental, pues de ello depende en definitiva la preferencia del crédito de mi mandante”, dedicándose, a continuación, a argumentar en pos de esa tesis, no sólo exponiendo los distintos conceptos de póliza de préstamos y de póliza de crédito, sino analizando el tenor de las respectivas cláusulas 3 y 11 de la póliza a su favor, e incluso, afirmando que si bien ésta lo es de préstamo y no crédito, en cambio, la del codemandado, aplicando el mismo criterio, sí sería de crédito y no de prés-

tamo —con lo que, de paso, incurre en una literal contradicción a lo que luego se suplica en el transcrito *petitum* de su recurso—; la misma literalidad de los alegatos que, en el sentir del recurrente, fundan el error de apreciación probatoria que se denuncia y que la Sentencia ha padecido, serían suficientes para rechazar el motivo, porque es sabido una constante línea jurisprudencial —según SS. 2-2-88 y 7-3-84— define que los aspectos de calificación jurídica de los contratos deben plantearse por el número 5 y no por el 4 de este precepto, que es donde luego se examina el problema.

En los dos motivos restantes el recurrente, inserta la “fundamentación jurídica del recurso” al amparo del artículo 1.692.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y, por tanto, la *ratio petendi* de su pretensión instada por la vía, como se dice, de la tercería de mejor derecho, procedimiento éste, sobre el que, en línea de principio, conviene subrayar que es una de las dos que se contemplan dentro de la S. 3.^a “De las tercerías”, Título XV del Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y, por tanto, como un proceso intercalado dentro de “juicio ejecutivo” rúbrica, pues, de ese Título XV, que al estar superpuesto a un precedente juicio ejecutivo que es principal, no tiende, en puridad técnica, a un pronunciamiento autónomo o por completo desgajado de lo hasta entonces acontecido en aquel proceso, sino que, al contrario, aspira a la consecución de una decisión judicial que conectada con el trámite del principal, de tal forma le afecte que convulsione lo hasta entonces en él resuelto: así si es de mejor dominio, la decisión supondrá el mantenimiento o alzamiento de la medida cautelar del embargo decretado de la cosa en el juicio ejecutivo, Sentencia de 13-12-82, mientras que si lo es de mejor derecho, la orden de reintegrar el crédito del actor tercerista con preferencia —si se estima la acción— al del ejecutante y a expensas del importe de la venta de los bienes embargados al ejecutado, con lo que, se quiere decir, subrayando esa colateralidad (el propio legislador en su art. 1.534.1, califica, con acierto expresional de “incidencia” a las tercerías respecto al juicio ejecutivo, cuyo curso no se suspenderá a consecuencia de las mismas, habiendo al punto expuesto la Sentencia de esta Sala de 20 de junio de 1986 que la tercería... no es un procedimiento autónomo sino la incidencia de una ejecución abierta y en trámite, determinando siempre una oposición a diligencias de juicio ejecutivo en marcha y, por tanto, una incidencia del mismo), que, exclusivamente, la pretensión liberatoria del embargo de la cosa en la primera dualidad, o la corrección de esta medida procesal más que la atribución del derecho de propiedad es lo que se persigue en este juicio de tercería, según Sentencia de 11-4-88 y el reintegro o cobro del crédito en la segunda, frente a las medidas ya adoptadas en el juicio ejecutivo a favor del ejecutante pueden y deben ser objeto de debate en las citadas tercerías.

Y es evidente que en desarrollo de lo antes afirmado, en este caso debatido de tercería de mejor derecho, la preferencia para deshacer la concurrencia de créditos entre el del actor tercerista y al del ejecutante, habrá de fundarse en los criterios marcados por los artículos del Código Civil que desarrollan el Título XVII “De la concurrencia y prelación de créditos”, artículos 1.911 y siguientes, bien por el carácter o bienes sobre que recaen, bien por la fecha de su constitución o antigüedad, en síntesis, que, por lo demás, enmarca el problema del litigio, ya que en el recurso se pretende demostrar la equivocación del juzgador, pues se viene a sostener que el crédito del recurrente es preferente al del ejecutante codemandado que es de fecha posterior y, al respecto, en el segundo motivo del mismo, se denuncia la infracción en que ha incurrido la Sentencia sobre interpretación de los contratos —arts. 1.281 y ss.— “y que eran aplicables para resolver

las cuestiones objeto del debate”, y para ello tras la transcripción literal de las estipulaciones 3.^a, 4.^a y 11 de la póliza en cuestión se dedica a argumentar que de su contexto, incluso, en su conjunción entendedora —apartado *c*) del motivo — no hay sino concluir en que la póliza en cuestión es de préstamo y no de crédito, y con ello cimentar su derecho preferente al cobro frente a la póliza de crédito de la contraparte codemandada; sería ocioso insistir en que al no haberse alterado la verdad calificadora de lo resuelto por la audiencia, el motivo debe rechazarse por inconsistente, pues incurre, en traer a la casación los aspectos de la interpretación de los contratos o pólizas de las partes que, como se dice, comportan una función encomendada a la Sala, como, asimismo, todo cuanto se refiere al juego aplicatorio de las normas que sobre dicha interpretación contiene el Código Civil en sus artículos 1.281 y siguientes (según SS. 31-1, 12-2, 13-2 y 22-10-86, entre otras) criterio que ha de prevalecer, salvo que se combata y demuestre, que es ilógico o contrario a derecho; pero es que resulta por completo inconsistente la postura de la recurrente tendente a la prueba de su tesis, ya que la lectura del documento o póliza de que es titular de fecha 10 de diciembre de 1982 —folios 13 y 14— demuestra que aunque se hable de “préstamo” revela que la cantidad adeudada no se entrega de una sola vez (cl. 3.^a), que se prevé una expresa “disposición” parcial en parte de su importe que se reflejará adecuadamente y que, sobre todo, se prevé la fórmula para saber el saldo líquido al final para su reclamación mediante el oportuno cierre contable (cl. 11) —aparte de que en caso alguno se acredita la entrega inmediata del importe concedido al prestatario—; pero es que además sobresale que la póliza de la contraparte, sobre cuyo crédito se pretende homologar en primacía al del actor —póliza de 17-12-1983, folios 18 y ss.—, no sólo también se rubrica como “póliza de préstamo”, sino que reúne un formulismo o condicionado prácticamente coincidente con el de la póliza del actor, todo lo cual confirma el rehúse anticipado del motivo.

En el último motivo se denuncia la infracción por igual amparo del artículo 1.692.5 de la Ley, tanto de lo dispuesto en el artículo 1.924.3 del Código Civil como la doctrina sentada por este Tribunal en las Sentencias que cita, que tampoco han de prosperar, ya que bajo la indiscutible verdad que depara la convicción del juzgador, es evidente que la preferencia que aduce el tercerista de su crédito inserto en su póliza de 10 de diciembre de 1982 por su mayor antigüedad o precedencia respecto al del ejecutante, en su respectiva póliza de 17 de diciembre de 1983, no es tal sino todo lo contrario, ya que, como es sabido y pone de relieve la Sentencia de este Tribunal de 21 de septiembre de 1984 al expresar que en los casos de créditos documentados mediante “póliza” no es la fecha de ésta la que hay que tener en cuenta para determinar la relación del crédito, sino la de la fijación fehaciente del saldo exigible, lo cual no es sino ratificar una verdad mayúscula y elemental en torno a la completa configuración de todo derecho de crédito, para lo que no basta con su nacimiento, sino que se precisa que el mismo sea exigible por haber vencido, por lo que sólo ante ese vencimiento e impago, tras la exigibilidad, es cuando deviene la tutela legal y judicial correspondiente; la proyección de esa teoría al caso debatido demuestra cómo la póliza del actor, que ampara su crédito de 10 de diciembre de 1982, según todo el contexto de su cláusula 6.^a que contempla el “plazo de amortización” contiene una serie de periodos de pago o amortización por parte del prestatario que iniciados en 10 de diciembre de 1982, culminan en 10 de diciembre de 1992, fecha, además, que se rubrica literalmente, en el encabezamiento de dicho contrato como “vencimiento al 10 de diciembre de 1992”, por lo que no

sólo por lo razonado en cuanto a la observancia de lo dispuesto en cuanto al cierre del saldo exigible según la estipulación 11.^a de aquélla, por los órganos de la instancia que conlleva a las diligencias insertas al folio 15, en su estructuración contable y del fedatario mercantil, y que se sitúa en 14 de abril de 1986, sino por aquella fecha de vencimiento que es tanto, pues de exigibilidad, no puede el derecho del actor prevalecer sobre el otro *crédito* contrapuesto que si bien nació en fecha posterior al precedente o sea en 17 de diciembre de 1983, sin embargo, él mismo venció o se hizo exigible en 17 de abril de 1984 y, es más, se reforzó con la Sentencia de remate a su favor en 22-11-1984, por lo que, es claro, que la sanción del artículo 1.924.3.º del Código Civil al prescribir la preferencia de los “créditos sin privilegio especial” enumerando a los que consten en escritura pública —equivalente a la póliza mercantil, según citada S. 21-9-1984— o en sentencia firme, y con la previsión de que “estos créditos tendrán preferencia entre sí por el orden de antigüedad de las fechas de las escrituras y de las sentencias”, habrá de conducir, en razón a su respectiva exigibilidad, al decaimiento de la primacía sostenida por el tercerista, y por ello del motivo del recurso y, finalmente, sin que sea aplicable por disparidad de supuesto de hecho el reflejado en la Sentencia de 1 de marzo de 1978 y sí en cambio con la orientación expuesta la de 21 de septiembre de 1984, procede con imposición de las costas causadas y pérdida del depósito a tenor del artículo 1.715.4 *in fine* de la Ley procesal, la desestimación del recurso.

R. DE A.

HIPOTECA INMOBILIARIA.—EL EMBARGO TRABADO CON ANTERIORIDAD SOBRE MAQUINAS EXISTENTES EN LA FINCA PREVALECE SOBRE LA HIPOTECA, A PESAR DEL PACTO EXPRESO DE SOMETER A ELLA DICHOS BIENES. (SENTENCIA DE 10 DE MAYO DE 1989.)

Para la resolución del presente recurso conviene destacar los siguientes antecedentes:

a) El juicio trae causa de la existencia paralela de dos procesos contra la misma sociedad demandada, uno seguido en Plasencia el número 28 de 1977, de carácter ejecutivo en reclamación de cantidad, en cuyos autos se embargaron determinadas máquinas en diligencia de 24 de mayo de 1977; otro, seguido en Madrid, en ejecución de la garantía hipotecaria de un préstamo de doce millones concedido por el Banco de Crédito Industrial a la misma entidad, Prefabricados Ibéricos, SA, en escritura pública de 11 de junio de 1976, inscrita el 30 de septiembre de 1977, bien que presentada en el Registro de la Propiedad el anterior día 20 del mismo mes y año.

b) La escritura de préstamo entre otras cláusulas hacía constar que la finca hipotecada valía diecinueve millones de pesetas y en cuanto a la amplitud objetiva de la hipoteca “las partes convienen expresamente que se extiende a todo cuanto se menciona y autorizan los artículos 109, 110 y 111 de la Ley Hipotecaria y 215 de su Reglamento”. Entre los objetos hipotecados por pacto al amparo del artículo 111, se encontraban tres de las mismas máquinas que fueron embargadas en el juicio ejecutivo seguido en Plasencia.

c) Los edictos de subasta de bienes muebles publicados por el Juzgado de Plasencia en la vía de apremio del juicio ejecutivo en el que recayó Sentencia

mandando seguir adelante la ejecución, provocaron una demanda incidental de nulidad de actuaciones promovida por el Banco de Crédito Industrial ante el propio Juzgado que tenía como fundamento la imposibilidad de hacer trance y remate de bienes hipotecados por la vía de apremio que la Ley reserva para los bienes muebles. El Juzgado y la Audiencia declararon no haber lugar a la intervención de un tercero, el Banco, por el cauce de la nulidad de actuaciones, todo sin perjuicio de que utilizara las acciones que procedieren en ejercicio de sus posibles derechos.

d) Con base en la Jurisprudencia de esta Sala que reconoce legitimación activa a los titulares de derechos subjetivos, que se vean privados de ellos en juicio en el que no hayan sido parte, para instar en juicio ordinario la nulidad del proceso, el Banco de Crédito Industrial promovió el presente litigio, cuyos pedidos literalmente se recogen en los antecedentes de hecho de la presente resolución. Su línea argumental se resume en que el Banco es titular (omite sospechosamente la fecha del Registro constitutivo de la hipoteca) del derecho de hipoteca adquirido por la escritura de 11 de noviembre de 1976; la hipoteca se extiende a las máquinas embargadas en el juicio ejecutivo; las máquinas son inmuebles y su embargo no accedió a registro alguno, luego el Banco está favorecido con los beneficios de la legitimación registral en sus versiones de presunción de exactitud y publicidad registral, que confieren los artículos 32, 34 y 38 de la Ley Hipotecaria.

e) El Juzgado y la Audiencia dieron lugar a la acción de nulidad con aceptación de toda la argumentación de la demanda, que se puede resumir en que siendo inmuebles los bienes embargados y no inscrito el embargo, prevalece el derecho del acreedor hipotecario cuya garantía se extenderá a las máquinas en virtud del válido pacto que consiente el artículo 111 de la Ley Hipotecaria.

La Sentencia de instancia es impugnada en casación por los motivos que en el recurso constan, antes de cuyo examen deben hacerse precisiones de carácter general: a) el proceso persigue la nulidad de otro, por infracción de normas de *ius cogens* que en el sentir del recurrido, Banco de Crédito Industrial, incurrió el Juzgado placentino. b) Versa, pues, sobre nulidad de actuaciones y al ser el proceso institución regida por normas de derecho imperativo tiene la Sala libertad para apreciar la nulidad con base en argumentos no esgrimidos en la demanda como para mantener la validez introduciendo razones no alegadas por la recurrida... c) Prescindiendo ahora del tratamiento formal y singular de los motivos se analizará previamente la decisión recurrida.

Para la Sentencia recurrida es presupuesto lógico-jurídico la determinación de la naturaleza de los bienes embargados. Si se les califica de inmuebles, el derecho real hipotecario sólo puede hacer con la inscripción registral y el embargo en juicio ejecutivo sólo se consolida tomando anotación preventiva en el Registro de la Propiedad (art. 1.453 de la LEC), por lo que si se llega a tal calificación de los bienes, la venta en pública subasta efectuada en Plasencia tuvo como objeto bienes no embargados legalmente. Pero la distinción de los bienes en muebles e inmuebles, que tan poco predicamento tiene entre los juristas actuales, plantea irresolubles dudas cuando atribuirles una u otra naturaleza está subordinado al destino dado a los bienes. Los que en el número 5 del artículo 334 se llaman bienes inmuebles, esto es: "las máquinas, vasos, instrumentos o utensilios destinados por el propietario de la finca a la industria o explotación que se realice en un edificio o heredad, y que concurran a satisfacer las necesidades de la explotación", exigen conocer previamente si en la finca o edificio hay negocio o explotación, si la presencia de las máquinas es accidental

o permanente, si éstas satisfacen las necesidades de la explotación y si es éste el destino dado por el propietario. Requisitos todos no ostensibles, sólo latentes y con la suficiente ambigüedad como para no poderse exigir al Juzgado que los embarga que piense si están o no comprendidos en el artículo 334 para decidir después si deben anotarse en el Registro de la Propiedad de la finca en que se encuentran, que acaso no tenga nada que ver con el propietario de los mismos bienes. Para el Juzgado, es bastante conocer que los bienes son susceptibles de apropiación y que pueden transportarse de un punto a otro sin menoscabo de la cosa inmueble a que estuvieron adheridos (art. 335 CC). Es más, lo que el Código Civil en el número 5 del artículo 334 llama bienes inmuebles es una serie de objetos a los que el legislador denomina en el propio artículo 111 de la Ley Hipotecaria, muebles cuando establece: "salvo pacto expreso, o disposición legal en contrario, la hipoteca, cualquiera que sea la naturaleza y forma de la obligación que garantice, no comprenderá los *objetos muebles* que se hallen colocados permanentemente, bien por adorno, comodidad o explotación, o bien para el servicio de alguna industria, a no ser que no puedan separarse sin quebranto de la materia o deterioro del objeto". Es pues, bien mueble en la Ley Hipotecaria lo que para el Código es inmueble. La misma Ley de Hipoteca Mobiliaria, que extendió la garantía real de la hipoteca a los bienes muebles, también contradice al artículo 334 del Código Civil cuando declara objetos susceptibles de hipoteca mobiliaria a la maquinaria industrial, artículo 12 (luego también para esta Ley son muebles). La consecuencia es que al descrédito de la división entre bienes inmuebles y muebles, no puede afectar a la validez de un embargo en el que el Juzgado actúa conforme a derecho, y el embargante no quiso porque no estaba obligado a hacer uso del registro de hipoteca mobiliaria. No se puede ignorar que el embargo de bienes mantiene intactos los derechos anteriores y que trabado formalmente bien, no produce más que el derecho del embargante a realizarlos con preferencia a los titulares de créditos nacidos con posterioridad. Quien adquiere tras un embargo un derecho sobre la cosa embargada, subordina este derecho al resultado del proceso que el embargo anterior asegura. Quien sea titular de un derecho de carácter preferente puede hacerlo valer mientras dura la vía de apremio (art. 1533 de la LEC), en la tercería oportuna incluso frente a embargantes anteriores.

Aplicando al caso de autos todos los razonamientos anteriores, ha de concluirse que trabado el embargo con anterioridad a la constitución formal de la hipoteca sobre los bienes muebles, este derecho de hipoteca ha de subordinarse al resultado del proceso ejecutivo en que se constituyó la medida cautelar del embargo. Que el tratamiento dado a los bienes por el Juez del juicio ejecutivo fue formalmente correcto y en consecuencia ninguna nulidad comporta su actuación. Además, la Sentencia recurrida extiende la protección del artículo 34 de la Ley Hipotecaria a la totalidad de los objetos de la hipoteca pactada en la escritura, incluso a los bienes muebles y ello no es admisible en Derecho porque: la protección registral, base de nuestro sistema inmobiliario y fuente de la seguridad jurídica, exige que para ser tercero protegido concurren todos los requisitos legales y éstos son la buena fe, el título oneroso de la adquisición, la previa inscripción de los bienes a favor del transmitente y la inscripción subsiguiente de todo lo adquirido por parte del sujeto que aspira a la protección. Pues bien, los bienes muebles (o inmuebles por destino como sostiene el Banco y la Sentencia recurrida), no figuraban inscritos en el Registro, no constaban como bienes pertenecientes a Prefabricados Ibéricos, SA, y tampoco han accedido a sus libros con posterioridad porque a ello no equivale la simple referencia del título inscrito

al pacto del artículo 111 de la Ley Hipotecaria. No hay pues derecho adquirido confiando en el Registro, no hay derecho inatacable porque no juega la protección de la publicidad registral y no tiene a la postre el Banco la condición de tercero respecto a dichos bienes muebles. Ello naturalmente no afecta a la validez del pacto de extensión frente a los derechos nacidos con posterioridad ni tampoco afecta a las relaciones internas entre acreedor y deudor.

Si no existe: causa de nulidad en la actuación del Juzgado de Plasencia, si éste no erró cuando dio tratamiento de bienes muebles a los que trabó en el juicio ejecutivo y no deben anteponerse a dicho embargo los derechos nacidos sobre dichos bienes en la escritura de hipoteca, es evidente que han de prosperar los motivos en que el recurrente denuncia la infracción por inaplicación del artículo 335 del Código Civil y el principio *prior tempore potior iure*. Ello unido a la aplicación indebida del artículo 34 de la Ley Hipotecaria implícitamente denunciada en los motivos y de la que hace *ratio decidendi* la Sala y, en virtud de la naturaleza de la pretensión por la que se persigue decisión sobre la pureza de una actuación jurisdiccional, procede dar lugar a los motivos 1 y 2 y 5 del recurso. A ello no obsta el contenido de la Sentencia de 17 de noviembre de 1980 acompañada como documento de la demanda del Banco porque en el proceso en que dicha Sentencia se dictó, el embargo de los bienes muebles había sido realizado con posterioridad a la inscripción registral de la hipoteca, y entonces se trataba de derechos de hipoteca, a los que estaban subordinados los derechos de realización de los mismos bienes nacidos con posterioridad.

C) ARRENDAMIENTOS

Por CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ
y RICARDO DE ANGEL YÁGÜEZ

ARRENDAMIENTOS RUSTICOS

ACCESO A LA PROPIEDAD.—ES VALIDO EL PROCEDIMIENTO DEL ARTICULO 39 DE LA LEY DE EXPROPIACION PARA FIJAR EL VALOR DE LA FINCA ARRENDADA, A EFECTOS DE SU ADQUISICION POR EL COLONO. (SENTENCIA DE 30 DE ABRIL DE 1987.)

El Juzgado número 1 de San Sebastián estimó la demanda, pero la Audiencia revocó la anterior.

No triunfa la casación. El acceso a la propiedad, conforme al artículo 98.1 de la Ley de 31 de diciembre de 1980, remite a la Ley de Expropiación Forzosa para determinar el precio a satisfacer, lo que se hace en el artículo 39 de esta Ley; pero, dados los criterios rígidos establecidos en dicho precepto, la misma Ley en su artículo 43, como norma discrecional, faculta a cualquiera de las partes para que pueda llevar a cabo la tasación, aplicando criterios estimativos que consideren más adecuados si la evaluación practicada por la norma anterior no resultare conforme con el valor real de los bienes y derechos, objeto de la expropiación

por ser superior o inferior a aquella. La resolución impugnada aplica el artículo 39 repudiando el mecanismo de discrecionalidad del artículo últimamente citado. El recurrente impugna lo anterior con base en certificación de diversos organismos administrativos para demostrar el error de hecho en la determinación del valor, con base en sentencias de la Sala de lo Contencioso del Supremo en recursos de tal naturaleza, olvidando la disparidad existente entre este tipo de recursos y el extraordinario de casación, pues en aquél el órgano jurisdiccional tiene a su disposición todo el material probatorio, extendiéndose las facultades del mismo desde una nueva valoración de la prueba a contrastar las conclusiones crematísticas que puedan producirse según se haya empleado el sistema cerrado del artículo 39 o el más flexible del artículo 43. Dada la vía por la que se ha formulado el recurso, los hechos quedan intangibles, siendo imposible que la Sala acuda ahora al material probatorio obrante en autos.

C. R. R.

SUBARRIENDO.—BASTA LA OCUPACION DE LO ARRENDADO POR UNA PERSONA EXTRAÑA AL CONTRATO PARA DEDUCIR LA EXISTENCIA DE UN SUBARRIENDO. (SENTENCIA DE 8 DE MAYO DE 1987.)

Desestima la demanda el Juzgado número 2 de Cáceres, pero revoca la Audiencia.

No ha lugar a la casación. El contrato de subarriendo es el que ha de recurrir más veces a la prueba de presunciones, habida cuenta de la dificultad de obtener una prueba directa, como se dice en las Sentencias de 14 de enero de 1952 y de 5 de junio de 1954, diciendo ésta que basta la ocupación de lo arrendado por una persona extraña al contrato para deducir la existencia de un subarriendo con todos los elementos que lo constituyen. La Sentencia impugnada entiende que la prueba practicada demuestra que en la finca arrendada ha pastado un número considerable de cabezas de ganado con marcas pertenecientes a otros propietarios distintos del arrendatario y le sirve para llegar a la conclusión de la presunción de subarriendo, que supone causa de resolución contractual, tanto a tenor de la cláusula 4.^a del contrato como en virtud de lo dispuesto en los artículos 70 y 75 LAR. El recurrente alega que posee las reses de ganado que pastoreaban por la finca olvidando que la Sentencia de instancia declara que hay reses que pastan con marcas pertenecientes a otros propietarios distintos del arrendatario y aun cuando alega que era ganado suyo obtenido por compra, esta manifestación, aun corroborada por uno de los propietarios, no constituye prueba suficiente para desvirtuar la presunción de subarriendo.

C. R. R.

NULIDAD DE CONTRATO.—ES VALIDO EL ARRENDAMIENTO CONCERTADO POR EL MARIDO EN NOMBRE DE SU MUJER EN VIRTUD DEL PODER DADO VERBALMENTE A FAVOR DE AQUEL. (SENTENCIA DE 14 DE DICIEMBRE DE 1987.)

Tanto el Juzgado número 1 de Zamora como la Audiencia desestiman la demanda.

No procede la casación. La esposa, con olvido de la buena fe de quien contrató con ella, siendo representada por su marido, pretende la nulidad o anulabilidad

del contrato objeto de la litis. La demandante vive con su marido, recibió las rentas, conoció a los arrendatarios, se reservó la casa existente en la finca y en ella vivió hasta presenciar unos supuestos daños y por ellos entabló conciliación con los que estimaba eran causantes de ellos. Todo ello impide la prosperabilidad de argumentos relativos a presunciones que, según esta Sala, constituye medio de prueba, a falta de prueba directa. La vigente Ley de Arrendamientos Rústicos exige para dar fincas en arrendamiento la misma capacidad que para enajenar y la esposa arrendó a través del poder que tenía conferido verbalmente a su marido, lo que autorizan los artículos 1.710 y 1.713 del Código, sin que ofrezca duda la realidad de tal apoderamiento aunque no constara por escrito, como es buena prueba que el marido procedió a vender parte de la finca, venta que se documentó en escritura privada, actuando en nombre y representación de su esposa, que vino a ratificar expresamente al firmar el referido documento.

C. R. R.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—ES IMPROCEDENTE LA PRORROGA PRETENDIDA POR EL ARRENDATARIO YA QUE ES PREFERENTE EL DERECHO A RECUPERAR EL CULTIVO DIRECTO POR EL ARRENDADOR SEGUN EL ARTICULO 11 DE LA LEY DE ARRENDAMIENTOS DE 1959. (SENTENCIA DE 16 DE DICIEMBRE DE 1987.)

El Juzgado de Lora del Río estimó la demanda, la que confirmó la Audiencia. No prospera la casación. Pretende el recurrente que al manifestar los arrendadores su propósito de recuperar la finca para su cultivo directo, no hay razón que justifique la exigencia de notificación por el colono de su intención de seguir en la explotación de la finca, haciendo uso de su derecho de prórroga, por lo que es admisible el pronunciamiento de la Sentencia impugnada declarando resuelto el contrato por expiración del plazo contractual denegando la prórroga por tener intención los arrendadores de cultivar directamente la finca durante seis años, siendo improcedente la prórroga por ser preferente el derecho del propietario a recuperar la finca, como se deduce del artículo 11 del Reglamento de Arrendamientos Rústicos de 1959 y de la Sentencia de 14 de junio de 1954, con independencia de que el arrendatario hubiese manifestado o no, con la antelación prevenida en el número 4 del artículo 10 del mismo Reglamento, su intención de continuar. Los arrendatarios, por otra parte, no tienen la condición de cultivadores directos y personales para merecer la protección especial concedida a los que reúnen esa cualidad. En el convenio de 1979 se comprometieron los arrendatarios a dejar libre la finca en 1983, sin que aquel supusiera novación extintiva del primitivo contrato sino una novación modificativa que no opera la extinción del primitivo en el que se fijó un plazo de seis años para el contrato, modificando sólo el número de fincas incluidas en el contrato quedando reducidas a una sola de las contenidas en el primitivo.

C. R. R.

RETRACTO.—SEGUN EL ARTICULO 16 DEL REGLAMENTO DE 1959 ES PREFERENTE EL RETRACTO DE COMUNEROS SOBRE EL ARRENDATICIO. (SENTENCIA DE 25 DE ENERO DE 1988.)

Admite la demanda el Juzgado de Burgo de Osma, pero revoca la Audiencia de Burgos.

No prospera la casación. Uno de los copropietarios había vendido su tercera parte a los hermanos coherederos, que se oponen al retracto arrendaticio por alegar que habían permutado la finca con otra propiedad de sus hermanos, propietarios de las dos terceras partes, siendo de aplicación el número 5 del artículo 16 del Reglamento de Arrendamientos Rústicos de 1959, que concede preferencia al retracto de comuneros sobre el de arrendamientos, lo que hace inviable la acción del arrendatario. Aunque la escritura de venta se realizó después de la Ley de 1980, que concede preferencia al retracto arrendaticio sobre el de los comuneros, hay que tener en cuenta que la venta se había hecho en documento privado, en 1970 y el arrendatario manifiesta en confesión judicial que conocía este hecho, por lo que la venta se consumó con mucha anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de 1980, no teniendo otra finalidad la escritura que arbitrar un medio para la inscripción de la transmisión en el Registro. La eficacia del documento privado se determina no sólo por la fecha en que había muerto uno de los firmantes del mismo sino también por otros elementos probatorios, lo que desvirtúa la argumentación de aquél se confeccionó para alterar lo pactado en la escritura. Tampoco puede admitirse la falta de notificación de la transmisión a que se refiere el artículo 16 del Reglamento de 1959, ya que, según lo dispuesto en el apartado 5.º del mismo precepto, es preferente el retracto de comuneros sobre el arrendaticio y no nace a favor del arrendatario el derecho de retracto que él se atribuye.

C. R. R.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—EL ARRENDATARIO TIENE LA CONDICION DE CULTIVADOR PERSONAL Y DE PROFESIONAL DE LA AGRICULTURA AUNQUE NECESITA LA AYUDA DE OTRAS PERSONAS PARA LA EXPLOTACION DE LA FINCA. (SENTENCIA DE 28 DE ENERO DE 1988.)

El Juzgado número 3 de Salamanca estimó la demanda, lo que confirma la Audiencia.

Triunfa la casación. Se ha reconocido en la Sentencia que el demandado arrendatario es profesional de la agricultura, sin que se pruebe que tenga otra ocupación que la agrícola, aunque necesite la ayuda de sus hijos para la explotación, dada la invalidez permanente absoluta que tiene reconocida por la Seguridad Social, lo que impide el desempeño material de las faenas agrícolas; pero no es obstáculo para llevar la explotación con ayuda de otras personas, teniendo su hijo la condición de asalariado, sin que sea preciso que la utilización del asalariado sea circunstancial, ya que la justa causa de impedimento del arrendatario demanda su permanencia y no ofrece inconveniente que el asalariado sea un hijo, porque no puede ser de peor condición un hijo que un extraño. Es de aplicación el apartado 2.º del artículo 25 de la Ley de 1980, al que, con limitación de prórrogas de veintiún años se remite la Disposición Transitoria 1.ª, sin preci-

sión de notificación previa de un año al arrendatario del uso de esas prórrogas, ya que la prórroga se entiende utilizada cuando el arrendatario no renuncia a seguir en el arrendamiento y, sin precisar previa notificación al respecto, salvo eventos de excepción que no se dan en este supuesto y, sin que obste la situación de pensionista del arrendatario, ya que ella no impide que tenga la condición de cultivador personal y de profesional de la agricultura.

C. R. R.

ARRENDAMIENTOS URBANOS

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO DE LOCAL.—DEL CONJUNTO DE LAS PRUEBAS PRACTICADAS RESULTA LA DESOCUPACION Y NO USO DEL LOCAL ARRENDADO, AUNQUE ALGUNA DE ELLAS SEA CONTRADICTORIA CON LAS DEMAS. (SENTENCIA DE 22 DE FEBRERO DE 1988.)

El Juzgado número 7 de Barcelona estimó la demanda, confirmando la Audiencia.

No prospera la casación. El error de hecho alegado por la recurrente se basa en documentos obrantes en autos, que demuestran la equivocación del Juzgador y se limita a emitir un juicio valorativo de dos recibos de consumo de energía eléctrica, enfrentándolos al resto de las pruebas que se citan, entre ellas la certificación de la sociedad suministradora de energía, doctrina que, a lo largo de 1982 y hasta abril de 1983 da en doce ocasiones un altamente significativo consumo cero. Subsiste la afirmación fáctica de la instancia, es decir la desocupación o no uso o a lo sumo un uso esporádico y aislado en términos que excluyan la mínima actividad o utilización del local junto a la inoperancia del argumento de realización de obras, que se cita como justo motivo del cese de la actividad en los locales, sin prueba en su entidad, que sienta el juzgador de instancia, valorando la prueba practicada en autos.

C. R. R.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—ES VALIDA LA NOTIFICACION HECHA AL ARRENDADOR DEL PROPOSITO DE TRASPASAR EL LOCAL HECHA POR EL ARRENDATARIO AUN DESPUES DE PRESENTADA LA DEMANDA DE RESOLUCION SI EL EMPLAZAMIENTO DEL DEMANDADO NO SE HABIA REALIZADO TODAVIA. (SENTENCIA DE 23 DE FEBRERO DE 1988.)

El Juzgado número 16 de Madrid desestima la demanda, pero la Audiencia revoca la anterior.

Triunfa la casación. El local había de destinarse a venta de automóviles, facultando al arrendatario para traspasar el local. En julio de 1982 se comprobó que en el local figuraba además de un cartel indicador del negocio del arrendatario, otro cartel y diversos letreros con otras inscripciones. Después de presentada la demanda, el arrendatario notificó notarialmente al arrendador su propósito de traspasar el local arrendado, encontrándose un mes después el local

cerrado en horas comerciales, remitiéndose a otra tienda propiedad de persona distinta. Hay que tener en cuenta que, aunque la demanda se presentó en junio de 1983 no se pudo realizar el emplazamiento por no residir el demandado en el lugar en que se llevó a cabo la diligencia hasta diciembre, por lo que cuando se realizó el acta en octubre, expresando el deseo de traspasar el local, el demandado no conocía la iniciación del proceso, ignorancia que no le era imputable. La referida acta cumple el requisito de fehaciencia y fue realizada en momento oportuno. Pero además tiene dicho esta Sala que el cumplimiento de los requisitos previos de los artículos 32 y siguientes de la LAU no es necesario, cuando el consentimiento del arrendador al traspaso aparece del contenido de las cláusulas contractuales como aquí ocurre. Como dijo la Sentencia de 23 de octubre de 1987, la existencia de letreros en un local comercial no constituyen prueba suficiente para indicar que es de otra entidad y si a lo sumo, la circunstancia de pertenecer el arrendatario a una red comercial, que implica conexión con las concesiones de otras marcas, dedicadas a dicho tráfico cual en este caso acontece. No consta acreditado que el traspaso se hubiese realizado y sí únicamente la notificación fehaciente del arrendatario al arrendador de su decisión de realizarlo, hecha en octubre de 1983, antes de la diligencia notarial de 17 de noviembre pero, además y aun cuando el traspaso se hubiese realizado, no puede olvidarse que dicha notificación no era necesaria, habida cuenta de lo indicado antes, a estos afectos. La única razón de ser de la reclamación del arrendador sería la falsedad del precio, que no a sido tratada en este recurso.

C. R. R.

REVISION DE RENTAS.—ES CORRECTA LA APLICACION DE LAS DISPOSICIONES LIMITATIVAS DE LOS AUMENTOS DE RENTA DE 1975, 1976, 1978, 1979 Y 1980, PERO SOLO HASTA 31 DE DICIEMBRE DE 1981 (VIVIENDAS) Y 31 DE DICIEMBRE DE 1980 (LOCALES). LA RENTA QUE HA DE SERVIR DE BASE NO ES LA INICIAL, SINO LA ACUMULADA EXIGIBLE SEGUN EL RD-L DE 12 DE DICIEMBRE DE 1980. (SENTENCIA DE 9 DE MARZO DE 1988.)

El Juzgado número 2 de León estimó la demanda, pero la Audiencia revocó parcialmente la anterior.

La casación es estimada parcialmente. Se altera la Sentencia impugnada en cuanto, aunque sea correcta la aplicación de las limitaciones que la legislación coyuntural representada por los RRDD de 17 de noviembre de 1975, 6 de octubre de 1976, 4 de enero y 26 de diciembre de 1978, 29 de diciembre de 1979 y 2 de diciembre de 1980, hay que aclarar que tales limitaciones sólo pueden extenderse hasta 31 de diciembre de 1981 (viviendas) y hasta el 31 de diciembre de 1980 (locales) por ser estos los topes de vigencia señalados en la normativa dicha; de otro lado la renta que ha de servir de base para los incrementos en las revisiones a realizar no es la contractual inicial sino la acumulable exigible según los términos del apartado 2.º del artículo 1.º del RD-L de 12 de diciembre de 1980, teniendo en cuenta lo pactado y las limitaciones temporales de los Reales Decretos indicados, abstracción hecha de que el arrendador hubiese aplicado o no los incrementos procedentes, no obstante estar en situación contractual de hacerlo, quedando siempre a salvo los límites de actualización que, por voluntad de las partes se hayan producido ya en cada caso concreto, como puntualiza la Sentencia al reputar inalterables las revisiones de renta ya realizadas por mutuo acuer-

do de las partes. El criterio interpretativo más arriba expuesto en cuanto comporta alteración del método para fijar la cuantía de la merced debida a la parte demandante hasta enero de 1983 y del montante a exigir de los arrendatarios en los períodos vencidos en la fecha de la presentación de la demanda, lleva consigo la realización de las oportunas operaciones que materialicen los principios expuestos que han de ser deferidos a la fase de ejecución de Sentencia.

C. R. R.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO DE LOCAL.—NO HAY UN MERO CAMBIO DE DENOMINACION SOCIAL SINO LA INTRODUCCION DE UNA PERSONA DIFERENTE EN EL ARRENDAMIENTO A LA QUE LOGICAMENTE CORRESPONDE UN NUEVO NOMBRE. (SENTENCIA DE 16 MARZO DE 1988.)

El Juzgado número 3 de Santiago estimó la demanda pero la Audiencia revocó la anterior.

Triunfa la casación. La Sentencia impugnada entiende que “Banco de Valladolid” transformó su denominación en la de “Barclays Bank, SAE” acogiéndose a la legislación vigente sin que se produjese la absorción ni la fusión o transformación de la sociedad arrendatario en otra distinta, pero reconoce que dicha entidad extranjera tiene una sucursal en España indendiente el “Barclays Bank SAE” aunque ambas mantengan relaciones de colaboración muy estrecha. Por ello ha de estimarse el motivo que indica la falta de aplicación de los artículos 114 causa 5.^a y 32 LAU puesto que esa relación entre ambas entidades está poniendo claramente de relieve que esta entidad extranjera actúa en el local sin el consentimiento de los arrendadores generando la introducción de un tercero en el vínculo arrendaticio, llámese tal introducción cesión, traspaso o subarriendo, dada la prohibición legal de que el local arrendado a una persona sea ocupado por otra distinta, salvo que la sustitución estuviera debidamente autorizada, siendo suficiente para probar esta situación la prueba de presunciones siendo bastante los requisitos del artículo 1.253 CC, enlace entre el hecho base y el hecho consecuencia, que cabe apreciar a la vista de los impresos y anuncios puestos en relación con la colaboración apreciada entre “Barclays Bank SAE” y “Barclays Bank”, significativa de la actividad bancaria de este local siendo presumible que la titularidad la ostente la entidad que se anuncia en el local. No obsta como dice la resolución impugnada que el mero cambio de denominación de una entidad no es determinante de la resolución contractual, pues la situación creada no se ha limitado a esa alteración nominal, sino que se ha introducido una persona diferente a la que corresponde un nuevo nombre, generando la ingerencia de un tercero en el vínculo arrendaticio, sin consentimiento de los arrendadores.

C. R. R.

RETRACTO.—NO PROCEDE EL RETRACTO EN LOS CASOS DE DIVISION Y ADJUDICACION DE COSA COMUN Y AUN, RESPECTO A LAS PARTICIPACIONES INDIVISAS, EN QUE PODRIA ADMITIRSE, ES PREFERENTE EL RETRACTO DE COMUNEROS. (SENTENCIA DE 24 DE MARZO DE 1988.)

No admite el retracto el Juzgado número 15 de Madrid ni la Audiencia de la misma capital.

Tampoco prospera la casación. La adjudicación que se hizo del piso a los demandantes, constituía la materialización de las partes indivisas heredadas de su padre, exceptuada por tanto del derecho de retracto, por lo que los demandados adquirieron una titularidad inatacable por el inquilino convirtiéndose en comuneros, respecto a las participaciones indivisas, lo que conduce a la consecuencia de que, incluso en relación con ellas, sobre las que podía operar el retracto, tienen los demandados el retracto de comuneros con la preferencia que le otorga el artículo 50 LAU. Al disolverse el condominio no se ha producido enajenación, por lo que no procede el retracto que requiere la transmisión a personas extrañas a la comunidad, lo que no acontece en este caso. En cualquier caso es preferente el derecho de los comuneros sobre el que asiste al inquilino, ya que admitir lo contrario significaría privar en absoluto al condueño que adquiere su participación por herencia de la posibilidad de retraer, convirtiendo la excepción a la norma en letra muerta.

C. R. R.

DECLARACION DE DERECHOS.—NO EXISTE UNA CLAUSULA CONTRACTUAL SOBRE DISTRIBUCION DEL LOCAL ARRENDADO ENTRE LOS DOS ARRENDATARIOS POR LO QUE SIENDO LA FORMA DE PAGO POR MITAD; DEBE HABER UNA IGUALDAD ENTRE LAS PARTES EN QUE EL LOCAL DEBE DIVIDIRSE. (SENTENCIA DE 8 DE ABRIL DE 1988.)

El Juzgado de Córdoba número 2 admite la demanda y confirma la Audiencia de Sevilla.

No prospera la casación. No consta la existencia de un convenio que atribuya 80 metros cuadrados de local al demandado y sólo 8 al demandante, satisfaciendo las rentas por mitad ambos sino que las partes no distribuyeron ni repartieron el disfrute del local litigioso, limitándose a convertir la vivienda en local de negocio, tirando los tabiques y transformándolo en una sola pieza, excepto la cocina. Al surgir discusiones entre las partes y romperse la asociación entre ambos, el demandado unilateralmente cerró la puerta de la cocina con lo que los 8 metros cuadrados se independizaron del local arrendado, asignándoseles al actor. Las partes pueden establecer los pactos que tengan por conveniente, con los límites del artículo 1.255 CC pero no consta que se pactase ninguna cláusula sobre distribución del local, siendo la forma de pago por mitad debiendo pronunciarse la igualdad de las partes en que el local debió dividirse.

C. R. R.

DERECHO DE RETORNO.—SI EL ARRENDADOR LO HACE IMPOSIBLE, PROCEDE LA INDEMNIZACION, CONFORME A LA DOCTRINA DE LAS OBLIGACIONES DE DAR. (SENTENCIA DE 10 DE JULIO DE 1989.)

La demanda que formuló don Jesús H. I., iniciadora del Juicio de Menor Cuantía de que deriva este recurso de casación, solicita se condene a los demandados don Marcelino C. I. y esposa, al pago de cinco millones de pesetas, como indemnización de daños y perjuicios en concepto de incumplimiento de la reserva de vivienda o derecho de retorno de la misma, tal y como venía sancionado por la resolución que dictó la Audiencia Provincial de Oviedo, actuando como Tribunal civil en pleito promovido por el señor Hernández para que se cumpla el derecho de retorno que tiene reconocido o, en su defecto, a abonar la indemnización que resulte más equitativa conforme a prueba o en fase de ejecución de Sentencia. El Juzgado de Primera Instancia de Pola de Laviana estimó la demanda condenando a los demandados a satisfacer al actor la suma de 500.000 pesetas por el concepto pedido, siendo base de tal condena el haber apreciado el Juzgador que el demandado actuó dolosamente y faltando a la buena fe, a cuya observancia obliga toda relación arrendaticia, con lo que se retrasó la entrega de las llaves de la vivienda recuperada que llevaba en renta el actor y ahora recurrente, llegándose al extremo de imposibilidad de dicha entrega por haberla vendido el demandado y ahora recurrido mediante escritura pública a tercera persona, lo que llevó a efecto con fecha 10 de enero de 1983, siendo así que la Sentencia que reconoció el derecho de retorno es de fecha 2 de diciembre de 1982. Previo recurso de apelación, la Sentencia en este recurso de casación impugnada revoca la recurrida y desestima la demanda, absolviendo a los demandados, fundamentando su fallo principalmente en que el demandante, ahora recurrido, "no agotó el proceso que culminaba la realización de su propio derecho, utilizando a tal fin la opción prevista en el artículo 88 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, para retornar a la vivienda previamente elegida en el inmueble reedificado o reclamar al arrendador una indemnización de cinco anualidades de la renta".

El motivo primero del recurso se funda en el número 5 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, alegando la violación por no aplicación del artículo 1.101 del Código Civil, en relación con el artículo 1.694, inc. 2.º, y el artículo 1.971 del propio Código. Parte el motivo de la Sentencia firme de fecha 2 de diciembre de 1982, dictada por la Audiencia Provincial de Oviedo, en la que se condenó al recurrido señor C. I. a la entrega de las llaves del piso de retorno en cumplimiento de ese derecho de retorno que tiene reconocido. La sucesión fáctica revela de una manera objetiva que a poco de recaer dicha Sentencia dando lugar al retorno, el día 10 de enero de 1983 el recurrido citado vendió el piso que tenía que entregar al recurrente, conociendo el pronunciamiento de la referida Sentencia; conducta que con razón el Juez de Primera Instancia calificó de dolosa y consecuente con la conducta obstructiva a la realización del retorno que venía siguiendo el señor C. I., como ya habían hecho observar anteriores resoluciones judiciales. En vista de ello no se pudo ejecutar la Sentencia citada declarativa del derecho de retorno y de la entrega de llaves, decretando el Auto de 27 de abril de 1984, dictado por el Juez de Distrito de San Martín del Rey Aurelio, que al recurrente "le corresponde adoptar las medidas legales que le asisten". Estas medidas no pueden consistir, como erróneamente entiende la Sentencia recurrida, en volver a empezar, es decir, ejercitar la acción optativa

que le concede el artículo 88 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, pues, en esa alternativa que confiere al arrendatario dicho artículo 88, ya optó por reclamar la vivienda, y así lo hizo en el Juicio 628/1984 ante el Juzgado de Primera Instancia de Pola de Laviana; aunque en realidad ya tenía reconocido su derecho a la vivienda en la sentencia expresada, ya firme, de la Audiencia Provincial de Oviedo de 2 de diciembre de 1982, y es totalmente improcedente ahora que vuelva a optar, pues ya lo hizo con el resultado indicado en ambos procesos. Nada obsta, en definitiva, a que fallida repetidamente la entrega de la vivienda mediante sus llaves, pida en la demanda origen de este pleito la indemnización de daños y perjuicios, que es en lo que se transforma una obligación de hacer cuando no es posible llevarla a cabo (arts. 1.098, p. 1, del CC, y 924, p. 1, de la LEC, por analogía), sancionando el artículo 1.101 del Código la misma conclusión; norma aplicable al supuesto debatido, en cuanto que resultó probada la conducta dolosa del recurrido que hizo imposible el cumplimiento del derecho de retorno impuesto por la Ley de Arrendamientos Urbanos, siendo condigna consecuencia la indemnización de daños y perjuicios causados, cuya existencia consta de lo actuado según puso de relieve la Sentencia de primer grado. Procede en justicia, por todo ello, la estimación del primero de los motivos del recurso

El segundo de los motivos, y último alegado, se apoya también en el número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción por no aplicación del artículo 360, p. 2, de la Ley Procesal, en relación con el artículo 1.101 del Código Civil. Una vez estimado el primero de los motivos y constando la existencia de daños causados por el incumplimiento del recurrido de su obligación de reintegrar al recurrente a la vivienda que le correspondía, como fue acordado en Sentencia firme, es procedente la estimación también del segundo motivo, que viene a ser consecuencia de la estimación del anterior. En cuanto esta Sala, de conformidad con el número 3.º del artículo 1.715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ha de resolver lo procedente teniendo en cuenta el planteamiento del litigio, ello implica en este caso ocupar el lugar del Tribunal de instancia, a quien compete la determinación de la cuantía de los daños, y toda vez que no es posible su determinación ahora, ni lo fue durante el proceso, procede dejar este punto para ejecución de Sentencia, conforme se pide en el segundo motivo, y ha declarado esta Sala en numerosas Sentencias (13 junio 1981, 22 diciembre 1967, y otras) con lo que se cumple el artículo 360, p. 2, de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En definitiva, procede la estimación del recurso, anulando la Sentencia recurrida, y la revocación en parte del fallo dictado por el Juez de Primera Instancia para acomodarlo a lo expresado en este fundamento de derecho.

R. DE A.

TRANSMISION DE LA CONDICION DE ARRENDATARIO, POR VIRTUD DE UN CONTRATO DE SOCIEDAD Y CON CONSENTIMIENTO DE LA ARRENDADORA. (SENTENCIA DE 14 DE JULIO DE 1989.)

Para la adecuada y exigible comprensión del *thema decidendi* que somete a nuestra resolución el presente recurso, se hace imprescindible dejar consignados los antecedentes que sirvieron de presupuesto al laudo arbitral aquí impugnado, que fueron los siguientes: 1.º Don Francisco G.P. era titular de un puesto de

venta de prensa, que tenía instalado en el portal o portería de la casa número cinco de la calle Gondomar, de Córdoba, con almacén en una habitación del ático de la misma casa, de cuyos locales era arrendatario. 2.º Mediante documento privado de fecha uno de enero de mil novecientos ochenta y cinco, don Francisco G. P. y doña Trinidad P. F. celebraron un contrato, que calificaron de "cuentas en participación", cuyas estipulaciones esenciales, para lo que aquí interesa, fueron las siguientes: *a)* Don Francisco G. P. aportó el referido negocio en marcha, vacío de existencias, y doña Trinidad P. F. aportó su trabajo personal para la venta de prensa y cincuenta mil pesetas en metálico; *b)* Doña Trinidad P. F., además de tomar posesión de los referidos locales, pasó a ser la única titular del expresado negocio de venta de prensa, para lo cual se obligó a darse de alta en Contribución Industrial, Seguridad Social de Autónomos, asegurar el local y pagar cuantos impuestos, tasas o arbitrios recaen sobre el negocio; *c)* La participación de cada contratante en los beneficios o pérdidas de dicho negocio se fijó en el cuarenta por ciento para el señor G. y el sesenta por ciento para la señora P.; *d)* Para las diferencias o discrepancias que pudieran surgir entre ellos en el cumplimiento de dicho contrato, los contratantes se comprometieron a someter la decisión de las mismas al juicio de árbitros ("juicio de amigables componentes", se dice textualmente en el contrato). 3.º Por haber sido, al parecer, declarada en ruina la expresada casa en cuyo portal (y habitación en ático) estaba instalado el mencionado negocio, doña Trinidad P. F. y la propietaria de la casa otorgaron escritura pública de fecha 28 de julio de 1986, autorizada por el Notario de Córdoba don Jorge Lahoz Cuervo (núm. 703 de su protocolo), por la que dieron por resuelto el contrato de arrendamiento de los expresados locales (portal y habitación en ático), y la propietaria concedió a la señora P. la opción de compra de un local en la misma casa, cuando sea reconstruida. 4.º Mediante acta autorizada por el Notario de Córdoba don Adolfo Viguera Delgado, de fecha 23 de abril de 1987 (núm. 512 de su protocolo), don Francisco G. P. requirió a doña Trinidad P. F. para que diera por resuelto el contrato entre ellos celebrado de fecha 1 de enero de 1985, practicaran la liquidación "de las cuentas o asociación" y desalojara "el local de la portería de la casa número cinco de la calle Gondomar, toda vez que el requirente a título personal es único y legítimo arrendatario del mismo". 5.º A dicho requerimiento, mediante acta de fecha 27 de abril de 1987, autorizada por el Notario de Córdoba don Adolfo Viguera Delgado (núm. 527 de su protocolo), contestó la señora P., mostrando su conformidad a dar por resuelto el contrato de 1 de enero de 1985 y a practicar liquidación de cuentas, pero oponiéndose a devolver el local, por considerarse ella la arrendataria del mismo. 6.º Ante dicha respuesta de la señora P. y por no haber accedido ésta tampoco al otorgamiento de la correspondiente escritura pública de compromiso para someter, conforme tenían estipulado, a la decisión de árbitros las discrepancias entre ellos existentes, el señor G. solicitó la formalización judicial del compromiso, lo que, previa la tramitación correspondiente, se llevó a efecto por Auto del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Córdoba, de fecha 20 de julio de 1987, que decidió que las discrepancias existentes entre las partes serán resueltas, en arbitraje de Derecho, por tres Letrados ejercientes de Córdoba, y que las cuestiones a resolver por los árbitros son las que se relacionan en la parte dispositiva de dicho auto bajo las letras *a)* a *h)*, ambas inclusive, de las cuales, para lo que interesa al objeto del presente recurso, las señaladas bajo las letras *b)*, *c)*, *d)* y *e)* dicen literalmente lo siguiente: "*b)* Quien ostenta la condición jurídica de arrendatario del local de calle Gondomar, 5, de esta ciudad, en que se ubica el negocio de venta de prensa y revistas, a partir de la firma del contrato

de cuentas en participación del 1 de enero de 1985. *c)* Si doña Trinidad P. F. estaba legitimada o facultada, según repetido contrato, para firmar como arrendataria del local el acuerdo de resolución del arrendamiento que suscribió con la propietaria de la casa en escritura pública de 28 de julio de 1986, debiendo pronunciarse sobre la validez, nulidad, anulabilidad o ineficacia de dicho acuerdo de resolución, en función de que se entienda que doña Trinidad P. F. ostentaba o no, a la sazón, y a título personal, la cualidad jurídica de arrendataria, o estaba o no facultada para suscribir el acuerdo como arrendataria. *d)* Quien ostenta la condición jurídica de arrendatario del repetido local y el derecho exclusivo y excluyente de poseerlo y ocuparlo a partir de la resolución, en su caso, del contrato de cuentas en participación de 1 de enero de 1985, y en caso de que tal condición recaiga exclusivamente y a título personal en don Francisco G. P., declarar que es este señor personalmente el único legitimado y facultado para convenir, en su caso, con la propietaria la resolución del arrendamiento del local. *e)* Si como consecuencia de la resolución del contrato de cuentas en participación de 1 de enero de 1985, doña Trinidad P. F. deberá con carácter inmediato desocupar y dejar expedito a disposición del señor G. P. el local de calle Gondomar, 5, de esta ciudad, fijando, en su caso, el plazo de dicho desalojo”.

Los árbitros, designados por insaculación, a falta de conformidad de las partes, fueron tres Abogados del Ilustre Colegio de Córdoba, quienes, previa aceptación y después de seguir el trámite adecuado, ante Notario y dentro de plazo, dictaron el laudo, en el que, aparte de otros extremos que aquí nos interesan, por unanimidad decidieron las cuestiones sometidas a su resolución bajo los apartados *b)* a *e)*, que anteriormente hemos transcrito, en el sentido de que, a partir de la celebración del contrato de fecha 1 de enero de 1985, la señora P. pasó a ser la arrendataria del local (portal y habitación en ático) en que estaba ubicado el negocio de venta de prensa, por lo que dicha señora al finalizar el referido contrato, no estaba obligada a devolverlo al señor G. y, además, se hallaba facultada, como tal arrendataria, para resolver el contrato de arrendamiento del aludido local por acuerdo con la propietaria arrendadora. Contra dicho pronunciamiento del expresado laudo arbitral, don Francisco G. P., interpone el presente recurso de casación, a través de cinco motivos, articulados todos ellos por el cauce procesal del ordinal quinto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

De todos los expresados motivos, debe ser estudiado en primer lugar el tercero de ellos, por el que el recurrente, aunque de manera inadecuada, como luego se dirá, trata de impugnar la valoración probatoria hecha por los árbitros, al considerar probado que la señora P. pasó a ser la arrendataria del local, pues al ser dicho motivo el básico o angular, los demás, que vienen a ser tributarios del mismo, habrán de seguir la misma suerte de aquél. Por tal motivo tercero, diciendo denunciar infracción del artículo 1.249 del Código Civil y la doctrina de esta Sala contenida en las Sentencias que cita, el recurrente alega y quiere patentizar que los árbitros han llegado incorrectamente, por la vía de presunciones, a la conclusión de que la señora P. pasó a ser la arrendataria del local a partir de la celebración del contrato de 1 de enero de 1985. La defectuosa formulación, a la que anteriormente hemos aludido, de este motivo, por el que, por el cauce del ordinal quinto, se denuncia la infracción del artículo 1.249 del Código Civil, fluye de la uniforme y consolidada doctrina de esta Sala (SS. de 23 junio 1981; 26 julio 1985; 25 octubre 1986; 12 febrero 1987; 25 enero y 5 febrero 1988, entre otras), con arreglo a la cual, al ser dos los elementos que en toda presunción intervienen, el del hecho demostrado y el de la inferencia (hecho “base” el prime-

ro y hecho "consecuencia" el segundo), la impugnación en trámite casacional del uso que en la instancia se haya hecho de la prueba de presunciones tiene un doble cauce: uno, por la vía del ordinal cuarto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para dirigirse contra el hecho-base, demostrando el error de hecho padecido en su establecimiento con infracción del artículo 1.249 del Código Civil, y otro, por la vía del ordinal quinto del mismo precepto adjetivo, encaminado a combatir la precisión y el rigor lógico de enlace entre el hecho demostrado y el que se trata de deducir, con infracción del artículo 1.253 del Código Civil. Como lo que el recurrente trata de combatir a través de este motivo, pese a la equivocada cita que, como infringido, hace del artículo 1.249 del Código Civil, es únicamente el hecho "consecuencia" (que la señora P. pasó a ser la arrendataria del local), forzosamente ha de mantenerse invariable en esta vía casacional el hecho "base", aquí no combatido, que los árbitros han considerado probado, integrado tal hecho por las circunstancias fácticas de que, a partir de la celebración del contrato de 1 de enero de 1985, la señora P. entró en la posesión exclusiva del referido local; asumió, a todos los efectos, la titularidad única del negocio de venta de prensa ejercido en dicho local (con obligación de darse de alta en Contribución Industrial, Seguridad Social de Autónomos, asegurar el local y pagar cuantos impuestos, tasas o arbitrios recaen sobre el negocio) y quedó obligada a pagar y pagó, con cargo exclusivo a su propio patrimonio, las rentas correspondientes al arrendamiento del expresado local, y siendo ello así, los árbitros han actuado con plena concordancia o coherencia, ajustada a las estrictas reglas de la lógica y del criterio humano (art. 1.253 del CC), al obtener, por unanimidad, de dicho hecho-base la consecuencia de que, a partir de la celebración del contrato de 1 de enero de 1985, la señora P. pasó a ser la arrendataria única del repetido local, dejando de serlo el señor G., cuya consecuencia fáctica, por no ser contraria a las expresadas reglas, ha de ser aquí mantenida, con la correspondiente claudicación de este motivo.

La desestimación que acaba de hacerse del motivo tercero ha de llevar aparejada las del primero y segundo, ambos por el mismo cauce procesal del ordinal quinto, por los que el recurrente denuncia infracción del artículo 1.209 del Código Civil (en el primero) e infracción de los artículos 29 y siguientes de la Ley de Arrendamientos Urbanos y de la jurisprudencia de esta Sala que cita (en el segundo), y ello por las siguientes razones: *a)* Porque no habiendo sido desvirtuada la ya dicha conclusión fáctica, obtenida de modo unánime por los árbitros de Derecho, de que la señora P. pasó a ser la arrendataria del local litigioso, tal conclusión, como ya se ha dicho, ha de ser mantenida invariable: *b)* Porque el artículo 1.209 del Código Civil, que regula la subrogación de un tercero en los derechos de un acreedor, no guarda la más mínima relación con el caso aquí debatido y, precisamente por ello, no impide, ni puede impedir, que los Juzgadores de un supuesto litigioso, valorando la prueba practicada, puedan alcanzar la conclusión fáctica de quién es el verdadero y actual titular arrendatario de un inmueble o parte del mismo; *c)* Porque en este supuesto no ha sido objeto del arbitraje, ni, por tanto, se ha debatido, si la transmisión de dicha titularidad arrendaticia del señor G. a la señora P. se ha realizado o no con los requisitos que establecen los artículos 29 y siguientes de la Ley de Arrendamientos Urbanos, lo que únicamente podría ser invocado por la propietaria-arrendadora, cuyos derechos ni se han discutido, ni se ven afectados en modo alguno por el laudo arbitral aquí impugnado (aparte de que dicha arrendadora reconoció, en la ya citada escritura pública de 28 de julio de 1986, en la señora P. la cualidad de arrendataria del local), sino simplemente sí, a los efectos exclusivos de las relaciones

inter partes (entre el señor G. y la señora P., como consecuencia del contrato entre ellos celebrado con fecha 1 de enero de 1985), el primero transmitió a la segunda su titularidad arrendaticia, lo que, como apreciación fáctica que es, ha sido resuelto afirmativamente por los árbitros y aquí ha de ser mantenido, como ya se tiene dicho.

Por el motivo cuarto, con la misma sede procesal que los anteriores, denunciado como infringido el artículo 1.275 del Código Civil, el recurrente sostiene textualmente que "la infracción se ha producido al aceptar que la propietaria y doña Trinidad P. pudieran establecer relaciones arrendaticias sobre un local que tenía en arrendamiento el señor G., dejando al margen el mismo, es decir, con causa ilícita". La total y absoluta falta de consistencia jurídica del expresado motivo ha de determinar el ineludible fenecimiento del mismo, ya que la conclusión probatoria alcanzada por los árbitros, acerca de la transmisión de la titularidad arrendaticia a la señora P., no se ha basado en la existencia de pacto alguno, acerca de ello, entre dicha señora y la propietaria del local, sino exclusivamente en el contrato de fecha 1 de enero de 1985, celebrado entre el señor G. y la señora P., como consecuencia del cual y en cumplimiento del mismo el primero transmitió a la segunda la referida titularidad, transmisión que posteriormente fue aceptada y consentida por la propietaria de la casa.

La consideración de que pueden ser objeto de compromiso todas aquellas materias de Derecho privado sobre las que las partes puedan disponer válidamente (art. 14 de la Ley de 22 de diciembre de 1953, a la que viene sometido el arbitraje que aquí nos ocupa, precepto esencialmente coincidente, por otro lado, con el art. 1.º de la vigente Ley de Arbitraje de 5 diciembre de 1988) ha de llevarnos también a la desestimación del motivo quinto y último, por el que el recurrente denuncia al laudo impugnado de haber resuelto, según dice, sobre un punto que no puede ser objeto de arbitraje (la validez o no del acuerdo sobre resolución del contrato de arrendamiento del local, pactado dicho acuerdo entre la Sra. P. y la propietaria del mismo), y ello, por un lado, porque es materia de la libre disposición de todo arrendatario el poder pactar con el arrendador la resolución del contrato de arrendamiento que les une y, por otro, porque los árbitros se pronunciaron sobre la validez del referido acuerdo, conforme se les había pedido, una vez que consideraron probado que la arrendataria única del local era la señora P., por lo que se hallaba plenamente legitimada para pactar con la arrendadora el mencionado acuerdo.

R. DE A.

4. DERECHO PROCESAL

Por RICARDO DE ANGEL YÁGÜEZ

ARBITRAJE: CARACTER TAXATIVO DEL PLAZO PARA DICTAR EL LAUDO (NULIDAD POR EXTRALIMITACION DE ESE PLAZO). (SENTENCIA DE 17 DE JULIO DE 1989.)

El recurrente, don Juan Ignacio R. C., y el recurrido, don Amadeo B. C., suscribieron con fecha 8 de mayo de 1986 un contrato privado de sociedad, y como quiera que entre los socios surgieran desde un principio grandes diferencias de difícil solución amistosa, el señor B. acudió al Juzgado de Primera Instancia de Mahón para que se diera cumplimiento a lo establecido en los artículos 9 y 10 de la Ley de 22 de diciembre de 1953 en cuanto a la formalización judicial del compromiso que como contrato preliminar de arbitraje de equidad los socios habrían pactado en el de la sociedad privada que tenían establecido. El Juzgado, previos los emplazamientos y comparencias que procedían y no existiendo oposición al compromiso contraído por parte de ninguno de los interesados, dictó el Auto de fecha 10 de marzo de 1987, notificado a las partes los días 13 y 17 siguientes, en el que formalizaba el compromiso, indicando: el nombre de los tres árbitros designados; fijando en seis puntos las cuestiones a resolver, cuestiones que iban desde la determinación de la administración conjunta o separada de la sociedad, la conveniencia o no de la disolución, el procedimiento liquidatorio y sus autores y la adjudicación y pago del capital; señalándose asimismo el plazo de un mes para que los árbitros emitieran el laudo. Estos comparecieron ante el Notario de Mahón don Manuel Molíns Gascó, con fecha 3 de julio de 1987, para formalizar el solicitado laudo, pidiendo al mismo tiempo la notificación de aquél a los interesados; si bien con fecha 14 del mismo mes y año los árbitros rectificaron y completaron ante el mismo Notario su anterior resolución al manifestar que habrían sufrido un error en la adjudicación de los bienes. Definitivamente el laudo fue notificado a las partes interesadas con fecha 17 y 21 del indicado mes de julio.

El primer motivo que pretende amparar este recurso de nulidad lo refiere la parte recurrente al número 1.º del artículo 1.733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denunciándose una nulidad en la formalización judicial del arbitraje por cuanto entiende que la posible disolución de la sociedad no entra dentro de las cuestiones pendientes entre los socios, alegación que directa y esencialmente se contradice con el propio contenido del Auto del Juzgado en donde consta que el solicitante de la actuación judicial, señor B., propuso entre las cuestiones a resolver la disolución social, verbalmente decidida por los socios según afirmaba, y punto no contradicho por el recurrente, que no se opuso al compromiso contraído, manifestando los puntos que debían ser objeto de laudo y sólo discrepando respecto a la designación del tercer árbitro. A la vista de esta conformidad de las partes, el Juzgado nombra los árbitros, fija las cuestiones a resolver, no contradichas o realmente existentes, y señala el plazo prudencial para decidir. Pero aunque fuera cierto que a la parte recurrente no le interesara la comentada disolución de la sociedad, lo que nadie oculta es que a su contrario

si le convenía, por lo que en definitiva “era una cuestión surgida entre socios” y respecto a la cual, según el artículo 13 de los estatutos sociales, debía de someterse a la decisión de los árbitros de equidad; causa por la cual el Juzgado de Mahón procedió correctamente al incluirla entre las cuestiones a ser resueltas por los árbitros, eliminándose por estas razones la existencia de la nulidad que se alega en el motivo que estudiamos.

Distinto tratamiento merece el motivo segundo, que la parte recurrente ampara en el número 2.º del citado artículo 1.733 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y que viene referido a la expiración del plazo señalado en el compromiso. La doctrina de esta Sala tiene establecido que la sustitución de la actividad jurisdiccional del Estado por la privada de terceros, a la que se someten los interesados, sólo será eficaz y estará revestida de validez durante el plazo señalado en la escritura de compromiso, de la que constituye cláusula indispensable según el artículo 17.4 de la Ley de 22 de diciembre de 1953, siendo de tan riguroso cumplimiento el requisito de la oportunidad temporal que la emisión tardía del laudo vicia de esencial nulidad lo resuelto por haber cesado la potestad de los árbitros al no haber observado el término que les fue fijado para desempeñar su cometido, necesitándose para prorrogar el plazo concedido las mismas formalidades que para su otorgamiento, así como la cumplida justificación de su existencia (SS. 9 febrero 1983, 6 diciembre 1984, 6 octubre 1987, 5 julio 1976 y 31 octubre 1986), doctrina que contrasta con la sucesión fáctica acaecida en el presente caso, en el que los mismos árbitros reconocen en su laudo “que su decisión se ha aceptado por unanimidad en plazo de prórroga para dictarse, aceptada por los compromitentes, por no poderse practicar las pruebas en el periodo de treinta días”, justificación de tal prórroga que no se ha aportado a los Autos según exige el artículo 1.731.4.º de la Ley Procesal, reconociendo la misma parte recurrente, en su escrito de contestación al recurso, “que los árbitros no solicitaron prórroga para dictar el laudo, sino que se habría pactado por los compromitentes que los árbitros liquidaran la sociedad”; ausencia de petición y formalización de la pretendida prórroga que vicia la nulidad de lo resuelto por estar emitido cuando la potestad de los árbitros había cesado dado el agotamiento del plazo concedido a los mismos en el Auto de fecha 10 de marzo de 1987.

R. DE A.

RECURSO DE REVISION: NO CABE EN EL CASO DEL INTERDICTO, PORQUE ESTE PROCEDIMIENTO ADMITE UN JUICIO DECLARATIVO POSTERIOR.
(SENTENCIA DE 23 DE OCTUBRE DE 1989.)

Pretende el demandante-recurrente la rescisión por revisión de una Sentencia interdictal en la que fue condenado a la reintegración de la posesión de una finca, ya que en el proceso declarativo plenario posterior la Sentencia firme estimó la demanda del hoy recurrente al entender que el documento en el que se basaba la hoy recurrida para mantener su posesión fue simulado.

El proceso de interdicto posesorio, según el párrafo último del artículo 1.658 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no produce cosa juzgada material y tiene su vía específica de impugnación, excluyente del recurso extraordinario de revisión, en el proceso declarativo correspondiente sobre la propiedad o posesión definitiva, en el que se puede pedir el resarcimiento de todas las consecuencias gravosas del interdicto, como en este caso pretendió (y obtuvo) el hoy recurrente, de

modo que no se ha producido la extrema situación justificativa de este recurso, establecido para los casos en los que no exista posibilidad de seguir el camino específico de impugnación (SS. de esta Sala de 12 julio 1988 y 19 julio 1989, entre otras).

Por otra parte, la falsedad ideológica de unos títulos documentales no es la base de la protección posesoria interdictal, sino la situación de hecho que no es lícito alterar por vías de hecho aunque asista a quien las emplea la razón en el fondo, puesto que el interdicto limita la autodefensa en beneficio de los principios de apariencia y paz de modo esencialmente provisional, por lo cual nunca se puede suponer, en contra de lo que la propia Sentencia interdictal afirma, que su decisión se basó en documentos simulados o no, sino en el hecho, que se estimó probado, de la mera tenencia, de modo que aun en la hipótesis del documento simulado se hubiera producido la protección frente al despojo.

R. DE A.

ARBITRAJE DE EQUIDAD: CRITERIO PARA DETERMINAR CUANDO EXISTE EXTRALIMITACION DEL ARBITRO. (SENTENCIA DE 17 DE JULIO DE 1989.)

Se formula recurso de nulidad contra el laudo dictado el día 15 de junio de 1988 por el actuario de seguros elegido por las partes árbitro de equidad, sosteniendo la recurrente que aquél ha resuelto puntos no sometidos a su decisión, extralimitándose en sus funciones al haber decidido sobre la determinación de la deuda existente entre los comprometidos, cuestión que en opinión de la parte recurrente por su carácter jurídico "trascendía los conocimientos meramente técnicos del árbitro actuario de seguros", alegando al efecto la propia parte recurrente el acuerdo sobre un segundo arbitraje, también de equidad, "para la resolución de cuantas cuestiones puedan surgir de la interpretación y ejecución del contrato" y que habría de ser resuelto por un árbitro, Abogado en ejercicio en el Colegio de Madrid, designado por ambas partes de común acuerdo o, en su defecto, por el decano del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid.

El motivo, correctamente amparado en el número 3.º del artículo 1.733 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, debe ser desestimado de acuerdo con la más reciente pero ya reiterada jurisprudencia de la Sala según la cual (S. 17 junio 1987) el examen de si hubo o no exceso jurisdiccional en laudos de esta naturaleza, traspasando el árbitro los límites objetivos del compromiso, ha de examinarse y valorarse "no ateniéndose para ello a la literalidad de las cláusulas compromisorias, sino procurando introducir la voluntad de las partes" (S. 24 febrero 1987), pues la interpretación de los puntos sometidos a la decisión del árbitro "no puede hacerse de manera restrictiva y de forma que se coarte su libertad para resolver con toda su amplitud que el conjunto de lo pactado imponga racionalmente (S. 13 junio 1985), de modo que "si bien los árbitros no pueden traspasar los límites objetivos del compromiso, tampoco están obligados a interpretarlos con demasiada restricción, apartándose de la misión amistosa que se les confía" (SS. 9 octubre 1984 y 17 septiembre 1985).

En esa misma línea ha de insistirse en que la sustitución de la función jurisdiccional del Estado por la privada establecida por las partes que se someten a un arbitraje de equidad no puede quedar bloqueada o inutilizada por una interpretación restrictiva contraria a la lógica más razonable y a la propia iniciativa

de las partes en la resolución efectiva de sus discrepancias, permitiendo al socaire de una infundada interpretación literal del compromiso el ejercicio de una acción de nulidad en la que lo que en realidad se combate es la fundamentación jurídica de la resolución arbitral de la que disiente la parte recurrente, sin que en el caso de Autos pueda apreciarse extralimitación en los procedimientos concatenados de quien como resumen o concreción de sus razonamientos técnicos se limita a puntualizar y precisar, de acuerdo con las previsiones contenidas en el expositivo correspondiente de la escritura, operaciones aritméticas, atribuyendo a las partes las pertinentes liquidaciones en evitación de futuras y artificiosas dudas que pudieran distorsionar o dilatar la deseada eficacia del laudo dictado, siendo compatible con esas cuantificaciones o resúmenes liquidatorios con que el árbitro concluye su laudo, lógicamente técnico y complejo, la inicial previsión del arbitraje de equidad pensado por las partes para el caso de tener que resolver “cuantas cuestiones puedan surgir de la interpretación y ejecución de este contrato”. Previsión cautelar que, lógicamente, ha de fundamentarse y conectarse con la necesidad de que el árbitro resuelva efectivamente y de modo racional y completo las cuestiones planteadas por las partes, buscando así —como ya se ha dicho— la más genuina y eficaz sustitución de la función jurisdiccional del Estado por la privada.

R. DE A.

EJECUCION DE SENTENCIA: RASGOS DEL RECURSO DE CASACION DE ESTE TIPO DE PROCEDIMIENTO. (SENTENCIA DE 15 DE JULIO DE 1989.)

Como antecedentes necesarios para la adecuada resolución de los presentes recursos de casación deben tenerse en cuenta los siguientes: 1) Seguido juicio de mayor cuantía sobre cumplimiento de contrato e indemnización de daños y perjuicios, el Juzgado de Primera Instancia dictó Sentencia, cuyo fallo dice: “Que estimando la demanda interpuesta por el Procurador señor Lloret Mayor en nombre y representación de don Robert R. y doña Edna S. contra ‘Módulo 5, S.A.’, representada por el Procurador don Luis Reglá Benedito, y doña Josefa O. L., representada por el Procurador señor Llinares Llorca, debo declarar, y declaro, válido y obligatorio el documento suscrito con fecha 5 de marzo de 1979 entre los hoy litigantes y que en cumplimiento del mismo las demandadas deben hacer entrega a los actores del local de 57,35 metros cuadrados, sito en la planta baja del edificio Don Quico, entrada por la calle El Moli, de B..., con las obras que se especifican en la estipulación cuarta del citado documento, mediante contrato de arrendamiento con renta de 5.000 pesetas, debiendo indemnizar con arreglo a lo que se determine en ejecución de Sentencia los perjuicios causados a los actores, todo ello con imposición de costas por mitad a los demandados”; apelada esta resolución, fue confirmada por la Audiencia Territorial. 2) Instada por los actores la ejecución de la Sentencia, se siguió por sus trámites incidente para la determinación de la cuantía de los daños y perjuicios a cuyo pago habían sido condenados los demandados, recayendo Sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial, cuya parte dispositiva dice: “Fallamos: Con estimación del recurso de apelación interpuesto por doña Josefa O. L. en contra de la Sentencia de fecha 23 de abril de 1986, dictada por el señor Juez de Primera Instancia de Villajoyosa en incidente de ejecución de Sentencia dimanante de juicio de mayor cuantía; por don Robert R. y doña Edna S., promovidos frente a aquella y frente

a la mercantil 'Módulo 5, S.A.', incomparecida en esta alzada, y con revocación de dicha Sentencia, se condena a esta entidad a que abone a los demandantes señores S. la suma de 405.000 pesetas en concepto de indemnización de daños y perjuicios por la demora en la entrega a los mismos del local litigioso, y a la señora O. L. a que les pague, por el mismo concepto, la suma de dos 2.655.000 pesetas".

Sin que a ello obste el que tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial resolviesen el incidente en ejecución de Sentencia a que se refieren los presentes recursos por Sentencia y no por Auto como dispone el artículo 942, párrafo 1.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con el 931 del mismo texto, y el artículo 245.1.b) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, infracción no determinante de nulidad de pleno derecho al no causarse la indefensión que requiere el artículo 238.3.º de la Ley Orgánica, nos encontramos ante sendos recursos de casación de los regulados en el artículo 1.687, número 2.º, de la Ley de Enjuiciamiento citada, como se recoge en el escrito de preparación del recurso interpuesto en nombre de doña Josefa O., si bien en igual escrito del otro recurrente se dice, con evidente incorrección, que "la resolución recurrida es susceptible de recurso de casación al recaer sobre un incidente o artículo que hace imposible la continuación del juicio principal por poner término al pleito".

Ha establecido con reiteración esta Sala —SS. 26 septiembre 1986, 19 enero, 20 abril, 6 junio y 5 octubre 1988, entre las más recientes— que el especialísimo recurso de casación contra los Autos dictados en ejecución de Sentencia, establecido en el número 2.º del artículo 1.687 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en la redacción dada por la Ley 34/1984, de 6 de agosto, antes regulado en el artículo 1.695 de la Ley Procesal, sólo procede cuando concurre alguno de los supuestos previstos en aquel precepto, es decir, cuando los expresados Autos resuelven puntos sustanciales no controvertidos en el pleito ni decididos en la Sentencia o contradigan lo ejecutoriado, sin posibilidad de interpretaciones extensivas o analógicas, sin que se dé relación alguna entre este recurso y el normal regulado en el artículo 1.692 de dicha Ley en el que se comparan la Sentencia y la Ley para determinar la adecuación de aquélla a ésta, mientras que en el recurso del artículo 1.687.2.º la confrontación se hace entre el fallo ejecutorio y las actuaciones practicadas para su ejecución, la que determina que este recurso tenga un ámbito tan limitado que no permite su fundamentación en otros motivos que no sean los taxativamente enumerados en el citado artículo 1.687.2.º. Fundados los recursos interpuestos por don Robert R. y doña Edna S., de una parte, y por doña Josefa O. L., de otra, únicamente en motivos de casación del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el primero de ellos en los números 4.º y 5.º, y el segundo en el número 5.º del citado artículo, tales recursos han de ser desestimados por aplicación de la doctrina anteriormente expuesta, ya que tales motivaciones, no amparadas en el artículo 1.687.2.º, escapan a la censura casacional en que el Tribunal únicamente puede comprobar si la resolución recurrida es acorde con la Sentencia ejecutoria que se pretende llevar a efecto.

ARBITRAJE DE EQUIDAD. CAUSA DE RECUSACION NO CONCURRENTE AL FORMALIZARSE EL COMPROMISO (SENTENCIA DE 24 DE OCTUBRE DE 1989.)

Procede desestimar el primero de los motivos en que don Francisco D. A. fundamenta el recurso de nulidad de que se trata y que, al amparo del número 1.º del artículo 1.733 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, fundamenta la infracción del artículo 22 de la Ley de 22 de diciembre de 1953, que según dicho recurrente establece la impugnación del árbitro en quien recaiga alguna de las causas que dicho artículo establece en relación con el artículo 189.4.º y 9.º de la misma Ley, a menos que exista una dispensa expresa; porque aun superando el evidente error material que supone la referencia al citado artículo 22, cuando en realidad por el contenido y desarrollo del motivo que se examina se está haciendo referencia al 23, y salvando igualmente la relación que en orden a las causas de abstención y recusación se hace en apoyo de tal motivo a las causas 4.ª y 9.ª del artículo 189 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que ninguna referencia hace a la circunstancia invocada por el mencionado recurrente a relación laboral de dependencia y societaria entre la contraparte, don Juan R. R. y el árbitro designado don Juan Enrique B. S., es lo cierto que aunque se hiciera aplicación, por la remisión que se hace en el indicado artículo 23 de la Ley de 22 de diciembre de 1953 a relaciones que establezcan la posibilidad de abstención y recusación a la normativa al respecto aplicable para la causa de abstención y, en su caso, de recusación de la undécima del artículo 219 de la Ley Orgánica del Poder Judicial vigente del tiempo en que fue efectuada la designación del referido árbitro y llevado a cabo el arbitraje que le fue encomendado, en la que, ciertamente, figura "el ser una de las partes subordinado del Juez que debe resolver la contienda litigiosa", esta circunstancia no es de apreciarla en el presente caso, puesto que lo único que se acreditó al respecto es que don Juan R. R., parte afectada por el arbitraje en cuestión, ha prestado sus servicios en la Empresa Mutua Industrial Castellonense y en la Mutua Castellonense de Seguros, en la primera de las cuales aparece como Director Gerente el precitado don Juan Enrique B. S. en el ejercicio de 1985, pero no que esos servicios los estaba prestando en el año 1986 en que fue designado árbitro de las partes, ni en el año 1987 en que fue acordado por el correspondiente Organó judicial la formalización del compromiso y su nombramiento en tal carácter de árbitro y emitió el laudo arbitral, al deber entenderse aquella específica causa de abstención y de recusación prevenida en el indicado número 11 del artículo 219 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en relación actual de subordinación cuando el árbitro fue designado, nombrado y emitió su laudo arbitral, y no la situación que con anterioridad hubiese existido.

Tampoco es de acoger el motivo segundo, formulado al amparo del número 4.º del artículo 1.733 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por entender el recurrente don Francisco Elías D. A. que el árbitro ha actuado con exceso, extralimitación y abusivamente, en cuanto que en su parecer el arbitraje devenía necesario, porque si bien dicho recurrente aporta antecedentes que emanan de él en que se alega la aceptación de soluciones que dice le propuso don Juan R. R. para dejar zanjadas las cuestiones del arbitraje, sin embargo ninguna constancia se evidencia en las actuaciones de que esas soluciones se correspondan con las propuestas que atribuye al meritado don Juan R. R., ni concretamente que éste los hubiese aceptado, por lo que persisten las circunstancias de la apreciación de actividad de tan mencionado árbitro mediante el cumplimiento y efectividad del arbitraje que le fuera encomendado.

CUESTION DE COMPETENCIA POR INHIBITORIA.—DIVORCIO: CONCEPTO DE NUCLEO FAMILIAR. (SENTENCIA DE 12 DE JULIO DE 1989.)

Promovida demanda de divorcio por doña María Josefa G. P. contra su esposo, don Juan Angel S. M., ante el Juzgado de Primera Instancia de Albacete número 1, lugar donde radica su residencia, como también la de los dos hijos habidos en el matrimonio, Ester e Iván Gonzalo S. G., y cuya capital fue donde se celebró el matrimonio y nacieron los hijos, es evidente que la referida ciudad ostenta una vinculación en el orden familiar que no puede desconocerse a tenor de lo dispuesto en el artículo 70 del Código Civil en su redacción dada por la Ley de 7 de julio de 1981, en consonancia con el contenido del artículo 66 del mismo texto legal, trasunto fiel del mandato de los artículos 14 y 39.2 de la Constitución, máxime cuando está acreditado en Autos que en medidas provisionales de separación sustanciadas en el Juzgado de igual clase número 2 de Albacete, número 119/1985, se dictó Auto de 29 de mayo de 1985 en el que se hace referencia al domicilio conyugal como el establecido en la calle Z... de Albacete, sin que por el marido, que en las mismas diligencias compareció, se hiciera la menor objeción al respecto, no obstante constar que el esposo residía en el País Vasco por motivo de su destino profesional.

Cuando ahora el marido niega que el domicilio conyugal radicara en la calle Z... de Albacete, sin embargo afirma "que el matrimonio vivió en la calle H..., como consta en la fotocopia del documento nacional de identidad", lo que comporta un reconocimiento de que siempre ha sido Albacete el núcleo de residencia familiar, sin que la esporádica residencia que el marido indica tuvo lugar en la calle S... de Rentería haya sido objeto de prueba documental que garantice la raigambre de tal domicilio, habida cuenta de que, como bien dice la resolución del Juzgado de Albacete, la realidad social impone por mor de la facilidad de los traslados y transportes el reconocimiento de que transitoria y esporádicamente, como ya se dijo, se trasladen los familiares para visitarse con motivo de separación obligados por circunstancias de índole profesional como la de Autos; realidad social que ha de ser exponente de la aplicación de las reglas jurídicas conforme al artículo 3.1 del Código Civil, pero que en modo alguno ha de alterar la continuidad y permanencia del epicentro familiar cuando, como aquí ocurre, el propio marido se trasladó a Albacete compareciendo en las diligencias del Juzgado número 2 (119/1985), ya citadas, y estableciéndose el domicilio en dicha capital y calle mencionada, con residencia de la mujer y los hijos sin reparo u objeción alguna y cuya fecha de 29 de mayo de 1985 es la última que, con acuerdo del matrimonio en diligencias judiciales, ha de servir de punto de referencia a los efectos de competencia previstos en la Disposición Adicional 3.ª de la Ley 30/1981, de 7 de julio, por lo que el Juzgado de Albacete y no el de San Sebastián es el preferente jurisdiccionalmente diciendo.

R. DE A.

RECURSO DE REVISION: NO PROCEDE CUANDO SE BASA EN LA ALEGACION DE UNA INCORRECTA APRECIACION DE LA PRUEBA. (SENTENCIA DE 10 DE JULIO DE 1989.)

El presunto recurso extraordinario de revisión se deduce por don José M. T. con la pretensión de que se rescinda la Sentencia firme dictada por la Audiencia Provincial de Pontevedra con fecha 3 de diciembre de 1986, confirmatoria de la pronunciada por el Juez de Distrito de Caldas de Reyes el 16 de junio del propio año, con fundamento en la maquinación fraudulenta que como causa para decretar la revisión autoriza el número 4.º del artículo 1.796 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, maquinación fraudulenta que atribuye a don Francisco C. F., que en los Autos de juicio de cognición donde había recaído la Sentencia firme obtuvo a su favor resolución declarando haber lugar a la acción reivindicatoria contra él entablada.

De los alegatos que sirven de desarrollo al motivo resulta con claridad que el recurrente hace radicar la supuesta maquinación fraudulenta en que, según su criterio, las Sentencias recaídas en primera y segunda instancia no verificaron una correcta aplicación de las pruebas practicadas en el litigio, razonamientos de los que, como es obvio, no es dable deducir que la resolución firme la lograra el señor C. F. por los arduos o artificios que han de ser base para que se pueda imputar al favorecido por un pronunciamiento judicial la maquinación fraudulenta que se le atribuye, procediendo en su consecuencia y de conformidad con el dictamen del Ministerio Fiscal la desestimación de la revisión interesada.

R. DE A.

RECURSO DE REVISION: NO CABE SOBRE CUESTIONES YA DEBATIDAS EN EL PLEITO.—DOCUMENTOS NUEVOS (NO EXISTEN).—NO AGOTADOS LOS RECURSOS ORDINARIOS. (SENTENCIA DE 19 DE JULIO DE 1989.)

El recurrente en revisión impugna Sentencia dictada por el Juez de Primera Instancia en la que se declaró resuelto por su incumplimiento el contrato en virtud del cual compró una vivienda a la sociedad recurrida. Para impugnar la Sentencia alega esencialmente que la casa que compró se encuentra sita en una cañada real y, por tanto, dentro del dominio público, lo que justifica el no completo cumplimiento de las obligaciones que contrajo.

Tal alegación no es nueva, puesto que fue planteada durante el proceso y desechada por la Sentencia impugnada, que concuerda con otras dictadas en otros procesos planteados por distintos adquirentes de casas del mismo grupo; por tanto, no descubre el documento aportado hechos ajenos al proceso que puedan titularse como desconocidos por el Juzgador, únicos que tanto por la vía del documento recuperado como por la de maquinación fraudulenta, respectivamente previstas en el artículo 1.796.1.º y 4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, son aptos para sustentar el recurso extraordinario de revisión, según constante jurisprudencia, de la que es ejemplo la Sentencia de esta Sala de fecha 5 de mayo de 1988.

También es de advertir que el hoy recurrente ya recurrió la Sentencia que impugna en apelación, pero dejó que el recurso se declarara desierto, es decir, comenzó la vía de los recursos ordinarios pero no la mantuvo; y es también

doctrina de esta Sala que para la viabilidad del recurso de revisión es preciso agotar, si hay como en este caso posibilidad para ello, los recursos ordinarios (p. ej., S. 12 julio 1988).

Finalmente, la cuestión de las características del terreno en el que se encuentra la finca es una cuestión pendiente desde mucho antes de la adquisición de la finca y de la iniciación del proceso, y aparece como debatida y sin resolver ni siquiera en la vía administrativa, frente a la titularidad registral de la vendedora, cuya buena fe ha de suponerse, y la actuación de la Delegación de la Vivienda, por lo que se está en un supuesto que incluso queda fuera del alcance del artículo 1.574 del Código Civil (evicción) que daría lugar en todo caso al resarcimiento del adquirente si fuera privado del dominio por Sentencia firme.

R. DE A.

ERROR JUDICIAL: DOCTRINA GENERAL SOBRE ESTA FIGURA. (SENTENCIA DE 22 DE JULIO DE 1989.)

Doña Rosa María B. J. solicita declaración de error judicial en la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Málaga en 9 de febrero de 1983 y en la de 22 de septiembre del propio año dictada por la Audiencia Territorial de Granada. Tanto los demandados en aquel procedimiento como el Ministerio Fiscal y el Letrado del Estado se oponen a tal petición, exponiendo inicialmente una relación cronológica de sus antecedentes reveladores de su improcedencia: 1.º Don Alvaro E. C., esposo de la hoy demandante, promovió juicio de cognición ante el Juzgado de Distrito número 5 de los de Málaga (antes 287/81) contra los matrimonios formados por don José A. G.- María del Carmen M. L. y don Rafael M. L.-doña Alicia J. S. sobre acción confesoria de servidumbre, que terminó por Sentencia de 22 de enero de 1982 en la que, estimando parcialmente la demanda, se declaró: que el actor tenía derecho a usar y disfrutar de la servidumbre de paso objeto de la litis; que no había lugar a restituir al actor el uso exclusivo de la servidumbre por tener derecho a usar de ella los demandados; condenaba a éstos a que durante las horas diurnas tuvieran los perros alejados de la entrada de su finca; que no había lugar a mandar cerrar la verja de la finca de la demandada doña Alicia J. S., y que procedía condenar al actor al pago de la mitad de las costas y a los otros demandados al pago de una cuarta parte cada uno. 2.º Recurrida tal Sentencia por el actor, la Audiencia Provincial de Málaga, por la suya de 7 de mayo de 1982, la declaró firme al haberse interpuesto el recurso fuera del plazo legal. 3.º El señor E. C. interpuso demanda de revisión contra la Sentencia del Juzgado de Distrito, declarándose no haber lugar a ella por Sentencia de esta Sala Primera del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1985. 4.º En noviembre de 1982 la esposa del señor E. C., doña Rosa María B., formuló demanda sobre el mismo objeto ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Málaga, que tramitada por procedimiento de menor cuantía fue resuelta por Sentencia desestimatoria de 9 de febrero de 1983 al concurrir la excepción de cosa juzgada. 5.º Apelada esta última resolución, fue confirmada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Granada en Sentencia de 22 de septiembre de 1983. 6.º Se interpuso contra ésta recurso de casación por quebrantamiento de forma, desestimado por esta Sala Primera del Tribunal Supremo en Sentencia de 29 de septiembre de 1986. 7.º El demandante

acudió en amparo ante el Tribunal Constitucional, y su Sala Segunda, sección 3.^a, en Auto de 11 de febrero de 1987, decretó la inadmisión.

No puede admitirse la caducidad de la acción, planteada como cuestión previa, en base a la afirmación de quien demanda la existencia del error judicial de que la Sentencia de casación de 29 de septiembre de 1986 le fue notificada el día 10 de los propios mes y año (lo que era imposible), pues la confusión se corrigió por escrito de 30 de enero de 1987, siendo además objeto de prueba acreditativa de que la demanda se presentó dentro de los tres meses que exige el artículo 293.1.a) a partir de la notificación de la Sentencia, que tuvo lugar en 9 de octubre de 1986, presentándose la demanda en 8 de enero de 1987.

Tampoco puede acogerse la afirmación de la recurrente de que la Sentencia del Juzgado de Distrito de Málaga, que produjo la excepción de cosa juzgada, era incongruente, porque según doctrina jurisprudencial (SS. 10 julio 1933, 21 marzo 1942, 5 julio 1943 y 17 noviembre 1966) los Tribunales, en bien de los propios litigantes y para evitarles nuevos pleitos, deben resolver todas las cuestiones sustancialmente planteadas en los escritos de alegaciones del proceso, sin necesidad de ajustarse literal y rigurosamente a las peticiones de las partes, tomando en cuenta la relación íntima y racional entre pretensiones y resoluciones, sin prescindir de la conexión que exista con los antecedentes de hecho y razonamientos jurídicos expuestos en los respectivos escritos, no infringiendo el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (S. 7 diciembre 1965) las decisiones jurisdiccionales que contengan declaraciones sobre puntos implícitamente comprendidos en las cuestiones objeto de debate siempre que sean consecuencia lógica y legal de ellas o se refieran a extremos accesorios o secundarios que sin alterar los pronunciamientos principales conduzcan a la efectividad del fallo, lo que ocurre cuando al declarar que don Alvaro E. C. tenía derecho al uso y disfrute de la servidumbre se le deniegue la petición de exclusividad "por tener derecho a usar de ella los demandados", refiriéndose al cese de las perturbaciones la condena a los mismos a mantener los perros alejados de las entradas de la finca; y menos aún puede producirse incongruencia por condenar a todos los litigantes al pago de las costas, pues al acogerse parcialmente las pretensiones se aplicó correctamente el artículo 60 del Decreto de 21 de noviembre de 1952; por otra parte, al quedar firme tal Sentencia del Juzgado de Distrito por negligencia del litigante, que no la recurrió en tiempo, todos sus pronunciamientos forman parte del fallo a efectos de la excepción de cosa juzgada, a confrontar con las peticiones vertidas en posterior pleito

En cuanto a fundar el error en no haberse aportado con la contestación a la demanda, sino en período de prueba, la certificación de la Sentencia en que se basó la excepción de cosa juzgada ha de rechazarse igualmente al no entrar en juego la doctrina del *onus probandi* cuando hay acreditación en los Autos, con independencia de quien la haya llevado, señalando el Auto del Tribunal Constitucional que, "como dice en su primer Considerando la resolución de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Granada de 22 de septiembre de 1983, dictada en apelación, el órgano judicial que conoció en primera instancia de la acción confesoria de servidumbre pudo obtener, con abstracción de dicho medio probatorio, la convicción o certeza sobre el fallo en que se basó la excepción de cosa juzgada acudiendo al testimonio incorporado por la misma demandante en fase probatoria, esto es, en un elemento aportado al proceso sin tacha ni reparo alguno".

Igualmente ha de decaer el alegato de falta de cotejo de la escritura pública aportada por los demandados con su escrito de contestación a la demanda, no

sólo porque no se entró a conocer en las Sentencias sobre el fondo del asunto al estimarse la excepción de cosa juzgada, sino también porque “el cotejo previsto en los artículos 511 y 599 de la Ley de Enjuiciamiento Civil es una diligencia establecida para que el documento público sea eficaz en juicio cuando se impugne su autenticidad, y en el presente caso se trata precisamente de una escritura pública que pretendió hacer valer la parte demandada, de forma que, de un lado, no se aprecia el interés de la actora en la práctica de dicha comprobación complementaria si no se evidencia que pese a su falta se tuvo en cuenta el documento que redundó en su perjuicio, y de otro, no puede olvidarse que a solicitud suya se requirió y obró en Autos certificación registral de la inscripción de la finca a que el título cuestionado se refería” (Auto del Tribunal Constitucional declarando la inadmisión del recurso de amparo).

En cuanto a la falta del trámite de instrucción en el recurso ante la Audiencia Territorial, baste decir que en la providencia de 11 de abril de 1983, que señaló para la vista de la apelación el 13 de noviembre de 1984 (trasladada después al 20 de septiembre de 1983), se acordó lo siguiente: “Redáctese la nota a que se refiere el artículo 709 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, distribuyéndose en forma legal entre las partes, y una vez verificado entréguense las actuaciones a las partes personadas por cuatro días a cada una para instrucción”, sin que aparezca petición ni recurso alguno por no haberse llevado a cabo lo así dispuesto, de manera que tal conformidad tácita (SS. 11 noviembre 1911, 12 enero 1915, 8 enero 1929, 9 enero 1930, 14 febrero 1942 y 29 septiembre 1951) impidió una posible nulidad de actuaciones y hace inviable declarar el error judicial.

Si a cuanto antecede (expuesto para destacar el buen hacer jurídico de los juzgadores de instancia) se añade: *a)* Que el artículo 293.1.f) de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que “no procederá la declaración de error contra la resolución judicial a la que se impute mientras no se hubieren agotado previamente los recursos previstos en el ordenamiento”, lo que le atribuye un carácter subordinado, siendo así que no se recurrió en tiempo la Sentencia del Juzgado de Distrito, fundamentadora de la cosa juzgada, ni la presunta falta del traslado para instrucción ante la Audiencia Territorial, presupuestos previos a la pretensión de que se declare el error, debiendo pechar con las consecuencias perjudiciales quien no utilizó en tiempo y forma los recursos ordinarios; *b)* Que la declaración del error requiere la existencia de un daño evaluable económicamente y una relación de causalidad entre dicho error y el daño, sin que en el caso que nos ocupa se tomasen en cuenta ni la certificación de la Sentencia del Juzgado de Distrito llevada a los Autos por los demandados en periodo probatorio ni la escritura cuya falta de cotejo se cita para fundamentar el error; *c)* Que conforme al propio artículo enumerado de la LOPJ, apartado 1.º.a), “la acción judicial para el reconocimiento del error deberá instarse inexcusablemente en el plazo de tres meses a partir del día en que pudo ejercitarse”, lo que implica un claro plazo de caducidad, a contar desde que ganare firmeza la resolución a la que se impute el error, siendo claro que si se hubiere cometido en la Sentencia del Juzgado de Distrito, anterior a la LOPJ, la acción tendría que haberse ejercitado dentro de los tres meses a partir de su entrada en vigor, cosa que no se hizo ni podía hacerse al no recurrirse a tiempo ante la Audiencia Provincial; *d)* Que achacar el error al Juzgado de Primera Instancia y a la Audiencia, que forzosamente tienen que acoger aquel fallo y apreciar la cosa juzgada material, implica fraude procesal, abuso del derecho o ejercicio antisocial del mismo, con la falta de buena fe que presuponen; *e)* Y que el error judicial ha de dimanar de una resolución injusta o equivocada, con yerro indudable e incontestable, de un

modo objetivo y no tan sólo a ojos de quienes fueron parte o se sienten perjudicados, sin que tal error pueda derivar de casos como el contemplado, donde, a juicio de la recurrente, el Tribunal no debió acoger la excepción de cosa juzgada cuando venía obligado a ello, requiriendo el error propio que se haya actuado abiertamente fuera de los cauces legales, partiendo de unos hechos distintos de aquellos que hubieran sido objeto del debate y sobre los cuales el Juzgador haya tenido un conocimiento equivocado por causas extraprocesales y no cuando se trata de apreciar pretendidos errores *in iudicio* o *in iudicando*, lo que determina que al amparo de un supuesto error judicial no puedan denunciarse interpretaciones que quien pretende su declaración estima subjetivamente incorrectas o violaciones en orden al alcance y efectos de la Ley material, como tampoco errores de hecho o de derecho en la apreciación de la prueba, ni puedan atacarse conclusiones que no resulten ilógicas o irracionales dentro del esquema traído al proceso bajo los principios de contradicción y bilateralidad, ya que de otra forma, como declaró la Sentencia de 13 de abril de 1988, se establecería una nueva instancia y una evidente fisura a la seguridad jurídica, o como dice la Sentencia de 4 de febrero de 1988, el error judicial no puede basarse en establecer motivaciones subjetivas, cual pretende la recurrente, sobre la interpretación de las leyes que el Tribunal aplicó con criterio racional y lógico dentro de las normas de hermenéutica jurídica, sin que esta Sala pueda prejuzgar, dentro de tal clase de procedimientos, si dicho criterio es el único aceptable o si existen otros también razonables, ya que en modo alguno pueden unos u otros considerarse constitutivos de error judicial generador de indemnización

R. DE A.

RECURSO DE REVISION.—NO HAY MAQUINACION FRAUDULENTE EN CASO DE TRANSACCION. (SENTENCIA DE 12 DE JULIO DE 1989.)

La pretensión de revisión del auto dictado por la Sección 3.^a de la Audiencia Provincial de Valencia con fecha 13 de febrero de 1985, declarando firme la Sentencia dictada por el Juez de Primera Instancia de Játiva el día 17 de septiembre de 1984 la fundamenta la actora doña Isabel N.M. en el número 4.º del artículo 1.796 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, atribuyendo al demandado de revisión y en su día actor en el procedimiento de mayor cuantía donde recayó la Sentencia firme, don José N.M., la maquinación fraudulenta significada por la circunstancia de que había desistido del recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia referida y que se encontraba en trámite ante la Audiencia Provincial, a virtud de convenio transaccional concertado entre ella y su hermano don José, convenio incumplido por este último al instar la ejecución de la Sentencia firme contrariamente a lo pactado, lo que daba lugar, a su juicio, a que procediera la rescisión del Auto meritado y a que se repusieran las actuaciones al momento procesal anterior a la fecha en que fue datado.

Dado lo que resulta de la propia argumentación de la recurrente de revisión y de las actuaciones practicadas en el rollo de la Audiencia, donde aparece que el escrito para que se le tuviera por desistida de la apelación interpuesta contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Játiva, fue firmado por su Procurador y Letrado, no es dable atribuir a don José N.M. maquinación de clase alguna para que por la Audiencia se dictara el Auto recurrido y menos

que tal resolución se ganara injustamente a virtud de ardides o artificios que es inadmisibles se produzcan cuando interviene el Letrado que asesora y defiende al litigante, por lo que, de conformidad con el dictamen del Ministerio Fiscal y aún prescindiendo de que un Auto de la naturaleza del recurrido no es susceptible de recurso de revisión, procede la desestimación de la demanda, sin perjuicio, como es obvio, de las acciones que la aquí actora pueda ejercitar en relación al incumplimiento que aduce del convenio transaccional que sirve de fundamento a su pretensión de revisión.

R. DE A.

ARBITRAJE DE EQUIDAD: NO CABEN ALEGACIONES SOBRE EL FONDO DE LA CONTROVERSIA. (SENTENCIA DE 25 DE SEPTIEMBRE DE 1989.)

El presente recurso de nulidad contra laudo arbitral emitido con fecha 20 de octubre de 1987 está articulado en dos motivos que pueden ser examinados conjuntamente ya que uno y otro incurren en el defecto de base de olvidar que estamos en presencia de un Arbitraje de Equidad y no de Derecho, lo que supone que el procedimiento de que se trata está limitado a la garantía del principio de contradicción y a exigir para la emisión del laudo un mínimo formal que evidentemente se ha cumplido en la tramitación y procedimiento del presente Arbitraje de equidad que, por definición, "no tendrá que someterse a formas legales ni ajustarse a Derecho en cuanto al fondo", tal como literalmente disponía el párrafo primero del artículo 29 de la Ley de Arbitrajes de Derecho Privado de 22 de diciembre de 1953, de aplicación al caso, habiéndose cumplido en el presente arbitraje la exigencia que para los procedimientos de equidad recogía el segundo párrafo del propio precepto al puntualizar que "los árbitros deberán, no obstante, dar a las partes oportunidad adecuada de ser oídas y de presentar las pruebas que estimen necesarias, dirimiendo después el conflicto según su saber y entender". Principios de contradicción y audiencia cumplidos en el caso, sin que pueda afectar a los mismos el hecho alegado por la parte recurrente de insuficiencia de prueba documental aportada por la otra parte ya que en los arbitrajes de equidad, como dice la Exposición de motivos de la Ley de 22 de diciembre de 1953, "el procedimiento se simplifica y se limita a la garantía de contradicción y a exigir para la emisión del laudo un mínimo formal", correspondiendo a la iniciativa de cada parte la efectiva aportación de los documentos en que puedan fundar sus pretensiones y alegaciones ("presentar las pruebas que estimen necesarias"), correspondiendo al árbitro el dirimir dentro del plazo, como aquí acontece, las discrepancias y, en definitiva, el conflicto, según su "saber y entender". En definitiva, sobre la base de que una y otra parte designaron y aceptaron al árbitro y documento público correspondiente, está acreditado que ambas han tenido la oportunidad de ser oídas y de aportar, en su caso, las pertinentes pruebas, sin que en el supuesto de Autos se de al efecto ninguna de las causas o motivos que previene el vigente artículo 1.733 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, redactado según Ley de 6 de agosto de 1984, para fundar con éxito los recursos de nulidad contra laudos dictados en arbitrajes de equidad, siendo intrascendente a los efectos pretendidos por la parte recurrente la referencia que en el otorgamiento de la protocolización del laudo (folio 1 vuelto del documento notarial) se hace a los antiguos artículos 1.774 al 1.780 de la Ley de Enjuiciamiento

Civil derogados por Ley de 6 de agosto de 1984, cuya remisión supone, a lo sumo, una mera irregularidad intrascendente en un juicio como el de equidad en el que las garantías necesarias están cumplidas y respetadas en el caso presente.

R. DE A.

ARBITRAJE: NULIDAD POR EXTRALIMITACION EN LAS CUESTIONES RESUELTAS POR EL ARBITRO, AL NO HABER EXISTIDO OPOSICION EN QUE LA OTRA PARTE INVOCARA QUE EL RECORRENTE PUDO INCURRIR EN CONTRADICCION CON LOS ACTOS PROPIOS. (SENTENCIA DE 4 DE JULIO DE 1989.)

Dictado laudo el 27 de octubre de 1987, en cumplimiento de la cláusula de sumisión convenida entre don Sebastián P.P. y don Carlos F.A., en escritura pública otorgada el 10 de abril del mismo año, por el árbitro único, designado también en la propia escritura, para decidir, en equidad, cualquier cuestión o controversia que pudiera surgir entre los otorgantes con motivo de la ejecución de otro laudo y compromiso transaccional, documentado y aprobado por los mismos interesados, en el propio acto y documento, laudo, aquel, al que se llegó luego de la expresada solicitud de puesta en marcha de la inicial cláusula compromisoria, hecha por las partes afectadas, tramitándose el procedimiento con alegaciones, contra alegaciones y práctica de prueba documental, de confesión, testifical y pericial inclusive, a la que siguió la celebración de vista oral en un largo proceso, durante cuya sustanciación, llevada con escrupulosa observancia de los principios de imparcialidad y contradicción, se plantearon, con intervención de los letrados de las partes, las diversas cuestiones objeto de discrepancia con acercamiento, en ocasiones, de las enfrentadas posiciones, según expresa la literalidad del laudo, a fin de conciliarlas en lo posible, designio parcialmente conseguido pero que no logró alcanzar a siete únicas cuestiones que fueron plasmadas y decididas en el fallo arbitral de 27 de octubre de 1987, del que se dio, seguidamente, copia a cada una de las partes, y protocolizado, a instancia de éstas, el 4 de diciembre del propio año, integrando, bajo la rúbrica "Laudo emitido sobre las discrepancias surgidas en la interpretación y ejecución del laudo de 10 de abril de 1987 sobre Grúas del Penedés", una amplia decisión del árbitro, cuya validez se cuestiona por la representación de uno de los afectados, articulando, al amparo del artículo 30 de la Ley de 22 de diciembre de 1953, tres motivos de impugnación en los que, bajo el número 1 del artículo 1.733 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el primero, y con cita del apartado 3.º de este mismo artículo, los dos restantes, se postula la invalidez del repetido laudo, respectivamente, por nulidad del compromiso, por haber resuelto el árbitro puntos no sometidos a su decisión y, finalmente, por haberse decidido, en el propio laudo, puntos que no pueden ser objeto de arbitraje.

La contradicción en que, luego, del escueto relato que antecede y de las pormenorizaciones contenidas en las actuaciones, en principio incide la acción del recurrente, quien después de que, a lo largo de todo el trámite, estuvo presente instando la iniciación y el desarrollo del procedimiento ante el árbitro designado, haciendo alegaciones, proponiendo prueba, asistiendo a vistas y concurriendo en suma a viabilizar el arbitraje concertado, luego combate lo resuelto con base en defectos iniciales en ningún momento anteriores aludidos, no obstante

su notoriedad, hasta tener conocimiento de la decisión arbitral adversa, contradicción que, importa subrayar sopesada debidamente podría eventualmente gravitar con fuerza del lado de la eficacia preclusiva del *venire contra factum proprium*, si la contraparte, que concurrió a formalizar el arbitraje, hubiese hecho acto de presencia al menos solicitando en el proceso una resolución desestimatoria que suministrase el elemento preciso para permitir, sin incongruencia, el juego de una *ratio decidendi* que enfrentase la causa *petendi* del actor. Mas planteada aquella pretensión anulatoria sin la más mínima oposición ni atisbo siquiera de disconformidad de nadie, es inevitable otorgar al demandante el éxito inherente a la objetiva falta de requisitos formales del compromiso, escriturado el 10 de abril de 1987, en documento público en el que ni se consigna plazo alguno para que el árbitro *dicte laudo*, ni del lugar en que el arbitraje había de desarrollarse, menciones éstas exigidas por el artículo 17 de la Ley de 22 de diciembre de 1953, aplicable al caso, conforme al artículo 30 de la misma lo que determina su nulidad y por aplicación del número 1 del artículo 1.733 de la Ley de Enjuiciamiento Civil la del laudo dictado en el arbitraje de equidad, objeto de este procedimiento, sin necesidad de entrar en ninguna otra consideración ni, a la vista de lo dispuesto en el artículo 1.735 de la misma Ley, hacer declaración especial en materia de costas.

R. DE A.

ARBITRAJE DE EQUIDAD. CUESTIONES NO CONTROVERTIDAS (NO EXISTE EXTRALIMITACION DE LOS ARBITROS) (SENTENCIA DE 19 DE SEPTIEMBRE DE 1989.)

Son antecedentes esenciales, a fin de decidir sobre el recurso de casación de que se trata, los siguientes: A) Que el objeto del arbitraje determinante del laudo arbitral de equidad encomendado viene concretado a deducir las cantidades que restan por abonar por parte de DETURSA a COMYLSA, teniendo en cuenta las ya entregadas, así como la exactitud de la valoración de las obras ejecutadas y que se relacionan con el Anexo número 2 del documento de 12 de noviembre de 1986 en la parte que no existe acuerdo entre ambos; y B) Que los tres árbitros designados para emitir el referido laudo lo efectuaron en el sentido de decidir "que las cantidades que restan por abonar por parte de Desarrollos Turísticos y Urbanos, SA (DETURSA) a COMYLSA, Empresa Constructora, SA, teniendo en cuenta las ya entregadas así como la exactitud de la valoración de las obras ejecutadas y que se relacionan en el anexo 2 del documento de 12 de noviembre de 1986 y en la parte en que no ha existido acuerdo entre las partes arbitradas, es de 9.800.000 pesetas (nueve millones ochocientos mil pesetas), o sea, que la suma de las cantidades que se deben abonar por Desarrollos Turísticos y Urbanos, SA (DETURSA) a COMYLSA, Empresa Constructora, SA, en cumplimiento de dicho laudo, es, como queda dicho, de pesetas 9.800.000 (nueve millones ochocientos mil pesetas).

Lo expuesto en el precedente Fundamento de Derecho claramente pone de manifiesto que el laudo recurrido en manera alguna omite puntos principales sometido a su decisión, ni por tanto infringe lo establecido en la parte dispositiva del Auto de fecha 17 de octubre de 1987 dictado por el Juzgado de Primera Instancia número 20 de los de Madrid, y consiguientemente no genera causa de nulidad amparable por el artículo 1.733 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en

relación con lo dispuesto en el artículo 357 del mismo Cuerpo legal, puesto que, en contra de lo alegado por la entidad recurrente Desarrollos Turísticos y Urbanos, SA (DETURSA), guarda riguroso acomodo al objeto del arbitraje establecido en el precipitado Auto de 17 de octubre de 1987, que lo limitó, cual fijó dicho laudo, a determinar "las cantidades que restan para abonar por parte de DETURSA a COMYLSA, teniendo en cuenta las ya entregadas sí como la valoración de las obras ejecutadas y que se relacionan en el Anexo 2 del documento 12 de noviembre de 1986, en la parte que no exista acuerdo entre ambas", dado que las cuestiones referentes a "costes relativos a la reparación de las unidades de obra y posibles partidas ejecutadas incorrectamente por COMYLSA" y "posibles indemnizaciones a DETURSA por parte de COMYLSA en relación al plazo de realización de las obras", que la tan meritada entidad recurrente indica no considerar el expresado laudo, incluso con expresa consignación de ello en votos particulares de dos de los árbitros, no fueron sometidos, por el repetido Auto judicial, a la decisión arbitral, con lo que su consideración sería rebasar el objeto de ella con el consiguiente efecto de alterar la debida congruencia que debe presidir en toda decisión de tal naturaleza; y cuyo no sometimiento de tales particulares referentes a costes de reparación y partidas que se alega ejecutadas incorrectamente e indemnizaciones en relación con el plazo de realización de las obras, aparte de no constar sometido a la decisión arbitral, que se redujo a la determinación de las cantidades que restan por abonar en orden a las obras en cuestión y concretamente la exactitud de las obras ejecutadas y que se relacionan en el anexo 2 del documento de 12 de noviembre de 1986, en la parte que no existe acuerdo entre ambas partes, lo está poniendo de manifiesto la singular circunstancia de que en el acta de Audiencia concedida el 17 de marzo de 1988 por los árbitros a DETURSA, el representante de ésta reconocía que por las indemnizaciones de demora y otros perjuicios tiene aquella entidad un pleito judicial planteado con COMYLSA, que ésta en su escrito de fecha 22 de junio último, presentado el 24 siguiente, respondiente el emplazamiento que le fue practicado a fines de este recurso, indica es seguido ante el Juzgado de Primera Instancia número 21 de Madrid, en autos de procedimiento declarativo de mejor cuantía número 1 028/37, por supuestos defectos en la obra ejecutada y supuesto retraso en la ejecución de las mismas.

Por otra parte, es de tener en cuenta que los votos particulares formulados por dos de los tres árbitros que han posibilitado con su parecer el laudo acordado por mayoría, en manera alguna alteran ese acuerdo, ya que lo único que hacen dichos árbitros con ello es justificar las razones conducentes a fijar la cantidad que en tal laudo se reconoce, por entender, acertadamente, según queda expuesto en el precedente Fundamento de Derecho, que las referidas cuestiones de costes relativos a reparaciones e indemnizaciones, por causa del plazo para la realización de las obras, no fueron encomendados como objeto del arbitraje en cuestión.

R. DE A.

RECURSO DE REVISION: OCULTACION MALICIOSA DEL DOMICILIO DEL DEMANDADO (EXISTE). (SENTENCIA DE 25 DE OCTUBRE DE 1989.)

Promovida por don José G. R. demanda de juicio de revisión contra la Sentencia firme dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 1 de la La

Coruña en los Autos de Juicio de Cognición número 872/86, sobre resolución de contrato de arrendamiento, demanda que se fundaba en la alegada existencia de maquinación fraudulenta, al amparo de lo dispuesto en el número 4.º del artículo 1.796 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, un detenido estudio de lo alegado y probado por las partes nos lleva a la necesaria conclusión de la estimabilidad de la demanda de revisión en atención a las siguientes razones: Primera: Que es doctrina reiterada de esta Sala la de que constituye una de las manifestaciones de la maquinación fraudulenta a que se refiere el número 4.º del artículo 1.796.4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la que deriva de la actividad de la parte actora encaminada a dificultar y ocultar al demandado el planteamiento del litigio, impidiendo que se entere del emplazamiento al juicio y que pueda defenderse adecuadamente, interesando, con apoyo en la alegación inexacta de ser desconocido su domicilio y paradero, la citación por edictos a los fines de que se sustancia el juicio en rebeldía, sin que el demandado comparezca a defender sus posibles derechos (SS. 17 enero 1983 y 3 marzo 1987). Segunda: Que, en el supuesto que nos ocupa, y habida cuenta que se halla acreditado en las presentes actuaciones de procedimiento de revisión, no sólo que la arrendadora solicitó que se emplazase al hoy recurrente en el local de negocio que se pretendía cerrado y en cuyo cierre se basaba precisamente la acción resolutoria, emplazamiento que, obviamente, no pudo hacerse personalmente al demandado, por lo que la actora, tras de alegar que desconocía el paradero de aquél, solicitó su emplazamiento por edictos, cuya realización concluyó con la declaración en rebeldía del entonces demandado y hoy recurrente, sino también que la repetida arrendadora pudo hacer saber al arrendatario la existencia del pleito con motivo de verse ambos para tratar del pago de la renta del arrendamiento, sin cumplir tal diligencia, a la que le obligaba el principio de lealtad, que proclama el artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, todo lo que lleva a concluir la existencia de una maquinación fraudulenta por parte de la actora en el procedimiento de resolución contractual y obliga a estimar la demanda de revisión planteada y, consiguientemente, a rescindir la sentencia firme recaída en aquel procedimiento, de acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal.

R. DE A.

DECLARACION DE QUIEBRA: NO PROCEDE CUANDO NO SE ACREDITA QUE EL DEUDOR NO PAGA SUS DEUDAS. (SENTENCIA DE 13 DE OCTUBRE DE 1989.)

No siendo aconsejable, dadas las vicisitudes procesales del presente incidente, plantear de oficio la cuestión de si es o no recurrible en casación la Sentencia denegatoria del estado de quiebra en incidente contra la decisión que la acordó, se entra en el estudio de los motivos aducidos por el recurrente, comenzando por el primero en el que alega "quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales". El quebrantamiento lo concreta el recurso en el hecho de que los Tribunales de Instancia hayan admitido y tenido en cuenta como pruebas, documento presentados después de dictada la Sentencia primera, cuando efectivamente había ya precluido el tiempo, pero no se puede ignorar que la naturaleza del proceso de quiebra y la declaración de tal estado, no ajenos el interés público por las graves consecuencias que acarrea, permiten mitigar los rigores de la preclusión en aras de una justicia objetiva, ni tampoco se pueden desconocer que los acreedores,

solicitantes de la quiebra, tuvieron oportunidad procesal de combatir en la segunda instancia el contenido de los documentos aportados a través de otras pruebas contrarias, de acuerdo con el artículo 862 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

A todo ello se ha de añadir que no se produjo indefensión, porque no queda indefenso un acreedor a quien se le deniega la solicitud de declaración de quiebra de un deudor al que no se le aprecia por el Tribunal cesación efectiva en el cumplimiento de sus obligaciones, pues tal negativa no cierra la posibilidad procesal de dirigir nuevas acciones encaminadas a la satisfacción de los créditos, ni, caso de no encontrar bienes con que hacerlos efectivos, instar de nuevo el estado de quiebra de su deudor.

Al amparo del número 4.º del artículo 1.692, se denuncia error en la apreciación de la prueba. Por este cauce, sostiene el recurso que la Sentencia yerra cuando admite como hecho "que los débitos del deudor se están pagando y disminuyen por tanto los créditos", pero el recurrente no desvirtúa ésta declaración fáctica con base en documento alguno obrante en autos y no contradicho por otras pruebas, como exige al artículo 1.692 para que sea viable el motivo del número cuatro. La Sala de Instancia apreciando, como le compete, las pruebas practicadas, ha obtenido la convicción de que el deudor cuya quiebra se postula, no ha cesado de modo general en el pago corriente de sus obligaciones y tal hecho no se ha desvirtuado por el cauce del motivo antes analizado. Pero es que además, lo que el Tribunal de Instancia ha de comprobar al momento de la declaración no es si el demandado deudor es solvente o insolvente, cuestión ésta que afecta a su ámbito interno, sino comprobar si el comerciante cuya quiebra se insta, paga o no paga sus deudas, esto es, analizar el aspecto externo. Si el deudor logra por cualquier medio lícito ir abonando los créditos no debe imponérsele la drástica ejecución general y, al contrario, sino los atiende aun pudiendo, debe permitirse a los acreedores imponer la ejecución general. Por todo ello, amén de que la propia Sentencia estima la suficiencia patrimonial del deudor, procede rechazar el motivo.

R. DE A.

ARBITRAJE DE EQUIDAD: FALTA DE MENCION DEL DOMICILIO DE LOS ARBITROS EN LA ESCRITURA DE COMPROMISO (IRRELEVANTE).—MANDATO IRREVOCABLE: CASOS EN QUE ES ADMISIBLE LA IRREVOCABILIDAD. (SENTENCIA DE 27 DE ABRIL DE 1989.)

El primer motivo se formula al amparo del número 5 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y en él se denuncia la infracción del artículo 17 de la Ley de Arbitraje aplicable al caso en cuanto que en la llamada escritura de arbitraje de equidad suscrita por todas las partes litigantes el 12 de marzo de 1982, ante el Notario de Vigo, don Joaquín Serrano Valverde, no se contienen las menciones relativas a profesión y domicilio del árbitro único de equidad designado al efecto ni la determinación del lugar en que había de desarrollarse el citado arbitraje.

El primer motivo del recurso, en cierto modo análogo al de nulidad de laudo resuelto por esta Sala en Sentencia de 14 de noviembre de 1984, debe ser resueltamente desestimado porque si bien es verdad que los números segundo y quinto del citado artículo 17 de la Ley de 1953 disponen que la escritura de compromiso

habrá de contener “los nombres, profesión y domicilio de los árbitros” (segundo) y “el lugar en que habrá de desarrollarse el arbitraje” (quinto), también es lo cierto que la doctrina que ha comentado los considerados requisitos necesarios de la escritura de compromiso que el repetido precepto enumera en su primera parte, explica y puntualiza la exigibilidad de aquellos en función de la necesidad de evitar infracciones o equívocos que en modo alguno se producen en el presente caso, en el que esas específicas omisiones aparecen fuertemente matizadas y salvadas a simple vista y con elemental razonar en cuanto que el domicilio y profesión del árbitro unánimemente designado aparecen, ambos datos, perfectamente detallados y conocidos en las propias escrituras otorgadas el mismo día 12 de marzo de 1982, especialmente en la escritura de poder, lo que resulta demostrativo —como dice la Sentencia recurrida— “de estar implícito en el ánimo de todos los interesados e incluso del Notario”, lo que es extensible también a la designación de la ciudad de Vigo como lugar de emisión del laudo por ser —como precisa la propia Sentencia del Tribunal *a quo*— el lugar de residencia del árbitro y de la mayoría de los interesados.

A mayor abundamiento y en orden a la oportuna designación de profesión y domicilio de los árbitros que previene, junto al nombre del mismo, el número 2.º del citado artículo 17 no ha de olvidarse que, aunque el precepto no distingue entre arbitraje de derecho y de equidad (como es el caso presente) y por ello tampoco la Sala puede ni debe distinguir para basar en tal dualidad su Fallo, ello no empece para recordar, en aras y cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 3.1 del Código Civil en orden a la ponderación de los antecedentes legislativos en la interpretación de las normas, que así como la Ley de Arbitraje de 1953 introdujo en su artículo 20 la exigencia de que los árbitros de derecho han de ser Letrados que ejerzan la profesión, tal circunstancia no se contemplaba en la Ley de Enjuiciamiento Civil a tenor de la cual bastaba que el árbitro fuera Licenciado en Derecho y mayor de veinticinco años, todo lo cual explica y justifica plenamente para los arbitrajes de derecho que el ejercicio profesional haya de tenerse en el lugar del arbitraje para estar así legitimado o habilitado para el ejercicio en el lugar donde haya de cumplir el árbitro su cometido arbitral, lo que explica para tales casos la exigencia de que se trata en el repetido número 2 del artículo 17 de la Ley. Y en cuanto a la exigencia del lugar del arbitraje (núm. 5 del propio precepto) la doctrina ve en el mismo como una especie de señalamiento de fuero, mediante el cual se atribuye la competencia del Juez de Primera Instancia de dicho lugar para la función de auxilio que les corresponda prestar en la práctica de las pruebas que los árbitros no pudieran realizar por sí, o en caso de formalización judicial de aquel, así como para evitar las dudas y conflictos que podrían originarse si fuesen varios y con distintos domicilios los árbitros designados, nada de lo cual acontece en el presente caso en el que —repetimos— estamos en presencia de un árbitro único de equidad nombrado de común acuerdo y por unanimidad de todos los interesados, uno de los cuales pretende ahora, yendo manifiestamente contra sus propios actos, la nulidad del arbitraje acordado, con forzado amparo en ciertas omisiones formales, insuficientes en opinión de la Sala para conseguir dicha pretensión, habida cuenta de las circunstancias específicas concurrentes en el caso presente, en el que han de ponderarse además los principios de conservación del contrato (compromiso) y de interpretación conforme a las exigencias de la buena fe (arts. 7.1 y 1.258 del CC).

Igual suerte desestimatoria debe correr el segundo y último motivo del recurso que, con igual amparo procesal que el anterior, denuncia la infracción por violación de los artículos 1.709, 1.710, 1.732, número 1 y 1.733 del Código Civil, en

lo que concierne a la revocación por parte de doña Concepción R. O. del mandato conferido en su día a don José Guillermo R. G. El motivo decae porque según tiene reiterado la jurisprudencia de esta Sala (SS., entre las más recientes, 20 abril 1981, y dos de igual fecha 31 octubre 1987) la irrevocabilidad del mandato deviene no sólo cuando existe pacto expreso que así lo establezca, siempre que tal pacto sea conforme con su finalidad y no esté en contradicción con la moral en cuanto es una manifestación de la renuncia de derechos, sino también cuando el mandato no es simple expresión de una relación de confianza o del simple interés del mandante, sino que responde a exigencias del cumplimiento de otro contrato en el que están interesados, no sólo el mandante o representado, sino también el mandatario y terceras personas; es decir, cuando el mandato es, en definitiva, mero instrumento formal de una relación jurídica subyacente bilateral o plurilateral que le sirve de causa o razón de ser y cuya ejecución o cumplimiento exige y aconseja la irrevocabilidad para evitar la frustración del fin perseguido por dicho contrato subyacente por la voluntad de uno solo de los interesados.

R. DE A.

INTERESES APLICABLES A CANTIDAD DECLARADA EN SENTENCIA.—APLICACION A PARTIR DE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY DE 29 DE JUNIO DE 1984.—NO RETROACTIVIDAD. (SENTENCIA DE 15 DE JUNIO DE 1989.)

En el escrito de interposición del presente recurso de casación, apartado de "Previos", primero, se dice que "resulta procedente el recurso de casación interpuesto en mérito de lo prevenido en el apartado 2.º del artículo 1.687 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, puesto que se trata de Auto dictado en apelación... que resuelve un punto no controvertido en el pleito principal y de gran importancia económica". Expresiones que denotan cierta contradicción en cuanto que según el precepto que se invoca no pueden ser objetos de casación puntos esenciales no controvertidos o no decididos en la Sentencia o que contradigan lo ejecutoriado. Sin embargo, teniendo en cuenta la materia del recurso, como del artículo 921, p. 4, de dicha Ley procesal, resulta que la cuestión de devengo de intereses ha de analizarse de oficio, dado el texto literal de esta norma y la interpretación que de ella ha hecho este Tribunal (SS., entre otras, 17 marzo 1987 y 20 mayo 1988), que sigue a su vez el criterio al respecto manifestado por el Tribunal Constitucional en su Sentencia de 10 de diciembre de 1985, esta Sala de casación no puede menos de entrar a examinar los dos motivos formulados, pese a la doctrina que señala que el artículo 1.687, número 2.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil tiene un carácter excepcional, revelado por sus límites taxativos (S. 15 marzo 1986), toda vez que el Auto impugnado no resuelve puntos esenciales no controvertidos en el pleito, ni tampoco trata de extremos no decididos en la Sentencia que se ejecuta; a su vez lo decidido en la resolución combatida no contradice lo ejecutoriado, y todo ello sin olvidar que el recurso no especifica adecuadamente en cuál de los puntos a que se refiere el artículo 1.687, número 2, citado, se apoya la impugnación (S. 28 mayo 1987).

Los precedentes fácticos se integran en el caso debatido: de la Sentencia que se ejecuta, de 2 de julio de 1986 dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Barcelona, que condena "al pago de los intereses legales" de la suma líquida reclamada, "desde la fecha de la interposición de la demanda", primero de enero de 1984; y de la fecha de 4 de julio de 1984 en que entró en

vigor la Ley 22/1984, de 29 de junio, reguladora de nuevo interés legal, que las Leyes de Presupuestos del Estado de 30 de diciembre de 1984 y 27 de diciembre de 1985 modificaron a su vez. A tenor de la Disposición Transitoria de dicha Ley de 29 de junio de 1984, el interés legal que establece se aplicará a las obligaciones nacidas de hechos producidos o relaciones constituidas tras su entrada en vigor, y "a todas aquellas en que el derecho a exigir el interés, en defecto de convenio, nazca o se devengue con posterioridad a su vigencia". Por lo tanto, la relación jurídica debatida en la Sentencia que se ejecuta que devenga intereses de demora, por ser líquida la suma reclamada, los produce desde el comienzo de la entrada en vigor de la Ley 22/1984, y lo hace en la cuantía señalada en la misma Ley, aunque la obligación de que dimanar se haya originado antes, pues los intereses se producen ya después desde aquella fecha para lo sucesivo, en tanto no resulten modificados por otras leyes posteriores; como así sucedió por las de presupuestos a que se ha hecho referencia. Todo ello sin dar en absoluto efecto retroactivo a ninguna de las expresadas tres leyes relativas a intereses legales, sino ateniéndonos a la fecha de su entrada en vigor conforme al artículo 2, p. 1, del Código Civil, y ateniéndonos también al artículo 1 de la Ley 22 de 1984. En definitiva, expresión de la obligatoriedad de las leyes desde su promulgación y entrada en vigor, salvo que dispusieren lo contrario, circunstancia no concurrente en la relación fáctica ahora contemplada.

Lo razonada precedentemente hace decaer los dos motivos del recurso, apoyados impropriamente en el artículo 1.692, número 5, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya después de afirmar el escrito de formalización que el recurso se basa en el número 2.º del artículo 1.687, es preciso resaltar que nada tiene que ver el artículo 1.692 en cuanto a formulación de los motivos, según ha declarado con reiteración esta Sala (SS., entre otras, 28 junio 1985 y 8 junio 1987), puesto que en el 1692 la cuestión se plantea entre la Ley y la Sentencia, mientras en el 1687, 2.º, por el contrario, los términos comparativos se producen entre el fallo firme y las actuaciones practicadas en su ejecución. En todo caso, decaen como ya se dice, ambos motivos por no ser aceptable, a la vista de la normativa expresada aplicable, que haya de seguirse la fijación de los intereses discutidos a base de la cuantía vigente al tiempo de presentar la demanda sin tener en cuenta la evolución legislativa ocurrida con posterioridad. No hay, por consiguiente, interpretación errónea en la resolución recurrida de la Disposición Transitoria de la Ley 22/1984, de 29 de junio, como se intenta poner de relieve en el motivo primero; ni aplicación indebida del artículo 1 de la misma, en relación con el artículo 3.º1, del Código Civil y la citada Disposición Transitoria, como se alega en el motivo segundo. Precisamente la evolución legislativa a que se ha hecho referencia a partir del texto vigente sobre intereses legales en el Código Civil en el momento de ser presentada la demanda en que se reclamó cantidad líquida y sus intereses legales, después reconocidos en la Sentencia que se ejecuta, ha tenido en cuenta "la realidad social" del tiempo en que los intereses legales han de ser aplicados, ateniendo al espíritu y finalidad de dichas leyes.

R. DE A

CUESTION DE COMPETENCIA POR INHIBITORIA.—ENVIO “A PORTES PAGADOS”, PERO CUYA CUENTA DE PORTE SE CARGA AL COMPRADOR: COMPETENCIA DEL JUZGADO DEL VENDEDOR (SENTENCIA DE 20 DE ABRIL DE 1989.)

La cuestión de competencia por inhibitoria suscitada entre los Juzgados de Distrito número 1 de Vitona y Orgaz, procede del ejercicio de una acción personal en reclamación del precio de una compraventa mercantil en la que las partes contratantes no señalaron lugar determinado para el cumplimiento de las obligaciones correspondientes ni se previeron pacto de sumisión a Juzgado alguno, habiendo enviado el vendedor (actor) las mercancías al comprador (demandado) por el servicio de RENFE “paquete exprés” con la fórmula “portes pagados” (documento núm. 2). Con la factura acompañada como documento número tres se acredita que el importe íntegro de aquellos gastos de transporte fueron cargados a la entidad demandada compradora de la mercancía, objeto de la compraventa, razón por la cual debe entenderse efectuada la entrega de aquella en el lugar del establecimiento mercantil del vendedor, por aplicación de lo dispuesto en los artículos 1.171 y 1.500 del Código Civil, en relación con el artículo 50 del Código de Comercio y el número 1 del artículo 62 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues de tal prueba concluyente resulta que la fórmula “portes pagados” no produce los efectos presuntivos que la Sala ha señalado en repetidas ocasiones de considerar hecha la entrega en el domicilio del comprador, ya que la prueba referida obrante en autos acredita que, al cargarse los gastos de transporte en la cuenta del comprador, las mercancías viajaron por cuenta y riesgo de éste, entendiéndose hecha la entrega en el domicilio del vendedor, determinante de la competencia discutida, según tiene declarado esta Sala en Sentencias, entre otras, de 20 de junio de 1986, 7 y 24 de febrero de 1987 y 28 de mayo de 1988; sin que a ello se oponga la circunstancia de haberse girado una letra de cambio para el cobro del precio que no es sino un medio de facilitar el pago y no altera la competencia, de acuerdo con reiterada y antigua jurisprudencia de esta Sala.

R. DE A.

ARBITRAJE DE EQUIDAD. LAUDO DICTADO FUERA DE PLAZO.—COMPUTO DEL MISMO. (SENTENCIA DE 10 DE MAYO DE 1989.)

Como antecedentes fácticos a destacar en el presente recurso, son los siguientes: a) que los respectivos representantes legales de las entidades mercantiles “Gicatel, SA” e “Internacional Bamboo, SA”, en anagrama “Inter-Bamsa”, radicadas en la localidad de Gerona, otorgaron en dicha capital, en 11 de mayo de 1987, escritura notarial de compromiso arbitral en relación a las obras de carpintería que el Hotel “Platja Park” de Platja d’Aro, propiedad de la entidad “Gicatel, SA”, concretó con la también entidad “Interbamsa” a fin de que en razón al incumplimiento o no del contrato citado, como a la bondad de las obras o trabajos entregados, se emita laudo resolviendo todo lo concerniente a posibles indemnizaciones por retrasos, reparaciones de obras entregadas, si éstas no reúnen las condiciones pactadas, formas de pago y, en general, cuanto se derive del contrato de obras concertado entre las partes, en relación con el documento transaccional de 2 de abril de 1987. b) En la referida escritura, a tenor de lo

establecido en el documento transaccional, se designa árbitro único al Letrado don Pedro Ribas Culebret, y las partes se obligan a poner a su disposición, además del contrato transaccional, de cuantos documentos dispongan justificativos de los posibles derechos, acciones o reclamaciones que obren en su poder, justificativos del incumplimiento o no de los plazos convenidos para la entrega de la obra, bondad de ésta, tanto en lo relativo a acabados, como a materiales empleados, cuya documentación deberá ser puesta a disposición del árbitro en el plazo de 15 días naturales a partir de que la obra sea entregada totalmente terminada a "Gicatel, SA", entrega que "Gicatel, SA" comunicará a aquél.

c) También se acuerda que el árbitro tendrá un plazo de sesenta días de que hayan transcurrido los quince señalados, para el estudio fáctico y práctico de los hechos, así como que concluido el período de los sesenta días, sin perjuicio de que por causas justificadas pueda el árbitro prorrogarlo por otros treinta días más, se emitirá el laudo, comprometiéndose las partes a estar y pasar por la resolución, con el compromiso de no alzarse contra él mismo. d) El laudo se dictó en 12 de septiembre de 1987, quedando protocolizado por medio del Acta número 2.367 otorgada ante el Notario de Gerona, don Luis Sánchez Ibáñez, en 30 del mismo mes, y su fallo contenía, en síntesis, los pronunciamientos que se expresan a continuación: 1.º Se declara incumplido por "Interbamsa, SA", tanto el contrato inicial de obra, como el posterior y transaccional de 2 de abril de 1987 y, en su consecuencia, acreedora del pago a "Gicatel, SA", no sólo de la penalización en cuanto a retrasos en la entrega de la obra, sino que, además, deberá responder frente a "Gicatel, SA", tanto de la bondad de la obra entregada, así como de aquellos perjuicios de los que "Gicatel, SA" es sujeto pasivo, por razón de no haber podido suministrarle la totalidad del mobiliario, o haberlo hecho en indebidas condiciones. 2.º Declarar así bien a "Gicatel, SA" perjudicada por razón del incumplimiento que antecede y, en su consecuencia, con derecho a ser indemnizada por aquellos perjuicios que acredite y justifique. 3.º Declara también que al haber quedado en suspenso las obligaciones de pago, por acuerdo de las partes, reflejado en la escritura de compromiso arbitral, las cantidades que por el presente se fijen como adeudadas por "Interbamsa" en beneficio de "Gicatel, SA", habrán de ser sujetas a compensación y a deducir del total del presupuesto, hasta fijar el saldo real ambas sociedades, declarando nulas y sin efecto las letras que en su día "Gicatel, SA" pudiera haber entregado a "Interbamsa" y en garantía del pago de las obras contratadas. 4.º que "Interbamsa" debe abonar a "Gicatel, SA" y, en su consecuencia, deducir del presupuesto inicial, restituyendo "Interbamsa" todas aquellas letras aceptadas por "Gicatel, SA" y que ha devuelto impagadas y que "Interbamsa" tenga en su poder como librador o rescatándolas de tercero en caso de endoso, hasta saldar las cantidades que "Interbamsa" adeuda a "Gicatel, SA" y que son las sumas siguientes:

La suma de 10.600.000 pesetas por días de retraso en la entrega de las habitaciones totalmente terminadas. La segunda partida a pagar por "Interbamsa" viene constituida por los defectos, no acabados o reparaciones de que de la obra entregada han tenido que hacerse y se reclaman y que a efectos de detallar, se fijan en la suma global de 6.822.882 pesetas: a) 2.760.000, reparaciones de la obra entregada. b) 1.440.000, referida al segundo de los presupuestos o colocación de zócalo. c) 1.371.000, muebles no entregados. d) 1.305.290, cambio de cerraduras. C) La tercera partida a cuyo pago se condena a "Interbamsa" es la relativa a las cantidades que "Gicatel, SA" ha satisfecho a las Cias. de Viajes "Etusa" y "Macuvi", por indemnizaciones derivadas de reclamaciones por no hallarse terminadas las habitaciones, que ascienden a la suma de 1.427.877 pesetas. D) Igualmente se

entenderá pagado y, consecuentemente, a deducir del precio presupuestado, la suma de 1.963.792 pesetas que "Gicatel, SA" satisfizo por cuenta de "Interbamsa" a la sociedad mercantil "Plástica Dialécticos, SA". 5.º "En su consecuencia 'Interbamsa' y a deducir del saldo de 17.095.837 pesetas que asciende según el estado de cuentas reflejado en el último considerando y que restan de la suma de 32.032.768 pesetas que ascienden los dos presupuestos iniciales, deberá satisfacer a 'Gicatel, SA', además de restituirles las letras antes citadas, la cantidad que se refleja en la siguiente liquidación... Saldo a pagar por 'Interbamsa' a 'Gicatel, SA': 3.718.723 pesetas".

Contra el meritado laudo, la entidad "Internacional Bamboo, SA" ("Interbamsa"), interpuso recurso de nulidad por tres motivos amparados en los números 2.º, 1.º y 3.º del artículo 1.733 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, respectivamente, instrumentados del modo siguiente: por dictase el laudo fuera del plazo señalado en el compromiso o, en su caso, de la prórroga, por lo que se han infringido los artículos 18 y 25, párrafo primero, en relación con los artículos 17, número 4.º y 29, párrafo último, de la Ley de 22 de diciembre de 1953, reguladora de los arbitrajes de derecho privado (el primero); por infracción del artículo 17, número 4.º, de la citada Ley (el segundo), y por haber resuelto el árbitro puntos no sometidos a su decisión (el tercero). La fundamentación del primer motivo viene referida al punto de haberse dictado el laudo fuera de plazo, a cuyo efecto, para el cómputo de las fechas inicial y final de tal acontecer, habrá de estarse a lo convenido en la escritura de compromiso arbitral, concretamente, a sus exponentes II, III y IV, que quedaron reflejados en los apartados b) y c) del Fundamento de Derecho precedente, y así, la circunstancia básica a tener en cuenta es la relativa a la entrega a "Gicatel, SA" de la obra totalmente terminada, pues a partir de ese momento, las partes se obligaban, en el plazo de quince días, a poner la documentación pertinente a disposición del árbitro. En este aspecto, es procedente acudir a criterios de interpretación amplios, con el fin de procurar, en lo posible, que los problemas debatidos queden resueltos de manera definitiva, por lo que, prescindiendo de las fechas de entrega de las obras efectuadas en las habitaciones correspondientes a las distintas plantas del inmueble, que se detallan en el tercer resultando del laudo, deberá concederse preferencia a la en que el árbitro tuvo conocimiento del abandono de la obra por "Interbamsa", o sea, la del 9 de junio de 1987, expresada en el inciso final del séptimo resultando.

Dicho lo anterior, la primera cuestión que plantea la computación del plazo es la inclusión o no en él, de los días inhábiles, que deberá resolverse a tenor de lo convenido y lo dispuesto en el artículo 5 del Código Civil, por lo que dado que en el compromiso se habla de días naturales, al referirse al plazo de los quince (exponente II) y a tenor de la redacción categórica del indicado precepto, resulta evidente que en la cuenta no quedan excluidos los inhábiles, así como que en el cómputo empezará en el día siguiente al determinado elegido, y de aquí, que atendiendo a los plazos de 15, 60 y 30 concedidos, como máximo, en el compromiso y a la fecha ya indicada de 9 de junio, el día final del laudo sería el de 22 de septiembre de 1987.

La segunda cuestión a resolver, que es consecuencia inmediata de la primera, se centra en si la fecha final del cómputo ha de corresponder estrictamente con la figurada por el árbitro en el laudo o con la de su comparecencia ante Notario para presentación del emitido, ratificación y consecuente protocolización. Está fuera de duda que el plazo fijado en la escritura compromisaria, ha de calificarse como término de naturaleza resolutoria, al imponer al árbitro designado una obligación de tan ineludible observancia, que su incumplimiento implica la ex-

tinción del convenio, mereciendo destacarse en éste sentido la doctrina de la Sentencia de la Sala de 6 de octubre de 1987, para la que "la sustitución de la actividad jurisdiccional del Estado por la privada de terceros a la que se someten los compromitentes, sólo será eficaz y estará revestida de validez durante el plazo señalado en la escritura, de la que constituye cláusula indispensable, y es de tan riguroso cumplimiento el requisito de oportunidad temporal, que la emisión tardía del laudo le vicia de esencial nulidad por haber cesado la potestad del árbitro para proceder a la resolución del conflicto, al no haber observado el término que le fue contractualmente fijado para desempeñar su cometido", doctrina la expuesta que es el resultado de la regulación legal, ya que la Ley de 22 de diciembre de 1953, exige en el artículo 17.4.º que la escritura habrá de contener "el plazo o término en que los árbitros hayan de pronunciar el laudo", especificando en el 29, párrafo último, que "el laudo habrá de dictarse por escrito ante Notario", y dicha doctrina no está aislada dentro de la emanada por la Sala, pues se encuentra en la línea de la establecida en las Sentencias, entre otras, de 9 de febrero y 6 de diciembre de 1984.

Cuanto antecedente, lleva a la conclusión de que la fecha a considerar, a efectos de expiración del plazo de emisión del laudo, es la correspondiente a la comparecencia ante Notario para dar cumplimiento a la exigencia del mentado artículo 29, por tanto, en el caso que nos ocupa, la preferencia se decanta en favor de la de 30 de septiembre de 1987, que es la del Acta de su protocolización, y de aquí, la ineludible consecuencia de estarse en presencia de un laudo extemporáneo por estar fuera de plazo, sin que exista posibilidad de conceder eficacia a sus pronunciamientos en razón a que el árbitro había cesado ya en su función jurisdiccional, lo cual, comporta, en definitiva, la estimación del primer motivo del recurso.

R. DE A.

RECURSO DE AUDIENCIA AL REBELDE: HA LUGAR.—ES IRRELEVANTE QUE EL CAMBIO DE DOMICILIO DEL DEMANDADO FUERA VOLUNTARIO.
(SENTENCIA DE 1 DE JUNIO DE 1989.)

La Sentencia dictada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Pamplona, estimando la demanda incidental deducida por doña María Dolores P. A. contra don José Luis P. A. y declarando haber lugar a conceder a la mencionada actora incidental audiencia en el procedimiento de menor cuantía número 466 del año 1985, del Juzgado de Primera Instancia número 2 de San Sebastián, en el que había sido condenada por Sentencia que alcanzó firmeza cuando a la sazón se hallaba en situación de rebeldía, es impugnada a través de dos motivos, en los que sin cuestionar que concurren en el caso los requisitos de carácter objetivo que la Ley de Enjuiciamiento Civil establece para que pueda concederse audiencia a la litigante que fue declarado en rebeldía en los Autos principales, aduce en el motivo primero, por la vía del ordinal 5.º del artículo 1.692 de la citada Ley Procesal, la vulneración por la Sentencia recurrida de lo dispuesto en el artículo 773 de la propia Ley y jurisprudencia contenida en las Sentencias de esta Sala que cita y, en el segundo, por el cauce del número 4.º del artículo 1.692 de la repetida Ley Procesal, tacha a la resolución impugnada de haber incidido en error en la apreciación de la prueba, señalando los documentos supuestamente demostrativos de tal error, pero con la particularidad de que por reprodu-

cirse en este último la argumentación esgrimida al desarrollar el que le precede, nada obsta a su análisis conjunto.

Amparándose la pretensión de audiencia en rebeldía objeto de la controversia que aquí nos ocupa en la pertinente aplicación al supuesto que plantea de la normativa contenida en el artículo 777 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es de poner de relieve la doctrina sancionada en la Sentencia de esta Sala de 30 de octubre de 1987, en el sentido de que el criterio restrictivo con que deben aplicarse las normas rectoras del recurso de audiencia en rebeldía, se atenúa “y la Ley es por eso menos restrictiva, en los supuestos en que la rebeldía se estima totalmente ficta”, al derivar de emplazamiento efectuado por edictos, bastando entonces acreditar la ausencia del punto de la última residencia al tiempo en que se publicaron los edictos de emplazamiento y haber estado constantemente fuera del pueblo en que se haya seguido el juicio, desde que fue emplazado para él hasta la publicidad de la Sentencia, añadiendo la citada Sentencia que “la causa a la que puede obedecer esta doble ausencia, no es tenida ni puede ser tenida en cuenta por la Ley, que sólo exige el acreditamiento del hecho en sí, no su voluntariedad o involuntariedad”, no obstante lo que y como también estableció la Sentencia de esta propia Sala de 3 de diciembre de 1985, lo dispuesto en el artículo 777, exonerando a las personas comprendidas en su normativa de la prueba de que su falta de personación en el pleito fue involuntaria, al obedecer simplemente a la presunción *iuris tantum* de la ignorancia de su realidad que la ausencia lleva consigo, admite la posibilidad de que el otro litigante acredite, por cualquiera de los medios admitidos en Derecho, el conocimiento por parte de su adversario de la iniciación o sustanciación del litigio con la consiguiente ineficacia de la acción impugnativa regulada en el aludido artículo 777.

La aplicación de la doctrina jurisprudencial puesta de relieve en el Fundamento de Derecho que antecede, determina el procedente rechazo de los dos motivos que sirven de apoyo al recurso, habida cuenta de que la resolución impugnada en sus razonamientos verificó al analizar el caso sometido a su enjuiciamiento y entender que no había sido acreditado que la litigante rebelde hubiera tenido conocimiento de la existencia del procedimiento en que fue condenada, una recta interpretación de dicha doctrina, a cuya aplicación, por demás, no empece que el cambio de residencia de la actora incidental fuera voluntario. Y con respecto a las alegaciones del aquí recurrente, al desarrollar su recurso, en el sentido de que la actora se trasladó de residencia y no dejó noticias de su domicilio actual con el propósito de no hacer frente a las obligaciones de pago que le incumbían, la realidad patente es la de que ninguno de los documentos que en el segundo motivo del recurso se citan como supuestamente demostrativos del error en que incidió el Juzgador en la instancia al no apreciar una conducta dolosa o de mala fe en su actuación, demuestran sin necesidad de deducciones o hipótesis lo que el recurrente afirma y sabido es que el “documento” a que se refiere el cauce procesal —núm. 4.º del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil— que ampara el motivo, ha de probar sin acudir a ingerencias de clase alguna el “hecho” que se trata de “fijar” con el motivo lo que aquí no acontece. En su consecuencia, el pronunciamiento judicial combatido ni infringió la preceptiva contenida en el artículo 773 en relación con el 777 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de que se le acusa en el primer motivo, ni incidió en error al apreciar las pruebas de que se le tacha en el segundo.

INFORMACION
BIBLIOGRAFICA

OLIVIERI, GUSTAVO: *I Conferimenti in Natura nella Società per Azioni*, Cedam, Padova, 1989.

A la vista tenemos una extensa y superlativamente minuciosa obra sobre un tema que se ha hecho novedoso en España a consecuencia de recientes normativas. También lo es en Italia, aunque algunas de las novedades hispanas eran ya veteranías en el Código italiano. Pero las dimanantes de la Segunda Directiva Comunitaria, que no se reflejó en su Código hasta 1986 y fundamentalmente en el artículo 2.342, ya habían originado lo que el alemán LUTTER o la suiza PETIT-PIERRE SAUVAIN calificaron de debates agrios y poco pacíficos, que no han cesado actualmente y quedan reflejados en las abundantes citas bibliográficas de OLIVIERI, resulta sorprendente su número dado el escaso espacio temporal transcurrido.

Los objetos aportables o bienes de tal naturaleza, las funciones del capital y su jerarquía, la imputabilidad al mismo y su representación en balance son las materias fundamentales sobre las que diserta la doctrina y sobre las que OLIVIERI, serena y reposadamente, sopesa aspectos positivos y negativos y admite prudentes juicios. Acaso sean éstos los méritos más importantes de una obra cuya profundidad obliga a constantes elogios.

El citado artículo del Código Civil italiano, efectuando una remisión a otros artículos deformados, exige ciertos requisitos a las aportaciones *in natura*, obliga a que las acciones a ellas correspondientes queden liberadas íntegramente en el momento de la suscripción, discrepando de lo regulado en otras legislaciones, entre ellas la española, y prohíbe el que puedan ser objeto de aportación las prestaciones de obras y servicios. En otros artículos se impone tasación, se señala la obligación de motivar las aportaciones no dinerarias, caso de aumento de capital para excluir el derecho de opción, y se disciplinan las primeras adquisiciones sociales.

La coincidencia es casi general en lo relativo a aportaciones de prestaciones de obras y servicios. La práctica, desde épocas remotas, había hecho costumbre la emisión de unas acciones industriales que no integraban el capital social. Se destaca, no obstante, que el tema está relacionado con el de las funciones del capital cuya finalidad es no sólo la de garantizar a acreedores, lo que hace suponer una dosis de solidez e inmovilismo, sino también instrumento de productividad, lo que obliga a su rápida transformación en bienes susceptibles de obtenerla. Por ello la valoración de los bienes *in natura* efectuadas por expertos objetivos que carecen de la intuición de los fundadores y aun desconocen sus propósitos reales que puede interesar no quedan exteriorizados, acaso constituya en muchos casos un elemento perturbador. Es muy cierto que, más que en el momento genético, en los aumentos de capital debe evitarse que con aportaciones en especie se lesionen intereses de grupos de control, se eludan derechos de antiguos accionistas y hasta se posibilite el "aguamiento" del capital; pero también lo es que determinados bienes, sobre todo en el acto fundacional, pueden

ser de extraordinario interés para la futura marcha de la empresa y que ello no pueda ser percibido por un tercero objetivo, al que ni se le señala un parámetro de valoración ni es susceptible de revisión su dictamen.

Parece un retorno al control administrativo del siglo pasado, en relación a la proporción entre capital y objeto para evitar daños a terceros, que la experiencia ha reducido a un mero control jurídico. Los intereses concurrentes son los de acreedores, accionistas y terceros adquirentes de acciones; todos tienen sus riesgos, pero los fundamentales, proporcionales a los beneficios que deben disminuir del ejercicio empresarial según esperanzas, son los de los accionistas.

Se advierte la existencia en el patrimonio social—rápida evolución del primitivo capital— de una parte “tierna”, las reservas, y un “zócalo” que debe defenderse a ultranza, el íntegro valor del capital social. Cuando se produce asimetría entre activo y pasivo, sobre todo cuando se acentúa, deben funcionar los sistemas de alarma previstos en varias legislaciones y los accionistas han de ser informados rápidamente para adoptar las decisiones procedentes, incluso una profunda revisión de la marcha de la empresa social. Es lo que en Alemania se denomina el *Impäritatsprinzip*.

Las obras y servicios no aportables deben contratarse, por exigencias de la dinámica social, casi inmediatamente a la fundación, y en el balance pasan a ser créditos; las deficiencias producibles no implican nulidad, pero sí responsabilidad de los administradores ante la Junta. Por lo que se refiere a las obras y servicios concertados con un tercero, se las considera asimilables a la actividad del socio en orden a su integración en el capital, aunque BORGIOI ha efectuado una interesante defensa de la postura opuesta. La tendencia general es la de excluir toda aportación de tal índole, salvo las de crédito que dan derecho a percibir una prestación en dinero; lo propio respecto a las conductas negativas u omisivas exigibles a terceros, *chances* en ocasiones de sumo interés.

Respecto a las aportaciones a las que se exige el “desembolso íntegro” por la legislación italiana, coincidente con la francesa pero discrepante de las normativas belga, germana, portuguesa o española, hay dimensiones doctrinales. Algunos estiman que lo normal es que la aportación *in natura* cubra la parte desembolsada, quedando el resto pendiente y aportable en dinero. OLIVIERI estima que tal vez en Italia se han confundido los momentos de ejecución de la obligación de realizar y el de ejecución del cumplimiento de la obligación.

El tema admite otras consideraciones: mientras para unos equivale a una reafirmación del principio consensualista, para otros implica una exclusión de bienes genéricos; mientras otros interpretan que la norma exige no sólo consentimiento, sino puesta a disposición efectiva y material de lo aportado. Incluso se plantea la posibilidad de exclusión de las aportaciones de duración las no susceptibles de tener lugar *uno actu*.

La Directiva Comunitaria, más que aludir las aportaciones de obras y servicios, en su artículo 7 prohibió la de bienes no susceptibles de evaluación económica, pero como requisito positivo, no negativo, que tiene una concreción muy aceptable en los que en Alemania se denomina *Vergögen gegenstand* e implica posibilidad de valoración autónoma, objetiva, representable en balance y susceptible de transmisión incluso por expropiación. Ello hace que OLIVIERI, además de deducir la imposibilidad de las aportaciones enunciadas, examina con detalle tres supuestos concretos y sumamente interesantes: la de bienes en goce, las de *know-how* y las de empresa.

Respecto a los bienes en goce, en las sociedades personalistas no se ofrece problema, pero en las capitalistas las dudas son muchas y la prudencia en una

solución positiva impone a parte de la doctrina a considerar supuestos concretos; otros hablan de la naturaleza real o personal de la aportación, tema puramente formal e intrascendente para otra parte de la doctrina; se resalta que lo aportado más que bien es una utilidad, aunque algunos no estimen lo que juzgan un juego de palabras y hasta se llega a admitir que la aportación en tal forma, salvo casos concretos, es perfectamente susceptible de valoración, plasmable en balance, capitalizable y, en muchos casos, transmisible.

La doctrina germana (DOLLERER, LUTTER...), como la francesa, sin llegar a la conclusión negativa destaca los considerables peligros que hicieron que SIMONETTO se inclinara por una postura totalmente negativa. Ciertamente, desde la perspectiva dinámica de la función de capital social no se ven grandes inconvenientes. La sociedad puede adquirir además en forma directa y con posterioridad a su fundación derechos de tal naturaleza considerados de interés para el desarrollo de sus futuras actividades; pero desde el ángulo de la garantía de los acreedores la visión es muy distinta: casos de liquidación de la sociedad, bancarrota o ejecución de su patrimonio, la valoración descendería a mínimos; en otros supuestos, como en arrendamientos, los derechos de preferencia o aprobación del propietario dificultarían la transmisión. ¿Acaso a una sociedad cuyo capital estuviera integrado totalmente por tales bienes se le concederían créditos? Aun admitiendo la posibilidad, con excepciones, los inconvenientes pueden ser considerables.

Por lo que se refiere al *know-how*, se trata de un nuevo objeto de derecho, innovación tecnológica interesante pero de perfiles imprecisos. Puede comprender cualquier tipo de conocimiento o de experiencia de carácter innovador, susceptible de aportar mejoras a las técnicas de producción o distribución; a veces tiene autonomía propia, a veces es un apéndice. Si bien en ocasiones es susceptible de patente, y en tal caso debe considerarse como bien aportable, en otros el secreto es fundamental. Y en ocasiones es una simple experiencia que precisa una enseñanza, un *know-how*, en cuyo caso su valoración, transmisibilidad y en consecuencia aportación es más que dudosa.

Pese a ello, con tal nombre o el de *good-will* ha sido estudiado en las Comisiones de la CEE, que deja a la discreción de las legislaciones nacionales su tratamiento. La Ley inglesa de 1980 la admite como aportable. En Italia, donde no ha sido regulada, las dudas son enormes. Sólo es posible una decisión en supuestos muy concretos.

La aportación de "Azienda" en principio se considera aceptable y hasta se ve favorecida con incentivos fiscales entre otros beneficios. Pero la misma comprende un complejo de bienes de muy distinta naturaleza, algunos de los cuales individualmente no son aportables y otros ni siquiera pueden considerarse susceptibles de valoración o totalmente desembolsados, liberados.

Pero su unidad se admite por doctrina y jurisprudencia, incluso con expresa referencia a la acción reivindicatoria, aunque no todos los autores coinciden en la concepción monística pese a admitirse pignoración, secuestro, expropiación y hasta usucapión. El que el complejo de bienes, con su *avviamento*, constituya una real unidad parece un hecho aceptado comúnmente. Su valoración, que comprende clientela, informaciones reservadas como *know-how*, créditos y deudas y muchos elementos susceptibles de individualizar, así como esperanzas o perspectivas de futuro, ponen al tasador, más que en una postura difícil, con un cheque en blanco en sus manos. Las técnicas de valoración son muchas y generalmente deficientes.

BERNARDINI, M.: *Contenuto della proprietà edilizia*, Giuffrè, 1988.

1. Se trata de hacer una referencia breve de parte de la doctrina italiana sobre estos temas para un mejor entendimiento de la doctrina italiana sobre estos temas tan cercanos al Derecho del Urbanismo en España. Para un mejor entendimiento de esta recensión se va a exponer brevemente la normativa de la Ley española (Ley 8/1990 de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoración del Suelo). El artículo 11 de esta Ley dice que el contenido urbanístico de la propiedad inmobiliaria se integra mediante la adquisición sucesiva de los siguientes derechos: 1.º A urbanizar, entendiéndose como tal la facultad de dotar un terreno de los servicios e infraestructuras fijados en el planeamiento para que adquiera la condición de solar. 2.º Al aprovechamiento urbanístico consistente en la atribución efectiva al propietario de usos e intensidades susceptibles de adquisición privada o su equivalente económico en los términos fijados en esta Ley. 3.º A edificar, consistente en la facultad de materializar el aprovechamiento urbanístico. 4.º A la edificación, consistente en la facultad de incorporar al patrimonio la edificación ejecutada, concluida con sujeción a licencia urbanística otorgada y siempre que ésta fuera conforme con la legislación urbanística aplicable. El artículo 25 de esta Ley determina que la edificación concluida al amparo de una licencia no caducada y conforme con la ordenación urbanística queda incorporada al patrimonio del titular.

En la obra de BERNARDINI se hace constar que hay que partir de la base de que el contenido del derecho propiedad de un inmueble reside en la posibilidad de su utilización económica; y es extraño al ordenamiento jurídico la rotura permanente entre la titularidad del derecho de propiedad del suelo y, por otra parte, la utilización de este bien inmueble.

Una teoría jurídica respecto del derecho de la propiedad urbana parte de la idea de separación entre el derecho de propiedad y el *ius aedificandi* sobre este mismo derecho. El titular del suelo no tiene derecho a edificar, es la Administración la que concede al titular de la propiedad la autorización para edificar. Pero esta autorización es una auténtica concesión o creación *ex novo* de derechos que se concede por la Administración al titular de la propiedad. Esta tesis de la separación radical entre la propiedad y el derecho a edificación ha tenido apoyo en la doctrina italiana del Derecho público como PREDIERI y BARUCHI.

Dentro de esta teoría, SANDULLI señala que el titular de la propiedad no tiene derecho al *ius aedificandi*, es decir, que entre las facultades que corresponden al propietario no está la del derecho a la edificación. Pero cuando el titular ha cumplido perfectamente con todos los requisitos que señalan el planeamiento urbanístico, es el único que está legitimado para solicitar de la Administración la licencia correspondiente y, por lo tanto, aparece dicho propietario como titular de un *ius aedificandi*. La Administración no transfiere al dueño del terreno un derecho que ella tiene, no crea *ex novo* un nuevo derecho a favor del titular de la propiedad, sino que crea el *ius aedificandi* en la persona del titular del dominio. La diferencia reside en que en el primer supuesto la Administración tiene para sí el derecho de propiedad y lo transfiere por medio de una concesión al titular del terreno. En el segundo caso la Administración no tiene ningún derecho propio sobre la Administración, sino que lo crea cuando se dan los requisitos necesarios a favor del titular del terreno; en un caso hay transferencia del derecho de edificación de la Administración al titular, y en otro caso hay creación de este derecho en la persona del titular.

Dentro de este sistema, el *ius aedificandi* es explicado por MAZAROLLI por el siguiente criterio. El *ius aedificandi* no pertenece al derecho de propiedad, este derecho pertenece a la Administración; pero una vez que ésta ha otorgado al titular del terreno la concesión para que pueda edificar, esta concesión ya forma parte del derecho de propiedad. Se trata de una auténtica concesión por parte de la Administración al dueño del terreno, que una vez concedida mediante la autorización forma parte del derecho de propiedad.

Dentro de esta doctrina, TRABUCHI dice que la edificación en suelo urbano presupone la existencia, a la vez, de una propiedad pública y de una propiedad privada; pero esto, dice BERNARDI, es una fórmula muy genérica, pues es necesario ver en los supuestos de edificación qué valoración tiene respecto a esta edificación la voluntad pública y la voluntad privada. Se puede considerar que la doctrina italiana en relación con la Ley 10/1977 en relación con el Código Civil y otras leyes especiales posteriores es la siguiente: 1.º La Administración tiene el poder de transformar o no transformar en un sentido o en otro los bienes inmuebles que forman parte del territorio. 2.º Esta actividad de transformación de bienes inmuebles puede ser ejercitada directamente por la Administración o puede ser transferida al titular de dichos bienes inmuebles por medio de una concesión; esta concesión crea un derecho nuevo y lo atribuye al propietario. 3.º Esta concesión es a título oneroso, ya que el propietario queda sujeto respecto a la urbanización a una serie de obligaciones, obligaciones que tienen un tiempo determinado para hacer y que si no se cumple con arreglo al tiempo determinado y la forma determinada por la Administración lleva consigo la extinción de la concesión para edificar y la expropiación de la propiedad del suelo. En el Derecho español (Ley 8/1990) la pérdida de lo edificado se produce: 1.º Edificación realizada sin licencia o sin ajustarse a las condiciones de dicha licencia (art. 26.1). 2.º Por haber transcurrido el plazo para edificar, procede la edificación o la venta forzosa (art. 26.3). 3.º Cuando la edificación ha sido realizada por licencia posteriormente declarada ilegal (art. 27). 4.º Cuando el propietario no hubiera adquirido el derecho al aprovechamiento urbanístico (art. 27.3).

2. Frente a estas tesis examinadas hay que exponer las contrarias: BERNARDINI dice que la tesis de que el *ius aedificandi* no pertenece al propietario no está fundada y no es coherente con el resto del ordenamiento jurídico.

BERNARDINI parte de la siguiente afirmación. La concesión por parte de la Administración al propietario del terreno para edificar no supone de ninguna manera la creación de un derecho *ex novo* por parte de la Administración. Desde un punto de vista lógico y formal, el *ius aedificandi* que tiene el propietario del suelo no constituye más que una facultad inherente al derecho de propiedad.

Se trata de una facultad jurídica dentro del concepto de facultad jurídica elaborado por la teoría del Derecho civil. En cuanto a la Administración, puede decirse que concede licencia para la construcción del edificio, pero es el dueño de la propiedad privada el que tiene derecho a pedir esta licencia. Una vez concedida la licencia es el dueño de la propiedad el que costea la edificación a su costa, y en este aspecto se aplica el principio de accesión recogido en el Código Civil de Italia (arts. 934-938). En el Código Civil español, el artículo 353 dice que la propiedad de los bienes da derecho por accesión a todo lo que ello produce o se incorpora natural o artificialmente.

Hay que tener en cuenta la Ley italiana 10/1977 donde dice que la concesión es dada por la Administración al propietario del suelo de conformidad con las regulaciones urbanísticas. Existe por lo tanto una relación directa entre el propietario del suelo y la facultad de edificar. El dominio del suelo comporta una

serie de facultades jurídicas, y entre ellas el derecho a la edificación. Sólo el propietario del suelo puede pedir la concesión a la Administración para edificar en su dominio.

Se puede afirmar, por lo tanto, dice BERNARDINI, que el propietario del suelo tiene la facultad de edificar, tiene derecho a pedir licencia de edificación, que la Administración debe conceder cuando se cumplan los requisitos necesarios.

La autorización o licencia de la Administración no otorga al propietario un derecho nuevo, sino que es una certificación que justifica que la edificación está adaptada a los planes y a las regulaciones urbanísticas. El propietario del suelo tiene derecho por lo tanto a la entrega de la autorización o concesión, ya que es un acto debido por la Administración a dicho propietario, y esta Administración no tiene ningún poder discrecional sobre las autorizaciones cuando el propietario del suelo solicita la licencia y cumple todas las regulaciones urbanísticas. La conclusión de esto es que el estatuto jurídico de la propiedad privada no ha sido modificado. El *ius aedificandi* pertenece al propietario y esto es esencial para el ejercicio del derecho de propiedad. Respecto a esta concesión por la Administración al propietario del suelo para edificar, la Ley italiana 10/1977 dice en su artículo 13 que el propietario, cuando se cumplen todas las regulaciones necesarias para la edificación tiene derecho a obtener la licencia y la Administración está obligada a dársela. Esta licencia es transferible con la propiedad del suelo y es irrevocable, salvo los supuestos de incumplimiento por el propietario del suelo señalados en la Ley.

Se puede afirmar, dice BERNARDINI, que la concesión tiene un carácter real y no personal. La autorización o concesión está vinculada al dominio del suelo y aparece por lo tanto como una *qualitas fundi* que va a circular junto con la propiedad del suelo sin necesidad de ninguna autorización de la Administración. La transmisión del suelo lleva unida la transmisión de la autorización administrativa, sin que la Administración pueda poner ningún requisito sobre ella.

Por lo tanto, en materia de propiedad y del derecho a edificación el propietario sigue siendo dueño de lo que se edifica. Lo que ocurre es que el propietario tiene como título un derecho de propiedad y además una facultad, la del *ius aedificandi*, facultad que le permite obtener autorización o licencia por parte de la Administración que no le transfiere ni crea ningún derecho, sino que simplemente certifica que el propietario tiene obligación de cumplir con todas las regulaciones legales.

Esta problemática también puede plantearse en el Derecho español. El artículo 25.1 de la Ley 8/1990 dice que la edificación concluida al amparo de la licencia no caducada y conforme a la ordenación urbanística queda incorporada al patrimonio de su titular. MARTÍN BLANCO (*Estudio sobre la Ley 8/1990 de Reforma del Régimen Urbanístico*, pág. 105) dice con arreglo a la nueva Ley que la edificación pertenece al propietario en virtud de los preceptos del Código Civil. La edificación es adquirida definitivamente en virtud del derecho de propiedad, y no parece que la Ley citada 8/1990 puede derogar los artículos 350, 353 y concordantes del Código Civil.

Por otra parte, en materia de licencias, PAREJO, JIMÉNEZ-BLANCO y ORTEGA (*Manual de Derecho administrativo*, pág. 618), al hablar de la naturaleza y caracteres de la licencia dicen que la Ley 8/1990 ha introducido una serie de elementos nuevos en la medida en que el artículo 20 de esta Ley determina; que el otorgamiento de licencia sólo puede ser concedido al propietario, aunque siga en vigor la cláusula sin perjuicio de tercero, en el sentido de que la licencia solamente

produce efecto entre la Administración y el solicitante, pero no altera las relaciones jurídicas con respecto a tercero.

GAMBARO (*La proprietà*, pág. 175) dice que sólo el propietario tiene facultad para pedir licencia con el fin de obrar o edificar en terreno de su propiedad. Por lo tanto, la petición de concesión de licencia debe ir acompañada del correspondiente título de propiedad. La concesión de licencia dada a un no propietario es ilegal y puede ser revocada ya en vía administrativa por la Administración que la ha concedido ya por la jurisdicción ordinaria.

Respecto a los problemas que plantea la nueva legislación, se hace constar la opinión de SCHLESSINGER en la obra objeto de esta recensión (pág. 79, nota 19). Durante mucho tiempo, dice SCHLESSINGER, las leyes en Italia eran proyectadas y aprobadas con un mismo criterio, con una misma técnica y con el mismo rigor jurídico que estaba redactado el Código Civil. Todo esto ha quedado roto en el sistema actual legislativo, donde las leyes se oponen unas a otras y pierden todo orden lógico y, por otra parte, asumen dimensiones completamente desproporcionadas con relación a su objeto.

RICARDO EGEA IBÁÑEZ

REGLERO CAMPOS, L. FERNANDO: *El arbitraje (El convenio arbitral y las causas de nulidad del laudo en la Ley de 5 de diciembre de 1988)*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1991.

En la novela de DAVID LODGE, *El mundo es un pañuelo*, se relata de forma incidental la actitud de un profesor universitario respecto de las opiniones que va a generar un libro que acaba de publicar: primero, paciente espera; después, inquietud; más tarde, el vivo deseo de que, al menos, alguien escriba una crítica adversa por muy desfavorable que sea, al final... nada y con ellos frustración. El modo de proceder expuesto es propio de ciertos ambientes académicos extranjeros en los que, dada la naturaleza que se otorga al tratamiento de las nuevas publicaciones, la calidad de un libro puede en cierta medida vincularse al número, contenido e importancia de los comentarios que suscita.

En España el tratamiento de libros jurídicos responde comúnmente a una finalidad distinta: la que consiste simplemente en dar noticia o informar de la publicación de un nuevo libro. En este contexto el comentario sobre una obra se centra en una descripción general de la misma basada en su índice y, en ocasiones, comprende la exposición de sus conclusiones —“noticia bibliográfica”—. Pero, a veces, el contenido que se otorga al comentario de las nuevas publicaciones excede al anteriormente descrito. Ello por cuanto que, de una u otra forma, se hace comprender en los comentarios una valoración genérica del libro y lo que el autor aporta con su obra —“recensión” o “reseña”: “examen de algún libro y noticia crítica del mismo”. Mas a pesar de tal valoración la “reseña” no responde a un tratamiento crítico puntual —adverso o favorable— de un libro. Acaso por ello cuando excepcionalmente se quiere hacer propia crítica de libros jurídicos se la reviste de una forma distinta a las anteriormente descrita y se la califica como “nota crítica”.

Como decíamos, en España el tratamiento de los libros jurídicos se hace comúnmente a través de la noticia bibliográfica o reseña. Se trata de un género que responde a una tradición diferente a la que obedece el comportamiento del personaje de la obra de Lodge. A dicha forma de hacer nada hay que objetar y

tiene una utilidad nada despreciable de la que buena muestra da, entre otras, la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO. Siendo ello cierto, también lo es que la "nota crítica" tiene además un componente enriquecedor: constituye un cauce propicio para el cambio de opiniones y un medio idóneo por el cual quien conoce en profundidad un tema puede ilustrar al lector sobre ciertos aspectos de lo que ha leído, va a leer o acaso ya no leerá. A pesar de ello, la "nota crítica" continúa sin gozar de predicamento en España como modo de literatura jurídica y forma de publicación original. Y tal vez contribuya a ello la concurrencia de diversas circunstancias, como pueden ser: en ocasiones, la vana ilusión del autor pretendiendo haber escrito una obra perfecta y exenta por tanto de crítica adversa alguna; a veces, la falta de mesura con que se ha propuesto una crítica no favorable para el autor, junto con la omisión de los aspectos positivos de la publicación; y no pocas veces la suspicacia con que, acaso por falta de hábito, acostumbramos a leer las ocasionales "notas críticas". Sobre las causas del escaso predicamento en el Derecho español de la "nota crítica" nada puede ser más ilustrativo, y a ello me remito en lo que escribió en su día el profesor D'ORS en *Papeles del oficio universitario*, Madrid, 1961, en especial véase la pág. 133.

Así pues, "noticia bibliográfica", "recensión" o "nota crítica". Y al respecto tan sólo quisiera advertir que de forma paulatina se van incorporando a las "reseñas" una suerte de cláusulas de estilo por medio de la cual quien hace la recensión se ve en la necesidad de explicitar que siendo digna de elogio la monografía de que se trata, sin embargo no se comparten muchas de las opiniones del autor. De esta forma se quiere convertir la reseña —con la valoración genérica de un libro que conlleva— en una suerte de nota crítica encubierta sobre aspectos puntuales o sobre los mismos fundamentos de la obra, pero sustrayendo a la supuesta "nota crítica" todo lo que tiene de útil y que puede permitir la posible réplica del autor del libro; a saber: la justificación del desacuerdo y las soluciones alternativas que el autor de la nota propone.

He hecho las observaciones precedentes no para justificar una pretendida nota crítica a la monografía del profesor REGLERO, sino con el fin de señalar ahora la falta de vinculación existente en España entre la calidad de una monografía y los comentarios que suscita. Y ello por cuanto que el profesor REGLERO escribió no hace mucho un libro en mi opinión excelente, sobre el que no he encontrado otras referencias que las que existen en los catálogos de las casas distribuidoras de libros. Me refiero a su monografía *Accidentes de circulación: responsabilidad civil y seguro*, publicada en Madrid en el año 1990. Es éste un libro en el que el tema abordado presentaba una especial dificultad, porque si se pretendía tratarlo con rigor requería estudiar diversos temas previos no exentos de complejidad —el sistema de responsabilidad en general, el nexo de causalidad, la fuerza mayor, el caso fortuito o la prescripción—, sin obviar en dicho tratamiento la consideración de la legislación especial. En la citada monografía el profesor REGLERO aborda esas y otras cuestiones, sin limitarse a tomar postura respecto de las conclusiones ya aportadas por otros; antes bien, meditando los problemas en profundidad, aporta opiniones personales de notable interés y expuestas con rigor. El resultado del estudio anterior es un examen preciso del tema de la responsabilidad civil derivada de los accidentes de circulación, enriquecido por el análisis completo que conlleva su consideración desde un sistema de garantías.

La obra que ahora reseño del profesor REGLERO tiene una menor complejidad en el sentido de que el tema que aborda —el convenio arbitral— es susceptible de un estudio directo que no precisa tanto como el anterior de la resolución de

problemas previos. Sin embargo, las cuestiones de que se ocupa están, a lo que creo, igualmente bien resueltas y sus opiniones son convincentes. En principio el título de la monografía del profesor REGLERO sugiere al lector que lo que va a leer es un libro en el que se aborda un tema que acaba por "revelarse". Me refiero a ciertas obras en las que el estudio de una figura sin eludir los problemas colaterales que suscita acaban por convertirlas en una monografía distinta. Comúnmente ello obedece a la honradez profesional del autor que le lleva a tratar con exhaustividad el tema que aborda. Acaso el ejemplo más reciente y significativo de tal forma de hacer lo constituya la monografía del profesor JORDANO FRAGA en la que el tratamiento sistemático de una concreta institución —el *ius transmissionis*— se resuelve en última instancia en una monografía sobre la adquisición hereditaria (*La sucesión en el "ius delationis". Una contribución al estudio de la adquisición sucesoria "mortis causa"*, Madrid, 1990).

Si bien no tiene propiamente al arbitraje como objeto de estudio, algo parecido sucede con la monografía del profesor REGLERO en el sentido de que el examen del convenio arbitral se hace, en ciertos aspectos, desde la consideración del arbitraje o en conexión con las causas de nulidad del laudo arbitral. Mas en concreto, la monografía del profesor REGLERO tiene al convenio arbitral como objeto preferente de estudio, comprendiendo el examen del concepto, configuración, contenido, elementos, forma y efectos del contrato creador del arbitraje. Y ello sin eludir en dicho ámbito el examen de aspectos colaterales tales como los referentes al arbitraje institucional, la distinción entre el arbitraje y figuras afines, el arbitraje libre o informal, así como los problemas que suscita la admisión del convenio arbitral en los contratos de adhesión. El análisis anterior va precedido de una exposición con reflexiones de interés sobre diversas cuestiones, como, por ejemplo: el arbitraje en general, los antecedentes históricos de la institución arbitral, la Ley de Arbitraje de Derecho Privado de 1953 y el ámbito material de aplicación de la vigente Ley de Arbitraje (capítulo primero).

Continuando con la descripción de la monografía, el trabajo del profesor REGLERO se complementa con un examen de los recursos contra el laudo arbitral y sus causas de nulidad. Dicho examen constituye ocasión para que el autor concluya su estudio tratando la cuestión referente a los efectos derivados de la anulación del laudo y la relativa al alcance que cabe otorgar a las cláusulas por las que las partes del convenio arbitral se obligan a no impugnar el laudo (capítulo segundo).

Con la sistemática y contenidos descritos, el autor propone en su libro soluciones para resolver, en relación con el tema que nos ocupa, las insuficiencias o contradicciones que presenta la Ley de Arbitraje. Tales soluciones, ponderadas y convincentes, afectan a diversas cuestiones, y de entre ellas a la forma y amplitud con que habrá de entenderse el requisito de la determinación de la relación jurídica exigido como contenido necesario del convenio arbitral por el artículo 5.1 LA o al problema suscitado por los plazos para la emisión del laudo, ex artículo 30.1 LA y los que pudieran establecerse en los reglamentos arbitrales de las instituciones permanentes de arbitraje; o a los problemas que plantea la nulidad del laudo dictado fuera de plazo; o a la conciliación entre lo dispuesto en la Disposición Adicional 1.ª de la LA y lo establecido en la Ley 33/1984, de 2 de agosto, de ordenación del seguro privado y su Reglamento de 1 de agosto de 1985; o al silencio de la Ley en orden a la competencia de los órganos jurisdiccionales para conocer de la nulidad o ineficacia del convenio arbitral cuando se opone la excepción de incompetencia es artículo 11.1 LA, o en fin, a la contradicción entre los artículos 18 y 19, por una parte, y el artículo 38.2 LA, por otra, que

el autor resuelve haciendo referible lo dispuesto en el artículo 38.2 a los casos de designación de árbitros por las partes de común acuerdo. Las soluciones que sobre éstos y otros problemas ofrece el autor se fundamentan, según los casos, en el empleo de los elementos histórico, comparativo, sistemático y en el uso de los antecedentes legislativos. Por este cauce, como decíamos, el profesor REGLERO ofrece soluciones para remediar los defectos técnicos que, en su opinión y como justifica, afectan a la Ley de Arbitraje.

Sobre este particular no es inútil llamar la atención sobre el hecho de que la doctrina está insistiendo en la multiplicidad de defectos de índole técnico-jurídico achacables a diversas leyes en general o a buena parte de su contenido. Por lo que a nosotros respecta y a título de muestra puede verse: en lo que atañe a la Ley de Aguas, MOREU BALLONGA, *El nuevo régimen jurídico de las aguas subterráneas*, Zaragoza, 1990, y el Prólogo escrito a dicha obra por el profesor LORENZO MARTÍN-RETORTILLO; en lo que se refiere a la Ley de Reforma de la Adopción, SANCHO REBULLIDA, *El nuevo régimen de la familia, IV. Acogimiento y adopción*, Madrid, 1988, y LLEBARIA SAMPER, *Tutela automática, guarda y acogimiento de menores. Estudio sistemático de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre*, Barcelona, 1990; en lo que concierne a la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida, MORO ALMARAZ, *Aspectos civiles de la inseminación artificial y la fecundación "in vitro"*, Barcelona, 1988 (véase el Anexo, y en especial págs. 345 y sigs.), y PANTALEÓN PRIETO, "Contra la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida", en *Jueces para la democracia*, 1988, núm. 5, págs. 19-36; y en lo que respecta a las imperfecciones de la Ley de Arbitraje, además de la monografía de REGLERO pueden consultarse los artículos publicados por el profesor ALBALADEJO en los números 4-8, 1990, de la revista *Actualidad Civil*.

Tal vez debido a las deficiencias reseñadas es por lo que cada vez resulta más frecuente encontrar sentencias en las que se aducen las "exposiciones de motivo" para justificar, por medio de principios, soluciones que el texto legal no ofrece. A este respecto, creo que la indeterminación normativa parece en ocasiones como búsqueda de propósito —a veces motivada por la complejidad de la distribución de competencias en la materia regulada—, con la consecuencia ulterior de obligar al Juez a asumir una función que no le es propia.

Y tal vez a causa también de las deficiencias reseñadas es por lo que en buena parte de las monografías en las que se estudian los temas objeto de reforma existe, cada vez con más frecuencia y con razón, un recurso incesante a la tramitación parlamentaria de las diversas leyes. En menor medida, el profesor REGLERO también recurre a dicho expediente en su monografía. En particular, el citado autor invoca los antecedentes legislativos para explicar, salvar o encontrar justificación a los artículos 1.5.1, 11.1, 13, 32.2 y 38.2 LA, así como para fundamentar el deslinde entre arbitraje y arbitrio y excluir este último del ámbito de la Ley de Arbitraje.

Sin embargo, la experiencia enseña que de poco sirve el cauce expuesto al fin de pretender inducir la *voluntas legislatoris* y solventar por esta vía las deficiencias técnico-jurídicas de los textos legales. Ello por cuanto que el recurso a los trabajos preliminares no permite en la mayor parte de los casos resolver las contradicciones del texto legal, sino tan sólo detectar su origen. A este respecto resulta llamativo constatar cómo a buena parte de las contradicciones de los textos legales subyacen pretendidas mejoras de carácter formal. Al socaire de "mejoras técnicas", "textos de aproximación", "mayor precisión", "aclaración", "mejoras sistemáticas", "mayor claridad" y expresiones similares se introducen

modificaciones formales en determinados preceptos que alteran el conjunto y determinan contradicciones ulteriores que no existían con anterioridad.

Todo lo expuesto obliga a que la doctrina y la jurisprudencia propongan interpretaciones que permitiendo solventar las contradicciones de un texto legal no tienen mayor fundamento que el de ser la única solución razonable. A este respecto puede servir como muestra la interpretación que ofrece el profesor REGLERO, que comparto, para salvar la contradicción existente entre los artículos 18, 19 y 38.2 de la Ley de Arbitraje. Y también puede ser clarificadora la interpretación que ofrece el autor, y de la que participo, con referencia al problema, que la Ley de Arbitraje no resuelve, relativo a la falta de determinación de los árbitros... Por todo ello creo que resulta difícil conciliar dos afirmaciones que suelen ser frecuentes cuando se tratan las últimas reformas, afirmaciones que también asume el profesor REGLERO con referencia a la Ley de Arbitraje (véanse las págs. 14-15 de su libro). Tales afirmaciones son, por una parte, la que consiste en entender de modo general que la Ley de que se trata merece una buena acogida; por otra, la que da a entender que examinada la norma en particular presenta notables deficiencias e imperfecciones.

MIGUEL ANGEL PÉREZ ALVAREZ

GARCÍA SANZ, ROSA MARÍA: *El derecho a opinar libremente*, Eudema, 1990.

Tengo tres o cuatro libros o monografías en "lista de espera", muy en la línea del transporte aéreo, hoy tan "minado" por la huelga, seguida del "piquete" de ejecución que atenta a la libertad individual, pero restablece la solidaridad. El procedimiento ibérico de la huelga —derecho al ocio del que habló el yerno de Marx— no es más que un nuevo asalto al Congreso de los Diputados, hecho ahora por obreros y no por guardias civiles. No es lo mismo contemplar la huelga, leer los resultados de ella..., que padecerla.

No quiero desviarme del tema, y lo que de verdad quería poner de relieve es que en mi "lista de espera" —forzada por la terminación de un libro que ya he dado a la imprenta— estaba esta monografía, junto con otras de auténtica actualidad. Y elijo ésta, la primera, por tratar un tema que siempre me ha preocupado desde que colaboré en el avance que significó en su día la Ley de Prensa. Al haber estado a mi cargo la dirección y creación de algunas revistas y el haber formado parte de los consejos de redacción de otras, me hace en este momento retroceder en el tiempo y provocar un "examen de conciencia". Y la consecuencia es tremenda: yo no me atreví nunca a censurar nada. Pero la recíproca no fue nunca así: a mí me han censurado desde el título de un artículo hasta frases, anécdotas... Todo ello en plena democracia. El ejercicio del poder no tiene límites, y es mucho más fácil ver la viga en el ojo ajeno que contemplar la propia. Además, el hecho de la censura, con buena o mala fe, es un juego que atenta a la educación de la persona a la cual le pone en el disparadero de no aceptar las condiciones o de soportar las mismas. Yo he debido ser difícil, pues me fui de varias revistas y estoy a punto de irme de otra... Algún día contaré —como hace DELIBES, pero sin su categoría— los casos de censura que, siendo sangrantes en la época dictatorial, son ahora bochornosos y de falta de clase.

El tema del estudio monográfico es ciertamente sugestivo, pues enfoca, como

costillas que abrazan el esqueleto, el concepto de la opinión pública, el mensaje informativo, la crítica, el derecho a opinar y propuestas de un régimen jurídico. Se agrega al trabajo un Anexo con diversas materias relacionadas con el tema principal. El Prólogo, breve pero muy importante, es de TEODORO GONZÁLEZ BALLESTEROS, quien analizando finamente el trabajo dice que la autora precisa los conceptos de "opinión pública", "mensaje informativo" y el "derecho a opinar", siendo en este último donde se plantea si la opinión es o no un mensaje informativo y su distinción con la comunicación de opiniones. Todo ello girando, como si fuera una sardana, en torno al artículo 20 de la Constitución española.

No he creído nunca en la posibilidad "actual" de este derecho en un "país" que no tiene la suficiente cultura y educación para mantener ese principio. Aquí nos envidiamos, mantenemos electoralmente la lucha de clases, no hemos llegado a suprimir el sol y sombra de los toros ni las gradas y las tribunas de los campos de deportes y otros espectáculos; hay siempre una desigualdad y por los resquicios más insólitos se están aprobando "privilegios". Un país que no sabe jugar con la "hipocresía" —muy tipo inglés— no puede amparar el derecho a opinar libremente. Unos votan y otros mandan, y los que mandan son mayoría y no toleran que exista una libertad de ese tipo que atenta a su poder. Vamos, sin embargo, a lo que dice la autora en todo este mundo jurídico de la información y de la libertad:

I. *El concepto de opinión pública.* Después de estudiar diversas opiniones sobre el concepto, la autora llega a la conclusión de que la "opinión pública" es el "mensaje informativo", objeto del derecho a la información en su sentido objetivo. No es lo mismo la información "objetiva" que la "subjetivada". Y de esto se pueden poner ejemplos en nuestros medios informativos: ascuas y sardinas.

La autora —y en esto es difícil tocar fondo— distingue a continuación la opinión privada (manifestada privadamente), la opinión pública y al interpersonal, así como la realizada a través de los medios de comunicación.

II. *El mensaje informativo de opinión pública.* Respeto, por supuesto, todas las distinciones que la autora hace en este punto sobre el concepto de mensaje, el hecho y la comunicación de ideas, la estructura de la opinión y la inexistencia de objetividad en las opiniones.

Me tiemblan las carnes cuando me hablan de mensajes o de diversas lecturas —frases muy en la línea política actual—, y todo ello me recuerda ese juramento que vemos en las películas americanas donde el alguacil le pone la Biblia debajo de la mano al testigo y le pregunta: "¿Jura usted decir la verdad, toda la verdad y nada más que la verdad?" Y los políticos en sus mensajes enseñan un hilo, quizá hasta dos si eres amigo suyo, pero nunca el tercero, que es la clave. La verdad sí, pero no toda la verdad.

III. *La crítica.* Reconozco que la autora tiene bastante razón al decir que la crítica es un juicio, una opinión, un criterio, y lo que no se puede exigir a la misma es la actitud de objetividad. También creo que acierta en los principios que la rigen: de opinabilidad, de lógica, de independencia y libertad, sinceridad y pluralidad. Luego desciende a la clasificación entre la crítica en función del conocimiento, de lo operable, la artística y la política.

Discrepo, por supuesto, en la calificación que ella hace del "mito" de la "crítica constructiva". El que critica aportando conocimientos y argumentos basados en hechos y en derechos aporta una construcción y enriquece lo que se critica. Yo que fui ponente de la Comisión de Elaboración de la Propiedad Intelectual siem-

pre consideré la crítica constructiva como una “creación”, aunque me costara trabajo diferenciar la fotografía artística de la publicitaria...

IV *Derecho a opinar.* Esta última parte de la monografía la destina la autora a profundizar en el derecho a opinar, y para ello se vale de los principios que asisten o avalan este derecho general: principio de opinabilidad, principio de lógica, independencia y libertad, sinceridad y pluralidad.

Añade al estudio un conjunto de normativas no sólo de la legislación nacional, sino de las Comunidades Autónomas y del Derecho Internacional.

Lo que podríamos llamar Apéndice al trabajo que se ofrece supone un nuevo capítulo en donde la autora va desmenuzando las diferentes propuestas para estructurar un régimen jurídico de la opinión pública. Dios bendiga las buenas intenciones de la autora en esa formulación ilusionada de “positivación normativa” que ella ofrece de *lege data* y que la acompañe el éxito. El Anexo que añade es muy importante.

Entiendo que se debe profundizar en el minucioso estudio que la autora hace sobre el concepto de “opinión pública” y los tremendos enlaces que el mismo tiene cuando en vez de hacer decir a la gente una vez que vote no a un problema que luego se le convence para que diga sí. Yo he sido siempre liberal pero no demócrata, y a mí todo esto me está sonando a que nos siguen vendiendo la burra con mucha “opinión pública”

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

RODRÍGUEZ-YNIESTO VALCARCE, A.: *La prodigalidad en el nuevo sistema civil de la capacidad de obrar de la persona*, Editorial Aranzadi, 1990.

No sé si ha sido el autor o el prologuista del libro el que o los que me han enviado un ejemplar con la posible intención de que lo recense. De cualquier forma, a uno y a otro vaya desde aquí mi agradecimiento. Al autor “no le pongo cara”, pero igual le conozco mucho. Al prologuista, sí. Es mi buen amigo JOSÉ MARÍA CASTÁN VÁZQUEZ, con el que me río mucho, tomo el aperitivo alguna vez, intercambio publicaciones, como —o almuerzo, que es más elegante— en los ágapes que organizan los bibliófilos, hablo con él por teléfono con ciertas dificultades y soy fiel amigo en esta relación cordial que nos une. A veces voy de “libros viejos” con él y esto es singularmente importante.

Pues bien, en el Prólogo —magnífico, por supuesto— JOSÉ MARÍA CASTÁN no ha querido contar —sin duda para que yo lo cuente— que el tema de la prodigalidad, cuando se planteó en la Comisión General de Codificación, alguien dijo que en su experiencia profesional había existido un “solo caso” de prodigalidad y que no merecía la pena plantearse el tema de tenerlo en cuenta en la modificación legislativa. Resulta, sin embargo, que ante el asombro de todos otro miembro de la Comisión de Codificación contó que él conocía otro caso de prodigalidad. Después de la aportación de datos, nombres, circunstancias, regiones y situaciones, resultó que se trataba del mismo caso: un único caso. Este argumento que me sirvió de base para defender la “anotación preventiva de créditos refaccionables” en materia de obras nuevas sin terminar no prosperó en la Comisión. Quizá no tuve la gracia necesaria para llevar a puerto la idea o que estadísticamente nunca se dio el caso que alegaba.

La obra monográfica, basada en la tesis doctoral que el autor logra que se

califique como de "sobresaliente *cum laudem*", ofrece al lector un conjunto de capítulos importantes que van desde el estudio de las circunstancias modificativas de la capacidad de obrar de las personas hasta el examen de la prodigalidad, su naturaleza y fundamento. La tesis se extiende luego a los derechos comparados e históricos y recalca en el concepto de *curatela* con la que ha sido encuadrada en nuestro ordenamiento jurídico. Se le añade un Anexo legislativo y una bibliografía y la dedicatoria —una del Quijote y otra de las memorias de Adriano— hacen referencia a la prodigalidad.

Creo que para dar una noción de la publicación, lo mejor es seguir la estructura composicional de la misma y distinguir:

I. *La capacidad de obrar y sus circunstancias modificativas.* En esta primera parte el autor —jurista acreditado— enfoca el tema distinguiendo lo que se acepta tradicionalmente como capacidad "jurídica" y capacidad de "obrar", situando la prodigalidad dentro de esta última y no de la primera. Por supuesto que frente a esta situación expone los medios o sistemas para solucionar el tema: el de la sustitución y el de asistencia.

II. *Concepto, naturaleza y fundamento de la prodigalidad.* Agrupo en ese apartado tres capítulos que el autor destina a explicar la materia, y lo hago porque los temas guardan una relación total, sin perjuicio del que quiera profundizar en cualquiera de esos puntos.

El *concepto* de prodigalidad el autor lo maneja a través de una serie de aspectos, que van desde el gramatical (es curioso que en esta acepción no se utiliza la palabra despilfarro), jurisprudencial y doctrinal, para terminar con los que pueden estar más adecuados a la regulación civil de la figura. Entiendo que el autor sigue en sus conclusiones a F. DE CASTRO, que precisa la prodigalidad como "conducta creadora de un peligro" en la que juegan elementos objetivos, subjetivos y ciertos nexos causales.

Por lo que se refiere a la *naturaleza*, el autor no vacila en situar la misma muy conectada con el "abuso del derecho", y por ello la declaración de prodigalidad y consiguiente sometimiento a *curatela* persiguen la protección de un patrimonio familiar, el derecho a los alimentos y la situación limitativa de una capacidad.

El *fundamento* de la figura y la situación legal en que se encuadra la aborda el autor a través de conceptos genéricos como el de la protección familiar, el derecho a la vida, la prestación alimenticia y la inhibición del cumplimiento de deberes familiares.

III. *La figura en el Derecho histórico y comparado.* La importancia que la construcción del concepto, su naturaleza y fundamento tienen en el campo doctrinal y científico —cosa sustancial para la aplicación de la norma— lleva a un estudio más amplio de contraste que vincula al autor a recorrer los antecedentes de la figura en el Derecho romano, en el Derecho histórico español y, lo que es más de agradecer en estos momentos, la proyección en los Derechos europeos —que tanto nos van a exigir—, en los derechos socialistas —ya en claudicación de banderas— y en los derechos americanos en su vinculación al V Centenario. Al estudio se añade un cuadro comparativo que sirve de muletas al que, como yo, cojea en esta materia.

IV. *El efecto de la prodigalidad: la curatela.* Entiendo que la monografía se va engrandeciendo poco a poco a medida que en ella se va avanzando, y por eso culmina su fuerza en ese capítulo octavo donde brinda al lector la forma judicial para poder declarar a una persona incura en la situación de prodigalidad.

Además del aspecto teórico que supone el examen de los diferentes requisitos

del proceso o procedimiento para llegar a la declaración, es evidente que se está brindando un aspecto práctico del tema y de los efectos jurídicos que produce, y eso es un "apeadero" que permite descansar y tomar fuerzas para culminar el procedimiento. La verdad es que el esquema se reduce al examen del proceso: concepto y naturaleza, requisitos y efectos, recursos, y culmina con la designación de curador, inhabilidad, excusas y remoción, así como los efectos y la posible extinción de la situación.

La obra lleva un Anexo legislativo y una importante selección bibliográfica de una gran utilidad. A mí, que he sido "generoso" durante toda mi vida, no me llega a convencer mucho el trato legal para el pródigo, pues si he de sero sincero creo que hay más motivo para sujetar a una "curatela", al "roñoso", al "avaro", al "retraído", al que "quiere pagar a medias o paga tú y ya haremos cuentas", al "mezquino", al "tacaño", etc. No quiero concluir esta recensión sin contar un caso —que creo reflejaba DÁTILE en un dibujo. Un personaje acude a una Notaría y le dice al Notario que quiere hacer testamento.

El Notario le advierte que existen tres tercios: legítima, mejora y libre disposición.

El cliente se pregunta: ¿De modo que hay un tercio de libre disposición...? Pues espere usted, señor Notario, que volveré una vez que me haya gastado el tercio de libre disposición.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

REVISTA DE REVISTAS

REVISTA GENERAL DE DERECHO

Núm. 559 (Abril 1991)

- “La interpretación del artículo 834 del Código Civil (derechos del cónyuge viudo) desde la perspectiva de los derechos históricos y de los nuevos principios del derecho de familia español”, por CELESTINO A. CANO TELLO, pág. 2477.
- “Uniones de participación integral de vida”, por MARÍA MERCEDES BERMEJO PUMAR, pág. 2489.
- “La patristica, ¿fuente directa o subliminal del Derecho canónico?”, por LEOPOLDO SAN MARTÍN AGUILAR, pág. 2517.
- “Elección de sexo: comentario a una reciente decisión judicial aplicando la Ley española sobre técnicas de reproducción asistida”, por JAIME VIDAL MARTÍNEZ, pág. 2535.
- “Sobre la prueba prohibida: invalidez de la prueba lícitamente realizada a partir de una anterior prueba ilícitamente obtenida”, por CARLOS CLIMENT DURÁN, pág. 2547.
- “Las reformas de la Constitución portuguesa: de la utopía al pragmatismo”, por JOAQUÍN MARTÍN CUBAS, pág. 2556.
- “Dos principios penales (*non bis in idem* y *reformatio in peius*) vistos por el Tribunal Constitucional”, por JOSÉ MARÍA MARTÍNEZ VAL, pág. 2565.
- “Los recursos prejudiciales planteados por España”, por MIGUEL PASTOR LÓPEZ, pág. 2863.
- “La función pública en las Comunidades Económicas Europeas”, por E. CASADO IGLESIAS, pág. 2889.
- “Organos de la sociedad anónima: el órgano de administración”, por JUAN HERNÁNDEZ MARTI, pág. 2947.
- “Nombramiento de liquidadores en la sociedad anónima”, por EMILIO BELTRÁN, pág. 2971.
- “Licitud, eficacia y organización de los sindicatos de voto”, por FRANCISCO VICENT CHULIA, pág. 2995.

Número 560 (Mayo 1991)

- “La estructura lógica del razonamiento de los escritos de alegaciones y de las sentencias”, por CARLOS CLIMENT DURÁN, pág. 3613.
- “La reforma de la función pública”, por E. CASADO IGLESIAS, pág. 3701.
- “La heráldica, ¿un nuevo límite a la autonomía universitaria?”, por RAFAEL S. MANZANA LAGUARDA, pág. 3737.
- “Infidelidad en la custodia de documentos”, por MARÍA ASUNCIÓN COLAS TURÉGANO, pág. 3745.

- "Algunas cuestiones sobre la delimitación de la estafa", por VICENTA CERVELLÓ DONDERIS, pág. 3759.
- "Los límites de la libertad de expresión", por ANTONIO M.^a GARCÍA CUADRADO, pág. 3771.
- "El transitario u organizador del transporte", por HENRIQUE JOSÉ M. SARAIVA LIMA, pág. 4045.
- "Medidas inmediatas a adoptar por los Tribunales para suspender u obligar a la ejecución de actos administrativos sin tener que esperar hasta una sentencia", por FRANCISCO MIGUEL SÁNCHEZ GAMBORINO, pág. 4057.
- "Un breve apunte sobre las sanciones tributarias en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", por J. ANDRÉS SÁNCHEZ PEDROCHE, pág. 4135.
- "Los recargos autonómicos sobre impuestos estatales. Su constitucionalidad. Comentario a la Sentencia 150/1990, de 4 de octubre, del Tribunal Constitucional", por PURIFICACIÓN PERIS GARCÍA, pág. 4149.

Número 561 (Junio 1991)

- "Acerca de la legitimación corporativa en el recurso contencioso-administrativo", por RAFAEL S. MANZANA LAGUARDA, pág. 4701.
- "Guerra del Golfo, perjuicios en la actividad empresarial y vías de indemnización", por JORGE CARDONA LLORENS, pág. 4715.
- "Notas para un estudio de las servidumbres sobre bienes de dominio público", por CELESTINO A. CANO TELLO, pág. 4727.
- "Acerca de la autonomía de la persona en el Derecho civil español, diversificado en el estado de las Autonomías: panorama general", por JAIME VIDAL MARTÍNEZ, pág. 4765.

BOLETIN DEL ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE MADRID

Núm. 1 (Enero-Febrero 1991)

- "Escuchas telefónicas", por ANTONIO PEDROL RÍUS, pág. 9.
- "La desviación de poder", por ARCADIO GARCÍA-MONTORO, pág. 11.
- "La desviación de poder", por JULIÁN LARIOS RAMOS, pág. 27.
- "Antonio Maura y Montaner", por JOSÉ M.^a MARTÍNEZ VAL, pág. 53.
- "Principios básicos acerca de la función de los Abogados (VIII Congreso de la ONU)", por MARÍA DOLORES VILA-CORO, pág. 63.

Núm. 2 (Marzo-Abril 1991)

- "La propiedad urbanística y el Registro de la Propiedad", por JOSÉ M.^a CHICO Y ORTIZ, pág. 7.
- "Aproximación a la figura del *merchandising*", por MANUEL LOBATO GARCÍA, pág. 25.
- "La responsabilidad en la medicina intensiva" (continuación), por JACOBO LEONIS, pág. 39.

“El sistema legal inglés y el Tribunal de Luxemburgo”, por RICARDO DE OLAGUE Y NEGUERUELA, pág. 47.

“La calificación o no como accidente de trabajo de enfermedades profesionales”, por MARINO SÁNCHEZ GARCÍA, pág. 61.

“Leonardo Prieto Castro”, por JOSÉ LUIS VÁZQUEZ SOTELO, pág. 69.

REVISTA DE DERECHO PRIVADO

(Mayo 1991)

“El objeto protegido en la acción publiciana”, por JOSÉ ENRIQUE BUSTOS PUECHE, págs. 379-417.

“Impugnación de acuerdos del Consejo de Administración (acerca del art. 143 del Texto Refundido LSA)”, por JOSÉ M.^a NEILA NEILA, págs. 418-422.

Junio 1991

“Evolución del Derecho privado alemán en los años 1987-1989”, por HANS STOLL y JOHANNES WEINREICH, págs. 491-510.

“Derecho civil (de familia) constitucional español y puertorriqueño”, por PEDRO F. SILVA-RUIZ, págs. 511-527.

REVISTA DE DERECHO URBANÍSTICO

Núm. 123 (Mayo-Junio 1991)

“Sobre las reducciones de aprovechamiento en la nueva Ley Urbanística”, por J. L. GONZÁLEZ-BERENGUER URRUTIA, pág. 13.

“Instrumentos jurídicos para la protección económica del suelo”, por GABRIEL REAL FERRER, pág. 33.

“La coordinación administrativa y la Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre reforma del régimen urbanístico y valoraciones del suelo. El derecho transitorio”, por PAULINO MARTÍN HERNÁNDEZ, pág. 51.

“La expropiación por incumplimiento en la nueva Ley del Suelo. Su carácter sancionador y sus consecuencias jurídicas”, por JOSÉ SUAY RINCÓN, pág. 71.

“El régimen transitorio de la Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre reforma del régimen urbanístico y valoraciones del suelo”, por JOSÉ MANUEL MERELO ABELA, pág. 91.

“La valoración del suelo según la Ley 8/1990 y los valores catastrales”, por SANTIAGO FERNÁNDEZ PIRLA, pág. 121.

REVISTA DE ESTUDIOS AGROSOCIALES

Núm. 153 (Julio-Septiembre 1990)

“La actividad principal de los empresarios agrarios según la orientación técnico económica de las explotaciones”, por LUIS RUIZ MAYA, pág. 9.

- "La política de espacios naturales protegidos y de conservación de la naturaleza en la República Federal de Alemania", por EDUARDO ROJAS BRIALES, pág. 57.
- "La contaminación agraria difusa del regadío: algunas reflexiones", por SLIM ZEKRI, pág. 93.
- "La oferta de girasol en el periodo 1975-1986", por J. A. CAÑAS MADUEÑO y L. MUÑIZ BOCERO, pág. 119.
- "El sector del maíz tras la entrada de España en la Comunidad Europea", por JOSÉ M.^a GIL y LUIS M. ALBIUS, pág. 161.

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO CANONICO

Núm. 130 (Enero-Junio 1991)

- "La celebración del sacramento de la penitencia. Aspectos canónicos", por J. T. MARTÍN DE AGAR, págs 9-30.
- "La relevancia jurídica del amor conyugal en el matrimonio", por J. MARTI SÁNCHEZ, págs. 31-37.
- "Las uniones de hecho ante el ordenamiento canónico", por F. R. AZNAR GIL, págs. 49-80.
- "Los católicos unidos irregularmente en la ordenación jurídica de las cofradías sevillanas de nazarenos", por J. BOGARÍN DÍAZ, págs. 81-127.
- "La eficacia civil de las sentencias canónicas. Nueva tendencia en los concordatos. El ejemplo español", por F. VEGA SALA, págs. 129-150.

REVISTA JURIDICA DE CATALUÑA

Núm. 2 de 1991

- "La actuación de la Directiva Comunitaria sobre la responsabilidad del productor", por GUIDO ALPA, pág. 317.
- "*Management and leveraged buy-outs* (adquisición de sociedades por sus propios directivos). Aspectos jurídicos", por RAMÓN MULLERAT, pág. 337.
- "Ejecución de las sentencias de despido", por FERNANDO SALINAS MOLINA, pág. 359.
- "La exhibición de cosa mueble en el Derecho español", por JUAN MANUEL ALONSO FURELOS, pág. 399.
- "La Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías", por ENRIC ENRICH y JAIME MALET, pág. 441.
- "Los sistemas nacional y europeo de protección de las invenciones", por ALBERTO CASADO CERVIÑO, pág. 459.

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO INTERNACIONAL

Núm. 2 (Julio-Diciembre 1990)

- "L'énigme des principes équitables dans le Droit des délimitations maritimes", por M. BEDJAOUÏ, pág. 367.
- "Opinión consultiva del Tribunal Internacional de Justicia de 26 de abril de 1988: aplicabilidad de la obligación de someter una controversia a arbitraje con

- arreglo a la sección 21 de acuerdo de 26 de junio de 1947 relativo a la sede de las Naciones Unidas", por A. BADIA MARTI, pág. 389.
- "El pacto de Bogotá y la Corte Internacional de Justicia", por E. ORIHUELA CALATAYUD, pág. 415.
- "Las consecuencias jurídicas de los actos *ultra vires* de las organizaciones internacionales, en particular la ONU", por A. SANJOSÉ GIL pág. 443.
- "La doble nacionalidad en la sistemática del Derecho Internacional Privado", por P. RODRÍGUEZ MATEOS, pág. 463.

REVISTA DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE CONCEPCION Núm. 186 (Julio-Diciembre 1989)

- "Historia de las reformas al Código de Procedimiento Penal", por WALDO ORTUZAR LATAPIAT, pág. 9.
- "Los derechos del imputado a la Ley 18.857", por HÉCTOR OBERG YÁÑEZ, pág. 17.
- "De la citación, de la detención y del arraigo", por CARLOS PECCHI CROCE, pág. 29.
- "Del procesamiento y de la acusación", por ELEODORO ORTIZ SEPÚLVEDA, pág. 43.
- "Modificaciones introducidas por la Ley 18.857 en materia de prueba al Código de Procedimiento Penal", por ENRIQUE TAPIA WITTING, pág. 57.
- "Las acciones civiles en el proceso penal y la reforma de la Ley 18.857 de 6 de diciembre de 1989", por WALDO ORTUZAR LATAPIAT, pág. 71.
- "Aseguramiento de la responsabilidad civil del inculcado, del procesado y del tercero civilmente responsable", por ALEJANDRO ABUTER CAMPOS, pág. 79.
- "La nulidad procesal en el juicio penal", por JULIO E. SALAS VIVALDI, pág. 91.
- "Principales modificaciones que la Ley 18.857 introduce al Código de Procedimiento Penal en materia de recursos procesales", por MIGUEL OTERO LATHROP, pág. 113.

REVISTA NOTARIAL DEL COLEGIO DE ESCRIBANOS DE BUENOS AIRES Núm. 904 (1989)

- "Predictamen notarial en materia de sociedades. Necesidad del Notariado de asumir este *rol* y capacitarse", por LA REDACCIÓN, pág. 581.
- "La intervención del Notario en la constitución de las personas jurídicas", por AUTORES VARIOS, pág. 587.
- "La influencia de la práctica en la evolución de la estructura de los derechos reales (II Parte)", por ALICIA FERNÁNDEZ DE CARBALLO y otros, pág. 627.
- "El sistema de tiempo compartido y su encuadre jurídico en el dominio fiduciario", por ADRIANA N. ABELLA, pág. 661.
- "Perspectivas del régimen de bienes del matrimonio a partir de la reforma de 1968", por JORGE ADOLFO MAZZINGHI, pág. 673.

