

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LXVI • Noviembre-Diciembre 1990 • Núm. 601

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.

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

ESTUDIOS:	<i>Págs.</i>
“Las fuentes del Derecho en el Derecho Comunitario Europeo y en el Código Civil”, por JOSÉ ENRIQUE MASIDE MIRANDA.	349
“La relación jurídica desde las perspectivas práctica y teórica”, por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA	399
“La defensa (autodefensa, autocomposición, pacto, contrato, proceso)”, por VÍCTOR FAIRÉN GUILLÉN	467
“La inscripción de declaraciones de obra nueva en la Ley de Reforma del Régimen Urbanístico y de Valoraciones del Suelo de 25 de julio de 1990”, por JOSÉ LUIS LASO MARTÍNEZ ..	521
 DICTAMENES Y NOTAS:	
“Nobleza, Inquisición y criptojudaismo”, por JOSÉ A. ALVAREZ CAPEROCHIPI.	551
 ACTUALIDAD JURIDICA:	
Información legislativa y de actividades, por LA REDACCIÓN ..	581
 JURISPRUDENCIA:	
I. Sentencias del Tribunal Constitucional, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	601
II. Resoluciones de la Dirección General, por FERNANDO ACEDO-RICO HENNING y JUAN MANUEL REY PORTOLÉS.	613
III. Sentencias del Tribunal Supremo:	
I. Derecho Civil:	
b) Obligaciones y contratos, por JOSÉ QUESADA SEGURA	627
c) Arrendamientos, por CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ	634

INFORMACION BIBLIOGRAFICA:

“Historia de la Propiedad”, de JACQUES ATTALI, por JOSÉ M. ^a CHICO Y ORTIZ	641
“El principio de irretroactividad de las leyes en la jurisprudencia constitucional”, de REGINA GAYA SICILIA, por JOSÉ M. ^a CHICO Y ORTIZ	643
“Anales número 21”, de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	645
“La cultura del Diritto Civile”, de NATALIO IRTI, por JOSÉ M. PIÑOL AGUADÉ	650
“El Impuesto Municipal sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana”, de ANTONIO AGÚNDEZ FERNÁNDEZ, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	652
“El autocontrato”, de MARÍA DÍAZ DE ENTRE-SOTOS FORNS, por JOSÉ MARÍA CORRAL GIJÓN	654
“Los dividendos a cuenta en la Sociedad Anónima. Un estudio de los artículos 216 y 217 L.S.A.”, de JOSÉ MASSAGUER, por MANUEL CASERO MEJÍAS	659
REVISTA DE REVISTAS , por LA REDACCIÓN	663

ESTUDIOS

Las fuentes del Derecho en el Derecho Comunitario Europeo y en el Código Civil

SUMARIO I. PLANTEAMIENTO. A) CUESTIONES PREVIAS: 1. *Posición del Derecho Comunitario en relación con el Derecho Internacional*. 2. *Su relación con diversas ramas jurídicas*. —B) LAS COMUNIDADES EUROPEAS: 1. *Los Tratados fundacionales*. 2. *Analogías*. 3. *Diferencias*. —II. REPERCUSIONES DE LA ADHESIÓN ESPAÑOLA EN EL PLANO JURÍDICO. a) Incorporación a nuestro ordenamiento de un nuevo sistema de producción de normas. b) Integración en nuestro Derecho del bloque normativo ya vigente en la Comunidad Europea. c) Aparición de nuevas posibilidades procesales. —A) FUENTES DEL DERECHO COMUNITARIO: 1. *El Derecho Primario*. 2. *El Derecho Derivado: examen del artículo 189 TCEE*: 2.1. El Reglamento. 2.2. La Directiva. 2.3. La Decisión. 2.4. Las Recomendaciones y los Dictámenes. 3. *El Derecho Complementario*: 3.1. La Jurisprudencia. 3.2. La Costumbre. 3.3. Los principios generales del Derecho. 3.4. El Derecho Internacional. —B) INTEGRACIÓN DE LAS NORMAS COMUNITARIAS EN NUESTRO ORDENAMIENTO. —III. INCIDENCIA DEL DERECHO COMUNITARIO EN EL TÍTULO PRELIMINAR DEL CÓDIGO CIVIL: a) Artículo 1.º 1. b) Artículo 1.º 4. c) Artículo 1.º 5. d) Artículo 1.º 6. e) Artículo 1.º 7. f) Artículo 2.º 1. g) Artículo 2.º 2. h) Artículo 3.º 1. i) Artículo 4.º j) Artículo 8.º k) Artículo 9.º 2.º. l) Artículo 12.2 m) Artículo 12.3. —IV. CONCLUSIÓN.

I. PLANTEAMIENTO

Acaba de cumplirse recientemente el centenario del Código Civil, lo que constituye un buen motivo para reflexionar sobre el papel que desempeña en la sociedad española y analizar sus aciertos o desaciertos para llegar a una conclusión, favorable o desfavorable. Esta reflexión puede hacerse desde un doble punto de vista: a) mirando hacia el pasado, que mostrará la problemática que suscitaba la codificación civil española y los sistemas para resolverla; las etapas de la codificación; la postura de la Ley de Bases de 1888 (1); la formación del CC; las dos ediciones oficiales y

(1) Una exposición muy completa sobre este punto puede verse en Centenario de la Ley de Bases del Código Civil (Ciclo de Conferencias), editado por el Colegio de Registradores de la Propiedad, 1989.

toda la abundante legislación posterior, modificativa o complementaria, del CC; todo ello permitirá comprender cómo ha evolucionado la sociedad española durante este centenario; b) mirando hacia el futuro, para percibir los profundos cambios que se avecinan en nuestro ordenamiento jurídico, producidos por lo que ARNOLD TOYNBEE llama "la aceleración de la Historia" (2).

Situados en este segundo aspecto habrá que analizar cómo se inserta nuestro Derecho y, dentro de él, el CC, en la mayor corriente jurídica del siglo xx: el Derecho Comunitario Europeo. Para ello hay que partir de los siguientes principios generales:

1.º El "efecto directo" de las normas comunitarias, en otros términos, que no necesitan ser traducidas a normas de Derecho interno, siendo directamente aplicables desde su promulgación en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas (DOCE)*; que las normas comunitarias son fuente inmediata de derechos y obligaciones para todos aquellos a quienes conciernen y, finalmente, que son directamente invocables por los particulares ante los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros.

2.º La "primacía del Derecho Comunitario" sobre los Derechos nacionales. Este principio obliga, no a los poderes legislativos, sino al Juez nacional, competente en una materia determinada, quien debe aplicar las normas comunitarias íntegramente, prescindiendo, en virtud de su propia autoridad, de disposición contraria de la legislación nacional, incluso posterior, sin que haya de solicitar o esperar la derogación de esta última por vía legislativa (3).

3.º Consecuencia de los dos principios anteriores, existencia de un sistema institucionalizado de aplicación e interpretación del Derecho Comunitario, realizado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (4).

Se trata, pues, de insertar un Derecho Supranacional, el Derecho Comunitario Europeo, en el Derecho interno, en este punto concreto, en el CC; sin embargo, no debe entenderse que existan dos ordenamientos superpuestos, sino paralelos o, con mayor precisión, complementarios, pues las Comunidades Europeas tienen una infraestructura administrativa limitada y deben basarse, en gran parte, en la de sus Estados miembros (art. 5 TCEE).

(2) A. TOYNBEE: *La Historia*, págs 9 y 10. Un ejemplo de ello son los cambios producidos en el Centro y Este de Europa.

(3) JEAN-VICTOR LOUIS. *El ordenamiento jurídico comunitario*, pág. 71, Bruselas, 1980.

(4) Esta interpretación se realiza fundamentalmente por vía del recurso prejudicial (art. 177 TCEE).

A) CUESTIONES PREVIAS

1. *Posición del Derecho Comunitario Europeo en relación con el Derecho Internacional*

La primera impresión que puede producir el Derecho Comunitario es que se trata de Derecho Internacional y así parece confirmarlo su origen, ya que las Comunidades Europeas nacieron de Tratados internacionales (Tratado de París, de 18 de abril de 1951, por el que se constituyó la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, en adelante TCECA; el Tratado de Roma de 25 de marzo de 1957 por el que se constituyó la Comunidad Económica Europea, en adelante TCEE, y el Tratado de Roma de 25 de marzo de 1957 por el que se constituyó la Comunidad Europea de Energía Atómica, en adelante TCEEA o EURATOM).

Sin embargo, esta circunstancia no basta, por sí sola, para configurar al Derecho Comunitario como Derecho Internacional, pues las Comunidades Europeas ofrecen una serie de rasgos que las diferencian de las organizaciones internacionales de tipo tradicional; entre ellos pueden sintetizarse las siguientes:

Primera diferencia: La organización y forma de tomar decisiones de las Comunidades Europeas, totalmente desconocidas hasta ahora.

Segunda diferencia: La amplitud y el carácter de las competencias legislativas, administrativas y judiciales atribuidas a las Comunidades Europeas, a las que han renunciado los Estados miembros.

Tercera diferencia: El hecho de que los tres Tratados constitutivos antes mencionados impliquen derechos y obligaciones no sólo para las Comunidades Europeas y Estados miembros, sino también para los ciudadanos de dichos Estados miembros; además, los Reglamentos son directamente aplicables en los ordenamientos jurídicos nacionales (art. 189 TCEE) (5).

Cuarta diferencia: Las organizaciones internacionales son de "cooperación de soberanías"; las Comunidades Europeas producen cierta "integración de soberanías", originando, con ello, un germen de supranacionalidad.

Excluido que el Derecho Comunitario sea Derecho Internacional, en sentido estricto, tampoco puede afirmarse que sea Derecho nacional de los Estados miembros: el "efecto directo" de las normas comunitarias, la "primacía del Derecho Comunitario" sobre los derechos nacionales y la

(5) L. J. BRINKHORST: *Líneas básicas del Derecho Europeo*, pág. 5, 1986.

existencia de un sistema institucionalizado de aplicación e interpretación de las normas comunitarias, principios generales antes apuntados, sirven para diferenciarlo de los derechos nacionales.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en adelante TJCE, intérprete supremo del ordenamiento jurídico comunitario, ha declarado reiteradamente que el Derecho Comunitario es un “ordenamiento autónomo”, distinto del Derecho Internacional y del Derecho interno de los Estados miembros (6); en efecto, el Derecho Comunitario responde a la naturaleza *sui generis* de la Comunidad Europea, en la que concurren elementos internacionales e internos, que producen una cierta integración de soberanías, originándose, con ello, un germen de supranacionales; ello implica una atribución de competencias a las instituciones comunitarias y una correlativa limitación de soberanía para los Estados miembros. Cuando el TJCE habla de soberanía, no se refiere a la concepción abstracta y tradicional, como se entendía en el siglo XIX, sino a la “divisibilidad de la soberanía” o “soberanía dividida”, perfectamente adecuada para describir el mecanismo de la integración. El nacimiento de un fenómeno nuevo, las Comunidades Europeas, conlleva la creación de un nuevo ordenamiento jurídico, que afecta a las instituciones comunitarias, a los Estados miembros y a las personas, físicas y jurídicas, de los Estados miembros; de esta forma, los ciudadanos comunitarios estarán sujetos a dos ordenamientos jurídicos, el nacional y el europeo, que prevalecerá siempre, caso de discrepancia entre ambos.

A la vista de las consideraciones expuestas, puede llegarse a la conclusión de que el Derecho Comunitario se sitúa entre el Derecho Internacional y los Derechos nacionales de los Estados miembros.

2. *Relación del Derecho Comunitario con diversas ramas jurídicas*

Una de las características del Derecho Comunitario es su complejidad (7), pues comprende el Derecho primario u originario, el Derecho derivado o secundario y el Derecho complementario, que posteriormente analizaremos.

Paralelamente, en el ordenamiento comunitario coexisten elementos

(6) Sentencias Van Gend-Loos de 5 de febrero de 1963 y Costa-Enel de 15 de julio de 1964

(7) F. BUENO ARUS: “Características del ordenamiento jurídico comunitario”, en *Iniciación al estudio del Derecho Comunitario*, Consejo General del Poder Judicial, 1984, pág. 103

autónomos o propiamente comunitarios (Tratados constitutivos, nuevas adhesiones, Acta Unica Europea...), elementos de Derecho Internacional general, Acuerdos de los Estados miembros entre sí (art. 220 TCEE) o con terceros países (art. 238 TCEE), Acuerdos y decisiones de los representantes de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo (arts. 238 TCEE y 101 EURATOM) y, por último, elementos de Derecho interno (colaboración con las instituciones y normas comunitarias (art. 5 TCEE).

Situados en este último tipo de elementos que lo integran, el Derecho Comunitario guarda estrecha conexión con diversas ramas del Derecho:

a) Con el Derecho Constitucional: si es o no constitucional la cesión de parcelas de soberanía a organizaciones supranacionales; primacía del Derecho Comunitario sobre las Constituciones nacionales...

b) Con el Derecho Administrativo: si la colaboración de las instituciones nacionales con las comunitarias corresponde a la administración central o a las autonómicas; la contratación pública; inversiones extranjeras; minas...

c) Con el Derecho Mercantil: adaptación del régimen de Sociedades a la normativa comunitaria (8); la materia considerada de mayor complejidad jurídica en el ámbito comunitario, como es la libre competencia empresarial (8 bis).

d) Con el Derecho Civil: la responsabilidad de la Administración española por daños causados por infracción del Derecho Comunitario; Convenio sobre obligaciones contractuales; la responsabilidad civil derivada de vehículos de motor; el tema de las fuentes del Derecho...

Algunas de estas cuestiones, simplemente apuntadas, ponen de relieve la necesidad de conocer el Derecho Comunitario, que ha dejado de ser objeto de estudios de Derecho comparado para convertirse en Derecho aplicable en España, incluso, y esto es lo importante, con prioridad sobre el derecho interno. La reciente creación del Instituto de Derecho Privado Comunitario responde, de manera genérica, a esta necesidad de conocimiento y difusión de la materia y, de manera específica, a la de formar especialistas en los aspectos privados del Derecho Comunitario (8 ter).

(8) En este sentido, Ley 19/1989, de 25 de julio, de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la CEE en materia de Sociedades, en vigor desde el 1 de enero de 1990.

(8 bis) Los artículos 85 a 94 TCEE son un entramado normativo sumamente complejo y denso, susceptibles de provocar importantes consecuencias económicas en las empresas, sean o no comunitarias.

(8 ter) La reciente presidencia española de la CEE intentó precisamente en el sector del Derecho Privado Comunitario lograr los máximos avances posibles.

B) LAS COMUNIDADES EUROPEAS

1. *Los Tratados fundacionales*

Como se ha señalado anteriormente, las Comunidades Europeas han surgido de los siguientes Tratados:

a) El Tratado de París de 18 de abril de 1951 instituyó la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA); se debió a razones económicas, constituir un mercado a nivel europeo para el carbón y el acero, pero los verdaderos móviles fueron de tipo político, terminar con la tradicional enemistad entre Francia y Alemania, desencadenante de las dos guerras europeas de este siglo. La principal característica de este Tratado fue la de iniciar la construcción europea según nuevos métodos, siendo el punto de partida de una Comunidad más amplia y profunda.

b) El Tratado de Roma de 25 de marzo de 1957 instituyó la Comunidad Económica Europea (CEE). Este Tratado, señalaba CARTOU, tiene un verdadero carácter revolucionario, pues si el TCECA es más audaz en cuanto a su técnica jurídica, sólo se refiere a un sector de la economía, mientras que el TCEE pretende sustituir los mercados de los Estados miembros por uno único, con las mismas características que un mercado nacional (9).

c) El Tratado de Roma de 25 de marzo de 1957 instituyó la Comunidad Europea de la Energía Atómica (CEEa o EURATOM), mediante la cual se pretende el desarrollo de la energía nuclear, que, llevado a cabo de forma individual por cada Estado, resultaría excesivamente gravoso para las economías nacionales; con ello, se trataba también de paliar el déficit de los países europeos en materia de fuentes de energía tradicionales.

Estos Tratados constitutivos han sido modificados o completados por diversos textos y acuerdos. Uno de ellos es el Tratado de Bruselas de 8 de abril de 1965, también llamado Tratado de fusión de los ejecutivos, por instituir un Consejo y una Comisión únicos para las tres Comunidades; consecuencia de ello, los funcionarios al servicio de dichas instituciones pasaron a ser funcionarios de las Comunidades Europeas y el presupuesto pasó a ser único, denominándose presupuesto general de las Comunidades Europeas. A partir de esta fusión, señala OLMÍ, la división en tres de las Comunidades resulta una especie de "ficción jurídica", en contraste con la unidad del ordenamiento jurídico comunitario (10).

(9) CARTOU: *Communautés Européennes*, pág. 83, París 1981, citado por CARLOS F. MOLINA DEL POZO: *Manual de Derecho de la Comunidad Europea*, pág. 84

(10) OLMÍ: *Derecho Comunitario Europeo*, pág. 16.

Paralelamente a estas fusiones, los principales cambios producidos en los Tratados constitutivos han sido los relativos a las disposiciones financieras y presupuestarias (Tratados de Luxemburgo de 22 de abril de 1970 y de Bruselas de 22 de julio de 1975) y a las adhesiones de nuevos Estados miembros (11).

De los tres Tratados fundacionales, el TCEE constituye, sin dudas, el núcleo esencial del ordenamiento jurídico comunitario, por sus aspectos normativo y jurisprudencial; mientras que el TCECA y el TCEEA representan regímenes especiales, el TCEE tiene por objeto la integración general de las economías, no la de sectores parciales, como aquéllos; por estas razones, en este estudio nos referiremos exclusivamente al TCEE, prescindiendo de los otros dos Tratados, de carácter más técnico.

2. Analogías

1.^a Las tres Comunidades persiguen el mismo objetivo: el establecimiento de la unión económica de Europa, dentro del marco de cooperación política de los Estados miembros; el artículo 2 TCEE recoge conjuntamente los objetivos económicos (desarrollo armonioso de la actividad económica en el ámbito comunitario, expansión continua y equilibrada, estabilidad creciente y una elevación acelerada del nivel de vida) y el objetivo político central (relaciones más estrechas entre los Estados miembros).

2.^a Las tres Comunidades tienen instituciones comunes: el Parlamento, la Comisión, el Consejo y el Tribunal de Justicia (art. 4 TCEE), cada una con las competencias que les atribuyen los respectivos Tratados. A su vez, esta fusión de las instituciones ha facilitado la coordinación de los Tratados, pues sólo puede establecerse una política común (industrial, agrícola, de transporte, de investigación...) si se tienen en cuenta las relaciones mutuas de los diferentes instrumentos de los Tratados.

3.^a Esta relación mutua aparece recogida en el artículo 232 TCEE que, en síntesis, señala que este Tratado no modificará ni al TCECA ni al TCEEA. Como el TCEE es de aplicación general, también será aplicable no sólo al carbón y al acero sino también a la energía nuclear, en la medida que esas materias no estén reguladas en los respectivos Tratados.

4.^a Como consecuencia del Tratado de fusión, antes mencionado, las tres Comunidades tienen un solo presupuesto común y una sola administración.

(11) Un estudio muy completo sobre los Tratados de las Comunidades Europeas puede verse en MOLINA DEL POZO *Op. cit.*, págs. 81 y sigs.

5.^a El TJCE ha interpretado los Tratados en el sentido de que las tres Comunidades constituyen un solo ordenamiento jurídico, en el que los principios de “efecto directo” y “primacía del Derecho Comunitario” se refieren al nuevo orden jurídico de las tres Comunidades en su conjunto (12).

3. *Diferencias*

1.^a Los tres Tratados regulan materias distintas: el TCECA se refiere al carbón y al acero, el TCEEA a la energía atómica y el TCEE contiene normas para un mercado común que, en principio, abarca a todas las actividades económicas.

2.^a Al TCEE se le considera, en general, como “Tratado-marco”, es decir, que se remite, en esencia, a la acción de las instituciones comunitarias, enuncia objetivos y principios y prevé el procedimiento mediante el cual esas mismas instituciones deberán ponerlos en práctica. Por el contrario, al TCECA se le califica como “Tratado-ley”, pues se caracteriza por el hecho de que el carbón y el acero han quedado sustraídos a la soberanía de los Estados miembros. En el momento de firmarse el TCEEA, no existían prácticamente normas nacionales sobre energía atómica (13); por ello, la actuación en esta materia se caracteriza por las modernas acciones de los gobiernos (programas de investigación y educación, empresas comunes...).

3.^a Por su ámbito de aplicación en el tiempo: el TCECA ha previsto, por su carácter experimental, una duración de cincuenta años (art. 97), mientras que el TCEE (art. 240) y el TCEEA (art. 208) señalan una duración ilimitada. Esta expresión, “duración ilimitada”, fue preferida a la de “duración indeterminada”, que se usa en los Tratados en los que no se fija ningún plazo de duración, con lo cual se quiso dar un carácter irrevocable a un compromiso; si no se llegó a afirmar el carácter indisoluble de la Comunidad fue debido a que la Comunidad es una etapa importante, pero parcial, de la unión europea (14).

4.^a Por el ámbito de aplicación en el espacio: el TCECA (art. 79) se aplica “a los territorios europeos” de los Estados miembros y a los “territorios europeos de los que un Estado contratante asuma las relaciones

(12) Con carácter general, Sentencia de 5 de febrero de 1963, asunto 26/62, Van Gend-Loos.

(13) En España, la ley reguladora de la energía nuclear fue de 29 de abril de 1964

(14) V. Louis. *Op. cit.*, págs. 41 y 42.

exteriores" (15). En cambio, del TCEE (art. 227) y del TCEEA (art. 198) se desprende la existencia de una competencia extraterritorial de la Comunidad (plataforma continental, zona de pesca) que la referencia a los "territorios" en el TCECA (art. 79) no parecía contener (16).

II. REPERCUSIONES DE LA ADHESION ESPAÑOLA EN EL PLANO JURIDICO

La incorporación de España a las Comunidades Europeas ha producido importantes consecuencias, que se acentuarán en el futuro, en los aspectos económico, político y social. En el plano jurídico, único que aquí interesa, la adhesión ha conllevado las siguientes consecuencias:

a) La incorporación a nuestras fuentes del Derecho de un nuevo sistema de producción normativa, que gozará, en la mayoría de los casos, de invocabilidad directa y tendrá primacía sobre el derecho interno (principios de "efecto directo" y "primacía del Derecho Comunitario", antes señalados).

b) Integración en nuestro ordenamiento jurídico del bloque normativo ya vigente en la Comunidad en el momento de la adhesión (17).

c) Aparición de nuevas posibilidades procesales, unas utilizables ante el TJCE, otras ante los propios Tribunales españoles, como el recurso o incidente prejudicial (art. 177 TCEE) (18).

Aceptando este planteamiento como punto de partida, vamos a estudiar, en primer término, el sistema comunitario de producción de normas, las fuentes del Derecho Comunitario, para analizar, seguidamente, su incidencia en las fuentes de nuestro ordenamiento jurídico, prescindiendo del aspecto procesal del mismo.

(15) En un principio se trató del Sarre, antes de su reincorporación a la República Federal de Alemania; hoy parece que sólo podría aplicarse a Gibraltar. Este mismo artículo 79 excluye expresamente a las islas Féroe, a la zona de soberanía británica de Chipre y sólo se aplica en parte a las islas anglonormandas y a la isla de Man

(16) V. Louis. *Op cit.*, págs. 42 y 43

(17) Desde la primera adhesión, la Comunidad sentó el principio de que el "acquis", es decir, lo adquirido, lo logrado, lo conquistado, es innegociable; el Estado que se incorpore podrá obtener en la negociación suspensiones temporales de aplicación de algunas normas, pero deberá aceptar el "acquis" en el estado en que se encuentra en el momento de la adhesión.

(18) *Gaceta Jurídica de la CEE*, boletín de junio de 1985, pág. 1.

A) FUENTES DEL DERECHO COMUNITARIO

Como en todo ordenamiento jurídico, en el Derecho Comunitario se consideran normas jurídicas aquellas reglas que se caracterizan por su fuerza obligatoria y por la generalidad de su eficacia. Por ello, son fuentes normativas de las Comunidades los “medios” que crean normas jurídicas que reflejan, bien directamente, bien indirectamente, la acción de las Comunidades, aunque estas últimas carecen de efectos jurídicos respecto de dicha acción.

El ordenamiento jurídico comunitario está formado por un conjunto de normas y principios basados en los Tratados fundacionales que inspiran el desarrollo de la vida comunitaria, en constante relación con los distintos ordenamientos internos de los Estados miembros. Por ello, el Derecho Comunitario se inspira en un amplio número de fuentes, cuya diversa naturaleza y situación en el ámbito de la jerarquía de las fuentes ha originado diversas interpretaciones doctrinales respecto de sus relaciones jurídicas (19).

El objetivo que persiguen estas interpretaciones doctrinales es, lógicamente, ofrecer una visión exhaustiva y sistemática de las fuentes del Derecho Comunitario, agrupándolas según sus orígenes, sus efectos jurídicos y valor relativo en el sistema comunitario de fuentes; esta tarea, señala MOLINA DEL POZO, se hace absolutamente imprescindible, puesto que supone, en todo caso, el arranque inicial, la base de partida para el estudio del Derecho Comunitario en su conjunto (20).

Esta afirmación es lógica, por cuanto el establecimiento de una estructura de las fuentes del Derecho Comunitario, cualquiera que sea su forma y contenido, es necesaria para determinar el valor de los actos dispositivos que configuran el nacimiento de las Comunidades Europeas y su posterior desarrollo. Sin embargo, como el objeto de este trabajo no es el estudio en

(19) Como ya es habitual en el tema de las fuentes del Derecho, hay tantas clasificaciones como autores: CREXHE: “La problematique institutionnelle des Communautés”, en la obra *Nature et evolution des institutions de la Communauté Européenne*, págs. 25 y sigs., establece una clasificación cuatripartita, refiriéndose a las fuentes obligatorias —Tratados, Derecho Derivado, actos convencionales y principios generales—, fuentes no obligatorias, fuentes *sui generis* y fuentes supletorias. Siguiendo esta misma sistemática, MOLINA DEL POZO: *Op. cit.*, págs. 278 y sigs., distingue cuatro tipos de fuentes: obligatorias, no obligatorias, actos *sui generis* y complementarias. M. CATALANO y R. SCARPA: *Principios de Derecho Comunitario*, págs. 64 y sigs., 1988, distinguen entre fuentes directas (Tratados, aplicación de los Tratados, Reglamentos y Directivas, Acuerdos con terceros países) y fuentes subsidiarias (Disposiciones adoptadas por los Estados miembros). G. ISAAC: *Droit Communautaire général*, págs. 15 y sigs., distingue entre Tratados, Derecho Derivado, Derecho surgido de los compromisos exteriores de las Comunidades, Derecho Complementario y fuentes no escritas.

(20) MOLINA DEL POZO: *Op. cit.*, pág. 278.

profundidad de las fuentes del Derecho Comunitario sino conocer cuáles son, para ver su incidencia en nuestro sistema normativo, prescindiré de toda clasificación doctrinal, distinguiendo simplemente tres bloques normativos: el Derecho primario u originario, el Derecho derivado o secundario y el Derecho complementario, anteriormente apuntados (21).

1. *Derecho primario u originario*

El primer sustrato normativo del Derecho Comunitario está formado por los Tratados constitutivos de las Comunidades y por aquellos otros que posteriormente han venido a completarlos o modificarlos. Sobre esta materia, me remito a lo anteriormente expuesto (22).

2. *Derecho derivado o secundario*

El segundo sustrato normativo del Derecho Comunitario está formado por las normas emanadas de las instituciones comunitarias dotadas de poder legisferente, que son la Comisión y el Consejo (23). Comprende, pues, el conjunto de actos adoptados por las instituciones comunitarias, la Comisión y el Consejo, con el fin de cumplir los objetivos del Tratado. El adjetivo "derivado" se utiliza para indicar su subordinación a los Tratados y se le prefiere a la expresión "secundario", debido a que, a menudo, estos actos instituyen normas primarias comparables a las de las leyes nacionales (23 bis).

El Derecho derivado se recoge esencialmente en el artículo 189 TCEE (24), que dice:

(21) *Vid.* Relación del Derecho Comunitario con diversas ramas jurídicas, en I, A), 2.

(22) *Vid.* Los Tratados fundacionales, en I, B), 1. La doctrina comunitaria prefiere la expresión "Derecho Primario" sobre la de "Derecho originario", posiblemente para evitar la confusión de identificar "originario" con los Tratados, en su versión original, sin tener en cuenta sus modificaciones posteriores.

(23) S. MARTÍNEZ LAGE. "Las fuentes del Derecho Comunitario", en *Iniciación al estudio del Derecho Comunitario Europeo*, editado por el Consejo General del Poder Judicial, 1984, págs 80 y sigs.

(23 bis) Un estudio completo sobre esta materia puede verse en A. PAU PEDRÓN. *El proceso formativo del Derecho Comunitario Derivado*, 1988

(24) También en los artículos 161 TCEEA, 14 y 33 TCECA, sin embargo, como ya he indicado anteriormente en los Tratados fundacionales, I, B), 1, sólo me referiré al TCEE por ser el núcleo esencial del ordenamiento jurídico comunitario, por sus aspectos normativo y jurisprudencial, prescindiendo de los otros dos Tratados, de carácter más técnico y de ámbito parcial.

“Para el cumplimiento de su misión, el Consejo y la Comisión adoptarán reglamentos y directivas, tomarán decisiones, formularán recomendaciones y emitirán dictámenes en las condiciones previstas en el presente Tratado.

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

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

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

Las recomendaciones y los dictámenes no serán vinculantes.”

De este artículo 189 TCEE se desprenden las siguientes consideraciones:

1.^a Esta norma no adopta un sistema de *numerus clausus*, como a primera vista puede parecer, ya que la enumeración no es exhaustiva, cerrada; en efecto, el artículo 173 TCEE, después de establecer que el Tribunal de Justicia controlará la legalidad de los actos del Consejo y de la Comisión que no sean Recomendaciones o Dictámenes (es decir, de los Reglamentos, Directivas y Decisiones), añade que será competente para pronunciarse sobre los recursos por incompetencia, vicios sustanciales de forma, violación del Tratado o “de cualquier norma jurídica” relativa a su ejecución, o desviación de poder, interpuestos por un Estado miembro, el Consejo o la Comisión. Al hablar este artículo 173 TCEE de Tratado o “de cualquier norma jurídica” se deduce que tiene un alcance general, un valor que trasciende al mero recurso de anulación de los actos comunitarios (25); en otros términos, que los autores del TCEE destacaron que las normas del Derecho forman parte de las normas escritas del Tratado, de donde se deduce que, cuando el TJCE aplica o interpreta el Derecho Comunitario, ha de juzgar también en base al Derecho Comunitario no escrito, por lo que podrá aplicar normas, escritas o no escritas, de la civilización jurídica europea, lo que pone de relieve el carácter amplio y abierto del Derecho Comunitario.

2.^a Las instituciones comunitarias, la Comisión y el Consejo no disponen de poder general para adoptar todos los actos necesarios para

(25) N. CATALANO y R. SCARPA: *Op. cit.*, pág. 73. Bajo la denominación genérica de “actos sin denominación propia”, J. V. LOUIS. *Op. cit.*, pág. 56, engloba aquellos actos que, por razones diversas, no se incluyen en el artículo 189 TCEE: actos relativos a la organización y funcionamiento de los órganos, como los reglamentos internos de Comités, actos funcionales preparatorios, los “programas generales” antes de adoptar Directivas, etc.; es decir, actos que sólo tienen efecto jurídico en las relaciones interinstitucionales, e incluso alguno de ellos sólo dentro de la de la misma institución.

realizar los objetivos de los Tratados; sólo pueden ejercer este poder en el caso de que éstos lo hayan previsto (arts. 3.º y 189 TCEE) (26).

Es indudable la conexión entre el principio general del artículo 3.º TCEE, según el cual “la acción de la Comunidad llevará consigo, en las condiciones y según el ritmo previstos en el presente Tratado...”, y el artículo 189, que enumera los instrumentos normativos que pueden utilizar la Comisión y el Consejo para el cumplimiento de las misiones que les encarga el Tratado. Por ello, puede llegarse a la siguiente conclusión: si no se respeta el artículo 189 TCEE no es posible cumplir las acciones recogidas en el artículo 3.º TCEE ni los fines enunciados en el artículo 2.º TCEE, con lo que no existiría ni unión aduanera ni mercado común ni, en consecuencia, comunidad económica.

3.^a Aunque el artículo 189 sólo contiene la “definición legal” de los actos comunitarios, sin embargo, juega un papel esencial en el TCEE. Todos los actos que enumera tienen un denominador común: son actos funcionales, pues se refieren al cumplimiento de la misión que deben realizar la Comisión y el Consejo; con ello, se diferencian de las disposiciones que tienen un alcance meramente interno y de organización.

4.^a El artículo 189 no establece ninguna jerarquía formal de las fuentes comunitarias, sin embargo, no resulta forzado distinguir entre actos vinculantes (Reglamentos, Directivas, Decisiones) y no vinculantes (Recomendaciones y Dictámenes) (27). Cualquiera de estos actos normativos puede proceder indistintamente bien de la Comisión, bien del Consejo.

5.^a Si bien el TCECA es más audaz, en cuanto a su técnica jurídica, que el TCEE, sin embargo, el artículo 189 constituye un progreso en la sistematización y terminología jurídica con respecto de aquél, pues ante la amplitud y complejidad del objetivo a conseguir, la creación no sólo de un mercado común sino también de una verdadera comunidad económica hubiera sido absurdo pretender codificarlo todo, lo que se traducirían en un Tratado con miles de artículos, repitiendo, con ello, el error de la excesiva rigidez del TCECA. Por esta razón, la lógica jurídica impuso una solución de tipo constitucional: atribuir a las instituciones comunitarias, la Comisión y el Consejo un auténtico poder normativo, guardando el más completo respeto a los principios recogidos en los Tratados fundacionales.

(26) Sin embargo, como señala J. V. LOUIS. *Op. cit.*, pág. 47, no hay que confundir la regla de competencia de atribución con la idea de que las instituciones no tengan más que las competencias que les son atribuidas expresamente, además, el artículo 235 TCEE corrige sustancialmente la regla de la competencia de atribución.

(27) En este sentido MARTINEZ LAGE. *Op. cit.*, págs. 81 y 82, y BRINKHORST: *Op. cit.*, págs. 168 y 169.

Partiendo de este artículo 189 TCEE veamos por separado cada una de estas categorías normativas.

2.1. El Reglamento

Artículo 189: "El Reglamento tendrá un carácter general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro".

Es conveniente destacar una matización previa: el concepto "Reglamento" no debe entenderse en el mismo sentido que en el Derecho interno; si hubiese que buscarle un equivalente en el ámbito interno habría que referirlo a la Ley (28), en sentido material. Reglamento, en el ámbito comunitario, equivale a Ley, en el ámbito interno (29).

En esta precisión es fácil suponer que el Reglamento es el instrumento jurídico más completo y eficaz de que disponen la Comisión y el Consejo para cumplir los objetivos del Tratado. En palabras de SAVARY: "El Reglamento es... el verdadero poder europeo. Con él, la Comunidad adquiere el derecho de legislar directamente para las poblaciones de los Estados miembros, sin que medien instancias nacionales. Así pues, en aquellos campos en que se prevea el poder reglamentario hay una posible y verdadera delegación de soberanía de los Estados miembros a favor de la CEE" (30).

Entrando en el análisis de este artículo 189, pueden destacarse los aspectos siguientes:

a) Alcance general: sus destinatarios no están individualmente determinados, rasgo que lo diferencia de la Decisión, que especifica a los destinatarios, sea uno o varios Estados miembros, sea una o varias personas, físicas o jurídicas. Según la jurisprudencia comunitaria, el Reglamento, de carácter esencialmente normativo, es aplicable, no a un reducido número de destinatarios, sino a una serie de categorías determinadas de forma global y abstracta; sin embargo, determinadas circunstancias de

(28) MARTÍNEZ LAGE: *Op. cit.*, pág. 82

(29) CATALANO y SCARPA *Op. cit.*, págs. 79 y 80, señalan que los autores de los Tratados de Roma usaron la palabra "Reglamento" por motivos de prudencia, ante el temor de susceptibilidades e incomprensiones, que hubieran podido obstaculizar la aprobación de los Tratados por parte de los Parlamentos nacionales.

(30) A SAVARY, ponente del proyecto de ley en la que Francia ratificó el TCEE, sesión ordinaria 1956-1957, sesión del 26 de junio de 1957, anexo 5 266, pág. 2.365, citado por J. V. LOUIS, *Op. cit.*, pág. 50

hecho pueden individualizar a los “destinatarios” de un acto calificado de Reglamento (31).

b) Obligatorio en todos sus elementos: esto implica que no cabe en el Reglamento algo tan típico de los Tratados internacionales como es la prestación del consentimiento con formulación de reservas, que originan la inaplicación de determinados preceptos en los Estados que las formulan (32).

c) Directamente aplicable en cada Estado miembro: este rasgo diferencia al Reglamento de la Directiva, que deja a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios para lograr el resultado que deba conseguirse.

El adverbio “directamente” significa que el Reglamento se aplica no sólo a los Estados miembros, sino también a los administrados, sin necesidad de intermediación; y esto, incluso, aunque el Reglamento contenga lagunas o disposiciones incompletas, pues la norma comunitaria deberá ser completada por la propia Comunidad, no por los Estados miembros.

Aplicabilidad directa del Reglamento comunitario significa, pues, que sin la intervención de los Estados miembros, tiene vigencia automática en la Comunidad y, como tal, es fuente de derechos y obligaciones para los Estados, sus órganos y los particulares, como la propia ley nacional; el Reglamento no sólo no necesita la intervención normativa del Estado miembro, sino que, además, es contraria a su naturaleza (33).

El fundamento de la aplicabilidad directa e inmediata del Reglamento comunitario está en la propia esencia de toda norma jurídica: la Ley debe ser igual para todos, entrar en vigor al mismo tiempo (34) y producir los mismos efectos en todo el ámbito comunitario; esto conlleva la exigencia de una interpretación uniforme de las normas comunitarias (art. 177 TCEE).

El TJCE se ha ocupado de analizar los caracteres del Reglamento, señalando que, según los artículos 189 y 191 TCEE, los Reglamentos, en cuanto tales, son directamente aplicables en todo Estado miembro y entran en vigor, en virtud, únicamente, de su publicación en el *Diario Oficial de las Comunidades*, en la fecha en que fijan o, en su defecto, en el momento determinado por el Tratado; y que, en consecuencia, son contrarias al

(31) Sentencia de 28 de noviembre de 1975 considerando número 15; Sentencia de 31 de marzo de 1977.

(32) MARTÍNEZ LAGE *Op. cit.*, pág. 82.

(33) TJCE, Sentencia de 7 de febrero de 1973

(34) Artículo 191 TCEE: “Los Reglamentos se publicarán en el *Diario Oficial de la Comunidad*. Entrarán en vigor en la fecha en que ellos mismos fijen o, a falta de ella, a los veinte días de su publicación

Tratado todas las modalidades de ejecución cuya consecuencia podría ser la de dificultar el “efecto directo” de los Reglamentos comunitarios y de comprometer de esta manera su aplicación simultánea y uniforme en el conjunto de la Comunidad. El carácter de un Reglamento se determina por el hecho de que rige para situaciones objetivamente descritas, sin perjuicio de las personas a quienes afecte; frente a la Directiva contiene normas vinculantes, pudiendo prever también sanciones para garantizar su cumplimiento (art. 87-2 TCEE) (35).

2.2. La Directiva

Artículo 189: “La Directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios”.

De esta norma pueden destacarse los aspectos siguientes:

a) Impone una obligación de resultado: los Estados miembros quedan obligados a obtener un determinado resultado, pero se les deja libertad para elegir la forma y los medios de darle cumplimiento.

b) La Directiva coincide con el Reglamento en que es obligatoria, pero así como éste constituye una fuente normativa directa, la Directiva es una fuente indirecta; ello supone, por una parte, que la decisión política se toma por las instituciones comunitarias y, por otra, que los Estados miembros adopten las disposiciones internas necesarias para lograr ese resultado. La Directiva tiende a asegurar una mejor adaptabilidad del mandato comunitario al ordenamiento interno de los Estados miembros, ello permite conseguir una armonización material, a pesar de la diversidad de normas entre los Estados miembros; su objetivo no es crear normas vigentes para toda la CEE, sino ajustar uniformemente las legislaciones nacionales a los objetivos de la Comunidad.

c) La Directiva requiere la intervención normativa de los Estados miembros: éste es el rasgo diferencial de la Directiva con el Reglamento, caracterizado por la aplicabilidad directa; la Directiva necesita la intervención normativa de los Estados miembros para transformarla en Derecho interno; en unos casos se precisará una Ley (por ejemplo, para las Directivas del IVA), en otros bastará con un Decreto o una Orden ministerial.

(35) Sentencia de 7 de febrero de 1973, asunto 39/72: Comisión contra Italia, primas para el sacrificio de vacas, Sentencia de 13 de diciembre de 1979, asunto 44/79 Liselotte Hauer contra el Land Rheinland-Pfalz

d) Los destinatarios de la Directiva pueden ser todos los Estados miembros —supuesto normal—, algunos o uno solo de ellos; deberá ser notificada a sus destinatarios y surtirán efecto a partir de tal notificación (art. 191-2 TCEE), señalándose un plazo (dieciocho, veinticuatro meses...) para su cumplimiento; los destinatarios deberán comunicar a la Comisión las medidas internas que adopten para lograr el resultado señalado en la Directiva; de esta manera, la Comisión puede ejercer control y entablar, llegado el caso, un recurso por incumplimiento.

e) La Directiva es el único instrumento normativo que las instituciones comunitarias pueden utilizar en determinadas materias: libertad de establecimiento (art. 54 TCEE), circulación de capitales (art. 69), armonización de legislaciones (art. 100)... Sin embargo, con ocasión de una revisión del TCEE, sería conveniente que se concediera a las instituciones comunitarias la Comisión y el Consejo, libertad para elegir el mecanismo normativo más conveniente para cada caso concreto (36).

El TJCE ha tenido ocasión de estudiar el problema general de la naturaleza jurídica de las disposiciones de una Directiva adoptada en virtud del artículo 189 TCEE. En efecto, la Sentencia de 5 de abril de 1979, Asunto 148/78: Ratti, "Preparaciones peligrosas" (37), ha señalado al respecto: a) que si, en virtud de las disposiciones del artículo 189, los Reglamentos son directamente aplicables y, por consiguiente, susceptibles por su naturaleza de producir efectos directos, no se deriva de ello que otras categorías de actos contemplados en este artículo no pueda, en ningún caso, producir efectos análogos; b) que sería incompatible con el efecto obligatorio que el artículo 189 reconoce a la Directiva excluir, en principio, que la obligación que impone pueda ser invocada por personas afectadas; c) que, particularmente en los casos en que las autoridades comunitarias hubieran obligado, por vía de Directiva, a los Estados miembros, a adoptar un comportamiento determinado, el efecto útil de tal acto se encontraría debilitado si los administrados se vieran impedidos de alegarla en vía judicial y los órganos jurisdiccionales nacionales impedidos de tomarla en consideración en cuanto elemento del Derecho Comunitario; d) que en consecuencia, el Estado miembro que no ha adoptado, en los

(36) J. V. LOUIS: *Op. cit.*, pág. 54, señala que el uso de las Directivas ha sido muy criticado por ser demasiado detalladas y minuciosas, pero esa precisión es necesaria por tratarse frecuentemente de cuestiones técnicas, por ejemplo, obstáculos a los intercambios, y por la desconfianza entre los Estados, que temen que cualquier laguna en la reglamentación pueda ser aprovechada por otros para obtener ventajas competitivas.

(37) Recogiendo jurisprudencia anterior, Sentencias de 4 diciembre de 1974, Caso Van Duyn, y 1 de febrero de 1977; y confirmada posteriormente por Sentencia de 19 enero de 1982, caso Ursula Becker.

plazos previstos, las medidas de ejecución impuestas por la Directiva, no puede oponer a los particulares el incumplimiento, por él mismo, de las obligaciones que establece.

2.3. La Decisión

Artículo 189: "La Decisión será obligatoria en todos sus elementos para todos sus destinatarios".

De esta disposición pueden destacarse los aspectos siguientes:

a) La Decisión coincide con el Reglamento en que ambos son obligatorios en todos sus elementos; se diferencian en que el Reglamento tiene un destinatario general, la Decisión, un destinatario individual, sea uno o varios Estados miembros, sea una o varias personas, físicas o jurídicas.

b) La Decisión, como el Reglamento y la Directiva, debe ser motivada (art. 190 TCEE). BOULOUIS destaca que el TJCE es más exigente en la necesidad de motivación de las Decisiones que de los Reglamentos (38); en la motivación de Decisiones que impongan multas en materia de competencia se considerará suficiente desde el momento que demuestre de forma clara y coherente las consideraciones de hecho y de derecho en las que se basa la sanción, de forma que tanto los sancionados como el Tribunal puedan conocer los elementos esenciales del razonamiento de la Comisión (39).

c) La Decisión, como la Directiva, debe ser notificada a sus destinatarios y, a partir de ese momento, surtirá efecto (art. 191-2 TCEE); al igual que la Directiva, no requiere para su eficacia ser publicadas, aunque normalmente lo son en el *Diario Oficial de la Comunidad (DOCE)*, tratándose más bien de publicidad que de publicación.

d) El carácter de Decisión de un acto comunitario está en la creación de efectos jurídicos vinculantes para un determinado número de personas, físicas o jurídicas, determinadas o por determinar; por consiguiente, no todas las comunicaciones de una institución comunitaria son Decisiones, que sólo tendrá este carácter cuando se haya tomado una decisión vinculante y definitiva con respecto al interesado.

El TJCE, en Sentencia de 6 de octubre de 1970, Asunto Franz Grad y Finanzamt Traunstein, contempló el efecto combinado de disposiciones contenidas, respectivamente, en una Decisión y en una Directiva. En efec-

(38) JEAN BOULOUIS: *Droit institutionnel des Communautés Européennes*, pág. 147, París 1981-1982.

(39) Sentencia de 15 de julio de 1970, Asunto 41/69, Chemiefarma

to, estimó que el Gobierno federal, al distinguir entre los efectos de los Reglamentos, por una parte, y los de las Decisiones y Directivas, por la otra, excluía la posibilidad para Decisiones y Directivas de los efectos directos de los Reglamentos, pero que del artículo 189 no resultaba que los otros actos no pudieran producir efectos análogos. Esto planteaba la cuestión de saber si la obligación que emana de la Decisión sólo puede ser invocada por las instituciones comunitarias respecto del destinatario o puede serlo por toda persona interesada en la ejecución de esta obligación; estimó que sería incompatible con el efecto obligatorio que el artículo 189 reconoce a la Decisión, excluir, en principio, que la obligación que la misma impone, pueda ser invocada por personas afectadas; que el efecto útil de la Decisión se encontraría debilitado si los administrados de ese Estado no pudieran alegarla en vía judicial y los órganos jurisdiccionales nacionales estuviesen impedidos para tomarla en consideración como elementos del Derecho Comunitario; que si los efectos de una Decisión pueden no ser idénticos a los de un Reglamento, esta diferencia no excluye que eventualmente el resultado final, consistente en el derecho, para los administrados, de alegarla en vía judicial, sea el mismo que el de un Reglamento; que el artículo 177 TCEE, que regula la “cuestión prejudicial”, implica que los actos comunitarios son susceptibles de ser invocados por los administrados ante los órganos jurisdiccionales nacionales; y, finalmente, que conviene examinar en cada caso si la naturaleza, la economía y los términos de la disposición de que se trate pueden producir efectos directos en las relaciones entre el destinatario del acto y terceros.

2.4. Las Recomendaciones y los Dictámenes

Artículo 189: “Las Recomendaciones y los Dictámenes no serán vinculantes”.

De esta breve disposición pueden destacarse los aspectos siguientes:

a) Se trata de actos no vinculantes, lo que los diferencia de los Reglamentos, Directivas y Decisiones; sin embargo, producen determinados efectos jurídicos: si la Comisión estimara que un Estado miembro ha incumplido una de las obligaciones comunitarias emitirá un Dictamen motivado al respecto, después de haber ofrecido a dicho Estado la posibilidad de presentar sus observaciones; si dicho Estado no se atuviere a este Dictamen en el plazo determinado por la Comisión, ésta podrá acudir al TJCE (art. 169 TCEE) (40).

(40) Asunto 102/79, la Comisión contra Bélgica.

b) La Recomendación es un instrumento de acción indirecta para armonizar legislaciones o evitar una distorsión de la competencia; en definitiva, constituye una invitación a actuar.

c) El Dictámen expresa una opinión sobre una cuestión determinada y es uno de los instrumentos de la Comisión para promover una estrecha colaboración entre los Estados miembros en el ámbito social (art. 118 TCEE).

3. *Derecho Complementario*

El tercer gran sustrato del Derecho Comunitario lo compone un conjunto heterogéneo de fuentes del Derecho, a las que une el criterio negativo de no ser Derecho Primario ni Derecho Derivado (41). Dentro de este sustrato pueden distinguirse dos subgrupos de normas: a) las fuentes del Derecho en general (jurisprudencia, costumbre, principios generales del Derecho), con alguna particularidad comunitaria; b) fuentes del Derecho Internacional.

3.1. *La jurisprudencia*

En el ámbito interno, es suficientemente conocida la discusión sobre la naturaleza de la jurisprudencia, si constituye o no fuente del Derecho; esta misma polémica podría repetirse en el ámbito comunitario, en el que la jurisprudencia juega un papel trascendental, hasta el punto de que JEAN BOULOUIS habla de una verdadera "legislación jurisprudencial" (42).

Las razones para explicar la singular fuerza de la jurisprudencia comunitaria hay que buscarlas bien en la gran altura doctrinal, coherencia y progresividad de la mayoría de sus Sentencias (MARTÍNEZ LAGE), bien en el monopolio de la interpretación auténtica del Derecho Comunitario (BOULOUIS). Pero, cualquiera que sea su causa, conviene insistir en la extraordinaria importancia de la jurisprudencia del TJCE, no sólo en el ámbito comunitario sino también en el interno, pues, en virtud del principio de "primacía del Derecho Comunitario", el Juez nacional, competente en una materia determinada, deberá aplicar íntegramente las normas comunitarias, prescindiendo, en virtud de su propia autoridad, de cualquier disposición contraria de la legislación nacional, sin tener que solicitar o esperar la derogación de esta última por vía legislativa.

(41) MARTÍNEZ LAGE: *Op. cit.*, pág. 89

(42) J. BOULOUIS: *Op. cit.*, pág. 156.

3.2. *La costumbre*

En el ámbito interno también es conocida la polémica sobre si la costumbre constituye o no fuente del Derecho; en el ámbito comunitario quizá pueda sorprender que en instituciones caracterizadas por su modernidad y vocación de futuro pueda surgir la posibilidad de una fuente del Derecho, tan arcaica y controvertida (MARTÍNEZ LAGE) (43). Sin embargo, en las relaciones inter-institucionales han surgido algunas costumbres ("costumbre constitucional"), por ejemplo: la costumbre de que los miembros de la Asamblea dirijan preguntas al Consejo, cuando sólo está previsto que lo hagan a la Comisión (44); la Asamblea, desde 1962 se llama Parlamento Europeo, denominación que no aparece en los Tratados, pero que ha sido consagrada por la costumbre y recogida por el Acta Unica Europea de 17 de febrero de 1986, etc.

3.3. *Los principios generales del Derecho*

Al analizar la posición del Derecho Comunitario en relación con el Derecho Internacional, veíamos que el TJCE declaró reiteradamente que el Derecho Comunitario es un "ordenamiento autónomo", distinto del Derecho Internacional y del Derecho interno de los Estados miembros, que responde a la naturaleza *sui generis* de la Comunidad Europea, en la que concurren elementos internacionales e internos que producen una cierta integración de soberanía, originándose, con ello, un germen de supranacionalidad. Y, finalmente, que el nacimiento de un fenómeno nuevo, las Comunidades Europeas, conlleva la creación de un nuevo ordenamiento jurídico (45).

Consecuentemente con ello, estos principios generales pueden ser de diversa naturaleza (46):

a) Principios generales del Derecho Comunitario, que derivan de la naturaleza misma de los Tratados: el artículo 173-I TCEE alude indirectamente

(43) MARTÍNEZ LAGE, *Op. cit.*, pág. 94.

(44) RODRÍGUEZ IGLESIAS, GIL-CASARES: "El Derecho Comunitario Europeo", en el Capítulo LXVIII, de *Instituciones de Derecho Internacional Público*, de M. DÍEZ DE VELASCO, t. II, pág. 345

(45) *Vid.* Cuestiones previas, I.

(46) El Profesor P. PESCATORE: *Les droits de l'homme et l'intégration européenne*, págs. 643 y 644, resumió la jurisprudencia comunitaria sobre esta materia, señalando que unos forman parte de la base del estado de derecho: principios de legalidad, de seguridad jurídica, de prohibición de denegación de justicia...; otros proceden del Derecho administrativo: respeto de los derechos adquiridos, igualdad ante las cargas...; y otros se encuentran en todo sistema jurídico como interpretación de sus exigencias elementales: principio de buena fe, de no gravar dos veces el mismo hecho.

tamente a ellos, al señalar que el TJCE controla la legalidad de los actos emanados del Tratado y de “cualquier norma jurídica” sobre su aplicación, con lo que engloba tanto al derecho escrito como al no escrito, en el que se encuentran los principios generales.

b) Principios generales del Derecho Internacional: el artículo 215-2 TCEE, al referirse a la responsabilidad extracontractual, dispone que la Comunidad deberá reparar los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los “principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros”.

Sobre esta base, el TJCE llega a la conclusión que la Comunidad Europea está sometida a los principios generales comunes de los derechos de los Estados miembros, dado el carácter incompleto del ordenamiento comunitario y la comunidad de tradiciones jurídicas de los Estados miembros (47).

Es lógico que la elaboración y configuración jurídica de los principios generales de un ordenamiento nuevo, como es el comunitario, corresponda exclusivamente al TJCE, intérprete supremo de este nuevo ordenamiento. Sin carácter exhaustivo, la jurisprudencia más destacada sobre la materia ha sido la siguiente:

La Sentencia de 12 de noviembre de 1969, *Stauder/Ulm*, se refiere abiertamente a “los derechos fundamentales de la persona comprendidos en los principios generales del Derecho Comunitario, de los que el Tribunal garantiza el respeto” (48).

En la Sentencia de 17 de diciembre de 1970, *Internationale Handelsgesellschaft m.b.H.*, una empresa alemana atacaba la validez del régimen de licencias de exportación y garantía ligadas a éstas de ciertos productos agrícolas, señaladas por Reglamentos comunitarios, en contra de la Ley Fundamental de la RFA. El TJCE, siguiendo la fórmula de la Sentencia *Stauder*, señaló que “el respeto de los derechos fundamentales es parte integrante de los principios generales del Derecho, cuya observancia asegura el Tribunal de Justicia, y que la salvaguardia de esos derechos, aunque se inspira en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, debe ser garantizada en el marco de la estructura y de los objetivos de la Comunidad” (49).

Esta misma fórmula se repite también en la Sentencia de igual fecha,

(47) SAVIGNY: *System des heutigen römischen Rechts*, t. VIII, págs. 345 y sigs., ya hablaba de la existencia de una “comunidad internacional de Derecho” entre los pueblos civilizados que se relacionaban entre sí.

(48) Sentencia de 12 de noviembre de 1969, asunto número 29/69, Considerando número 7.

(49) Sentencia de 17 de diciembre de 1970, asunto número 11/70, considerando núm. 4.

17 de diciembre de 1970, que tenía por objeto una demanda dirigida al TJCE, en aplicación del artículo 177 TCEE, por el Hessischer Verwaltungsgerichtshof (Tribunal administrativo del Land de Hesse) en Kassel, tendente a obtener en el litigio pendiente ante dicho órgano jurisdiccional entre Einfuhr-und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel (oficina de importación y almacenamiento de cereales y forrajes) y Köster, Berodt & Co., una decisión de carácter prejudicial sobre la validez de un Reglamento comunitario, relativo a las licencias de importación y exportación de cereales y productos transformados (50).

En la Sentencia de 2 de julio de 1974, Holtz y Willemsen, en base al artículo 215-2 TCEE, el Tribunal decidió que, en virtud de los principios generales comunes a los derechos de los Estados miembros, la responsabilidad (extracontractual) de la Comunidad supone la reunión de un conjunto de condiciones: la ilegalidad del comportamiento de las instituciones, la realidad del perjuicio y la existencia de una relación de causalidad entre dicho comportamiento y el perjuicio invocado (51).

Esta postura de respeto a los principios generales y derechos fundamentales se mantiene inalterable en la jurisprudencia comunitaria posterior: Sentencias 28 de octubre de 1975, asunto Rutili; 8 de abril de 1976, asunto Royer; 27 de octubre de 1975, asunto Prais; 30 de junio de 1978, asunto Defreune III; 13 de diciembre de 1979, asunto Liselotte Hauer; 18 de mayo de 1989, Comisión/República Federal de Alemania, etc. (52).

Dentro de esta línea jurisprudencial de incluir a los principios generales del Derecho como parte del ordenamiento comunitario, el TJCE admite el "principio del respeto a la confianza legítima", también llamado de "cuasi retroactividad" (53), que se encuentra en estrecha relación con el de no-retroactividad de las normas.

Según este principio, inspirado en el Derecho alemán (Vertrauensschutz), una norma jurídica no puede eliminar las expectativas que los interesados habrían previsto razonablemente que se derivarían de la evolución normal de esa situación. Implica, por tanto, la concurrencia de los elementos:

- a) La modificación repentina de una norma jurídica.
- b) La desaparición de las expectativas que los interesados podían razonablemente pensar que les produciría la subsistencia de dicha norma.

(50) Sentencia de 17 de diciembre de 1970, asunto número 25/70, considerando número 22.

(51) Sentencia de 2 de julio de 1974, asunto número 153/73

(52) Esta última ratificando la Sentencia de 17 de diciembre de 1970, Internationale Handelsgesellschaft m b.H, antes mencionada.

(53) Por T. C. HARTLEY: *The Foundations of European Community Law*, pág. 132, Londres, 1981.

Este principio de la confianza legítima está estrechamente relacionado con el respeto de los derechos subjetivos, pues todavía no existe un derecho, sólo la expectativa de obtenerlo, pues ambos se apoyan en la misma idea: la creación de la confianza en una situación, reconocida por el ordenamiento jurídico y en su evolución razonable.

¿Es posible aplicar este principio de la confianza legítima en nuestro derecho? más concretamente, en base al artículo 215-2 TCEE, ¿puede utilizarse como argumento para obtener una indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual?

La cuestión, pues, es si en un asunto interno y sobre derecho interno se puede o no utilizar como argumento el principio de respeto a la confianza legítima, según la interpretación que del mismo realiza el TJCE. Hay que distinguir dos situaciones:

1.^a Si se trata de un litigio ante el Juez nacional en el que se discuta una norma comunitaria, es evidente que debe admitirse la interpretación y jurisprudencia del TJCE, único intérprete del Derecho Comunitario (art. 177 TCEE).

2.^a Si se trata de un litigio en el que únicamente se discuta un asunto interno, sin cuestionar ninguna norma comunitaria. Ante esta situación VALLEJO LOBETE distingue dos posibilidades:

a) Si el Tribunal Supremo nacional ha definido el contenido y alcance del principio de confianza legítima, su interpretación debe prevalecer sobre la del TJCE, o cuando menos cabría una aplicación conjunta, si ambas interpretaciones no son discrepantes.

b) Si el Tribunal Supremo nacional no ha definido este principio existirá un vacío legal, por lo que el Juez nacional deberá aplicar la jurisprudencia del TJCE (54).

3.4. *Fuentes de Derecho Internacional*

El carácter específico del ordenamiento comunitario se debe a que el Derecho Internacional no está destinado a desempeñar un gran papel en las relaciones entre las instituciones y los Estados miembros ni en el de los Tratados entre Estados miembros.

Las obligaciones internacionales que vinculan a la CEE emanan del Derecho Internacional general y de acuerdos internacionales:

a) El Derecho Internacional general. La doctrina y jurisprudencia comunitarias aceptan la aplicación de las normas consuetudinarias y de

(54) E. VALLEJO LOBETE: "El respeto a la confianza legítima", en *Gaceta Jurídica de la CEE*, boletín de enero 1988, págs. 2 y sigs.

los principios generales del Derecho Internacional a las Comunidades Europeas, así como las reglas referentes al Derecho de los Tratados y a los privilegios e inmunidades de las organizaciones internacionales.

b) Los Acuerdos internacionales. Dentro de ellos hay que distinguir:

1. Los Acuerdos concluidos por los Estados miembros (art. 234 TCEE). Dentro de éstos merecen especial mención los “Acuerdos y decisiones de los representantes de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo”, que son una serie de acuerdos adoptados por los representantes de los Estados miembros reunidos con ocasión de una reunión del Consejo, pero actuando, no como representantes de los Estados miembros, sino como Plenipotenciarios en una conferencia; los Acuerdos así adoptados no son, lógicamente, actos del Consejo, sino Acuerdos internacionales que tratan sobre materias relacionadas con las Comunidades Europeas. Se recurre a este procedimiento cuando el Consejo no tiene atribuida competencia por los Tratados en la materia que trata de regular (55).

2. Los Acuerdos concluidos por la Comunidad (art. 228 TCEE) (56).

B) INTEGRACIÓN DE LAS NORMAS COMUNITARIAS EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO

Anteriormente hemos visto que el Derecho Comunitario es un ordenamiento autónomo, distinto del Derecho Internacional y del Derecho interno de los Estados miembros, que responde a la naturaleza *sui generis* de la Comunidad Europea, en la que concurren elementos internacionales e internos, que producen una cierta integración de soberanías, originando, con ello, un germen de supranacionalidad (57). Todo ello se traduce en un incremento de competencias de las instituciones comunitarias y una correlativa limitación de soberanía para los Estados miembros, lo que, inevitablemente, provoca tensiones entre el Derecho Comunitario y los Derechos internos (58).

(55) Los Tratados CEE (art. 238) y CEEA (art. 101) tienen reconocida esta competencia para concluir estos acuerdos, pero no así en el TCECA.

(56) Para un estudio más amplio de esta materia, puede verse J. V. Louis: *Op cit*, págs. 58 y sigs.

(57) *Vid.* Cuestiones previas, I

(58) Un ejemplo de esta tensión lo constituye la ley inglesa “Merchant Shipping Act”, de 1988, exigiendo la nacionalidad, residencia y domicilio en Gran Bretaña para los armadores de buques. La Comisión Europea recurrió ante el TJCE contra la exigencia del requisito de nacionalidad, por ser discriminatoria (art. 7 RCEE), que fue aceptado por dicho Tribunal el 9 de octubre de 1989, siendo la primera vez que este organismo deroga una ley parlamentaria, como consecuencia, la Comisión pidió a los Estados comunitarios que retiren de sus respectivas legislaciones el requisito de la nacionalidad para los pesqueros, que impide la concesión de licencias y pabellones de pesca.

Por estas razones, la transposición de las normas comunitarias al Derecho interno de los Estados miembros constituye, en términos generales, una tarea compleja, delicada y difícil. Sin embargo, conviene hacer algunas matizaciones, según sea la naturaleza de la norma comunitaria a transponer.

a) La aplicabilidad directa del Reglamento comunitario no plantea dificultad, pues, sin necesidad de intervención de los Estados miembros, tiene vigencia automática en la Comunidad (art. 189 TCEE) y, en consecuencia, es fuente de derechos y obligaciones para los Estados, sus órganos y los particulares, como la propia Ley nacional; el Reglamento no sólo no necesita la intervención normativa del Estado miembro sino que, además, es contraria a su naturaleza, por lo que, caso de discrepancia con la norma interna, tendrá siempre preferencia ("efecto directo" del Derecho Comunitario).

b) Tampoco plantea dificultad la aplicación de la Decisión, que coincide con el Reglamento en que ambos son obligatorios en todos sus elementos (art. 189 TCEE), diferenciándose en que el Reglamento tiene un destinatario general, mientras que, en la Directiva, el destinatario es individual, sea uno o varios Estados miembros, una o varias personas, físicas o jurídicas; los destinatarios deberán ser notificados y, a partir de ese momento, surtirá efecto la Decisión (art. 191-2 TCEE). En consecuencia, vale lo dicho respecto del Reglamento.

c) Las Recomendaciones y los Dictámenes tampoco plantearán problemas de aplicación, pues al no ser vinculantes (art. 189 TCEE), no producirán tensiones con el Derecho interno.

d) Por exclusión de las normas anteriores, el problema de transposición de las normas comunitarias al Derecho interno se plantea, con todas sus dificultades respecto de las Directivas que, al imponer una obligación de resultado, exige la intervención normativa de los Estados miembros para transformarla en Derecho interno, lo que puede provocar reticencias y retrasos por parte de los destinatarios. En este sentido, el comisario europeo MARTÍN BANGEMANN, en un informe presentado al Consejo de Ministros de Mercado Interior (59), señalaba que España, Italia y Portugal eran los países con más retraso en la transposición de las normas comu-

(59) El 18 de septiembre de 1989; respecto a España, la Comisión ha señalado que no aplica todavía 30 Directivas de las 65 destinadas a la creación del mercado interior, que a estas alturas ya deberían estar incorporadas a las leyes internas; hasta el momento, España ha incluido en su legislación unas 850 Directivas de las 1.073 existentes, sólo en 1988 se transpusieron unas 300 Directivas. Sólo siete de las 68 Directivas adoptadas —de las 300 previstas de cara al mercado único— se aplican en todos los Estados miembros (G. J. CEE, octubre 89, núm. 46, pág. 60)

nitarias, proponiendo que, si no existía más agilidad en la aplicación del Derecho Comunitario, se adoptarían más Reglamentos que Directivas o la posibilidad de llegar al requerimiento judicial.

La Directiva, único instrumento normativo que las instituciones comunitarias pueden utilizar en determinadas materias, como libertad de establecimiento (art. 54 TCEE), de circulación de capitales (art. 69 TCEE), de armonización de legislaciones (art. 100 TCEE), etc., tiene la ventaja de permitir la adaptación del mandato comunitario al ordenamiento interno de los Estados miembros, ajustando las legislaciones nacionales a los objetivos de la Comunidad, no obstante su diversidad legislativa; pero ofrece el inconveniente de retrasar la aplicación de las normas comunitarias, como denunciaba el comisario BANGEMANN (60).

III. INCIDENCIA DEL DERECHO COMUNITARIO EN EL TÍTULO PRELIMINAR DEL CODIGO CIVIL

Analizadas, a grandes rasgos, las fuentes del Derecho Comunitario, vamos a examinar su incidencia en el sistema de fuentes regulado en el Título Preliminar del CC, en base a los dos principios generales que presiden las relaciones del Derecho Comunitario y el Derecho interno: la "primacía" y el "efecto directo" de las normas comunitarias (61). Para ello, veremos por separado aquellas disposiciones del Título Preliminar en las que, a mi juicio, va a tener mayor incidencia el ordenamiento comunitario.

a) Artículo 1.º I. "Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho."

La incorporación de un Estado a las Comunidades Europeas implica

(60) En la cumbre de Jefes de Gobierno y de Estado de la CEE, reunida en Estrasburgo en diciembre de 1989, el Presidente de la Comisión Europea, JACQUES DELORS, presentó el habitual balance de la creación del mercado interior, señalando que su ritmo era positivo, destacando como puntos negativos el retraso en los aspectos fiscales y en la incorporación de las leyes comunitarias al Derecho interno de varios países, entre ellos España.

La Comisión Europea acaba de hacer público, con fecha oficial de 30 de diciembre de 1989, *DOCE*, número C 330, su sexto "Informe Anual al Parlamento Europeo sobre el control de la aplicación del Derecho Comunitario" durante 1988; hace una relación pormenorizada de los incumplimientos por parte de los Estados miembros de sus obligaciones comunitarias, distinguiendo entre las infracciones a las Directivas, por falta de transposición o por transposición incorrecta y todas las demás, poniendo de manifiesto que el panorama de incumplimientos resulta desolador, en G. J. de la CEE, marzo 1990, págs. 1 y 2.

(61) *Id.* I, Planteamiento. El TS, en Sentencia de 29 de abril de 1987, ha confirmado la aplicación de estos dos principios dentro de nuestra jurisprudencia.

el cumplimiento de una serie de requisitos de todo tipo; en el plano jurídico, único que aquí interesa, la CEE sentó, desde la primera adhesión, el principio de que el “*acquis comunitario*”, es decir, lo ya adquirido, lo ya logrado, lo ya conquistado, era innegociable, entendiéndose por “*acquis comunitario*” el Derecho Primario, el Derecho Derivado y el Derecho Complementario, anteriormente expuestos (62). El estado que se incorpore podrá obtener, en la negociación previa, suspensiones temporales en la aplicación de algunas normas, pero deberá aceptar el “*acquis*” en el estado en que se encuentra en el momento de la adhesión. Esta exigencia supone, por tanto, la integración en nuestro ordenamiento jurídico del bloque normativo vigente en la Comunidad desde el momento de la adhesión.

Partiendo de este planteamiento, la adhesión a la CEE ha conllevado una importantísima consecuencia jurídica: la incorporación al sistema de fuentes del Derecho establecido en el Título Preliminar del CC de un nuevo sistema de producción de normas que, en virtud de los principios generales de “*primacía*” y “*efecto directo*” de las normas comunitarias gozará de invocabilidad directa y tiene prioridad sobre el Derecho interno.

No es de sorprender este planteamiento, pues el nacimiento de un fenómeno nuevo, las Comunidades Europeas, ha conllevado la creación de un nuevo ordenamiento jurídico, sobre un enfoque y unas bases totalmente diferentes a las tradicionales; precisamente, la gran originalidad de los Tratados constitutivos ha sido establecer un sistema institucionalizado de producción de normas.

Esta exigencia comunitaria, derivada de una nueva concepción de la construcción europea, obliga a revisar y replantear todos los esquemas jurídicos tradicionales, al tener que buscar el primer bloque normativo, no en el propio ordenamiento interno, sino en otro sistema jurídico de orden superior, acorde con la idea de supranacionalidad; ante este planteamiento, en una futura reforma del CC habrá de contemplarse este nuevo sistema de fuentes aplicable en nuestro ordenamiento jurídico, a partir de la adhesión a las Comunidades Europeas.

b) Artículo 1.º4: “Los principios generales del Derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico”.

La tercera fuente de nuestro ordenamiento jurídico son los principios generales del Derecho, que se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador de todo el sistema jurídico.

Los principios generales desempeñan la función de Derecho supletorio

(62) MARTÍNEZ LAGE: *Op. cit.*, pág. 95.

de la Ley y de la costumbre en los casos no previstos por estas fuentes, pudiendo cumplir esta función precisamente por su carácter de principio general informador del ordenamiento jurídico; le proporcionan al Juez no sólo orientación y guía en la búsqueda de la solución adecuada al caso, sino también los límites que no puede traspasar, si su Sentencia ha de ser coherente con el ordenamiento jurídico en su conjunto.

Desde el punto de vista comunitario, la elaboración y configuración jurídica de los principios generales, bien de Derecho Comunitario, bien de Derecho Internacional, de un ordenamiento nuevo, inspirado en criterios de supranacionalidad, corresponde exclusivamente al TJCE, intérprete supremo del nuevo ordenamiento, que extrae de los ordenamientos de los Estados miembros algunas reglas jurídicas que, formando las bases de la civilización jurídica europea, constituyen las bases del mismo Derecho Comunitario. En cuanto al método utilizado para determinar la existencia de algunas reglas jurídicas, el TJCE estima que cualquier fuente es buena, siempre que sea apta para demostrar la existencia de un principio general que, aun no siendo escrita, sea inherente a la conciencia jurídica general y corresponda a la civilización europea.

De la jurisprudencia comunitaria sobre esta materia (63) pueden deducirse, a mi juicio, las siguientes consecuencias:

1.^a Una postura de respeto hacia los principios generales, como salvaguardia de los derechos fundamentales de la persona, uno de los objetivos de la Comunidad.

2.^a Inclusión de los principios generales del Derecho como parte del ordenamiento comunitario.

Estas consideraciones refuerzan la función supletoria de los principios generales, pues el intérprete, al buscar soluciones a los problemas jurídicos, podrá inspirarse en los principios generales, no sólo del ordenamiento interno, sino también del ordenamiento comunitario.

Ahora bien, puede ocurrir que existan principios generales admitidos en el sistema comunitario que no aparezcan formulados en el Derecho interno, al menos en términos similares. Este es el caso del "principio del respeto a la confianza legítima", inspirado en el Derecho alemán (*Vertrauensschutz*), según el cual una norma jurídica no puede eliminar las expectativas que los interesados habrían previsto razonablemente que se derivarían de la evolución normal de esa situación.

Ante este supuesto ¿es posible aplicar en un litigio interno este principio general del Derecho Comunitario?, en otros términos, conforme al artículo

(63) *Vid.* II, A), número 3.

215-2 TCEE (64) ¿puede utilizarse como argumento este principio de respeto a la confianza legítima para obtener una indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual?

A mi juicio, cabe una respuesta afirmativa a esta cuestión pues, al no existir jurisprudencia del TS sobre este principio (65), existe un vacío jurídico que puede llenar el Juez aplicando la jurisprudencia del TJCE (66). Argumentos:

1.º El artículo 1.º.1 indica que los principios generales del Derecho, además de informar el ordenamiento jurídico, constituyen fuente del Derecho; por ello, si no existen ni ley ni costumbre aplicables al caso, serán de aplicación los principios generales (art. 1.º.4), tanto de Derecho interno como de Derecho Comunitario.

2.º El artículo 1.º.6 considera a la jurisprudencia como elemento complementador del ordenamiento jurídico, por lo que el Juez podría aplicar, en defecto de ley y costumbre, un principio general del Derecho, según la interpretación del TJCE, en base al artículo 96.1 de la Constitución (67).

3.º Por la estrecha relación del “principio de respeto a la confianza debida” con el principio de la no retroactividad (art. 2.º.3).

En síntesis, el Derecho Comunitario incide sobre los principios generales del Derecho en un doble sentido: *a)* reforzando la función supletoria que desempeñan en el ordenamiento jurídico; *b)* ampliando su ámbito, al poder invocarse no sólo los del Derecho interno sino también los comunitarios.

c) Artículo 1.º.5: “Las normas jurídicas contenidas en los Tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el *Boletín Oficial del Estado*” (68).

(64) Artículo 215-2 TCEE “En materia de responsabilidad extracontractual, la Comunidad deberá reparar los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros

(65) No conozco la existencia de ninguna Sentencia sobre esta materia.

(66) Asuntos 42 y 49/59 SNUPAT c/ ALTA AUTORIDAD, de 22 de marzo de 1961; asuntos RACKE c/ HAUPTZOLLAMT MAINZ y DECKER c/ HAUPTZOLLAMT LANDAU, 98 y 99/78, de 25 enero de 1979; ROQUETTE FRES c/ CONSEJO y MAIZENA GmbH c/ CONSEJO, de 29 de octubre de 1980; asunto 344/85 SPA FERRIERE SAN CARLO c/ COMISION, de 12 de noviembre de 1987, etcétera.

(67) Ver este artículo 96.1 en el apartado siguiente

(68) Sobre la elaboración del artículo 1.º.5 CC puede verse RODRÍGUEZ ZAPATA, *Constitución, Tratados internacionales y sistema de fuentes del Derecho*, Publicaciones

Este criterio es también recogido por el artículo 96.1 de la Constitución: "Los Tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno..." (69).

Ambas normas recogen la tradición jurídica española de que los Tratados válidamente celebrados no necesitan de ninguna transformación para formar parte del Derecho interno español; se produce, pues, una "recepción automática", en el sentido de que el Tratado internacional se aplica en el orden interno sin necesidad de transformar sus disposiciones en una ley interna de idéntico contenido (70).

MANGAS MARTÍN señala, con razón, que no debe hacerse una lectura literal y aislada de los artículos 96.1 de la Constitución y 1.º.5 CC, pues conduciría a la errónea conclusión de que los Tratados no publicados no forman parte del orden interno, no tienen validez y provocan, en consecuencia, la responsabilidad internacional del Estado; no rige, pues, un sistema dualista de ordenamientos, sino un sistema monista de unidad entre el Derecho Internacional y el Derecho interno (71). En este mismo sentido, el Tribunal Constitucional ha distinguido entre la fecha de entrada en vigor del Tratado que fijan las Partes Contratantes en el mismo y la fecha de publicación interna del mismo (72).

El artículo 1.º.5 hace una matización sobre el alcance de la publicación, al señalar que las normas contenidas en los Tratados "no serán de aplicación directa en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación...". De aquí puede deducirse que la publicación permite la aplicación directa, pero la no publicación no impide que el Tratado surta otros efectos jurídicos.

La Constitución no contempla la recepción de los actos de las organizaciones internacionales ni hace una referencia a la recepción del Derecho Derivado (73). Sin embargo, señala MANGAS MARTÍN, una interpretación

del Real Colegio de España, Bolonia 1976, págs. 237 y sigs.; GONZÁLEZ CAMPOS: *Comentarios a las Reformas del Código Civil. El nuevo Título Preliminar del Código y la Ley de 2 de mayo de 1975*, t. 1, págs. 78 y sigs., Madrid, 1977.

(69) PUENTE EGIDO: *La celebración de Tratados internacionales en el Derecho español y su valor normativo. Derecho vigente y aspectos históricos*, pág. 431, París 1981, observa que, al exigir el artículo 96.1 la "publicación oficial en España", la Constitución queriéndolo o no, ha empleado una fórmula más amplia que la utilizada por el artículo 1.º.5 CC, que exige la publicación íntegra en el *BOE* para que los tratados puedan ser aplicados en el ordenamiento jurídico español.

(70) DIEZ DE VELASCO VALLEJO, M.: *Problemas de Derecho Internacional relativos a la propiedad industrial*, pág. 108, Barcelona 1969.

(71) A. MANGAS MARTÍN: *Derecho Comunitario Europeo y Derecho Español*, págs. 47 y sigs., Madrid 1986.

(72) Recurso de amparo número 65/80, BJC 1981-82, fundamento noveno.

(73) Artículo 93 Constitución: "Mediante ley orgánica se podrá autorizar la celebración de Tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacio-

conjunta y extensiva de los artículos 96.1 de la Constitución y 1.º.5 CC permite llegar a una “solución genérica”, aplicándose por analogía dichos preceptos para los actos de las organizaciones internacionales, los cuales formarán parte de nuestro ordenamiento desde el momento de su validez internacional, debiendo ser publicados en el *BOE*, para permitir su aplicación directa a los particulares (74).

Los artículos 189 y 191 TCEE (15 TCECA, 161 y 163 TCEEA) establecen que los actos de las instituciones comunitarias, directamente aplicables, como son los Reglamentos, son exigibles desde su publicación en el *Diario Oficial de la Comunidad*; en otros términos, el Derecho Comunitario establece que las “disposiciones directamente aplicables” se publicarán exclusivamente en el *DOCE*, de suerte que la publicación de tales actos comunitarios en los *Boletines Oficiales* de los Estados miembros sería una violación de los Tratados (75).

Ante este planteamiento cabe preguntar: ¿Cómo conciliar la exigencia comunitaria de no publicación interna del Derecho Derivado directamente aplicable con la exigencia de la Constitución (art. 96.1) y del CC (art. 1.º.5) de publicar en el *BOE* los actos de las organizaciones internacionales para su aplicación interna?

Para MANGAS MARTÍN (76), los actos de producción normativa de las instituciones comunitarias no necesitarán ser publicados en el *BOE*, ni siquiera exceptuar esa exigencia mediante una ley especial o en la ley orgánica de autorización. La publicación exigida por los artículos 96.1 de la Constitución y 1.º.5 CC vendría exceptuada por el artículo 93 de la Constitución, ya que una de las competencias que resultan atribuidas es la de la publicación de los actos de las instituciones comunitarias. El artículo 93 tiene el carácter de ley especial y, como tal, deja sin efecto a la ley general (art. 96.1); por tanto, la publicación en el *DOCE* es suficiente,

nal el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución. Corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de estos Tratados y de las Resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión”. El párrafo segundo de este precepto contempla el Derecho Derivado de las organizaciones supranacionales, pero no desde la perspectiva de la recepción, que es lo que a qui interesa, sino refiriéndose a la ejecución de las resoluciones emanadas de dichos organismos.

(74) MANGAS MARTÍN. *Op. cit.*, pág. 57

(75) EL TJCE lo ha confirmado reiteradamente: Sentencia de 10 de octubre de 1973, 2 de febrero de 1977, 7 de febrero de 1973, 31 de enero de 1978, 9 de marzo de 1978, etc.

(76) MANGAS MARTÍN: *Op. cit.*, pág. 61. El Profesor LOUIS. *Op. cit.*, pág. 201, comentando el artículo 93 de la Constitución española, afirmó que toda ley española que previese la publicación en el *BOE* de los actos de la Comunidad sería contraria al Derecho Comunitario

debiendo considerarse la publicación interna de los actos derivados directamente aplicables como un acto contrario al Derecho Comunitario.

A mi juicio, la explicación de la Profesora MANGAS es coherente y permite justificar la aplicación en el orden interno de las “disposiciones comunitarias directamente aplicables”, los Reglamentos, sin el requisito de su publicación en el *BOE*. Pero cualquier explicación resulta necesariamente forzada al intentar conciliar dos normas jurídicas pensadas para situaciones diferentes: por un lado, el artículo 1.º.5 contempla a los Tratados internacionales en el sentido tradicional, en los que el Estado presta su consentimiento (llámese ratificación, aceptación, adhesión, aprobación...) y acepta que, a la entrada en vigor que se pacta en ese instrumento internacional, la obligación sea exigible; también es posible, en los tratados clásicos, que el Estado preste su consentimiento con formulación de reservas, hecho que provoca la no aplicación interna de la norma o normas objeto de la reserva; mientras que, por otro lado, el artículo 93 de la Constitución es un precepto destinado ex profeso a la integración en la Europa comunitaria.

La explicación resulta provisionalmente válida, pero, en una futura reforma del CC, habrá que contemplar que las “disposiciones comunitarias directamente aplicables”, como son los Reglamentos, tienen vigencia directa en el orden interno, sin necesidad de publicarse en el *BOE*. Para ello, quizá sería conveniente contar con un instrumento de publicidad de dichas normas comunitarias, bien mediante una amplia difusión del *DOCE*, bien mediante un anexo en el *BOE*, con carácter meramente informativo, al que podrían acudir las autoridades, judiciales y administrativas, y los particulares para conocer las “normas comunitarias directamente aplicables” que no se publican en el *BOE* (77).

d) Artículo 1.º.6: “La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho”.

Aunque la jurisprudencia no aparece recogida entre las fuentes del Derecho Comunitario (art. 189 TCEE), sin embargo, se encomienda al TJCE la función de garantizar el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación de los Tratados (art. 164 TCEE); en consecuencia, deberá controlar la legalidad de los actos de las instituciones comunitarias, velar

(77) En Francia, los Reglamentos se publican en la Sección “Informaciones” del *BOE* y no en la Sección de actos vinculantes. PESCATORE. El reparto de competencias entre la Comunidad y los Estados miembros admite la posibilidad de la publicación en los Boletines Oficiales nacionales indicando su efecto exclusivamente informativo.

(78) Artículos 31 TCECA y 136 TCEEA.

por el cumplimiento de las obligaciones que el ordenamiento impone a los Estados miembros e interpretar las normas comunitarias.

La jurisprudencia comunitaria desempeña un papel trascendental, hasta el punto de que JEAN BOULOIS habla de una verdadera "legislación jurisprudencial" (79), aunque sin llegar a constituir un "gobierno de los Jueces" (80). El TJCE, juntamente con el Parlamento Europeo, la Comisión y el Consejo, son las instituciones comunitarias (art. 4.1 TCEE) que deben realizar las funciones asignadas a la Comunidad en los Tratados; pero, incluso las restantes instituciones comunitarias, no pueden prescindir de los criterios de las resoluciones judiciales, pues su poder de decisión, incluso el de carácter legislativo, se ejerce bajo el control del TJCE. Sin embargo, esto no significa que todas las cuestiones relativas al Derecho Comunitario deban someterse al TJCE, pues el artículo 183 TCEE dispone que, sin perjuicio de las competencias que el propio Tratado atribuye al TJCE "los litigios en los que la Comunidad sea parte, no podrán ser, por tal motivo, sustraídos a la competencia de las jurisdicciones nacionales" (81). De aquí se desprende que los Tribunales nacionales deben aplicar el Derecho Comunitario, hasta el punto de que R. LECOURT, antiguo Presidente francés del TJCE, afirmaba que "todo Juez nacional es también Juez comunitario" (82) y J. MERTENS DE WILMARS, otro antiguo Presidente belga, afirmaba que, antes de establecer una doble jurisdicción, los autores de los Tratados prefirieron una "fórmula de colaboración permanente entre las jurisdicciones nacionales y el TJCE" (83).

Los Tribunales españoles han de aplicar, pues, indistintamente el Derecho Comunitario y el Derecho interno, ya que aquél se integra en éste, formando parte consustancial. Los tres pilares sobre los que se apoya la práctica jurisdiccional de los Estados miembros en relación con el Derecho Comunitario son:

1.º La no aplicación de toda norma, anterior o posterior, contraria al ordenamiento comunitario (principio de primacía del Derecho Comunitario).

2.º Respecto al efecto directo de las normas que tengan este carácter (principio del efecto directo de las normas comunitarias).

(79) JEAN BOULOIS: *Op. cit.*, pág. 156.

(80) E. CEREXHE *Le Droit Européen*, pág. 156, 1979.

(81) En el mismo sentido, artículo 40 TCECA; es lo que LOUIS CARTOU, en *Communautés Européennes*, pág. 130, París 1975, llamó "competencia de atribución".

(82) R. LECOURT: *L'Europe des jugues*, pág. 9, Bruxelles 1976.

(83) J. MERTENS DE WILMARS: "La Jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes comme instrument de l'intégration européenne", comunicación presentada a la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España el 20 de abril de 1982.

3.º El uso sistemático del mecanismo de la cuestión prejudicial (art. 177 TCEE).

Analizados ya los dos primeros principios, el artículo 177 TCEE regula una institución procesal, instrumento fundamental de evolución y progreso del ordenamiento comunitario, que sirve de mecanismo jurídico de comunicación entre los Jueces nacionales y el TJCE; en efecto, el “incidente prejudicial”, regulado en el artículo 177 TCEE, permite la necesaria conexión entre la jurisdicción comunitaria y la interna, uniformando, por vía indirecta, los criterios interpretativos, sobre la base del principio de “colaboración judicial comunitaria”. El Juez nacional debe aplicar el ordenamiento comunitario al resolver los asuntos de que conozca; al TJCE le corresponde la función de mantener la uniforme aplicación del mismo en todo el ámbito de las Comunidades, mediante un procedimiento no contencioso, sobre la base de recíprocas relaciones de colaboración entre ambos; en definitiva, tal sistema sólo puede funcionar eficazmente en un espíritu de mutuo respeto y buena voluntad (84).

A mi juicio, la conclusión que puede extraerse de todo lo expuesto es la extraordinaria importancia de la jurisprudencia del TJCE (85), no sólo en el ámbito comunitario sino también en el interno, de suerte que, en una futura reforma del CC, se contemple que la función complementadora que se atribuye a la jurisprudencia comprenda no sólo la del TS, como en el texto actual, sino también la del TJCE.

e) Artículo 1.º 7: “Los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido”.

Al analizar las repercusiones de la adhesión española a las Comunidades Europeas veíamos que ésta conllevaba, entre otras, una importantísima consecuencia jurídica: la incorporación al sistema de fuentes del Derecho establecido en el Título Preliminar del CC de un nuevo sistema de producción de normas, que, en virtud de los principios generales de “primacía” y del “efecto directo” de las normas comunitarias, goza de invocabilidad directa y de prioridad sobre el Derecho interno.

La “primacía” obliga no al poder legislativo, sino al Juez nacional ordinario, competente en una materia determinada, que deberá aplicar el Derecho Comunitario íntegramente, dejando sin aplicación y en virtud de

(84) Un estudio detenido sobre este tema puede verse en M. PASTOR LÓPEZ, notas sobre la cuestión prejudicial del artículo 177 TCEE y su conexión con nuestro ordenamiento procesal, en *Iniciación al estudio del Derecho Comunitario Europeo*, págs. 43 y sigs., CGPJ, 1984.

(85) *Vid.* Apartado II

su propia autoridad cualquiera disposición contraria de la legislación nacional, incluso posterior, sin que haya de solicitar o esperar la derogación previa de esta última por vía legislativa; por ello, la "primacía" de las normas comunitarias puede tener: *a)* un alcance mínimo, la no aplicación de las normas internas que se les opongan (esterilización); *b)* un alcance máximo, la declaración de nulidad de dichas normas internas por el Juez ordinario, si el Derecho interno lo autoriza (86). La "primacía" es, pues, un principio absoluto, en el sentido que se aplica a toda norma interna, cualquiera que sea su rango, incluso a las disposiciones constitucionales.

El "efecto directo" obliga a los Jueces nacionales, quienes no pueden aplicar leyes nacionales contrarias a las normas comunitarias ni esperar a que aquéllas sean derogadas por los órganos nacionales competentes. Las normas comunitarias pueden ser directamente invocables por los particulares ante los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros; ello es consecuencia de que los sujetos del Derecho Comunitario son tanto los Estados miembros como sus ciudadanos, hecho que lo diferencia del Derecho Internacional Privado.

Gozan de "efecto directo" las normas comunitarias que sean jurídicamente perfectas (*self-executing*) o, lo que es igual, las normas que establecen obligaciones claras y precisas de hacer o no hacer, no sometidas a condición ni a término, no subordinadas en su ejecución o efectos a ningún acto posterior y que no dejan a los Estados miembros un poder discrecional para dictar medidas de ejecución necesarias.

La jurisprudencia comunitaria ha considerado jurídicamente perfectas las normas de los Tratados que impongan una obligación de abstención (*standstill*) a los Estados miembros (87); para el TJCE el "efecto directo" de las normas de los Tratados no sólo es "vertical" (se aplican a las relaciones de un particular con la Administración Pública), sino también "horizontal" (aplicación a las relaciones de un particular con otro particular) y ha negado "efecto directo" a las disposiciones que parecen tener un alcance general e indeterminado como para poder deducir normas claras.

En virtud del juego de los principios de "primacía" y de "efecto directo" de las normas comunitarias, el Juez ordinario que conozca de un asunto en el que se discutan cuestiones comunitarias deberá atenerse, no al sistema

(86) F. BUENO ARUS: "Características del ordenamiento jurídico comunitario", en *Iniciación al estudio del Derecho Comunitario Europeo*, CGPJ, págs. 111 y 112.

(87) Sentencias Van Gend-Loos, de 5 de febrero de 1963; Costa-Enel, de 15 de julio de 1964; Salgoil, de 19 de diciembre de 1968 ...; entre las normas del TCEE se pueden citar los artículos 12 (abstenerse de establecer entre los Estados miembros nuevos derechos de aduana), 31 (no introducir nuevas restricciones cuantitativas y medidas de efecto equivalente), 52 (abstenerse de restringir la libertad de establecimiento), 95 (no gravar los productos de los demás Estados miembros), etc.

de fuentes establecido (art. 1.º.7), sino a un sistema distinto, al Derecho Comunitario, en su conjunto, sea Derecho Primario, Derecho Derivado o Derecho Complementario. Por esta razón, en una futura reforma del CC deberán recogerse todas las fuentes a que pueda acudir el Juez nacional para resolver las cuestiones litigiosas.

f) Artículo 2.º.1: "Las leyes entrarán en vigor a los veinte días de su completa publicación en el *Boletín Oficial del Estado*, si en ellas no se dispone otra cosa".

En materia de publicidad normativa, el TCEE sólo se refiere a los Reglamentos; en efecto, el artículo 191 (88) dispone que "los Reglamentos se publicarán en el *Diario Oficial de la Comunidad*. Entrarán en vigor en la fecha que ellos mismos fijen o, a falta de ella, a los veinte días de su publicación". En base a los artículos 189 y 191 TCEE, el TJCE ha declarado reiteradamente que los Reglamentos en cuanto tales son directamente aplicables en todo Estado miembro y entran en vigor en virtud, únicamente, de su publicación en el *Diario Oficial de las Comunidades*, en la fecha en que fijan o, en su defecto, en el momento determinado en el Tratado; en consecuencia, son contrarias al Tratado todas las modalidades de ejecución cuya consecuencia podría ser la de dificultar el "efecto directo" de los Reglamentos comunitarios y de comprometer de esta manera su aplicación simultánea y uniforme en el conjunto de la Comunidad (89).

El *DOCE* está dividido en dos series: Legislación (L) y Comunicaciones e Informaciones (C); la primera subdividida en dos epígrafes: "I. Actos cuya publicación es una condición para su entrada en vigor", en el que se publican los Reglamentos; II. Actos cuya publicación no es una condición para su entrada en vigor", en el que se publican las Directivas. La serie S consiste en los suplementos del *DOCE*, de carácter teórico y sin valor normativo (90).

Las Directivas deben ser notificadas a sus destinatarios (art. 191-2 TCEE), que pueden ser todos, algunos o uno solo de los Estados miembros, si bien normalmente lo son todos; a los destinatarios se les concede un plazo (dieciocho, veinticuatro meses...) para proceder a su cumplimiento. Aunque no constituye un requisito para su entrada en vigor, como ocurre con los Reglamentos, las Directivas se publican en el *DOCE*, en la misma serie L (Legislación), pero en el apartado II, Actos cuya publicación

(88) Artículos 15 TCECA, 161 y 163 TCEEA.

(89) Sentencia de 7 de febrero de 1973, Comisión de las Comunidades Europeas contra República Italiana, considerando 17, confirmada por las de 10 de octubre de 1973, 2 de febrero de 1977, 31 de enero de 1978, 7 de marzo de 1978, etc.

(90) Una exposición muy detenida sobre publicación, notificación y entrada en vigor puede verse en PAU PEDRÓN: *Op. cit.*, págs. 134 y sigs.

no es una condición para su entrada en vigor; se trata, como dice MARTÍNEZ LAGE, más bien de publicidad que de publicación (91).

Las decisiones se notifican a los destinatarios (art. 191-2 TCEE) y no requieren, para su eficacia, ser publicados, aunque, en la práctica, lo son en el *DOCE*, serie L, apartado II, igual que las Directivas.

Sobre la publicación de los Reglamentos, GARRIDO FALLA entiende que de una interpretación literal del artículo 189 TCEE puede llegarse a la conclusión de que basta la publicación en el *DOCE*, poniendo de relieve la paradoja a que conduce esta interpretación: que el Derecho Comunitario originario sólo sea aplicable en España a partir de su publicación en el *BOE*, y, sin embargo, el Derecho Derivado, al menos en lo que se refiere a los Reglamentos, quede exento de este importantísimo requisito (92). La apreciación es acertada, dada la actual regulación del Título Preliminar del CC, pero, como ya hemos visto al analizar el artículo 1.º.5, en relación con los artículos 93 y 96.1 de la Constitución, en una futura reforma del CC habrá que contemplar expresamente que las normas comunitarias directamente aplicables —los Reglamentos— tienen vigencia directa en el orden interno, sin el requisito de su publicación en el *BOE*; para ello habrá de buscarse un instrumento de publicidad de dichas normas comunitarias que podrá consistir bien en publicar un anexo en el *BOE*, con carácter exclusivamente informativo, como ocurre en Francia y propone el Profesor PESCATORE (93), bien en una mayor difusión del *DOCE*.

g) Artículo 2.º.2: “Las leyes sólo se derogan por otras posteriores. La derogación tendrá el alcance que expresamente se disponga y se extenderá siempre a todo aquello que en la ley nueva, sobre la misma materia, sea incompatible con la anterior. Por la simple derogación de una ley no recobran vigencia las que ésta hubiere derogado”.

Esta norma recoge el criterio tradicional en nuestro ordenamiento jurídico de que las leyes sólo se derogan por otras posteriores, de manera expresa o tácita, según que la nueva ley contenga o no una declaración privando de eficacia a la ley anterior, en todo o en parte (94).

Este criterio tradicional tropieza abiertamente con el principio de “primacía de las normas comunitarias”, que, juntamente con el principio de “efecto directo” y la aplicación e interpretación uniforme que realiza el TJCE son las bases sobre las que se asienta el Derecho Comunitario.

(91) S. MARTÍNEZ LAGE *Op. cit.*, pág. 85.

(92) F. GARRIDO FALLA *Tratado de Derecho Administrativo*, Parte General, vol. I, pág. 291.

(93) *Vid.* nota 77

(94) El antiguo artículo 5 CC decía que las leyes sólo se derogaban por otras leyes posteriores y no prevalecería contra su observancia el desuso, ni la costumbre o la práctica en contrario.

En efecto, la jurisprudencia comunitaria ha consagrado, de manera sistemática, la “primacía del Derecho Comunitario”, lo que significa que todo el ordenamiento jurídico comunitario, sea Derecho Primario, Derecho Derivado o Derecho Complementario, prevalece sobre cualquier norma interna, en base a los propios Tratados fundacionales de las Comunidades Europeas y no a las Constituciones nacionales de los Estados miembros. En este sentido, en el principio de “primacía” son básicas tres Sentencias del TJCE, que citaremos brevemente.

La Sentencia de 15 de julio de 1964, M. GLAMINIO COSTA contra ENEL, consideró que la “integración, en el Derecho de cada país miembro, de disposiciones que provienen de fuente comunitaria y más generalmente los términos y el espíritu del Tratado, tienen por corolario la imposibilidad para los Estados de hacer prevalecer, contra un ordenamiento jurídico aceptado por ellos sobre una base de reciprocidad, una medida unilateral ulterior que no puede, en consecuencia, serle opuesta; que la fuerza ejecutiva del Derecho Comunitario no puede, en efecto, variar de un estado a otro al amparo de medidas legislativas internas ulteriores, sin poner en peligro la realización de los objetivos del Tratado, contemplados en el artículo 5, ni provocar una discriminación prohibida por el artículo 7” (95).

La Sentencia de 13 de febrero de 1969, WALT WILHELM consideró que el TCEE ha instituido un ordenamiento jurídico propio, integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros y que se impone a sus órganos jurisdiccionales; que sería contrario a la naturaleza de tal sistema admitir que los Estados miembros pudieran adoptar o mantener en vigor medidas susceptibles de comprometer el efecto útil del Tratado; que la fuerza imperativa del Tratado y de los actos adoptados para su aplicación no puede variar de un Estado a otro por efecto de actos internos sin dificultar el funcionamiento del sistema comunitario y poner en peligro la realización de las finalidades del Tratado; que, por lo tanto, los conflictos entre la norma comunitaria y las normas nacionales deben ser resueltos por la aplicación del principio de primacía de la norma comunitaria (96).

La Sentencia de 9 de marzo de 1978, entre la Administración de Hacienda del Estado italiano y la Sociedad Anónima “Simmenthal”, tuvo por objeto el precisar las consecuencias de la aplicabilidad directa de una disposición del Derecho Comunitario en caso de incompatibilidad con

(95) *Vid. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, editado por la Secretaría de Estado para las relaciones con las Comunidades Europeas, Madrid 1984, págs. 29 y sigs., en especial pág. 33

(96) *Vid. Jurisprudencia. .*, págs. 95 y 99.

una disposición posterior de la legislación de un Estado miembro (97). El Tribunal, pronunciándose sobre las cuestiones a él sometidas por el Pretore de Susa, falló: "El Juez nacional, encargado de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones del Derecho Comunitario tiene la obligación de asegurar el pleno efecto de estas normas, dejando inaplicada, si fuere necesario, en virtud de su propia autoridad, toda disposición contraria de la legislación nacional, incluso posterior, sin que para ello tenga que pedir o esperar su previa eliminación por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional (98).

De la jurisprudencia examinada se deduce, sin ningún género de dudas, la "primacía" de la norma comunitaria, que obliga, no a los poderes legislativos, sino al Juez ordinario a aplicar el ordenamiento comunitario sobre el Derecho interno, caso de disparidad entre ambos. Esta nueva concepción del Derecho Comunitario, inspirada en criterios de supranacionalidad, pugna, en consecuencia, con el principio tradicional de nuestro ordenamiento interno de que las leyes sólo se derogan por otras posteriores y va a constituir, a mi juicio, una de las materias más polémicas en una futura reforma del CC: si el Juez nacional que conozca de un asunto en el que una norma interna esté en oposición o colisión con una norma comunitaria va a disponer de un poder mínimo, es decir, simplemente no aplicarla (esterilización), o de un poder máximo, es decir, declarar su nulidad, si el propio Derecho interno le autoriza a ello; pero, sea cual sea la solución que en su momento se adopte, es evidente que la regulación actual del artículo 2.º.2 CC resulta insuficiente en materia de derogación de normas.

h) Artículo 3.º.1: "Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas".

La interpretación es la actividad racional que investiga el verdadero sentido de la norma jurídica y, en el caso de la interpretación judicial, se dirige a la aplicación de la norma abstracta al supuesto concreto.

La existencia de un sistema institucionalizado de aplicación e interpretación del Derecho Comunitario es uno de los pilares del ordenamiento europeo, juntamente con los principios de "primacía" y "efecto directo" de las normas comunitarias. El Tratado de Roma encomienda la interpretación y aplicación del Derecho Comunitario al TJCE (art. 164 TCEE), que realiza esta misión por la vía del recurso prejudicial (art. 177 TCEE). En

(97) En el mismo sentido la Sentencia de 29 de noviembre de 1978, Pigs Marketing Board.

(98) *Vid. Jurisprudencia....*, págs. 383 y sigs., en especial pág. 390

consecuencia, el TJCE es el intérprete supremo del ordenamiento comunitario: sienta los criterios interpretativos, aplica el Derecho Comunitario, originario y derivado, pero no puede decretar la nulidad de las normas de Derecho interno, caso de desacuerdo entre ambos, en cuyo supuesto declarará la situación de incompatibilidad, con lo que prevalecerá el ordenamiento comunitario (principio de "primacía").

Como ya hemos examinado al estudiar el artículo 1.º 6 CC, la "cuestión prejudicial" del artículo 177 TCEE (99) permite la necesaria conexión entre el TJCE y los Tribunales internos, uniformando por vía indirecta los criterios interpretativos. El Juez nacional es quien debe aplicar el ordenamiento comunitario al resolver los asuntos de que conozca; por su parte, al TJCE corresponde la misión de mantener la uniforme aplicación del mismo en todo el ámbito comunitario, mediante un procedimiento no contencioso, sobre la base de recíprocas relaciones de colaboración entre ambos ordenamientos; en definitiva, este sistema sólo puede funcionar eficazmente si existe un espíritu de colaboración judicial comunitaria.

En realidad, el poder del TJCE es bastante mayor de lo que, a primera vista, parece: a) por la abundancia de conceptos jurídicos no precisados con que operan los Tratados y cuya interpretación corresponde exclusivamente al TJCE; b) porque el TJCE no sólo interpreta el Tratado sino también un conjunto de fuentes jurídicas de distinto origen y rango, que pueden ir desde la cosa juzgada hasta fuentes atípicas, como los propios Tratados que la Comunidad Europea, como tal persona jurídica internacional, pueda concertar con terceros Estados (100).

De lo expuesto cabe llegar, a mi juicio, a una conclusión semejante a la obtenida del artículo 1.º 6: en una futura reforma del CC habrá que admitir que la interpretación y aplicación de las normas comunitarias corresponde al TJCE, a la que deberán atenerse los Jueces y Tribunales para resolver los asuntos de que conozcan, caso de divergencia entre ambos ordenamientos.

i) Artículo 4.º: "1. Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón.

2. Las leyes penales, las excepcionales y las de ámbito temporal no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas".

Nuestro ordenamiento jurídico admite, como norma general, la analogía, que consiste en aplicar al caso desprovisto de regulación jurídica una

(99) M. PASTOR LÓPEZ: *Op. cit.*, pág. 51

(100) JUAN DE MIGUEL ZARAGOZA: *El Tribunal de Justicia. Organización y Competencia. Recursos. Procedimiento ordinario y especiales*, págs. 26 y 27.

norma legal aplicable a casos que, en lo esencial, son semejantes a aquél. Por excepción, se excluye respecto de las leyes penales, las excepcionales y las de ámbito temporal (art. 4.2.º), a las que habría que añadir las leyes fiscales, en lo referente al hecho imponible, las exenciones o las bonificaciones (art. 24 Ley General Tributaria).

El Derecho Comunitario no contempla la analogía, hasta el extremo de que ninguno de los Tratados constitutivos contiene una referencia, siquiera indirecta, a esta figura, debido a su doble objetivo: económico y político (art. 2 TCEE); este vacío legal ha sido llenado por la jurisprudencia del TJCE, lo que confirma, una vez más, el papel trascendental de la jurisprudencia comunitaria (101). En efecto, el TJCE ha admitido, en determinadas circunstancias, la aplicación analógica de algunas normas comunitarias, lo que obliga a precisar a cuál de ellas es aplicable:

a) No cabe respecto de las Recomendaciones y los Dictámenes, al no ser vinculantes (art. 189 TCEE).

b) Tampoco es aplicable a Directivas y Decisiones, porque se dirigen a un destinatario determinado (art. 191.2 TCEE).

c) La única posibilidad de aplicar la analogía es, pues, respecto de los Reglamentos, pero, para ello, la jurisprudencia comunitaria exige unos requisitos muy estrictos. Estos requisitos son:

Primero.—Supuestos o situaciones comparables. Se requiere una estrecha semejanza entre las condiciones previstas por la norma general y aquella a cuyo ámbito se desea ampliar; en base a ello, el TJCE negó la aplicación de la analogía cuando las situaciones de hecho eran coincidentes, pero en un supuesto existía una obligación del particular frente a la institución comunitaria que no se daba en el otro supuesto (As. 68/77 IFG/Comisión), y cuando las situaciones eran demasiado diferentes (As. 73/69 Oehlmann/Hauptzollamt Münster).

Segundo.—Violación de un principio general del Derecho Comunitario. El TJCE la ha admitido cuando resultaba evidente que la no aplicación analógica de una norma violaba un principio general del Derecho Comunitario, como la equidad (As. Reich), la confianza legítima (As. Krohn/Balm) o la preferencia comunitaria (As. Union Française de Cereales).

Tercero.—Existencia de un perjuicio económico para el interesado, consecuencia de la violación de un principio del Derecho causada por una falta de regulación jurídica en la materia de que se trata.

(101) Sentencia de 24 de junio de 1970. As. 73/69 Oehlmann/Haupt-Zollamt Münster, Sentencia de 20 de febrero de 1975, As. 64/74 Reich/Hauptzollamt Landau; Sentencia de 11 de julio de 1978, As. 6/78 Union Française de Cereales/Haupt-Zollamt Hamburg-Jonas, todos ellos recursos prejudiciales.

Recapitulando la jurisprudencia comunitaria se deduce que el TJCE, inspirado en criterios pragmáticos, ha admitido la analogía en materias de intercambio intracomunitario y de comercio exterior de productos básicamente agrarios; aunque ello no implique que la analogía haya de limitarse al simple comercio de mercancías, el hecho de que la analogía no aparezca contemplada en los Tratados constitutivos y la interpretación restrictiva que de ella hace el TJCE, me llevan a la conclusión de que la incidencia del Derecho Comunitario sobre este artículo 4.º.1. CC será mínima.

j) Art. 8.º: “1. Las leyes penales, las de policía y las de seguridad pública obligan a todos los que se hallen en territorio español.

2. Las leyes procesales españolas serán las únicas aplicables a las actuaciones que se sustancien en territorio español, sin perjuicio de las remisiones que las mismas puedan hacer a las leyes extranjeras, respecto a los actos procesales que hayan de realizarse fuera de España”.

Al analizar las repercusiones en el plano jurídico de nuestra adhesión a las Comunidades Europeas veíamos que una de ellas era la aparición de nuevas posibilidades procesales, unas utilizables ante el TJCE, otras ante los propios Tribunales españoles, como el recurso o incidente prejudicial (art. 177 TCEE) (102).

En efecto, el carácter tradicionalmente cerrado de nuestra organización jurisdiccional experimenta una profunda transformación con la incorporación de España a las Comunidades Europeas, pues, desde el momento de la adhesión, todo Estado miembro y, por consiguiente, su Poder Judicial, queda obligado a reconocer la eficacia e invocabilidad de las normas comunitarias en el ámbito de su jurisdicción (art. 5 TCEE); de esta forma, el Juez nacional se convierte también en Juez Comunitario.

Esta integración de los ordenamientos interno y comunitario pone de relieve que el Juez nacional es una pieza esencial para el cumplimiento del Derecho Comunitario, pues su efectividad está profundamente condicionada por las vías de Derecho abiertas a las personas y por los poderes reconocidos a las jurisdicciones nacionales que vienen a ser, en definitiva, garantes de la primacía del Derecho Comunitario. Esa garantía de aplicación de la norma comunitaria por el Juez nacional se basa en la figura de la “cuestión prejudicial” (art. 177 TCEE), que viene a ser como un procedimiento judicial de reenvío, iniciado por el Juez nacional para poder pronunciarse sobre la aplicación o no de una norma comunitaria y su posible compatibilidad con la norma interna. Con ello se pretende: a) Coordinar la cooperación judicial entre el TJCE y los Jueces nacionales; b) evitar distintas interpretaciones del Derecho Comunitario por las diversas jurisdicciones de los Estados miembros.

(102) *Vid.* Apartado II, letra C

Si al constituirse la Comunidad Europea se pretendió crear una Comunidad de Derechos, ello implicaba la necesidad de crear un sistema judicial propio, que permitiera la aplicación uniforme del Derecho Comunitario, misión que se encomendó al TJCE (art. 164 TCEE); de ahí la necesaria conexión y cooperación entre el TJCE y los Tribunales ordinarios, pues ni el primero puede actuar contra el Derecho positivo de los Estados miembros, ni los segundos pueden desconocer la interpretación y aplicación uniforme del Derecho Comunitario (103).

Todos los órganos jurisdiccionales españoles, incluido el Tribunal Supremo, deben ajustarse a los criterios del TJCE en materia comunitaria; de no hacerlo así constituiría una violación del Derecho Comunitario, atribuible al Estado, que podría ser objeto de un procedimiento de infracción, promovido bien por la Comisión (104), bien por otro Estado miembro (arts. 169 y 170 TCEE).

En esta línea de cooperación comunitaria, la Comisión Jurídica del Parlamento Europeo aprobó un informe sobre el proyecto de decisión del Consejo, tendente a la creación de un Tribunal de Primera Instancia Comunitario (TPI) (105).

El Acta Unica Europea prevé que se pueda agregar al TJCE un órgano jurisdiccional encargado de conocer en primera instancia determinadas clases de recursos (art. 168 A TCEE); estos recursos serían básicamente los relativos al estatuto de los funcionarios comunitarios, los presentados por personas físicas o jurídicas contra instituciones comunitarias y los referentes a la responsabilidad extracontractual de la Comunidad, quedando expresamente excluidas del TPI las cuestiones prejudiciales y los recursos promovidos por los Estados miembros o por las instituciones comunitarias, según el mismo artículo 168A TCEE (106).

Con la creación del TPI se persigue un triple objetivo:

1. Descongestionar el gran número de asuntos que conoce el TJCE, lo que necesariamente provoca una mayor duración de los procesos.
2. Mejorar la calidad de las decisiones judiciales en aquellas materias que exigen una especial averiguación de los hechos, como la defensa comercial, competencia empresarial, etc.

(103) Una interesante exposición del tema puede verse en R. LÓPEZ-VILLAS. "El principio de unidad de jurisdicción ante la aplicación en España del Derecho Comunitario Europeo", en *Gaceta Jurídica de la CEE*, diciembre 1988, D-10, págs. 365 y sigs.

(104) As. 102/79 Comisión c/Bélgica

(105) Informe elaborado por la ponente M. C. VAYSSADE, aprobado el 24 de marzo de 1988. Sobre este punto puede verse E. VAN GINDERACHTER: "El Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas ¿Un recién nacido prodigio?", en *G. J. de la CEE*, abril 1990, págs. 309 y sigs.

(106) Este nuevo artículo ha sido incluido por el artículo 11 del Acta Unica Europea.

3. Aumentar las garantías de protección jurisdiccional comunitaria, desdoblando la, hasta ahora, única instancia.

Como consecuencia de todo lo expuesto se puede afirmar que si nuestra adhesión a las Comunidades Europeas ha significado una cierta cesión de soberanía en el plano político, lo mismo ha ocurrido en los planos legislativo y jurisdiccional; por ello, a mi juicio, en una futura reforma del CC habrá que sustituir esta concepción rígida y cerrada de nuestro sistema jurisdiccional, a la que responde el actual artículo 8.º CC, por una nueva concepción amplia y flexible, basada en criterios de integración con los sistemas judiciales comunitarios que, mediante la figura del "recurso prejudicial" (art. 177 TCEE), permite coordinar, sin mayores dificultades, la cooperación judicial nacional y la comunitaria, dentro del marco general de la aplicación e interpretación uniforme del Derecho Comunitario.

k) Artículo 9.º.9, párrafo segundo: "...Prevalecerá en todo caso la nacionalidad española del que ostente además otra no prevista en nuestras leyes o en los Tratados internacionales..."

El artículo 9.º.1 formula una regla general: la ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad, que regirá la capacidad y el estado civil, los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte. Los apartados siguientes se refieren a las relaciones personales y patrimoniales del matrimonio, relaciones paternofiliales, adopción, tutela, prestación de alimentos y sucesión mortis causa. Recientemente el Grupo Socialista del Congreso ha presentado dos proposiciones de ley de reforma del CC: una, que modifica, entre otras disposiciones, los apartados 2 y 3 de este artículo 9.º, en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo, proclamado por los artículos 14 y 32 de la Constitución de 1978, y otra, que redacta nuevamente los artículos 17 a 26 CC, en materia de nacionalidad.

Refiriéndonos exclusivamente a este artículo 9.º.9, párrafo segundo, señala que, respecto de las situaciones de doble nacionalidad, prevalecerá en todo caso la nacionalidad española del que ostente además otra no prevista en nuestras leyes o en los tratados internacionales. A mi juicio, esta norma está en colisión con el artículo 7 TCEE, que prohíbe terminantemente toda discriminación por razón de nacionalidad, precepto formulado entre los principios generales que inspiran la CEE, haciéndose aplicaciones concretas de esta prohibición de discriminación por razones de nacionalidad en materias de libre circulación de los trabajadores (art. 48.2 TCEE) (107) y de capitales (art. 67.1 TCEE) (108).

(107) *Id.* Sentencia de 13 de febrero de 1969, asunto Walt Wilhelm.

(108) Es significativo que esta prohibición de discriminación por razones de nacio-

Una manifestación concreta de esta discriminación por razón de nacionalidad está en la ley inglesa Merchant Shipping Act, de 1988, que exigía la nacionalidad, residencia y domicilio en Gran Bretaña para los armadores de buques. La Comisión Europea recurrió ante el TJCE contra la exigencia del requisito de nacionalidad, por ser discriminatoria y contraria al artículo 7 TCEE, criterio que fue aceptado por el Tribunal el 9 de octubre de 1989; como consecuencia, la Comisión pidió a todos los Estados comunitarios que retirasen de sus respectivas legislaciones el requisito de la nacionalidad para los pesqueros, porque impedía la concesión de licencias y pabellones de pesca, lo que implicaba una forma de discriminación (109). Esta manifestación concreta pone de relieve la importancia que la CEE atribuye al principio de no discriminación por razón de nacionalidad; por ello, a mi juicio, en una futura reforma en profundidad del Título Preliminar del CC habrá que suprimir este artículo 9.º.9, párrafo segundo, por ser contrario al principio general contenido en el artículo 7 TCEE (110).

1) Artículo 12.2: “La remisión al Derecho extranjero se entenderá hecha a su ley material, sin tener en cuenta el reenvío que sus normas de conflicto puedan hacer a otra ley que no sea la española”.

En el ámbito del Derecho Internacional Privado, uno de los puntos más controvertidos es la figura del reenvío; cuando el sistema de normas de conflicto de un país declara aplicable a determinada relación jurídica una ley extranjera, surge la duda de si ha de entenderse que serán aplicables las disposiciones de Derecho interno material que en el respectivo país regulen directamente la relación o, por el contrario, las normas de conflicto que en su legislación establezca.

El reenvío puede revestir dos formas: que el Derecho a que se remite la ley nacional declare, a su vez, aplicable el derecho del Juez que conoce el asunto (reenvío de primer grado o simple) o declare decisivo el derecho de un tercer país (reenvío de segundo grado o ulterior) (111).

En el ámbito comunitario, el reenvío plantea otra problemática. En efecto, el TJCE se ha opuesto de manera decidida a que el Derecho interno reproduzca las normas comunitarias afirmando que los Estados miembros... están obligados a no obstaculizar el efecto directo propio del

alidad se formule precisamente en lo que se han llamado las cuatro libertades fundamentales de la CEE: la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales.

(109) Ver apartado II, letra B, Integración de las normas comunitarias en nuestro ordenamiento

(110) Sobre las limitaciones derivadas de la nacionalidad puede verse LUCÍA MILLÁN MORO: “Algunas limitaciones a la libre circulación de personas en el Tratado CEE”, en *Gaceta Jurídica CEE*, julio 1988, D-9, págs. 135, especialmente 149 y sigs.

(111) CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho Civil Español, Común y Foral*, t. I, vol. 1.º, págs. 643 y sigs, 11.ª edición, 1975.

Reglamento y de otras normas comunitarias y no deben tomar ninguna medida susceptible de afectar a la competencia del Tribunal cuando éste se pronuncie sobre la interpretación del Derecho Comunitario, lo que implica que no se admitirá ningún procedimiento que pudiera ocultar a los justiciables la naturaleza comunitaria de una regla jurídica (112).

Para evitar esta repetición de las normas comunitarias en el Derecho interno, la figura del reenvío se impone, por su propia lógica, a los Estados miembros, pudiendo afectar al conjunto de medidas adoptadas en una materia determinada o a un acto determinado, por lo que el reenvío será general o especial, referido a actos futuros o ya adoptados. Pero la técnica de reenviar a los actos comunitarios por medio de disposiciones habilitantes de las medidas de aplicación puede presentar algunos inconvenientes, porque las habilitaciones demasiado amplias pueden ocultar la intención de reservar al Poder Ejecutivo la posibilidad de eludir el juego de las normas comunitarias en función del interés nacional.

En virtud del artículo 5 TCEE, todo Estado miembro tiene la obligación de evitar todo comportamiento susceptible de inducir a error a los particulares sobre la norma aplicable; lo importante es que las normas comunitarias sean aplicadas por las autoridades nacionales y que los ciudadanos conozcan la norma que se les aplica; esta misma obligación de clarificación legislativa subsiste cuando el Estado miembro adopta medidas legislativas para no inducir a error.

En otro aspecto del tema, al estudiar la incidencia del Derecho Comunitario sobre el artículo 8.º CC, veíamos que la garantía de que el Juez nacional aplique la norma comunitaria está en la figura de la “cuestión prejudicial” (art. 177 TCEE), que viene a ser como un procedimiento judicial de reenvío, iniciado por el Juez interno para poder pronunciarse sobre la aplicación o no de una norma comunitaria y su posible compatibilidad con la norma interna, con lo que se pretende, por una parte, coordinar la cooperación judicial entre el TJCE y los Jueces nacionales y, por otra parte, evitar distintas interpretaciones del Derecho Comunitario por las jurisdicciones de los Estados miembros (113).

A mi juicio, ante la crítica con que la doctrina ha recibido a este artículo 12.2 CC (114), en una futura reforma del Título Preliminar habrá de sustituir esta concepción del reenvío, enfocada exclusivamente en el Derecho Internacional Privado, por otra concepción más amplia y pluri-dimensional que, mediante la figura del “recurso prejudicial” (art. 177

(112) Sentencia de 10 de octubre de 1973, As. Variola, considerandos números 10 y 11.

(113) *Vid* este apartado III, letra j.

(114) Puede verse una dura crítica en J. PÉREZ MONTERO: *Comentarios a las reformas del CC*, vol. I, págs. 592 y sigs., en especial 636 y 637.

TCEE), auténtico procedimiento judicial de reenvío, contemple la cooperación judicial intracomunitaria entre los Estados miembros (espacio judicial europeo).

m) Artículo 12.3: "En ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público".

En el Derecho Internacional Privado está muy extendida la idea de que el Derecho extranjero que resultaría aplicable en virtud de las reglas generales de colisión no puede aplicarse cuando sea contrario al orden público del país. Suele distinguirse entre orden público interno y orden público internacional; el primero se desenvuelve en el ámbito del Derecho Privado de cada país, es obligatorio sólo para sus ciudadanos y comprende aquellas leyes que no pueden ser derogadas por medio de convenciones particulares, pero no impide que puedan regular con distinto criterio las relaciones jurídicas entre extranjeros; el segundo se manifiesta en la esfera del Derecho Internacional Privado, afecta a nacionales y extranjeros y abarca aquellas leyes que, siendo comunes a países de cultura jurídica semejante, no permiten que pueda establecerse una regulación distinta sin perturbar el orden interior, ni siquiera para los extranjeros.

CARRILLO SALCEDO ha criticado duramente este artículo 12.3: por no distinguir entre orden público interno y orden público internacional; por no hacer la menor referencia al Derecho aplicable en sustitución de las normas extranjeras cuya aplicación se descarta en razón de orden público; por formular una acepción del orden público que puede resultar incompatible con la limitación del orden público en los Convenios elaborados por la Conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya posteriores a 1956, según la cual únicamente se excluye la aplicación del Derecho Extranjero "manifiestamente contrario al orden público"; por ser una solución excesivamente rígida que no permite respetar, en la medida de lo posible, los derechos adquiridos; pero, sobre todo, porque supone una formulación clásica y rígida del orden público, que no recoge las modernas tendencias hacia una concepción flexible del orden público, admitida tanto en la doctrina (115) como en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (116) y de la Dirección General de Registros y del Notariado (117).

El Tratado de Roma se refiere expresamente al orden público; el artículo 36 TCEE dice: "Las disposiciones de los artículos 30 a 34 (sobre supresión de las restricciones cuantitativas entre los Estados miembros),

(115) MIAJA DE LA MUELA "Indicios de atenuación del orden público en el Derecho Internacional Privado español", en *Festschrift für W. Wengler*, t. II, págs. 573 y sigs., Berlín 1973

(116) Sentencias de 21 de diciembre de 1963 y 13 de marzo de 1969

(117) Resoluciones de 16 de marzo de 1951, 23 de abril de 1970 y 18 noviembre de 1971.

ambos inclusive, no serán obstáculo para las prohibiciones o restricciones a la importación, exportación o tránsito justificadas, por razones de orden público, moralidad y seguridad públicas, protección de la salud y vida de las personas y animales, preservación de los vegetales, protección del patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional o protección de la propiedad industrial o comercial. No obstante, tales prohibiciones o restricciones no deberán constituir un medio de discriminación arbitraria ni de restricción encubierta del comercio entre los Estados miembros”.

Estos tres conceptos jurídicos indeterminados. orden público, moralidad pública y seguridad pública ofrecen una serie de supuestos que pueden justificar una restricción a la libre circulación de mercancías, ya que no existe una noción comunitaria de cada uno de ellos.

Refiriéndose al orden público, el TJCE invocó razones de orden público comunitario para desestimar una demanda incidental (118); también ha considerado fundada en razones de orden público la prohibición de exportar monedas de aleación de plata que han tenido curso legal en un Estado miembro y cuya fundición en el mismo está prohibida, con objeto de que tal prohibición no pueda burlarse mediante la exportación (119); por el contrario, no ha admitido que pueda invocarse el orden público para justificar medidas de interés económico (120).

De la jurisprudencia comunitaria, señala VAN THEMAAT, parece deducirse que no cabe invocar el “orden público económico” por razón de equilibrio de balanza de pagos, lucha contra la inflación, etc.; pero, en cambio, podría encajar en esta noción la lucha contra el fraude fiscal (121).

A mi juicio, en una futura reforma del Título Preliminar del CC habrá que superar esta concepción cerrada, rígida y nacionalista del orden público, de preferencia sistemática de nuestro Derecho e Instituciones jurídicas, que recoge el actual artículo 12.3 por otra concepción amplia y flexible del orden público, inspirada en las cuatro libertades fundamentales del TCEE: libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales.

IV. CONCLUSION

Hasta la incorporación de España a las Comunidades Europeas, el 1 de enero de 1986, el sistema de fuentes establecido en el Título Preliminar

(118) Resolución de 22 de junio de 1965, As. 9/65, San Michele.

(119) Sentencia de 23 de noviembre de 1978. As. 7/78, Regina/Thompson, Rep. 2247.

(120) Sentencia de 19 de diciembre de 1961, As. 7/61, Comision/Italia, Rep. 657

(121) VAN THEMAAT: *La libre circulation des marchandises après l'arrêt Casis de Dijon*, pág. 128, núm. 29

del CC por la Ley 17 de marzo de 1973 y el Decreto de 31 de mayo de 1974 vino desempeñando, con mejor o peor fortuna, su función. A partir de ese momento histórico, nuestro ordenamiento se inserta en la mayor corriente jurídica del siglo xx, el Derecho Comunitario Europeo, inspirado en criterios de supranacionalidad y sobre unas bases totalmente originales y, por tanto, desconocidas con anterioridad: los principios de "primacía", "eficacia directa" y aplicación e interpretación uniforme de las normas comunitarias por el TJCE.

La creación de este nuevo sistema jurídico conlleva la aparición de un nuevo sistema de fuentes del Derecho, que responde a una nueva concepción económica, política y social que sustituye a la antigua visión estrecha, local y nacionalista de los países europeos; este nuevo Derecho obliga a los juristas a revisar y replantear gran parte de los esquemas jurídicos tradicionales, al tener que buscar el primer bloque normativo, no en el propio ordenamiento interno, sino en otro sistema jurídico de orden superior, acorde con la idea de supranacionalidad.

Este nuevo planteamiento obligará, antes o después, a efectuar una profunda reforma en el sistema de fuentes recogido en el Título Preliminar del CC, que se adapte a este nuevo sistema de fuentes, aplicable en nuestro ordenamiento desde la incorporación a las Comunidades Europeas. La progresiva aplicación del Derecho Comunitario en nuestro sistema jurídico no hace más que acentuar, día a día, la disparidad entre el actual sistema de fuentes del Título Preliminar, concebido para otra situación jurídica completamente diferente, y la realidad jurídica de estos momentos ante el reto de una Europa sin fronteras a partir de 1992.

JOSÉ ENRIQUE MASIDE MIRANDA

Doctor en Derecho
Registrador de la Propiedad

La relación jurídica desde las perspectivas práctica y teórica (*)

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES GENERALES: PROPOSITO DE ESTE ESTUDIO.—II. IMPORTANCIA PRACTICA DE LA RELACION JURIDICA.—III. ANTECEDENTES, LA POSICION DE SAVIGNY SOBRE LA RELACION JURIDICA.—IV. LA CORRIENTE SOCIOLOGICA DE EHRLICH.—V. LA DIRECCION NORMATIVISTA DE Kelsen.—VI. LA POSICION ECLECTICA ACTUAL.—VII. DEFINICIONES DE LA RELACION JURIDICA. DEFINICION QUE SE MANTIENE.—VIII. CARACTERES DE LA RELACION JURIDICA: A) NACEN DE HECHOS, ACTOS O NEGOCIOS JURIDICOS O DIRECTAMENTE DE LA LEY. B) SON RELACIONES ENTRE PERSONAS. C) ESPECIAL REFERENCIA AL CARACTER ORGANICO DE LA RELACION JURIDICA —IX. ESTRUCTURA DE LA RELACION JURIDICA. A) LOS SUJETOS. REFERENCIA A LOS TERCEROS. B) EL OBJETO. LOS BIENES. C) EL CONTENIDO. EL HAZ DE PODERES Y DEBERES —X. CLASES DE RELACIONES JURIDICAS. A) ATENDIENDO A SUS PRINCIPIOS ORGANIZADORES PUBLICAS Y PRIVADAS, FAMILIARES, OBLIGACIONALES, REALES Y SUCESORIAS, RELACIONES DE COOPERACION. B) ATENDIENDO A SUS CONEXIONES INDEPENDIENTES Y DEPENDIENTES, CONEXAS, INTERNAS Y EXTERNAS, INTERINAS O DE PENDENCIAS.

I. CONSIDERACIONES GENERALES. PROPOSITO DE ESTE ESTUDIO

El propósito del presente estudio sobre la relación jurídica puede resumirse en los siguientes objetivos:

1.º Tratar de revitalizar el concepto de “relación jurídica”, que se encuentra en una cierta situación de ostracismo o relegada a cuestiones abstractas dentro de la parte general del Derecho Civil, pretendiendo destacar las importantes aplicaciones prácticas de dicho concepto, ya que se trata de un elemento de valiosa ayuda para el jurista para poder desen-

(*) Trabajo aportado por su autor a su Curso de Doctorado en la Universidad de Barcelona (1989-90).

trañar la complejidad de los problemas que pueden darse en la realidad práctica. Por tanto, se parte de que no es mero concepto abstracto, sino de fuertes implicaciones prácticas.

2.º Resaltar los dos elementos, material y normativo, que ya apuntó SAVIGNY al darnos el concepto de relación jurídica, tratando así de aunar las direcciones sociológica y normativista de la relación jurídica en una posición sincrética o ecléctica que comprenda todos los elementos en juego y no sólo uno de ellos.

3.º Buscar una definición de relación jurídica que no sea abstracta o vacía de contenido material, como muchas veces ocurre, incluyendo en ella el contenido de la misma, es decir, el haz complejo de facultades, derechos y deberes que comprende, así como la referencia a la fuente de la que proceden las relaciones jurídicas (los hechos, actos y negocios jurídicos o directamente la ley).

4.º Insistir en la idea de que la relación jurídica se da entre personas y no entre personas y cosas, y mucho menos se da entre cosas. En tal sentido se pretende diferenciar la relación jurídica de carácter real respecto al derecho real, pues éste es un derecho subjetivo que se puede plantear como un poder de una persona sobre una cosa, y en cambio la relación jurídica es siempre entre personas.

5.º Destacar, entre los caracteres de la relación jurídica, el carácter orgánico que ya le diera SAVIGNY, pero ampliando los matices y aspectos actuales de ese carácter orgánico.

6.º Desarrollar los elementos estructurales de la relación jurídica sobre la idea tradicional de distinguir los sujetos, el objeto y el contenido, pero resaltando, respecto a los sujetos, la contraposición entre las partes de la relación jurídica y los terceros ajenos a ella; precisando las distintas clases de “objetos” de relaciones jurídicas y recogiendo los diferentes elementos que constituyen el “contenido” de las mismas como algo diferente del objeto.

7.º Clasificar las distintas clases de relaciones jurídicas partiendo de la fundamental distinción entre relaciones públicas y privadas, y dentro de éstas: relaciones familiares, obligacionales, reales de cooperación y sucesorias. Respecto a las relaciones reales, se trata de insistir en que son distintas de los derechos reales y que se plantean entre personas y no entre la persona y la cosa. Se añaden las relaciones jurídicas “sucesorias”, que no aparecen en ninguna clasificación de los autores, a pesar de su importancia dentro del derecho de sucesiones. Se prescinde, en cambio, de las llamadas relaciones jurídicas de estado, por entender que una cosa es el estado civil, como cualidad de la persona, y otra diferente las relaciones jurídicas familiares que pueden surgir de una determinada posición en la familia. Respecto a los derechos de la personalidad, se prefiere esta termi-

nología, sin perjuicio de reconocer que de tales derechos pueden surgir relaciones jurídicas entre personas. Se recogen luego otras clasificaciones de relaciones jurídicas, atendiendo a la conexión entre ellas.

II. IMPORTANCIA PRACTICA DE LA RELACION JURIDICA

Contra lo que pudiera parecer a primera vista y a veces así se defiende, los conceptos de la parte general del Derecho Civil no son sólo disquisiciones teóricas, sino que su estudio ofrece gran utilidad en la práctica diaria para desentrañar y analizar mejor los problemas jurídicos concretos de la realidad.

De esos conceptos jurídicos destaca especialmente la relación jurídica, como figura central de todo el Derecho Civil, pues en la práctica se detecta siempre la existencia de relaciones jurídicas, que han de ser unas veces separadas y otras veces puestas en conexión.

Por eso, la importancia práctica de la relación jurídica se manifiesta en el estudio de cualquier tema de Derecho Civil, pero a título de orientación podemos señalar algunos ejemplos concretos.

Recordemos en primer lugar lo que ocurre tratándose de urbanizaciones. El concepto de relación jurídica nos sirve para perfilar y diferenciar las múltiples relaciones que se producen dentro del fenómeno de la urbanización privada. Así, no se pueden confundir los aspectos relacionados con los Planes de Urbanismo de aquellos otros que constituyen aspectos regulados en los Estatutos de la urbanización con carácter particular por los propietarios. Las obligaciones de los propietarios de las parcelas de adaptarse al uso previsto en los Planes y los derechos de los mismos apoyados en tales Planes hay que incluirlos dentro de las relaciones jurídicas públicas o administrativas entre los particulares, de un lado, y la Administración actuante, de otro. Esas relaciones tienen su propia regulación y no se pueden mezclar con las relaciones jurídicas que puedan existir entre los propietarios de las parcelas, como componentes de la urbanización, derivadas de los Estatutos particulares estipulados por los mismos. Las relaciones jurídicas derivadas de Estatutos particulares, al ser de carácter privado, pueden ser modificadas según las reglas del Derecho Civil, por voluntad de los componentes de la urbanización. En cambio, las relaciones jurídicas derivadas de los Planes no pueden ser modificadas unilateralmente por los propietarios, sino que tienen la vigencia derivada de los propios Planes y son relaciones de carácter administrativo. En ocasiones se mezclan estos aspectos de las urbanizaciones particulares, fruto de no distinguir bien las distintas clases de relaciones jurídicas que se producen en esas figuras. También hay que diferenciar, dentro de las

relaciones privadas de la urbanización, las relaciones jurídicas que puedan existir entre dos vecinos o propietarios colindantes como consecuencia de las relaciones de vecindad, de las relaciones jurídicas que puedan existir entre uno de los propietarios que se resiste a cumplir una de sus obligaciones y la Junta General de la urbanización.

Otro ejemplo, de los muchos que podrían citarse, para destacar la importancia práctica del concepto de relación jurídica y la necesidad de diferenciar las relaciones jurídicas que aparecen en la práctica de forma conjunta, y que el jurista debe diferenciar, se produce a propósito de la expropiación forzosa de un terreno en el que una persona tiene la propiedad y otra el usufructo, o de finca hipotecada o en que exista cualquier derecho real. La expropiación forzosa afecta a todas las titularidades y da lugar a una relación jurídica entre la Administración expropiante y las titularidades afectadas, que es de carácter administrativo. La Administración expropia todas las titularidades, pero si no se ponen de acuerdo los titulares sobre el reparto del justiprecio de la expropiación, la Administración cumple con consignarlo o depositarlo a disposición de los mismos. En relación con ese reparto se observa que existe una relación jurídica diferente de la relación jurídica administrativa de expropiación, pues se trata ahora de esa otra relación jurídica entre propietario y usufructuario o entre propietario y acreedor hipotecario, en las que se plantea la distribución del justiprecio o la sustitución por otro objeto, según cuál sea el acuerdo de los titulares. Pero siempre será necesario partir de la diferenciación de relaciones jurídicas.

Importante es también el concepto de relación jurídica para diferenciar ante una realidad concreta objeto de examen por el jurista las distintas relaciones jurídicas de carácter interno o externo, en caso de un documento con pluralidad de acreedores o de deudores. En las sociedades y asociaciones también es necesario distinguir las relaciones jurídicas internas entre los socios o entre los socios y los administradores, y las relaciones jurídicas externas de los administradores con los terceros. En el caso de la fianza se diferencian también las relaciones entre acreedor y deudor, entre fiador y deudor y entre fiador y acreedor. Y no digamos nada de la diferenciación que ha de hacerse en los casos de representación, entre la relación jurídica entre representante y representado, respecto a las relaciones jurídicas del representante con los terceros. Ocurre, a veces, en la práctica de los documentos, que una persona vende en representación de otra alegando y exhibiendo al Notario una escritura de sustitución de poder, sin exhibir la escritura originaria del poder. En tales casos no basta con exhibir al Notario la escritura de sustitución de poder, pues de ella sólo resulta la relación jurídica de sustitución de poder, pero no la de apoderamiento, de la que aquélla depende por estar conexas con la misma. Piénsese en el

peligro de partir de la tenencia de la copia de la escritura de sustitución de poder, sin parar mientes en que la escritura originaria de poder ha podido ser retirada y con ello revocada. De nada nos valdría la relación jurídica derivada de la sustitución de poder si la relación de apoderamiento que la sirve de base ha quedado extinguida.

En esta lista de casos no puede faltar la exposición de otro tomado de la realidad diaria y que ha sido objeto de atención por la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 1986.

Se trata del caso de un préstamo concedido por una entidad crediticia, garantizado con hipoteca y pactándose en el mismo documento la constitución de un depósito en una cuenta de la entidad prestamista, con limitación de disponibilidad mientras no se den ciertas condiciones: terminación de una etapa de las obras, obtención de licencias municipales, certificación registral de titularidad y libertad de cargas, etc. En este caso hay también que distinguir las variadas relaciones jurídicas existentes. En primer lugar, hay una relación obligacional de préstamo, que se perfecciona por la entrega del dinero, dado el carácter real del contrato de préstamo. En segundo lugar, hay una relación obligacional de depósito, que se constituye seguidamente de la constitución del préstamo, pero con limitaciones a la hora de retirar el dinero de ese depósito. En tercer lugar, hay una relación jurídica de hipoteca, de carácter real, que se constituye en la práctica sólo en garantía del préstamo. El pacto de depósito queda como una relación jurídica meramente personal entre las partes, que no puede ser confundida con la relación de préstamo ni con la relación de hipoteca.

La Sentencia citada de 25 de febrero de 1986 (1) contempla el caso de una tercería de dominio interpuesta por existir un acreedor del prestatario sobre el dinero depositado en la cuenta de la caja prestamista que interpone la tercería de dominio sobre el dinero embargado por aquel acreedor de la prestataria.

La Caja de Ahorros alegó en la tercería que el dinero era todavía de su propiedad, porque no fue propiamente entregado, al estar el préstamo y el depósito pactados en el mismo documento de modo simultáneo.

Sea cual fuere la solución que se dé, siempre será necesario estudiar las relaciones jurídicas, tratando de resolver el problema de si estamos efectivamente ante dos relaciones jurídicas distintas, una de préstamo y otra de depósito; o si, como pretendía la Caja, estamos ante una única relación jurídica compleja.

El Tribunal Supremo, en dicha Sentencia, distingue perfectamente las dos relaciones jurídicas: la de préstamo y la de depósito. El dinero fue entregado en concepto de préstamo y dio lugar a la adquisición de su

(1) *Aranzadi* núm. 937, ponente. JAIME SANTOS BRIZ.

propiedad por la parte prestataria, en función de la fungibilidad del dinero, por lo que dicha propiedad puede ser embargada por cualquier acreedor, aunque esté depositada en la cuenta de una Caja. Aparte de esa relación, está la relación jurídica de depósito, de carácter personal y de distintos efectos, que no impide el referido embargo del dinero.

En la venta de cosa ajena, la diferenciación de relaciones jurídicas permite explicar esta discutida figura jurídica. De ella cabe decir que, desde el punto de vista de la relación jurídica obligacional entre vendedor y comprador, la venta de cosa ajena es válida. En cambio, desde el punto de vista de la relación jurídica real del verdadero dueño, la venta de cosa ajena es nula a tales efectos reales, porque no puede transmitir el dominio. Desde esta última perspectiva cabe la llamada convalidación o convalidación, como la denominaba JERÓNIMO GONZÁLEZ, cuando el vendedor adquiere *a posteriori* el dominio de la cosa. Esta diferenciación de efectos entre los aspectos de relación obligacional y relación real fue puesto ya de relieve por GAYOSO ARIAS (2). La Sentencia de 27 de mayo de 1982 aplica estas ideas, pues dice que "la venta de cosa ajena es nula en su aspecto real, como elemento del acto transmisivo, complementado por la tradición, pero es en cambio válida, en su aspecto personal, como fuente de obligaciones". Hasta el punto de que dicha Sentencia, al igual que otras (como las de 31 de diciembre de 1981 y 5 de mayo de 1983), consideran la venta de cosa ajena, en el mero aspecto de relación jurídica obligacional, como *res inter alios* que ni afecta ni perjudica al verdadero dueño mientras no se realicen actos posesorios o entrega de la cosa.

Otro ejemplo significativo de cómo la referencia a cada relación jurídica puede resolver un problema concreto es el de la pluralidad de vendedores sucesivos en relación con la notificación a los mismos en caso de evicción.

En tal supuesto, se discute por los autores si la notificación que el comprador ha de hacer al vendedor en caso de evicción ha de hacerse también a los vendedores anteriores de la cadena de transmisiones o si sólo debe hacerse al último. Parece que la solución consiste en tener en cuenta la relación jurídica en que cada parte se encuentra. Así, para el comprador, su único vendedor es el último, es decir, el de su propia relación jurídica de compraventa, y por ello sólo a él debe notificar la demanda de evicción. Ahora bien, el vendedor notificado puede estar a su vez en una relación jurídica previa de compraventa y para él puede ser fundamental que su vendedor comparezca en el juicio de evicción, y por eso, cuando dicho vendedor último sea notificado, él podrá notificar a su

(2) "Cuestiones sobre el contrato de compraventa", *Revista de Derecho Privado*, tomo VIII, pág. 48.

vez la demanda de evicción a quien fue su vendedor en su relación jurídica de compraventa.

Siguiendo con los ejemplos determinantes de consecuencias prácticas del concepto de relación jurídica, podemos llegar al Derecho Hipotecario, en el que, para la comprensión del famoso concepto de “tercero” y “sus clases”, es fundamental el concepto de relación jurídica. Por ello, podemos decir que la comprensión de la Ley Hipotecaria depende en buena parte del concepto de relación jurídica. Así, el tercero hipotecario es el que no es parte en una relación jurídica determinada, pero es parte en otra relación jurídica distinta de esa relación, pero conexa con ella. Tenemos, pues, dos relaciones jurídicas: la relación jurídica determinante, en la que el tercero no es parte; y la relación jurídica conexa, en la que el tercero es parte. En un caso de doble venta, en que un comprador inscribe y el otro no, el comprador que inscribe, que es parte en su relación de compraventa, es tercero respecto a la otra compraventa no inscrita, y por ello no le afecta.

También en Derecho Hipotecario encontramos otras aplicaciones prácticas de la figura de la relación jurídica. Así, a efectos de la explicación de la figura de la cesión de créditos hipotecarios, es muy interesante la figura de la relación jurídica, pues ha de diferenciarse la relación entre cedente y cesionario y las relaciones entre cada uno de ellos con el deudor y con los terceros. Por otra parte, en el artículo 118 de la Ley Hipotecaria, a propósito de la venta de finca hipotecada, surge también una diferenciación de relaciones jurídicas, según se haya producido asunción de la deuda por el adquirente o no, y según se haya producido retención o descuento de la hipoteca, todo lo cual da lugar a un tríptico de relaciones jurídicas entre acreedor, deudor y tercer poseedor de los bienes de muy variado contenido según los supuestos.

Hay otros supuestos en que el concepto de relación jurídica es muy importante para explicar la situación jurídica existente. Así, el fenómeno de la herencia se explica como una sucesión en las relaciones jurídicas del causante por parte del heredero, en las que éste subentra.

Y en la multiplicidad de negocios complejos o mixtos siempre es interesante determinar y concretar cuáles son las normas aplicables a cada relación jurídica, lo que exige comprobar si estamos ante una o varias relaciones jurídicas. En un arrendamiento simple con opción de compra podemos ver dos relaciones jurídicas, la de arrendamiento y la de opción de compra, cada una de las cuales se rige por su propia normativa, aunque puede haber incidencias de la una respecto a la otra, por ejemplo en materia de duración o plazo del ejercicio de la opción, que puede ser por toda la vida del arrendamiento. Ahora bien, si estamos ante un arrendamiento financiero o “leasing”, las figuras de arrendamiento y opción que aparecen en el mismo se funden, en realidad, en una sola relación jurídica

compleja, a la que se aplican normas específicas y propias, distintas de las del arrendamiento propiamente dicho y de la opción, sin perjuicio de existir normas coincidentes en parte.

Un último ejemplo es el de los documentos en que aparecen mezclados pactos de carácter obligacional y de carácter real, que dan lugar respectivamente a relaciones jurídicas obligacionales y reales, formando un conglomerado que jurídicamente ha de ser analizado distinguiendo unas y otras, pues mientras las primeras son de carácter personal, no afectan a terceros y no tienen acceso al Registro, las segundas han de ser seleccionadas por el Registrador para darles acceso al Registro, alcanzando así la plena eficacia *erga omnes*. Destacan en esta compleja situación de relaciones jurídicas las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de mayo de 1987 y de 23 de octubre de 1987.

Todo esto revela la importancia práctica del concepto de relación jurídica.

III. ANTECEDENTES. LA POSICION DE SAVIGNY SOBRE LA RELACION JURIDICA

El concepto de relación jurídica proviene de SAVIGNY. No obstante, merece ser citado algún antecedente en el Derecho Romano y en el Derecho Canónico.

En el Derecho Romano se define la obligación como *vinculum iuris*. El vínculo es un elemento importante de la relación jurídica. En realidad, el vínculo existente entre acreedor y deudor da lugar en principio a una relación jurídica simple: el derecho y su deber correlativo. Las relaciones más características son las relaciones complejas, en que hay un haz de derechos y deberes y en que cada parte es portador simultáneo de unos y otros. Pero ese *vinculum iuris* de un poder y un deber correlativo no deja de ser un antecedente interesante del concepto de relación jurídica.

En el Derecho Canónico encontramos un segundo antecedente, al concebirse en él el matrimonio como *relatio* y no sólo como contrato. Por un lado está el contrato matrimonial, que es la fuente de la relación. Pero, además, existe la relación resultante, de carácter duradero. Esa relación entre marido y mujer da lugar a una serie de derechos y deberes, que constituyen el concepto de la relación. En una buena parte son de carácter ético, pero en otra parte tienen carácter jurídico, y de ahí este segundo antecedente del concepto de relación jurídica, de especial importancia en cuanto viene a diferenciar perfectamente lo que es la fuente de la relación (el contrato) de la propia relación resultante.

Pero se trata de antecedentes sobre figuras aisladas, que no son sufi-

cientes para entender que existía el concepto de relación jurídica en el Derecho Romano ni tampoco en el Derecho Canónico.

Hemos dicho que el artífice del concepto de “relación jurídica” es SAVIGNY.

SAVIGNY (3) se ocupa de la “Definición de las relaciones de derecho”, centrándose en las “relaciones de derecho privado”, dedicándolas una serie de párrafos fundamentales, que son los siguientes:

“El mundo exterior —dice SAVIGNY—, esto es, el medio en que el hombre vive, nos solicita bajo muchos aspectos, según los puntos de contacto que con él tenemos; pero los más importantes son las relaciones con los seres de la misma naturaleza y del mismo destino. Para que los seres libres, puestos de esta manera en relación, puedan ayudarse mutuamente y no estorbarse nunca el desarrollo de su actividad, es necesario que una línea invisible de separación determine los límites dentro de los cuales el desenvolvimiento paralelo de los individuos encuentre seguridad e independencia; ahora bien, la regla que fija estos límites y garantiza esta libertad se llama Derecho; y aquí se revela el carácter que relaciona y distingue al Derecho de la moral” (4).

En este párrafo SAVIGNY lo que hace es centrar la definición del Derecho mismo en las relaciones entre los hombres, siendo la regla jurídica la que asegura el ejercicio del libre arbitrio de cada individuo en su relación con los demás.

Añade SAVIGNY: “Sirve el Derecho a la moral, no cumpliendo directamente sus preceptos, sino asegurando al individuo el ejercicio de su libre arbitrio; el Derecho tiene su existencia propia, y aunque en ciertos casos el ejercicio de un derecho particular presenta un carácter de inmoralidad aparente, no implica esto contradicción alguna” (5).

Vemos, pues, que SAVIGNY coloca la relación jurídica como punto de partida central respecto al concepto de derecho, diferenciándola de la relación regulada por las reglas morales.

Y entrando ya en la definición de relación jurídica que se ha hecho famosa, dice SAVIGNY: “Bajo este punto de vista, cada relación de derecho nos aparece como relación de persona a persona, determinada por una regla jurídica, la cual asigna a cada individuo un dominio en donde su voluntad reina independientemente de toda voluntad extraña. En su consecuencia, toda relación de derecho se compone de dos elementos: primero, una materia dada, la relación misma; segundo, la idea de derecho que regula esta relación; el primero puede ser considerado como el elemento

(3) SAVIGNY: *Sistema de Derecho Romano actual*, tomo I.

(4) *Ob. cit.*, pág. 257.

(5) *Ob. cit.*, pág. 258.

material de la relación de derecho, como un simple hecho; el segundo como el elemento plástico, el que ennoblece el hecho y le impone la forma de derecho”.

En este párrafo, SAVIGNY define la relación jurídica señalando en primer lugar su carácter de relación “entre personas” y, en segundo lugar, sus dos elementos, material, fáctico o social, por un lado, y el jurídico o normativo, por el otro, en una síntesis de elementos difícil de superar. La discusión posterior de los autores, inclinándose unos, como ahora veremos, por el elemento material o sociológico, y otros, por el elemento normativo, tiene ya la solución en el creador del concepto de “relación jurídica”, al señalar los dos elementos claves del concepto, de ninguno de los cuales se puede prescindir.

En otro párrafo, SAVIGNY aclara más el concepto de relación jurídica diciendo: “Todas las relaciones de hombre a hombre no entran, sin embargo, en el dominio del Derecho, porque no todas necesitan, ni tampoco son susceptibles de ser determinadas por una regla de esta clase; y en este punto cabe distinguir tres casos, pues dicha relación humana puede estar enteramente dominada por las reglas del Derecho, o estarlo sólo en parte o enteramente fuera de ella: la propiedad, el matrimonio y la amistad pueden servir de ejemplo de estos tres diferentes casos” (6).

Aquí insiste nuevamente en la distinción entre relaciones jurídicas y relaciones morales y sociales, señalando además que hay relaciones jurídicas que en parte lo son y en parte no, como es el caso de las relaciones derivadas del matrimonio.

Con todas estas ideas, SAVIGNY nos ofrece unas bases en las que luego ha podido ser desarrollado el concepto de relación jurídica, pues en él no aparece nítidamente formulada una teoría de la relación jurídica en todos sus efectos y aspectos. Es más, en algún punto mostraba cierta confusión entre relación jurídica y derecho subjetivo, al decir que “puede definirse la relación de derecho diciendo que es el dominio de la voluntad libre”, pues esta definición se aviene más al concepto de derecho subjetivo desde la perspectiva de la voluntad que al concepto más general de relación jurídica.

En todo caso, no cabe duda de que es el iniciador del concepto, y sobre todo nos ha legado una característica muy importante de la relación jurídica, que es su “carácter orgánico”, aspecto éste lo suficientemente importante como para merecer un comentario especial más adelante. En todo caso es también SAVIGNY el introductor de ese carácter orgánico de la relación jurídica, aunque actualmente tenga otros matices que los que aquél señaló.

(6) *Ob. cit.*, pág. 259.

IV. LA CORRIENTE SOCIOLOGICA DE EHRLICH

De los dos elementos que señaló SAVIGNY, esta corriente doctrinal da predominio al elemento material, fáctico o social de las relaciones jurídicas.

El autor más destacado de esta corriente es EHRLICH, que pone el acento en la realidad social. EHRLICH define la relación jurídica como relación social reconocida y como tal merecedora de protección jurídica, EHRLICH escribe en 1903, en una época en la que hay posiciones muy positivas del Derecho y pretende salir al exterior, a respirar el aire puro de la realidad social frente a un excesivo formalismo.

Este autor procede de la Escuela del Derecho Libre, que da una gran amplitud de interpretación por parte del Juez, que habría de juzgar conforme a la realidad social, más que con arreglo a los límites estrechos de la ley.

Todo deriva de que EHRLICH defiende la existencia de un derecho de la sociedad, frente al derecho del Estado y frente al derecho de los juristas.

Ese derecho de la sociedad es un derecho vivo porque nace y se desarrolla en la propia vida social. Por eso, según dicho autor, las relaciones jurídicas son, ante todo, relaciones sociales. Estas nacen antes que las normas. Las instituciones claves de la vida jurídica son el matrimonio, la familia, la posesión, el contrato y las sucesiones, y todas ellas dan lugar a relaciones de carácter social y vivo, que luego el Derecho regula a través de leyes o normas, pero que tampoco puede regular del todo, porque las relaciones sociales van más deprisa que las normas y las superan. Por todo ello es fundamental tener en cuenta el aspecto social de las relaciones jurídicas, porque son un "prius" respecto a las normas y porque superan en su acontecer a las propias normas, que no las pueden regular del todo.

Frente a este derecho vivo de la sociedad, el derecho del Estado es para EHRLICH mucho más limitado. Y respecto a los Jueces y juristas, dice que, en lugar de pretender una interpretación de las normas de modo vivo a través de las relaciones sociales, tratan de aplicar el Derecho en base a los estrictos artículos de la legalidad, que no han sido dados para las relaciones sociales vivas, que van más rápidas que la propia normatividad.

Con esta teoría de EHRLICH, si no se la ponen una serie de límites, se puede llegar a un anarquismo jurídico y a una gran inseguridad jurídica.

Ciertamente que como reacción frente al rígido positivismo apegado a la letra de las leyes, representa un aire nuevo interesante. Pero exagera enormemente el aspecto social de la relación jurídica en detrimento del aspecto normativo.

Actualmente se ha dado un gran giro en esta materia, pues, como

veremos, los Jueces y juristas tienen en cuenta en gran medida la realidad social, no sólo en su labor interpretadora sino respecto a la creación de nuevas relaciones jurídicas. Pero siempre será imprescindible el punto de referencia normativo, que es el que diferencia el Derecho, como decía SAVIGNY, de las Ciencias Sociales y de la Moral.

EHRlich aparece citado por ANTONIO HERNÁNDEZ GIL (7), que incluye entre sus obras un opúsculo de 1903 y su obra fundamental: *Grundlegung der Sociologie des Rechts*, escrita en 1913 en Viena. También cita otra obra escrita en 1919: *Die Juristische Logik*.

DE CASTRO cita también esta última obra de EHRlich entresacando el siguiente párrafo bien significativo: "la relación jurídica es una relación socialmente reconocida que, por ello, en caso dado, puede esperar protección por parte de los Jueces y de las autoridades" (8). Pero DE CASTRO critica como extrema esta posición.

V. LA DIRECCION NORMATIVISTA DE Kelsen

A diferencia de la corriente sociológica, la Teoría pura del Derecho, como el propio Kelsen la denomina, recoge fundamentalmente el elemento normativo de la relación jurídica.

El postulado fundamental de Kelsen parte precisamente de la norma. Claro que el propio Kelsen reconoce que en toda norma hay también un elemento material o realidad dada, como ya había apuntado SAVIGNY. Pero lo importante para Kelsen no es esa realidad natural o social, sino la "significación específica" de esa realidad, y esa significación la da exclusivamente la norma.

Veamos sus ideas en su libro *La teoría pura del Derecho*, escrita en mayo de 1934, después de que pasaran más de dos décadas, como él mismo dice en el prólogo, de que ideara la teoría pura del Derecho.

A propósito de esa "significación específica" que da la norma, dice Kelsen lo siguiente: "Si se analiza cualquiera de los estados de cosas tenidos por Derecho, como por ejemplo, una Resolución parlamentaria, un acto administrativo, una Sentencia judicial, un delito, pueden distinguirse dos elementos: uno de ellos es un acto sensorialmente perceptible, que tiene lugar en el tiempo y en el espacio, un suceso exterior, las más de las veces conducta humana; el otro es un sentido así como inmanente o adherente a ese acto o suceso, una significación específica. En una sala se

(7) ANTONIO HERNÁNDEZ GIL: *Metodología de la Ciencia del Derecho*, tomo I, pág. 282.

(8) EHRlich: *Derecho Civil de España*, tomo I, pág. 618.

reúnen hombres, pronuncian discursos, unos se levantan de sus asientos al paso que otros permanecen sentados; tal es el suceso exterior. Su sentido: que es votada una ley. Un hombre vestido de toga pronuncia desde un sitio determinadas palabras para otro que está de pie delante suyo; este suceso exterior importa una Sentencia judicial. Un comerciante escribe una carta de contenido determinado a otro que le contesta con la suya; esto significa: han cerrado un contrato. Alguien causa la muerte de otro por medio de alguna acción; esto significa jurídicamente un asesinato" (9).

Por tanto, para Kelsen lo fundamental en las relaciones jurídicas es la "significación específica" que les da la norma.

Pero, además, esa "significación" que da la norma es en su versión jurídica "pura", sin aditamentos morales, políticos, psicológicos, sociológicos o naturales. De ahí la denominación de "Teoría pura del Derecho", en la que él tanto insiste. Hay que estar exclusivamente a la norma, separándola de toda connotación moral, sociológica, etc. A efectos jurídicos, la única realidad es, en definitiva, la norma, aunque a otros efectos existan otras realidades.

A este propósito, dice Kelsen lo siguiente: "Estas tendencias ideológicas, cuyos designios y efectos políticos son evidentes, dominan todavía la ciencia jurídica actual, aún después de la aparente superación de la teoría del Derecho Natural. Contra ellas se dirige la Teoría pura del Derecho. Quiere ésta exponer el Derecho tal cual es, sin legitimarlo por justo o descalificarlo por injusto; pregunta por el Derecho real y posible, no por el Derecho justo. En este sentido es una teoría jurídica radicalmente realista. Rehúsa valorar el Derecho positivo. En cuanto ciencia, no se considera obligada más que a concebir al Derecho positivo con arreglo a su esencia y a comprenderlo por un análisis de su estructura. En particular, rehúsa ponerse al servicio de cualesquiera intereses políticos suministrándoles ideologías mediante las cuales es legitimado o descalificado el orden social existente" (10).

Respecto a la Moral en concreto, dice Kelsen: "Importa aquí, ante todo, desligar al Derecho de aquel contacto en que desde antiguo fue puesto con la Moral. Naturalmente, en manera alguna se niega por esto la exigencia de que el Derecho debe ser moral, es decir, bueno. Compréndase bien esta exigencia; lo que verdaderamente signifique es otra cuestión. Solamente se rechaza la concepción de que el Derecho sea, como tal, parte integrante de la Moral; de que todo derecho, por tanto, sea en cuanto Derecho, en algún sentido y en algún grado moral" (11).

(9) Kelsen. *La teoría pura del Derecho*, 1934, pág. 27.

(10) *Ob. cit.*, pág. 43.

(11) *Ob. cit.*, pág. 38.

La norma, así considerada por Kelsen, es la base de la relación jurídica. Pero ¿qué es la norma, en definitiva? La norma, a diferencia de la norma moral, no es un imperativo categórico, sino un juicio hipotético: Si A es, debe ser B, sin valorar ese juicio.

Las relaciones jurídicas no pueden existir fuera de las normas.

La validez de las normas se justifica por su concordancia con las normas superiores. Hay una norma primera, que es la fundamental, la Constitución, produciéndose un descenso de las normas en cascada, hasta llegar a sus escalones últimos, en que Kelsen en esa obra escrita en 1934 incluye también la Sentencia judicial y el negocio jurídico, pero siempre sobre la base de la lógica normativista, del respeto a la norma superior correspondiente (12).

En esta concepción normativista, la relación jurídica no aparece como algo anterior a la norma, sino como algo creado y regulado por la norma, que es la que le da esa significación especial. Por ello, critica el concepto tradicional de "relación jurídica como una relación de la vida que sólo recibiría del Derecho su determinación exterior" (13).

Por eso, Kelsen afirma que "no puede darse ninguna relación entre sujetos de derecho", ya que "la relación jurídica no es una relación intersubjetiva, sino una relación con el ordenamiento jurídico", y se configura "como relación de un sujeto con una norma jurídica" (14).

La teoría de Kelsen ha sido desarrollada por sus discípulos, destacando especialmente, por lo que se refiere a las relaciones jurídicas de Derecho privado, la obra de Schreier, de la que se ha ocupado con cierta amplitud Legaz Lacambra (15).

Schreier parte, al igual que Kelsen, de que la relación jurídica supone que de "un supuesto de hecho debe seguirse una consecuencia jurídica". Pero el supuesto de hecho tiene la significación que le da la norma. Y pone el siguiente ejemplo: en la norma se habla de "padre" e "hijo", de la relación jurídica entre padre e hijo. Ambos conceptos de la norma están en recíproca relación. La relación jurídica es la que la norma establece entre ambos conceptos y no la relación concreta o real existente entre ambos. El padre mantendrá en el plano social determinadas relaciones con el hijo (buenas o malas relaciones). Esto no coincide con la realidad jurídica conceptual de la norma. No tiene en cuenta Schreier que precisamente esas malas relaciones pueden dar lugar en ciertos casos a la privación de la patria potestad si hay causa justificada para ello. Otro

(12) *Ob. cit.*, págs. 114 y 117.

(13) *Ob. cit.*, pág. 74.

(14) Kelsen: *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, Tübingen 1911, págs. 705 y 706; *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, 1925, págs. 83 y 84.

(15) Kelsen. *Filosofía del Derecho*, 4.^a ed., 1975, págs. 716 y sigs.

ejemplo que pone SCHREIER: la relación jurídica entre acreedor y deudor: lo importante, según SCHREIER, no es ya que uno haya entregado dinero a otro, sino que la norma lo considera como condición o supuesto de hecho para poder ejecutar el patrimonio del deudor caso de que no devuelva lo prestado. El supuesto de hecho ha de ser adoptado conceptualmente por una norma como "supuesto de hecho". O sea, que según dicho autor, la relación jurídica carece de sentido y de realidad al margen de la norma.

Pero dicho esto, SCHREIER advierte que tampoco es necesario que la relación jurídica coincida con la norma, pues cada relación no está encerrada dentro de los límites de una única norma, sino que hay relaciones jurídicas que se hallan en distintas normas y dan lugar a una relación entre normas. Por ejemplo, en la relación entre acreedor y deudor existe la relación derivada del contrato, que es un supuesto de hecho previsto en una norma; pero puede existir la relación derivada de la mora del deudor, que no tiene sentido sino como referida al otro supuesto de hecho o relación derivada del contrato.

Por otra parte, SCHREIER también se ocupa de las variaciones en el supuesto de hecho de una norma. Esto lo formula como la "ley de la causalidad jurídica". Toda consecuencia jurídica implica un supuesto de hecho; toda variación en éste implica una variación en las consecuencias jurídicas". Un ejemplo de variación del supuesto de hecho puede darse respecto a la prestación: así, si desaparece la especie objeto de la prestación, la devolución consistirá en la indemnización del daño producido. Hay una variación en la relación jurídica (indemnización) respecto a la relación originaria (prestación de una cosa), porque el supuesto de hecho también ha variado (desaparición de la cosa objeto de la prestación). Pero todo ello recibe significación jurídica a través de la norma jurídica.

La consecuencia de esta dirección normativista de Kelsen y de SCHREIER es, en primer lugar, que la relación jurídica no se concibe sino a través de la norma jurídica despojada de toda conexión con otras realidades, lo que es indudablemente exagerado. Pero, además, lleva directamente a una concepción de la relación jurídica como relación entre el individuo y la norma jurídica.

A similar conclusión han llegado algunos autores italianos. Así, CICALA, por los mismos años que Kelsen, ya había ideado un concepto de relación jurídica similar al del autor austriaco. Según CICALA, la relación jurídica no se constituye entre el sujeto y el mundo exterior de las cosas o de los hombres, sino entre el sujeto y el ordenamiento jurídico, y lo quiera el individuo o no, entra en una de las condiciones previstas en el ordenamiento. La relación jurídica tiene por tanto una consistencia estrictamente ideal, mientras la relación de hecho tiene el valor de una simple

condición para que se verifique la relación entre el sujeto y la norma, única que jurídicamente interesa (16).

Según nos dice VICENZO PALAZZOLO, Profesor de la Universidad de Pisa, la teoría de CICALA tiene una estrecha afinidad con la concepción kelseniana, pero mientras KELSEN hace una rigurosa reducción del Derecho a su principio formal y teórico, en cambio CICALA está vivamente preocupado en toda su obra por la salvaguardia del valor ético de la persona (17).

Por otra parte, BARASSI cita a autores, como NAPOLI CAMMARATA, consideran que "el sujeto pasivo vendría obligado, no en virtud de la pretensión que contra él tiene el sujeto activo, sino sólo por así exigirlo el ordenamiento jurídico" (18).

VI. LA POSICION ECLECTICA ACTUAL

La mayor parte de los autores defiende hoy la necesidad de destacar los dos aspectos, material y formal, de la relación jurídica, como ya señalara SAVIGNY, frente a las exageraciones sociologistas y normativista que acabamos de exponer.

Así, por ejemplo, entre los autores españoles, CASTÁN señala los dos elementos de la relación jurídica: "el elemento material, constituido por el presupuesto de hecho o relación social apta para la regulación jurídica; y el elemento formal, constituido por la determinación de la ley o consecuencia jurídica, que recae sobre la relación de hecho y que puede tener contenido diverso. Y añade especialmente: "No hemos de entrar en la discusión respecto a cuál de entre los elementos referidos haya de ser estimado como preponderante". "Ambos han de ser tenidos en cuenta, en su íntima conexión y recíproca dependencia" (19).

Y FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO, después de criticar las corrientes sociológica y normativista, dice: "Ante todo ha de verse la relación jurídica como una unidad entre la materia social y la forma jurídica. Siempre producirá falsos resultados separarlas o contraponerlas. La relación jurídica es la manifestación de la eficacia de un conjunto normativo unitario; pero no reducido a las consecuencias atribuidas a ciertos hechos, sino

(16) CICALA: *Rapporto giuridico, diritto subjettivo, pretesa*, Torino, 1909. También *Il repporto giuridico*, 4.ª ed., Milano, 1959.

(17) VICENZO PALAZZOLO: "La teoría del repporto giuridico", en *Riv. Dir. Comm.*, vol. XLIV, otoño, 1943.

(18) BARASSI: *Instituciones de Derecho Civil*, pág. 106.

(19) CASTÁN *Derecho Civil Español, Común y Foral*, tomo I, vol. II, pág. 16.

como realidad jurídica, como la norma en su actuación, en su función transformadora del suceder social en realidad jurídica concreta" (20).

En la doctrina extranjera, MESSINEO, influido evidentemente por SAVIGNY, aunque no le cite expresamente, dice lo siguiente: "Para determinar el significado específico (jurídico) de esta relación y distinguirla de las otras relaciones posibles se puede decir que tiene como contenido una relación *social*, que el ordenamiento jurídico hace *relevante*, determinando que la relación social se eleve, precisamente, a la categoría de relación jurídica. Relevantes para el ordenamiento jurídico son las relaciones sociales, que tienen necesidad de tutela jurídica y también que son merecedoras de esta tutela, o sea, las relaciones en las cuales está en juego un *interés* de la vida económica, ética, política". Y añade: "Por el hecho de ser *jurídica*, la relación queda diferenciada, respecto de las relaciones *humanas*, que no son *jurídicas*: relaciones que pueden llamarse extrajurídicas (como es, por ejemplo, la relación de compañerismo que tiene lugar entre dos personas que ejercen la misma profesión; o la que puede establecerse entre dos personas, extrañas entre sí, que realizan, en el mismo medio de transporte; un largo viaje)" (21). Más adelante, lo que también es interesante, a efectos de salir en alguna medida de la pura norma, admite como jurídicas las *relaciones de hecho*, cuando éstas tienen efectos jurídicos (22).

Como todos estos autores, entendemos que han de ser tenidos en cuenta los dos elementos de la relación jurídica: el material o social y el normativo.

Sin el elemento normativo, la relación jurídica no sería propiamente tal, sino que ha de tratarse de una relación protegida y regulada por el Derecho. Por eso, consideramos exagerada la posición de EHRLICH.

Pero, por otra parte, algunos de los postulados de la dirección sociológica se han abierto camino en los tiempos actuales y merecen ser tomados en consideración. Así, en la reforma del Título Preliminar del Código Civil se implantó la famosa "realidad social" como criterio fundamental a tener en cuenta en la interpretación de las normas jurídicas: la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas. Además, las relaciones jurídicas no son sólo las estrictamente contenidas y tipificadas en la norma, sino que, al menos en el ámbito patrimonial, se admite el *numerus apertus*. Pero, a su vez, los límites con los que se admite la creación de nuevas relaciones nos confirma la necesidad de mantener una posición ecléctica,

(20) DE CASTRO: *Derecho Civil de España*, I, 1955, pág. 621.

(21) MESSINEO: *Manual de Derecho Civil y Comercial*, tomo II, Buenos Aires, 1971, pág. 3.

(22) *Ob. cit.*, pág. 6.

ya que esos límites derivan de la propia norma. Pero también sucede que la propia norma no se mueve en la Teoría Pura, pues los límites que señalan los ordenamientos salen muchas veces de la órbita estrictamente jurídica, admitiendo lo que han sido gráficamente denominados “pulmones del sistema jurídico”, es decir, esos conceptos generales, como el orden público, la moral y las buenas costumbres.

Tenemos algunos ejemplos importantes en el campo patrimonial. Así, respecto a las relaciones jurídicas obligacionales, la teoría del *numerus apertus* está consagrada en el artículo 1.255 del Código Civil, que parte del principio de la autonomía de la voluntad respecto a la creación de nuevas figuras, lo que permite aproximar la norma a las nuevas realidades sociales que van surgiendo. Pero el artículo 1.255 advierte que esa libertad de creación de relaciones jurídicas no puede ir contra las leyes (elemento normativo imperativo), ni contra la moral ni el orden público (conceptos válvula).

Respecto a las relaciones jurídicas de trascendencia real también se ha ido abriendo paso, aunque de modo más limitado, la teoría del *numerus apertus*. El sistema no es aquí totalmente abierto, según ha reconocido la Dirección General de los Registros y del Notariado, lo que se explica porque las relaciones reales afectan a la sociedad en general y al orden público, y no sólo a las dos partes del contrato. De ahí que haya que adoptar una serie de límites que eviten la omnimoda libertad en la creación de relaciones reales. Así, la creación de nuevas figuras ha de adaptarse a las características generales de los derechos reales, es decir, la inmediatidad y la absolutividad, y ha de cumplir el principio de especialidad o determinación tratándose de bienes inmuebles, en el sentido de que cada figura que se cree ha de quedar perfectamente perfilada en todos sus contornos y contenido de modo claro y preciso para evitar servidumbres o derechos imprecisos, ambiguos o contradictorios. Pero, con estos límites, se impone también el *numerus apertus*.

Respecto a las relaciones familiares, en las de carácter personal, una de sus características es que el contenido de las mismas queda fuera de la autonomía de la voluntad, pero en contraposición, el carácter ético y social que inspira la regulación de esas relaciones familiares es muy claro, por lo que tampoco aquí puede partirse de un excluyente normativismo.

Hay otras relaciones familiares que se dan precisamente con motivo de la extinción de otra relación jurídica familiar básica, como son las relaciones jurídicas derivadas de la separación, nulidad o divorcio, en que la autonomía de la voluntad juega de modo limitado, pues los intereses existentes no son sólo los de las partes de la relación jurídica, sino también el interés familiar en su conjunto, especialmente los hijos menores, y por

eso se admiten los convenios entre los cónyuges, pero también se regula la necesidad de su aprobación judicial.

Y respecto a las relaciones jurídicas familiares patrimoniales propiamente dichas, aparece de nuevo el principio de la autonomía de la voluntad con sus clásicos límites señalados por la norma, que en el caso del artículo 1.328 del Código Civil se concretan en el siguiente texto: "Será nula cualquier estipulación contraria a las leyes o a las buenas costumbres o limitativa de la igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge".

Todos estos ejemplos revelan que no puede estarse a una posición exclusivamente normativista, sin perjuicio de reconocer la importancia de la norma como elemento de la relación jurídica. Téngase en cuenta que es la normativa existente la que da especificidad y unidad o pluralidad a las relaciones jurídicas frente a lo que resulta de los hechos sociales.

En este último sentido se manifiestan acertadamente DÍEZ PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS diciendo: "Ocurre, por ejemplo, que en ocasiones una misma relación social o vital puede engendrar relaciones jurídicas diversas. Por ejemplo, si entre TICIO y CAYO se celebra un contrato, por virtud del cual se cede el uso de una finca a cambio de un precio y, además, se concede al arrendatario el derecho de comprar la finca en un tiempo determinado, no cabe duda de que la relación social entre TICIO y CAYO es una sola, y sin embargo, jurídicamente, existirán dos relaciones diversas: una, de arrendamiento, y otra, de opción de compra" (23).

En la misma línea que estos autores podemos poner otro ejemplo de la vida real, que no siempre se tiene en cuenta cuando se habla de la hipoteca y de la obligación garantizada, ya que hay aquí dos relaciones jurídicas, aunque en la vida social haya una sola. En las relaciones entre un Banco y su cliente existe una sola relación social; y sin embargo, jurídicamente, pueden surgir al menos dos relaciones jurídicas: la del préstamo, derivada de la entrega del dinero, y la de hipoteca, derivada de la garantía que proporciona el deudor al Banco para la devolución del préstamo. No se pueden confundir ni mezclar ambas relaciones jurídicas, que son distintas, aunque estén relacionadas y aunque tengan los mismos sujetos, porque "jurídicamente" tienen una "significación" normativa muy diferente.

De todo lo expuesto pueden concluirse que somos partidarios de resaltar los dos aspectos, material y formal, de la relación jurídica.

(23) DÍEZ PICAZO y GULLÓN: *Instituciones de Derecho Civil*, tomo I, 1974, pág. 176

VII. DEFINICIONES DE LA RELACION JURIDICA. DEFINICION QUE SE MANTIENE

Son varias las posiciones que se mantienen en este aspecto:

A) Algunos autores destacan el aspecto del vínculo entre dos personas, una de las cuales tendría el poder y la otra, el sujeto pasivo, el deber.

Así, PUGLIATTI define la relación jurídica como un vínculo creador de una posición de poder en un sujeto activo y de deber en un sujeto pasivo (24).

Y BARASSI dice lo siguiente: "Relación jurídica es el vínculo que liga a la persona, cuyo interés quiere protegerse con otro u otros individuos". Este vínculo cubre jurídicamente —como si fuera una red de seguridad— la relación existente entre ambos sujetos, creando para el interesado la seguridad de "poder" actuar su interés y en los demás el "deber" de no obstaculizar dicha protección. Y por ello la seguridad en el primero de que podrá reaccionar contra la agresión o el desconocimiento de su derecho dirigiéndose al Estado". "En este sentido la relación jurídica crea un derecho subjetivo en favor del interesado que le permite exigir de otro u otros sujetos una determinada conducta. Uno adquiere un derecho (sujeto activo) y otro un deber (sujeto pasivo). Uno, el primero, una posición de ventaja (de "señorío") y otro, el segundo, de sujeción" (25).

Este tipo de definiciones tiene un indudable valor aproximador, pues nos describen gráficamente la relación de poder y de deber respectivo que se da entre dos sujetos. Pero sólo nos sirven para definir la relación jurídica simple y no la mayor parte de las relaciones jurídicas existentes, que son complejas, y en las que existen recíprocos poderes y deberes, y a pesar de tal pluralidad cabe definir las como relación única y unitaria por la unidad interna de todo el conjunto.

En este sentido veamos la acertada crítica que hacen DÍEZ PICAZO y GUILLÓN BALLESTEROS respecto a esa posición de contraponer simplemente un poder a un deber: "En la doctrina más reciente —dicen— goza de una cierta relevancia la idea de que la relación jurídica aparece formada por la correlación entre un poder jurídico o derecho subjetivo y un deber jurídico. Allí donde una persona es titular de un derecho y, correlativamente, otra tiene un deber (por ejemplo, acreedor y deudor) existe una relación jurídica. Esta postura no es tampoco aceptable. En la compraventa, por ejemplo, y en general en todos los contratos sinalagmáticos ten-

(24) Citado por LACRUZ. *Ob. cit.*, "Parte General del Derecho Civil", vol. 3.º del tomo I, 1984, pág. 79.

(25) BARASSI "Instituciones de Derecho Civil", *ob. cit.*, pág. 106.

dríamos eficaz de una persona hacia otras personas o hacia ciertos objetos (cosas o derechos)” (26).

Esta definición, aparte de cierta inconcreción de contenido, tiene el inconveniente de englobar bajo un mismo concepto las relaciones jurídicas entre personas y las relaciones entre personas y cosas, lo que quita especificidad al concepto de relación jurídica, que hay que referirlo, como luego veremos, a las relaciones entre personas.

B) Otro grupo de autores ha querido resaltar la unidad dentro de la complejidad del contenido posible de la relación jurídica, profundizando en su carácter orgánico, dando lugar a definiciones, como la siguiente de FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO:

“La relación jurídica es la situación jurídica en que se encuentran respectivamente unas personas, organizada unitariamente dentro del orden jurídico total por un especial principio jurídico” (27).

Siguiendo a CASTRO, ALBALADEJO define la relación jurídica como “aquella situación en que se encuentran varias personas entre sí regulada orgánicamente por el Derecho, partiendo de un determinado principio básico”.

La similitud con la definición anterior es evidente (28).

Y Díez Pícazo y Gullón Ballesteros, siguiendo igualmente a CASTRO definen así la relación jurídica: “Situación institucionalizada y orgánicamente regulada como una unidad por el ordenamiento jurídico, que la considera, además, como un cauce idóneo para realizar una función social merecedora de la tutela jurídica” (29).

Este tipo de definiciones tienen la virtud de destacar el carácter orgánico de la relación jurídica, siguiendo la orientación de SAVIGNY, y con ello son más completas, al comprender no ya sólo la relación jurídica simple, sino también la relación compleja.

Ahora bien, son definiciones en las que vemos algunos inconvenientes.

En primer lugar, remiten al concepto de “situación jurídica”, que es una figura bastante imprecisa y que resulta innecesaria, siendo impropio tratar de sustituir el término “relación”, que es mucho más claro y gráfico, por el de “situación jurídica”, que es un concepto más genérico, más oscuro y más impreciso. La relación jurídica es, ante todo, una relación, eso es lo más característico y que no necesita sustitución de términos, como no sea por el de conexión o vínculo. Es mejor partir de la idea de “relación”, como hizo SAVIGNY, para ir la completando con otras ideas en

(26) ENNECCERUS: *Tratado de Derecho Civil*, tomo I, Parte General I, pág. 285.

(27) DE CASTRO: *Derecho Civil de España*, I, pág. 621.

(28) ALBALADEJO: *Derecho Civil*, I. Introducción y Parte General, vol. II, pág. 7, año 1975.

(29) Díez Pícazo y Gullón: *Instituciones de Derecho Civil*, I, pág. 176.

la definición, pero sin sustituir lo más característico de la relación jurídica y que es lo que da su nombre. Quizá se busque evitar que lo definido entre en la definición, pero lo importante es, como queda dicho, ir coloreando el dato de la “relación”, que es el presupuesto inicial del que se parte.

Por otra parte, esas definiciones son ciertamente abstractas, hasta el punto de que pueden resultar vacías de contenido, pudiendo incluso ser aplicadas a cualquier institución jurídica y no sólo a la relación jurídica. Está muy bien la nota de organicidad, según queda dicho. Pero falta el contenido sobre el que hay que aplicar la organicidad, es decir, el haz de facultades, poderes, derechos y deberes, cargas o sujeciones, que es lo más típico de la relación jurídica.

En fin, convendría también recoger en la definición de relación jurídica la fuente o el origen de la relación jurídica, pues esa fuente marca a cada relación y es muy característica de cada una, según su clase. La relación jurídica nace de hechos, actos o negocios jurídicos, o bien directamente de la Ley, y este elemento causal u originador de la relación jurídica no debería faltar en una definición descriptiva de la misma.

Por todo ello, se propone la siguiente definición:

Relación jurídica es la “relación entre personas orgánicamente protegida por el Derecho, que deriva o tiene su origen en hechos, actos o negocios jurídicos o bien directamente en la Ley y cuyo contenido es un haz de facultades, derechos, potestades y deberes, cargas o sujeciones entre dichas personas”.

En esta definición aparece el elemento personal, la relación es entre personas. Figura también el elemento normativo, en cuanto que es una relación tutelada por el Derecho. Se describe en ella el origen de la relación jurídica, es decir, los hechos, actos o negocios jurídicos o bien la ley directamente. Y, por último, se destaca el contenido de la relación, es decir, el haz de facultades, potestades, deberes, etc., característico de la misma. Y todo ello, desde una perspectiva orgánica, carácter éste que será desarrollado más adelante, después de haber examinado el carácter de ser relación entre personas y el de derivar de hechos, actos o negocios jurídicos o de la ley.

VIII. CARACTERES DE LA RELACION JURIDICA

Destacaremos tres fundamentales caracteres de las relaciones jurídicas: uno, el proceder de hechos, actos o negocios jurídicos o de la ley; otro, el ser relaciones entre personas; y, por último, el carácter orgánico que tienen las relaciones jurídicas.

A) LAS RELACIONES JURÍDICAS NACEN EN VIRTUD
DE HECHOS, ACTOS O NEGOCIOS JURÍDICOS
O DIRECTAMENTE ANTE LA LEY

La ley, la norma, siempre aparece como elemento causal final de las relaciones jurídicas, pues ya hemos visto la importancia del elemento normativo en la relación jurídica. Pero unas veces la propia norma prevé como fuente de la relación jurídica un hecho, un acto o un negocio jurídico, y otras veces la relación jurídica nace directamente de la ley. Lo más frecuente es lo primero: que surja de hechos, actos o negocios jurídicos. Pero a veces el ordenamiento cita directamente la ley como fuente de relaciones jurídicas. Así en materia de relaciones obligatorias, el artículo 1.088 del Código Civil menciona a la ley, al lado de los contratos, cuasicontratos, delitos y cuasidelitos. Y respecto a las relaciones jurídicas reales, el artículo 606 del Código Civil también alude a la ley. Respecto a la relación jurídica alimenticia entre parientes se requiere que se den determinados supuestos de parentesco y de necesidad para que surja tal relación alimenticia. El parentesco opera como uno de los presupuestos legales para que se dé la relación jurídica alimenticia, pero no es propiamente una relación jurídica. La relación es la que surge de la ley, en tales supuestos, y no el parentesco, a pesar de que algunas veces se cita el parentesco como una clase de relación jurídica.

Hemos dicho que las más de las veces la relación jurídica surge de hechos, actos o negocios jurídicos, lo que pone en conexión la teoría de la relación jurídica con la teoría del negocio jurídico. En primer lugar, hay que plantear si la fuente o causa de la relación jurídica son esos hechos, actos o negocios jurídicos o si también aquí es la propia norma la fuente de las relaciones jurídicas, al ser ella la que prevé que surjan las relaciones jurídicas en virtud de tales hechos, actos o negocios jurídicos. Las opiniones doctrinales son muy variadas, desde la que ve la "causa efficiens" en los hechos mismos hasta la puramente versión normativista que ve tal causa en la norma, pasando por la opinión que señala como causas los dos elementos. Parece que se debe diferenciar el papel que uno y otro elemento representa respecto a la relación jurídica resultante. En este sentido, ALBALADEJO dice acertadamente: "Lo cierto es que ambos elementos —el hecho y el precepto— son igualmente necesarios para la producción del efecto, pero evidentemente no están en un mismo plano. La norma, al atribuir efectos a determinados hechos, *crea* una serie de causas jurídicas. Indudablemente, sin norma que lo disponga, no se daría el efecto. Luego el hecho lo produce *porque* existe la norma. Pero ésta no es la *causa*, sino que es la *creadora* de una relación de causalidad entre hecho y efecto.

Causalidad que, por tanto, descansa en la ley, en vez de basarse en el orden natural” (30).

Especial referencia merece la “relación negocial” que surge de un negocio jurídico. Del negocio jurídico surge la relación o relaciones jurídicas correspondientes. Ahora bien, en ocasiones se requiere además otro hecho complementario para que surja la relación jurídica. Así, en los negocios *mortis causa*, como los efectos se producen como consecuencia de la muerte de una persona, la relación jurídica no surge a partir del negocio, sino a partir del hecho posterior complementario del negocio. E incluso pueden requerirse otros actos para que surja una relación jurídica determinada. Así, la aceptación de la herencia hace surgir relaciones jurídicas entre coherederos, entre herederos y legatarios y entre herederos y acreedores de la herencia.

En todo caso, la relación negocial resultante debe diferenciarse del negocio jurídico que le sirve de fuente. Pero también es cierto que la impronta que le da el negocio permite hablar de relaciones jurídicas *negociales* como diferentes de otras relaciones jurídicas que tienen distinto origen, porque el negocio jurídico marca el contenido de las relaciones que surgen de él. Las relaciones negociales son, así, relaciones “regladas”, lo que se afirma partiendo de la idea de que el negocio jurídico es una “regla”, según opinión dominante, y de ahí que se trate de una “relación reglada por el negocio”, aunque también por normas imperativas y por normas dispositivas no excluidas por la voluntad privada.

Otra característica de la relación negocial es que, frente al carácter *estructural* que tiene el negocio jurídico, la relación negocial es *dinámica*, en el sentido de que tiene su vida, sus vicisitudes y modificaciones y se produce su extinción. Algunas vicisitudes de la relación negocial pueden producirse porque están ya ínsitas en las declaraciones de voluntad del negocio (ineficacia por nulidad o inexistencia, por ejemplo), o en virtud de actos posteriores al negocio (desistimiento, novación, muertes, etc.).

B) LA RELACIÓN ES ENTRE PERSONAS

Este es el carácter que le dio SAVIGNY en su conocida definición de la relación jurídica como “relación de persona a persona”.

La mayor parte de los autores actuales reconoce también este carácter específico de la relación jurídica.

Así, FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO dice: “La relación jurídica es una situación en que se encuentra *una persona respecto de otras*. Se ha hablado

(30) ALBALADEJO: *El negocio jurídico*, pág. 10.

de relaciones jurídicas entre cosas, entre una persona y un lugar y entre una persona y una cosa, pero, con ello, se hace perder sentido específico al concepto de relación jurídica, ya que con igual razón se podría extender a toda relación entre fenómenos naturales o sociales, incluso los meramente espaciales y temporales, con tal que tuviesen significado jurídico, confundiéndose así con los hechos jurídicos. Su significado está en que determina “la conexión existente entre las personas y la respectiva *condición* jurídica que dentro de ella adquiere cada una”. La relación puede nacer, ciertamente, en torno a una cosa o a un lugar, pero ello es sólo hecho determinante, indicador o creador —según los casos—, de una relación jurídica entre personas, ya estén determinadas o sean sólo determinables” (31).

MESSINEO habla de “una relación intersubjetiva, o sea, entre dos (o más) sujetos: uno (o algunos) sujeto activo y el otro (o los otros) sujeto pasivo” (32).

DÍEZ PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS dicen: “Para que exista una relación jurídica es necesario que aparezcan dos términos personales como polos de la relación. No cabe hablar de relaciones jurídicas para referirse a la situación de una persona respecto de una cosa, de una persona respecto de un lugar o de cosas entre sí (accesoriedad, vecindad, etc.), sino que la relación ha de darse siempre entre personas” (33).

LACRUZ dice también respecto a la relación jurídica: “Es una situación en la que se encuentra *una persona respecto de otras*. La relación es siempre interpersonal: no cabe hablar de relación jurídica entre persona y cosa, ni entre persona y un lugar” (34).

Por su parte, FRANCISCO BONET RAMÓN dice: “La doctrina clásica distingue dos órdenes de relaciones jurídicas: relaciones entre persona y persona, como las relaciones obligatorias y las familiares, y relaciones entre persona y cosa, como las reales”. “Esta clasificación —añade— no corresponde a la íntima realidad jurídica: relación jurídica es siempre una relación entre personas, un vínculo entre sujetos. En efecto, si la relación jurídica supone un poder jurídico correlativo a un deber jurídico, este señorío, esta fuerza ideal jurídica no puede dirigirse contra la materia inerte, los objetos insensibles de la naturaleza, sino contra seres sensibles y pasibles de esta fuerza jurídica, contra quienes puede ejercitarse la coacción social” (35).

En nuestra opinión, este carácter personal de la relación jurídica puede

(31) DE CASTRO: *Derecho Civil de España*, tomo I, pág. 622.

(32) MESSINEO. *Ob. cit.*, pág. 3.

(33) DÍEZ PICAZO y GULLÓN: *Ob. cit.*, tomo I, pág. 177.

(34) LACRUZ: *Ob. cit.*, pág. 80.

(35) BONET RAMÓN: *Compendio de Derecho Civil*, tomo I, pág. 260, año 1959.

representar a veces una diferencia con otras figuras jurídicas en las que se puede plantear que el objeto sea una cosa o incluso que haya conexiones entre cosas. Así, por ejemplo, el derecho de propiedad supone el poder de una persona en relación con una cosa. Pero esto no es en principio relación jurídica, pues para que ésta se dé es necesario que el titular del derecho de propiedad se ponga en relación con otra persona, aunque sea como consecuencia del poder sobre una cosa.

Ciertamente, algunos autores han distinguido las relaciones jurídicas entre personas de otras relaciones que también ellos consideran relaciones jurídicas, a pesar de no referirse a relaciones entre personas. En este sentido, DE BUEN distingue tres clases de relaciones jurídicas: las que se dan entre personas, las que se dan entre persona y cosa y las relaciones jurídicas entre cosas (36).

Entendemos que este punto de vista es equivocado, porque, aunque sea en parte una cuestión de método de cada autor, hay que tener en cuenta que la inclusión de todas esas figuras dentro del concepto de relación jurídica supone un conglomerado que carece de unidad y de utilidad como para hacer surgir una sola figura. La especificidad del concepto de relación jurídica, la de esa puesta en relación de dos personas alrededor de las cuales se forman dos polos: el del poder o haz de facultades y el del deber o sujeción de otra persona o grupos de personas. Este contenido no se da cuando estamos simplemente ante un poder de una persona sobre una cosa o ante conexiones de cosas, y por ello es más adecuado separar estas otras figuras jurídicas, llamándolas con diferentes nombres para no confundirlas con las relaciones jurídicas entre personas.

Y no sólo es DE BUEN el que da ese sentido amplio de relación jurídica, sino que en la doctrina alemana algunos autores han llegado a posiciones similares, más o menos amplias. Así, por ejemplo, NEUMER (citado por ENNECCERUS) alude como caso de relaciones jurídicas entre cosas a las relaciones de la cosa principal con la cosa accesoria. Ahora bien, estas conexiones entre cosas nada tienen que ver con las relaciones jurídicas entre personas. El propio ENNECCERUS, a pesar de ser partidario de esa idea, en parte, dice lo siguiente: "No es inexacto en el fondo, pero no concuerda con el uso del lenguaje". A esto hay que contestar que no se trata solamente de una cuestión de uso del lenguaje, sino de una cuestión de conceptos, pues la relación entre cosa principal y cosa accesoria nada tiene que ver con la relación entre un acreedor y un deudor, por lo que incluir ambas categorías en un mismo concepto es enormemente oscurecedor. Lo que sí puede suceder es que, como consecuencia de la conexión

(36) DE BUEN: "La teoría de la relación jurídica en el Derecho Civil", publicado en el libro *Homenaje al Profesor don Felipe Clemente de Diego*, 1940, pág. 188.

entre cosas, puedan surgir relaciones jurídicas entre personas, la relación entre los titulares de las cosas. Pero eso son relaciones jurídicas entre personas, aunque su origen o causa sean las conexiones entre cosas.

Lo mismo ha de decirse del caso de las servidumbres prediales entre fincas. Abreviadamente se dice que se trata de relaciones jurídicas entre fincas, pero lo que se quiere significar jurídicamente es que se trata de las relaciones jurídicas entre los titulares que en cada momento lo sean de dichas fincas. Las fincas sirven como elementos para la determinación de los sujetos de la relación jurídica, dando lugar a lo que se ha denominado “titularidad *ob rem*”, es decir, titularidad por razón de la cosa, pero ni se trata de relaciones jurídicas entre fincas ni las fincas son sujetos de relaciones jurídicas. La relación jurídica se produce entre los titulares de una y otra finca.

Respecto a las relaciones que algunos consideran se dan entre una persona y una cosa (derecho de propiedad, derechos reales), esto no siempre se explica adecuadamente a propósito de la relación jurídica, pues ya hemos dicho que no cabe hablar de una relación jurídica entre una persona y una cosa. Obsérvese, no obstante, la posición de ENNECERUS, que es decidido partidario de considerar que existe aquí relación jurídica. En su definición, nos habla de la relación jurídica como “dirección jurídicamente eficaz de una persona hacia otras personas o hacia ciertos objetos (cosas o derechos)” (37).

Frente a esta posición de ENNECERUS, hay que decir que el poder inmediato y directo de una persona sobre una cosa es, ciertamente, un derecho real, es decir, una de las clases de derechos subjetivo, pero no es un principio de relación jurídica mientras no se plantee como un poder en relación con otras personas. Mientras se trate de un poder sobre una cosa sin que se haga su aparición en la escena jurídica otra persona, no ha surgido una relación jurídica. Lo ha expresado muy bien MESSINEO diciendo: “La relación jurídica puede establecerse entre sujetos, pura y simplemente, o bien entre sujetos, pero con relación a un bien; a esto corresponde una distinción fundamental de las relaciones jurídicas, las cuales, por tanto, se llaman —respectivamente— personales y reales” (38).

Pero en este punto conviene también salir al paso de la llamada teoría obligacionista del derecho real, que consiste en entender que el sujeto pasivo de éste es la humanidad entera, que está obligada a abstenerse de estorbar o perjudicar el derecho que una persona tiene sobre una cosa. Por nuestra parte entendemos, aunque nos separaremos aquí de una importante dirección doctrinal, que las relaciones jurídicas reales no son

(37) ENNECERUS: *Ob. cit.*, pág. 285.

(38) MESSINEO: *Ob. cit.*, pág. 3.

tampoco las que se producen entre el titular de la cosa objeto del derecho real y ese sujeto pasivo universal, es decir, la humanidad entera de modo indiscriminado. Eso tampoco lo consideramos relación jurídica, pues para que pueda hablarse de relación entre personas, éstas han de tener una individualidad o ser susceptibles de determinación, pero no cabe hablar genéricamente de la sociedad en general.

Lo que hay que diferenciar claramente en estos supuestos es la posible situación de existencia o de contemplación jurídica de un derecho real (el de propiedad, por ejemplo), sin que de momento se dé una relación jurídica concreta respecto al mismo. En ese caso estamos exclusivamente ante la contemplación en abstracto de un “derecho real”, es decir, de un simple derecho subjetivo, y no de ninguna relación jurídica. Siempre existirá en potencia una futura relación jurídica, pero ésta será la que se dé no entre el titular del poder y la cosa objeto del mismo, sino entre el titular de la cosa y otras personas que se pongan en relación con aquel titular por razón de la cosa.

La cosa, en definitiva, es o puede ser el objeto de una relación jurídica, pero no el otro extremo o polo de la relación jurídica, pues ese otro extremo ha de ser otra persona. Así, pues, hablaremos del derecho real (derecho subjetivo) de propiedad que se da a favor de una persona sobre una cosa, y hablaremos, por otro lado, de relaciones de carácter real respecto a las relaciones de vecindad entre propietarios o respecto a las relaciones entre los copropietarios de una cosa común o entre propietarios de los pisos de un edificio en propiedad horizontal, o entre el propietario y el usufructuario o entre el propietario deudor y el acreedor hipotecario o entre los titulares de fincas con servidumbre. En definitiva, la llamada relación jurídica entre persona y cosa no es propiamente relación jurídica, sino un derecho real en sentido abstracto que puede dar lugar a concretas relaciones jurídicas entre personas por razón de la cosa.

C) EL CARÁCTER ORGÁNICO DE LA RELACIÓN JURÍDICA

Varios autores parten acertadamente del carácter orgánico de la relación jurídica que ya apuntó SAVIGNY.

Cuando SAVIGNY hablaba de la naturaleza orgánica de la relación jurídica, lo que pretendía era completar el “juicio lógico” del jurista ante una relación de derecho especial. Parece como si SAVIGNY quisiera recalcar la unidad del ordenamiento jurídico y la conexión de las diferentes instituciones que se pueden dar cita en una concreta relación jurídica, una vez que partía de la peculiar clasificación de las partes del Derecho Civil, según un plan sistemático que lleva su propio nombre. Es decir, para

SAVIGNY, el carácter orgánico de la relación jurídica significaba atender a todos los aspectos implicados en la relación jurídica y no sólo a uno de ellos, aunque fuera el más relevante en apariencia.

Esto es lo que creo se puede deducir de los siguientes párrafos en que alude a la naturaleza orgánica de la relación de derecho:

“Esta relación tiene una naturaleza orgánica que se manifiesta, ya sea por el conjunto de sus partes constitutivas que se equilibran y limitan mutuamente, ya sea por sus desenvolvimientos sucesivos, su origen y sus descensos”. “Esta reconstitución viva del conjunto, dado un caso particular, forma el elemento intelectual de la práctica y distingue su noble vocación del simple mecanismo que la ignorancia le atribuye”. “Con el fin de que no aparezca este punto importantísimo como pura abstracción, creo necesario mostrar —dice SAVIGNY— por medio de un ejemplo, la extensión de las consecuencias que encierra. Tomemos el caso de una ley célebre, la ley “frater a frater” (I.38,XII,6): estando dos hermanos bajo el poder paterno, presta uno al otro una suma de dinero, la cual se paga después de la muerte del padre; se pregunta si hay derecho a repetir esta suma como indebidamente pagada. ¿Procede o no la *condictio indebiti*? Tal es la única cuestión sometida a la apreciación del Juez; pero para resolverla debe tener en cuenta el conjunto de la relación de derecho, que se descompone de la siguiente manera: poder paterno sobre los dos hermanos, préstamo del uno al otro, peculio recibido del padre por el deudor. La relación de derecho se ha desenvuelto por la muerte del padre, la apertura de la sucesión y el pago de la deuda. Tales son los diversos elementos cuya combinación debe entrar en la decisión del Juez” (39).

Y lo vuelve a explicar cuando habla seguidamente de las “instituciones de Derecho” diciendo: “Si el juicio de un caso particular es de naturaleza restringida y subordinada; si encuentra su raíz viva y su fuerza de convicción en la apreciación de la relación de derecho, la regla jurídica y la ley, que es su expresión, tienen por base las instituciones cuya naturaleza orgánica se muestra en el conjunto mismo de sus partes constitutivas y en sus desenvolvimientos sucesivos. Así, pues, cuando no se quiere limitar a las manifestaciones exteriores, sino penetrar la esencia de las cosas, se reconoce que cada elemento de la relación de derecho se refiere a una institución que lo domina y le sirve de tipo, de la misma suerte que cada juicio está dominado por una regla, y este segundo encadenamiento, ligándose con el primero, encuentra allí la realidad y la vida”.

Y añade: “La ley citada en el párrafo precedente puede servir para esclarecer este último punto. Las instituciones de Derecho que se refieren a aquel caso son: la sucesión de los hijos al padre, el antiguo peculio y,

(39) SAVIGNY: *Ob. cit.*, pág. 65 del tomo I.

sobre todo, la *deductio* que a él se refiere, la transmisión de los créditos a los herederos, la confusión en sus personas de créditos y deudas y la *condictio indebiti*. En cuanto a la manera, según se ofrecen a la inteligencia estas ideas, existe esta diferencia natural: cuando las instituciones de Derecho se perciben aisladas pueden ser combinadas arbitrariamente; mientras que cuando la relación de derecho se revela por los acontecimientos de la vida real, nos aparece directamente y bajo su forma concreta. Pero un examen más detenido nos muestra que todas las instituciones de Derecho forman un vasto sistema y que la armonía de este sistema, en donde se reproduce su naturaleza orgánica, puede solamente darnos su completa inteligencia. Cualquiera que sea la distancia que separe una relación individual de derecho, del sistema del Derecho positivo de una nación, no existe entre ellos otra diferencia que la de la proposición: el procedimiento en virtud del cual llega el espíritu a conocerlo es absolutamente el mismo” (40).

Y para concluir esta exposición de SAVIGNY, he aquí lo que dice sobre la necesidad de relacionar la teoría con la práctica:

“Por lo dicho, se ve claramente cuán falsa es la opinión que considera la teoría y la práctica de Derecho como cosas diversas y opuestas. Sin duda que el teórico y el práctico tienen cada uno sus funciones, y la aplicación que ellos hacen de sus conocimientos es diferente; pero siguen un mismo orden de ideas, sus estudios deben ser los mismos y nadie puede ejercer dignamente una ni otra profesión sin la conciencia de su identidad”.

Por todo ello decíamos que la naturaleza orgánica de la relación jurídica significa para SAVIGNY la mutua relación de las instituciones que pueden confluir en una concreta relación jurídica, a pesar de que teóricamente cabe estudiar tales instituciones en partes distintas del Derecho Civil. Obsérvese que SAVIGNY busca siempre la “armonía del sistema” en la aplicación práctica del Derecho, porque de ese modo se funden teoría y práctica. Y, efectivamente, como ya dijo un autor, “Toda teoría es una práctica”. La relación jurídica, decimos nosotros, es una teoría, pero nos puede ayudar en la práctica, bien del modo que nos enseña SAVIGNY, es decir, armonizando las diversas instituciones que pueden confluir en una relación jurídica en la vida real, o bien, como también hemos apuntado al principio de este estudio, separando cada relación jurídica cuando aparecen en un mismo supuesto varias relaciones jurídicas unidas, pero sin que orgánicamente tengan nada que ver entre sí.

Autores posteriores han insistido en la naturaleza orgánica de la rela-

(40) SAVIGNY: *Ob. cit.*, págs. 66 y 67

ción jurídica, citando a SAVIGNY, pero dando un matiz diferente a ese carácter, lo cual ofrece también un gran interés.

Así, por ejemplo, CASTRO y BRAVO, dice:

“Como organización unitaria se excluye del concepto de relación jurídica la simple acumulación de derechos y deberes o su coincidencia, más o menos duradera, entre ciertas personas”. Así, “no son relaciones jurídicas: el mero choque de intereses, la colisión de derechos subjetivos, las pretensiones coincidentes y contrarias de diversas personas sobre el mismo derecho o el mismo título, porque falta la unidad interna; en estos casos se podría quizá utilizar el término de “relaciones jurídicas incidentales”. Relación jurídica “es sólo la formada con un sentido y un fin determinado, creando lazos o vínculos mutuos entre los sujetos, de acuerdo a un plan jurídico de organización. Sus elementos pueden ser de diversa naturaleza y de amplia complejidad, pero todos ellos quedan unidos por el carácter que les imprime el principio que les informa y une. La interna conexión que entre ellos existe hace que el cambio del contenido de la relación pueda afectar a los elementos que la componen y, recíprocamente, ser afectada por el de éstos” (41).

Como se observará, estas ideas pueden dar lugar a un matiz diferente del que diera SAVIGNY al carácter orgánico, pero, en todo caso, tiene carácter complementario de lo que dicho autor apuntó. Se puede deducir que la naturaleza orgánica de la relación no sólo significa la relación de instituciones jurídicas que pueden confluir en la vida real, en una relación jurídica, siguiendo una interpretación armonizadora de las mismas, sino que además hay que ver la interna conexión entre todos los varios elementos de una concreta relación jurídica, que así se debe concebir como una unidad a pesar de esa pluralidad. Además, no hay relación jurídica cuando ante una pluralidad de situaciones jurídicas no se encuentra la unidad interna entre las mismas.

En otro lugar, FEDERICO DE CASTRO, refiriéndose a un tipo de relación jurídica muy importante como es la “relación negocial”, insiste en el carácter ahora orgánico de la relación jurídica negocial, pero ahora destacando otro aspecto más: la complejidad de la relación jurídica en cuanto a su contenido. Y dice lo siguiente: “Para proclamar lo complejo de su contextura se les ha calificado de organismo (Siber) y se les ha caracterizado como estructura y proceso (Larenz). La doctrina ha ido así descubriendo que la relación negocial no consiste sólo en exigencias contrapuestas, sino que origina ciertos deberes de cooperación, conforme a las exigencias de la buena fe” (art. 1.258)” (42).

(41) DE CASTRO: *Ob. cit.*, tomo I, págs. 622 y 623.

(42) DE CASTRO: *El negocio jurídico*, pág. 39.

DÍEZ PICAZO ha recogido estas observaciones de F. DE CASTRO en dos partes de sus obras.

En primer lugar, cuando junto con GULLÓN BALLESTEROS, trata de la relación jurídica en general, señalando como una de las notas de la misma "su carácter orgánico u organizado", y añadiendo: "la relación jurídica es siempre una situación unitaria y establemente organizada y disciplinada por el ordenamiento jurídico. Se trata de situaciones que aparecen, por decirlo así, como institucionalizadas y que representan un cauce de realización de una función social o económica. Son relaciones jurídicas las que hay entre marido y mujer, entre padre e hijo, entre nudo propietario y usufructuario o entre arrendador y arrendatario. En cambio, no existe verdadera relación jurídica cuando se dan supuestos de mero contacto social entre personas, cuyos efectos jurídicos son fugaces y desconectados" (43).

Por otra parte, cuando DÍEZ PICAZO estudia la relación obligatoria, alude a la "relación jurídica obligatoria como organismo" diciendo: "En cuanto relación jurídica, la relación obligatoria posee una indudable naturaleza orgánica. Es, por decirlo así, como un pedazo o un tejido de vida social que aparece organizado, de conformidad con unos principios jurídicos dados y con la especial función económica o social que está llamada a realizar. Es, en suma, algo que se presenta como institucionalizado" (44). Y añade: "Se trata de aludir quizá más que a la idea de organismo a la idea de organización. Denota que la relación en cuanto tal y sus elementos aparecen formando como una trama o urdimbre".

Hemos visto, pues, dos explicaciones interesantes del carácter orgánico de la relación jurídica. Por una parte, la de SAVIGNY, que destaca la conexión de instituciones jurídicas distintas que pueden ser aplicables cuando se dan cita en una relación jurídica determinada, lo que revela la unión de la teoría y de la práctica jurídica, y la necesidad de tener en cuenta todo el sistema del Derecho en la aplicación práctica.

Y por otra parte, la tesis de CASTRO y de DÍEZ PICAZO y GULLÓN entendiendo la organicidad de la relación jurídica como un complejo de elementos que tienen una unidad interna, lo que determina es que no sea relación jurídica la mera unión de elementos fugaz o accidental, y además permite explicar el conglomerado de elementos de una relación jurídica compleja no como suma de varias relaciones jurídicas, sino como una única relación jurídica.

Pero además de esas observaciones interesantes, que aquí asumimos,

(43) DÍEZ PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS: *Instituciones de Derecho Civil*, tomo I, pág. 177.

(44) DÍEZ PICAZO: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, tomo I, pág. 378.

la naturaleza orgánica de la relación jurídica nos puede explicar otra serie de consecuencias no menos importantes: así, ante un conjunto de relaciones o elementos que aparecen conglomerados en una situación jurídica de la vida real, nos va a permitir separar cada relación jurídica por la unidad orgánica de sus elementos, que han de ser separados de los elementos de la unidad orgánica que a su vez constituye la otra relación jurídica, sin perjuicio de la conexión posible entre ambas relaciones. Así, por ejemplo, en una escritura pública de préstamo hipotecario, el carácter orgánico de cada relación nos permitirá separar aquellos pactos que sólo tienen carácter obligacional y que, por tanto, están insertos en una relación jurídica obligacional entre acreedor y deudor, y aquellos otros pactos que reúnen la característica de tener trascendencia real inmobiliaria y que, por ello, se integran orgánicamente en la relación jurídica real de hipoteca. Esta es la tesis de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de mayo de 1987, siguiendo una reiterada jurisprudencia de la propia Dirección General.

El carácter orgánico de la relación jurídica nos permite explicar también, señalando otro ejemplo, el artículo 10 de la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios de 19 de julio de 1984, pues hay una serie de pactos abusivos que por ser, además, ajenos al organismo que constituye la relación jurídica en cuestión han de ser tenidos por no puestos, por no obedecer a ninguna contraprestación efectiva. Por otra parte, el propio artículo 10 hace otra aplicación diferente del carácter orgánico de la relación jurídica cuando excluye la nulidad parcial en el caso de que los pactos formen todos ellos una unidad orgánica, ya que entonces la nulidad afectaría a todo el conjunto de la relación jurídica, al no poderse separar los elementos integrantes de la misma.

Otro ejemplo de entre los muchos que pueden señalarse es la resolución por incumplimiento en caso de obligaciones recíprocas: la organicidad del conjunto determina que el incumplimiento de una de las obligaciones repercuta sobre la relación jurídica en su totalidad.

En los negocios complejos o mixtos se pueden encontrar también varias aplicaciones de carácter orgánico de las relaciones jurídicas, bien para llegar a la conclusión de que estamos ante una única relación jurídica a pesar de la complejidad de situaciones, por la conexión de éstas dentro del conjunto (ejemplo: arrendamiento y opción de compra dentro de un contrato de "leasing"), o bien para resolver que estamos ante situaciones jurídicas diferentes (el caso del préstamo y el depósito apuntado en el epígrafe II de este estudio).

Por tanto, el carácter orgánico de la relación jurídica es fundamental porque puede explicar numerosas situaciones y, por ello, ha de ser tenido

muy en cuenta por el jurista que se encuentra ante una relación jurídica en la vida real.

IX. ESTRUCTURA DE LA RELACION JURIDICA: LOS SUJETOS, EL OBJETO Y EL CONTENIDO

Distinguiremos esos tres aspectos de la relación jurídica, que son muy diferentes entre sí.

A) LOS SUJETOS DE LA RELACIÓN JURÍDICA

Hemos visto ya que uno de los caracteres de la relación jurídica es que se da entre personas. Pero mejor que hablar de personas es aludir al concepto de “parte” de la relación jurídica. En ésta hay dos polos o posiciones que se encuentran en conexión. Existe en las relaciones jurídicas simples una parte portadora de los poderes o intereses y otra parte que tiene el deber. La primera es el sujeto activo y la segunda el sujeto pasivo. Ahora bien, en las relaciones jurídicas complejas, que son las más frecuentes, como por ejemplo en la compraventa, no puede hablarse de un sujeto activo y de un sujeto pasivo sin más, pues cada una de las partes de la relación son sujetos activos y pasivos de modo recíproco. Por eso, es mejor el concepto de “parte”, si bien añadiendo que cada parte tiene una posición diferente en la relación jurídica y que es portadora de derechos, poderes, facultades o de deberes, según los casos, o bien de ambas cosas recíprocamente.

Relacionado con el tema de las partes o sujetos de la relación jurídica está el tema de la determinación de las mismas. Normalmente, las partes aparecen ya perfectamente determinadas al constituirse la relación jurídica. Pero puede darse el caso de “partes” transitoriamente indeterminadas, que se concretan o determinan en un momento posterior, quedando, de momento, la relación jurídica en una situación interina o de pendencia.

Como dice MESSINEO, “no es indispensable que los sujetos sean determinados, siempre que sean determinables; la determinación le dará el hecho de que el sujeto venga a encontrarse en aquella determinada situación que da lugar a la determinada relación jurídica” (45).

Define CASTRO la situación de pendencia como “una situación de protección jurídica interina en favor del sujeto transitoriamente indeterminado de un derecho subjetivo” (46). Evidentemente, este concepto puede aplicarse a las partes de la relación jurídica y no sólo al titular del derecho

(45) MESSINEO: *Ob. cit.*, pág. 4

(46) DE CASTRO. “Derecho Civil de España”, *ob. cit.*, tomo I, pág. 683.

subjetivo. En estos casos existe el titular preventivo, que es el sujeto indeterminado a quien puede o no corresponder la titularidad definitiva, y el titular o titulares interinos encargados de defender la situación de pendencia. Se citan como casos de situaciones jurídicas de pendencia, los derechos de crédito y los derechos reales constituidos bajo condición, la reserva troncal, la reserva viudal, las disposiciones testamentarias bajo condición, los derechos eventuales del concebido, pero no nacido, los derechos a favor de personas no concebidas, los derechos destinados a una persona jurídica aún no existente, los derechos eventuales del ausente y declaración de fallecimiento (47).

También pueden considerarse otros supuestos de titulares transitoriamente indeterminados, además de los señalados. Así, en el Derecho de Obligaciones existe la relación jurídica que surge por la promesa u oferta hecha al público, en donde surge ya el vínculo propio de la relación jurídica por el hecho de producirse la oferta, pero falta la determinación de la otra parte. O bien las estipulaciones a favor de tercero, en que puede suceder que este tercero no esté todavía determinando y sea determinable en virtud de las bases que aparezcan en el contrato. En el Derecho de Sucesiones existe el supuesto de la herencia yacente, pues en esta situación de la herencia pueden producirse numerosas relaciones jurídicas, en las que el titular interino de la herencia yacente es el albacea y los titulares preventivos los herederos, siendo el otro polo de la relación, la persona o personas que se pongan en conexión con la herencia yacente en virtud de un contrato, o de un crédito o deuda existentes, o en virtud de cualquier relación jurídica real afectante a la herencia yacente por razón de los bienes hereditarios.

En todos los casos citados no cabe hablar de relaciones jurídicas "sin sujetos", sino con alguna de las partes transitoriamente indeterminada.

Problema también relacionado con el de las partes o sujetos de la relación jurídica es el de la unidad o pluralidad de personas dentro de cada uno de los polos o posiciones jurídicas o de ambos a la vez.

La pluralidad de sujetos en el lado o parte activa de la relación jurídica se denomina "cotitularidad". Respecto a la pluralidad de sujetos en el lado pasivo no tiene una denominación especial, sino que simplemente se habla de pluralidad de deudores, codeudores o pluralidad de afectados o sujetos a un gravamen o carga.

De la cotitularidad se ha ocupado con gran acierto JUAN GARCÍA GRANERO en su artículo "Cotitularidad y comunidad. 'Gesamte Hand' o comunidad en mano común" (48).

(47) DE CASTRO: *Ob. cit.*, págs. 683 y 684.

(48) Año 1946, *Rev. Crítica Der. Inmob.*, págs. 147, 227, 378, 508 y 613

Conforme a la opinión de dicho autor, la cotitularidad es el concepto genérico que se refiere a todos los supuestos de pluralidad de sujetos, ya sea en materia de Derecho de Familia, de Derecho de Obligaciones, de Derechos Reales o de Sucesiones. Se define como un supuesto de pluralidad de sujetos a los que pertenece el objeto de la relación jurídica de una forma *cualitativamente igual*, aunque cuantitativamente pueda atribuirse en forma igual o desigual. En cambio, si la atribución o pertenencia es cualitativamente desigual conviene mejor la figura de “titularidad compartida o dividida”, que se contrapone a la cotitularidad. Ejemplo de titularidad compartida o dividida, la llamada comunidad “pro diviso”, en que a un titular pertenece el suelo y a otro el arbolado o los pastos, pues los derechos de uno y otro son cualitativamente desiguales.

La cotitularidad existe actualmente en materia de patria potestad, al corresponder a ambos padres, en principio, y no a uno solo, la patria potestad en sus relaciones con los hijos. La atribución a uno y otro padre es cualitativamente igual, y por eso es un supuesto de cotitularidad. En Derecho de Obligaciones tenemos, dentro de la cotitularidad, la distinción entre mancomunidad y solidaridad, con posibilidad de referirla no sólo a la titularidad activa propiamente dicha, sino también al aspecto pasivo, es decir, a los deudores. Enormemente discutido en la doctrina, y no es el momento de extendernos ahora en ello, es si en estos supuestos de mancomunidad y de solidaridad estamos ante una sola obligación o ante varias distintas, lo que repercute en la unidad o pluralidad de relaciones jurídicas. En todo caso, es evidente que en estos supuestos es fundamental distinguir las relaciones jurídicas externas entre acreedores y deudores, y luego plantear las relaciones jurídicas internas de acreedores o de deudores entre sí, teniendo lugar esto último en el caso especial de la solidaridad.

Otro caso especial de cotitularidad dentro del Derecho de Obligaciones es la llamada “mancomunidad de obligaciones”, en la que lo que se plantea es el ejercicio conjunto de la acción contra los deudores, a pesar de existir diferentes obligaciones, siendo un caso de atribución de la acción “en mano común” a todos los acreedores como requisito necesario para el ejercicio de la acción.

Respecto al campo de los Derechos Reales, la aplicación de la figura general de la cotitularidad da lugar a la llamada “comunidad”. Por tanto, siguiendo a GARCÍA GRANERO; la cotitularidad es aplicable a todos los campos, y, en cambio, la comunidad se aplica especialmente al ámbito de los Derechos Reales, aparte de las Sucesiones. En la comunidad, hay una pluralidad de titulares del Derecho real que se relacionan entre sí, a efectos del uso, disfrute, administración y disposición de la cosa común. Se trata de relaciones reales entre los propios comuneros, sin perjuicio de que

puedan existir también relaciones jurídicas externas entre todos los comuneros de un lado y terceras personas de otro.

Dentro del campo de la comunidad de los Derechos Reales está la conocida distinción entre comunidad romana o por cuotas y comunidad germánica o en mano común. La primera es la comunidad ordinaria o propiamente dicha, regulada por el Código Civil. La segunda tiene aplicaciones muy limitadas en nuestro sistema, como son los casos de aprovechamientos comunales de pastos y montes, la comunidad resultante de la sociedad de gananciales —en cuanto no hay cuotas entre los cónyuges— y la comunidad hereditaria, dentro ya del Derecho de Sucesiones, si bien esta última tiene carácter especial, pues existen cuotas para cada heredero, pero referidas no a cada bien o cosa concreta, sino al patrimonio global de la herencia.

Referencia a los terceros como concepto contrapuesto a las partes de la relación jurídica.—Una de las aplicaciones más importantes del concepto de relación jurídica es que nos sirve para mejor delimitar el concepto de “tercero”, según decíamos al principio.

A pesar de ello, en la parte general del Derecho Civil, cuando se estudia la relación jurídica no se suele advertir esta aplicación tan fundamental, lo que requiere la contraposición entre las “partes” de la relación jurídica y los “terceros”.

Excepción a esta tónica general la constituye MESSINEO, que dice lo que a continuación reseñamos, que es muy importante para el acercamiento al concepto de “tercero”. Dice MESSINEO: “A los sujetos de la relación jurídica se les llama ‘partes’”. “Contrapuesta a la ‘parte’ es la figura del ‘tercero’. Tercero es, en general, *todo* sujeto (necesariamente indeterminado), extraño a la relación jurídica dada (‘Tertius’: el nombre se deriva de que en las ejemplificaciones escolásticas, las ‘partes’, o sea, el sujeto *activo* y el sujeto *pasivo* de la relación se denominaban, respectivamente, ‘Primus’ y ‘Secundus’). “Los efectos de la relación jurídica no afectan *directamente* al tercero, ni en el sentido del beneficio ni en el sentido del daño (*res inter alios acta, a tertio neque prodest, neque nocet*), si bien, alguna vez, tales efectos se producen de manera directa, cuando el tercero se tome expresamente en consideración por las partes de la relación. (Típico es el caso del contrato a favor o en daño de tercero.) Pero se habla también de eficacia refleja de la relación jurídica para expresar que, sobre el tercero, se proyectan indirectamente algunos efectos de una relación a la que él permanece extraño. Esto puede ocurrir en el sentido de que, cuando el tercero se encuentra en una relación *separada* con una de las partes, los efectos de la primera relación, que afectan a esta última, pueden afectar también al tercero (ejemplo, la venta de las cosas aseguradas extingue la relación

entre asegurado y asegurador; la extinción de la relación obligatoria lleva, por lo regular, a la extinción de la garantía prestada por el tercero); viceversa, algunos efectos no afectan al tercero si no concurren determinados presupuestos" (49).

Por nuestra parte, para la aproximación al concepto de tercero tenemos en primer lugar la definición del Diccionario de la Real Academia de la Lengua, que dice que tercero es aquel que "no es ninguno de los dos de que se trate". Trasladándolo al plano jurídico se observa claramente que se trata de decir que no es ninguna de "las partes" de una relación jurídica dada.

El concepto de tercero en general tiene numerosas aplicaciones. Así, sin ánimo de agotar la enumeración, sino de destacar algunas aplicaciones:

a) A efectos de lo dispuesto en el artículo 1.257 del Código Civil, según el cual los contratos sólo surten efecto entre las partes contratantes y sus herederos, no respecto a terceros. El tercero delimita aquí negativamente la eficacia del contrato, que es sólo una relación jurídica entre partes, de efectos personales u obligacionales.

b) Paralelamente, pero en sentido inverso, el tercero sirve para la caracterización de la nota de absolutividad de las relaciones reales. La nota de absolutividad o eficacia *erga omnes* (respecto a terceros) se construye con ese concepto genérico de tercero. El Derecho Real, la relación jurídica real tiene eficacia *erga omnes*. Esos *omnes* son los terceros en general. Es decir, cualquier persona ajena a la relación real, pero que de una u otra forma se pone en contacto con ella.

c) A efectos de la cosa juzgada, es importante recordar que la Sentencia no afecta a terceros, sino sólo a las partes de la relación jurídica procesal, conforme al artículo 1.252 del Código Civil, salvo las especialidades que dicho precepto señala.

d) En Derecho Hipotecario es esencial el concepto de tercero, así como las clases de terceros hipotecarios, y el concepto de relación jurídica nos ayuda para aprehender tal concepto.

Sin ánimo de exponer aquí detenidamente el concepto de tercero hipotecario, he aquí las notas básicas o fundamentales del mismo:

1.^a La nota negativa de no ser parte en una relación jurídica que se ha denominado "relación jurídica determinante", porque es la que se tiene en cuenta para, respecto a ella, considerar al tercero ajeno a la misma. En ella, hay dos partes, ninguna de las cuales es tercero.

(49) MESSINEO *Ob. cit.*, pág. 7.

2.^a La nota positiva de ser el tercero una de las partes de otra relación jurídica distinta de la anterior, que está conexas con ella.

Tenemos, pues, dos relaciones jurídicas: la relación jurídica determinante, en la que el tercero no es parte; y la relación jurídica conexas, en la que el tercero es parte, pero que, como no es la relación determinante, objeto de atención en el caso en concreto, lo importante es destacar la ajenidad del tercero respecto a la otra relación.

3.^a Ha de existir “conexión” entre las dos relaciones jurídicas, es decir, la determinante y la conexas. Así, por ejemplo, si se transmiten distintas participaciones indivisas de una misma finca por distintos transmitentes a diferentes adquirentes, se producen varias relaciones jurídicas, pero no hay la conexión entre las mismas que exige el concepto de tercero, pues se refieren a distintas cuotas indivisas. Para que haya esa conexión ha de tratarse, por ejemplo, del caso de doble venta, en el que hay una relación jurídica determinante —la venta que no se inscribe en el Registro— y una relación jurídica conexas —porque es el mismo objeto vendido y el mismo vendedor—. El comprador de la venta que se inscribe es tercero respecto a la venta que no se inscribe, y no le puede afectar o perjudicar esta venta no inscrita. Naturalmente, a efectos hipotecarios, el tercero sólo lo es el “titular registral”, el que ha inscrito frente al que no ha inscrito, pues la protección de la Ley Hipotecaria sólo tiene lugar respecto a ese tercero.

Ahora bien, una vez puesto el ejemplo general de Derecho Hipotecario, en seguida hay que distinguir una pluralidad de terceros, según las distintas situaciones en que se encuentren. Y la contraposición fundamental, sin entrar ahora en otros supuestos posibles, es la que se hace por numerosos autores, entre el tercero del artículo 32 y el tercero del artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

El tercero del artículo 32 es el tercero que inscribe frente al que no inscribe. Se trata de un supuesto en el que hay una relación jurídica determinante (la primera venta en el tiempo no inscrita), en la que hay dos partes: vendedor y comprador. Hay también una relación jurídica conexas, en la que el mismo vendedor de la anterior y respecto a la misma finca la vende a otro comprador, que inscribe primero. Este último es tercero protegido respecto a la primera relación, porque es ajeno a ella, y según la Ley Hipotecaria no le afecta lo no inscrito. En cambio, los vicios de su propia relación en la que él es parte sí le afectan, conforme el artículo 33 de la Ley Hipotecaria.

El tercero del artículo 34 de la Ley Hipotecaria es el subadquirente ajeno a la nulidad de una relación jurídica precedente. En este caso hay una primera relación jurídica de transmisión de A a B, que son las “partes”

de la “relación jurídica determinante”. Seguidamente hay una segunda relación jurídica conexa con la anterior sobre el mismo bien y sucesiva en el tiempo respecto a la anterior relación, pero que, en lugar de tratarse de una doble venta, es la relación jurídica sucesiva que liga a B —el adquirente de la anterior relación, ahora transmitente—, con T, que es el tercero del artículo 34 por ser un subadquirente. Para completar el supuesto del artículo 34, es necesario suponer que la primera relación jurídica —la relación determinante—, que en el Registro figura como una relación normal, consecuencia de un negocio válido, es objeto posteriormente de una declaración de nulidad o de inexistencia o de anulabilidad o de resolución por causas que no constaban en el Registro y que el tercero ulterior, el subadquirente de la otra relación, ignoraba, y por ello no le perjudica si reúne los demás requisitos del artículo 34.

No es éste el momento de profundizar en esta distinción de terceros, tan discutida en la doctrina hipotecarista, pero sí señalar que el concepto de la relación jurídica y la peculiar posición que uno y otro tercero ocupan respecto a una relación jurídica determinante nos ayuda enormemente a comprobar la diferencia de supuestos entre ambos.

Quede, pues, hecha esta reseña del concepto de “tercero” junto al concepto de “partes” de la relación jurídica.

B) EL OBJETO DE LA RELACIÓN JURÍDICA. LOS BIENES

Se ha dicho con frecuencia que el objeto de la relación jurídica es la “materia social” sobre la que aquélla recae. Así CASTRO y BRAVO dice que “el objeto de relación está constituido por la materia social a que afecta”. Luego, con cierta imprecisión o generalización, señala unos ejemplos de objetos: la familia, el invento, el predio, la deuda, etc.

En el mismo sentido se manifiestan DIEZ PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, al decir: “El objeto de la relación jurídica es la materia social que queda afectada por la relación y, en definitiva, los bienes e intereses a que la misma se refiere”. Y con afán de especificar señalan como objeto de relaciones jurídicas: 1.º Las personas de los restantes sujetos de la relación en sí mismas o en cuanto a sus cualidades personales (por ejemplo, marido y mujer). 2.º La conducta o comportamiento de otras personas en cuanto pueda ser valioso para el titular (por ejemplo, prestaciones de servicios, relaciones de trabajo). 3.º Los bienes económicos, que, a su vez, pueden ser cosas materiales, energías y bienes puramente inmateriales o intelectuales” (50).

(50) DIEZ PICAZO y GULLÓN *Ob. cit.*, tomo I, pág. 178.

También ALBALADEJO alude al objeto de la relación como la “materia social sobre el que la relación versa (el bien de que se trate, los servicios prometidos, los vínculos familiares, etc.)” (51).

Por su parte, LACRUZ dice que el objeto “es la realidad social a que se refiere la relación jurídica. Son, por tanto, objeto de las correspondientes relaciones jurídicas, las cosas apropiables (en sentido amplio), los servicios que un hombre puede prestar a otro, la familia...” (52).

Objeto de la relación jurídica es, en definitiva, aquello sobre lo que recae el haz de facultades, funciones, deberes o cargas que constituye el contenido de la relación jurídica, del que luego nos ocuparemos. Porque una cosa es el contenido (haz de facultades, deberes, etc.) y otra el objeto (objeto de ese contenido). Lo explica muy bien BARBERO: “El objeto puede ser idéntico para diversas relaciones, mientras que el contenido es necesariamente diverso. La misma finca puede ser objeto a un tiempo de propiedad, usufructo y crédito, relaciones que se diferencian precisamente por el contenido: el propietario puede hacer lo que quiera con la finca, el usufructuario habrá de gozarla conforme a su destino, el acreedor no puede pretender sino la actuación del deudor en orden a la entrega” (53).

Para especificar más acerca del objeto, señalaremos los diversos supuestos, según las clases de relaciones:

En el ámbito patrimonial, las relaciones jurídicas reales y las obligacionales tienen por objeto los “bienes”.

Dentro del ámbito patrimonial cabe hacer una serie de ejemplos y distinciones:

- En las relaciones jurídicas reales el objeto son siempre los bienes, y dentro de ellos las cosas corporales (una finca, un bien mueble). La finca o el bien mueble son también objeto del derecho subjetivo de carácter real, pero aquí que estamos tratando de la relación jurídica, nos referimos a la finca cuando se contempla no en la posición estática del poder que tiene el titular del derecho subjetivo sobre ella en abstracto (hacer plantaciones, obras nuevas, disfrutarla, etc.), sino cuando en concreto ese titular se pone en relación con otro titular y se produce una relación jurídica entre ambos cuyo objeto es precisamente esa finca.
- En las relaciones jurídicas de propiedad intelectual e industrial el objeto son los bienes inmateriales que consisten en la creación o el invento, que por ser obras del espíritu se denominan bienes inmateriales. Aquí se contraponen estos bienes inmateriales a las cosas

(51) ALBALADEJO: *Ob. cit.*, pág. 8.

(52) LACRUZ: *Elementos de Derecho Civil*, I, vol. 3.º, 1984, pág. 80.

(53) BARBERO: *Sistema institucional*, I, págs. 204 y sigs.

corporales, sin perjuicio de que la cosa corporal sea el sustento en el que se recoge ese bien inmaterial que es la creación. También aquí advertimos que el autor de un libro o de una película o de un invento no sólo puede contemplarse en abstracto como titular del derecho subjetivo sobre las respectivas creaciones, sino que puede, además, encontrarse en una relación jurídica con otros sujetos por razón de ese objeto. En ese sentido interesan las relaciones jurídicas derivadas de los derechos de propiedad intelectual e industrial.

- En las relaciones jurídicas obligacionales o de crédito, es decir, las relaciones jurídicas entre acreedores y deudores, el objeto es una peculiar clase de “bien”: la prestación. Esta implica una determinada conducta del deudor: dar, hacer o no hacer alguna cosa. Por tanto, en estos casos, el objeto de la relación jurídica es una conducta de una persona, si bien de modo mediato, ha de referirse a una cosa, por lo que tenemos aquí la posibilidad de que la cosa corporal aparezca como objeto de estas relaciones jurídicas, pero siempre como objeto mediato o indirecto, es decir, a través de la prestación o conducta del deudor, a diferencia de lo que ocurre en las relaciones reales. Frente a los autores que alegan que la “conducta humana” no puede ser objeto de relaciones jurídicas, al ser incoercible y escapar, por tanto, del ámbito de poder del titular del sujeto activo, opone LACRUZ que “la incoercibilidad de la conducta no suprime su papel de protagonista en tema de obligaciones jurídicas: aunque incoercible, *es exigible*, y ello le basta para ser objeto del derecho de crédito”. (54).
- En algunas relaciones jurídicas, como las hereditarias, su objeto puede consistir en un patrimonio, la herencia como conjunto de bienes que forman una unidad y sobre el que pesan, en su caso, las deudas. No obstante, hay que advertir que también aquí aparecen de modo mediato las cosas como objetos de una posible relación, al ser elementos del patrimonio. Es más el patrimonio no suele ser útil para explicarlo como objeto de derecho, sino para otros menesteres (responsabilidades, gestión, etc.), pero eso no obsta para que las relaciones hereditarias entre los coherederos de una comunidad hereditaria recaigan sobre la herencia en su conjunto.
- Existen también las relaciones jurídicas de carácter asociativo o societario, no siempre referidas al ámbito patrimonial exclusivamente, en las que el objeto de la relación es lo que algunos autores han denominado “participaciones” (55). “La participación —dice

(54) LACRUZ: *Ob. cit.*, pág. 9.

(55) LACRUZ: *Ob. cit.*, pág. 14.

LACRUZ—(no materializada en un título-valor) de la persona física en una persona jurídica, bien de singular naturaleza con posible mezcla de elementos personales y patrimoniales, no supone ni un derecho sobre las cosas ni la simple pretensión a una conducta, sino una posición distinta y peculiar de integración en un “corpus intelectual”. Aquí, además de derecho subjetivo, se puede hablar también de relación jurídica cuando los socios, los asociados, los miembros de un club, mantienen relaciones jurídicas con otras personas respecto a su participación.

- Actualmente tampoco pueden descartarse como objeto de relaciones jurídicas las energías (electricidad, por ejemplo), que durante largo tiempo habían sido objeto de discusión entre los autores. La doctrina moderna reconoce unánimemente tal posibilidad, aunque no se trate de cosa corporal. La práctica ofrece ejemplos de relaciones jurídicas que tienen por objeto la energía eléctrica. Así, en el contrato de suministro de energía eléctrica, en donde el objeto es la prestación, pero de modo mediato se refiere a la energía eléctrica; y la venta de parcela con derecho a electricidad, en donde este derecho se pacta como cualidad de la cosa vendida.

Fuera ya del ámbito patrimonial, y concretamente en las relaciones jurídicas familiares, el objeto de las mismas no puede decirse que sea simplemente la “familia”, como hemos visto dicen algunos de los autores citados, pues esto constituye una imprecisión. Tampoco podemos admitir que el objeto sean las personas, como también hemos leído anteriormente en algún autor. Para una mayor precisión hay que decir que el objeto lo constituyen las “conductas”, pero no relativas a una prestación, como en el Derecho de Obligaciones, sino a un “comportamiento personal”. En este sentido se manifiesta LACRUZ, que señala que en “el Derecho de familia, las potestades familiares —función, más que derecho subjetivo— atribuyen la posibilidad habitual de imponer, incluso coactivamente, un comportamiento, dentro de una esfera más o menos amplia, a la persona *in postestate* (56).

Por último, pueden también surgir relaciones jurídicas derivadas de los derechos de la personalidad. Estos, en principio, se contemplan como derechos subjetivos, pero pueden producirse relaciones jurídicas como consecuencia de esos derechos. En tales casos el objeto de la relación jurídica, lo mismo que el del derecho subjetivo de la personalidad, ha planteado algunos problemas, pues la propia persona no puede ser a la vez sujeto y objeto de derecho. La solución más adecuada, en nuestra opinión,

(56) LACRUZ: *Ob. cit.*, pág. 14

es la que distingue entre la propia persona (que es el sujeto que se pone en relación con otra persona) y las “cualidades de esa persona” o “atributos personales” (57), que entran dentro del capítulo de los “bienes”, aunque no sean “cosas”. Aunque en principio no cabe tráfico alguno sobre tales bienes, por ser inalienables, hay supuestos excepcionales admitidos por las leyes especiales en que cabe pactar compensaciones económicas con ciertos requisitos y en casos, según queda dicho, excepcionales. Pues bien, en tales supuestos, pueden surgir relaciones jurídicas entre personas derivadas de los “derechos de la personalidad”, en las que el objeto serían los “atributos personales”.

C) EL CONTENIDO DE LA RELACIÓN JURÍDICA

Hemos ya destacado anteriormente la distinción entre el objeto —los bienes, las conductas— y el contenido —haz de facultades, deberes etc.—. Ahora nos ocuparemos especialmente del contenido de la relación jurídica.

DÍEZ PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS han destacado acertadamente lo peculiar del “contenido” de la relación jurídica, al decir que “el contenido de toda relación jurídica” aparece como una “posición jurídica” de los sujetos, que se encuentra compuesta por una “situación de poder” y por una “situación de deber”. Y dentro de la situación de poder, distinguen: los derechos subjetivos, las potestades y las facultades. Y dentro de la situación de deber incluyen también la idea de “responsabilidad”, o sea, la “necesidad de soportar las consecuencias (sanción) que acarrea el incumplimiento del deber jurídico” (58).

Gráficamente señala ALBALADEJO el contenido de la relación jurídica: “El contenido está constituido por la masa de poderes, facultades, deberes, etc., que la relación encierra. Los que pueden ser múltiples (por ejemplo, la relación que nace de la compraventa contiene derechos y deberes recíprocos a favor y en contra del comprador y del vendedor) o únicos (por ejemplo, la relación que genera el préstamo sin interés, sólo contiene a favor del prestamista el derecho a la devolución y a cargo del prestatario el deber de realizarla)” (59).

Y FEDERICO DE CASTRO y BRAVO, entrando ya en la relación entre el derecho subjetivo y la relación jurídica, apunta: “Formando su *contenido*, la situación respectiva en que quedan los distintos sujetos, de preferencia,

(57) LACRUZ: *Ob. cit.*, pág. 16.

(58) DÍEZ PICAZO y GULLÓN: *Ob. cit.*, tomo I, pág. 179.

(59) ALBALADEJO. *Ob. cit.*, tomo I, vol. 2.º, pág. 8.

subordinación, etc., y que se manifiesta en titularidades, derechos subjetivos, facultades y deberes especiales. Cada una de estas figuras jurídicas puede adquirir una cierta independencia, respecto a la situación jurídica básica; en especial, los derechos subjetivos, que a su vez pueden ser considerados como relaciones jurídicas subordinadas" (60). Realmente hay que puntualizar que el derecho subjetivo, o bien constituye el contenido de una relación jurídica, o bien puede contemplarse en abstracto, como ajeno a la idea de relación jurídica (derecho de propiedad). En cambio, no es muy conveniente, para la precisión jurídica, considerarlo como "relación jurídica subordinada".

Por nuestra parte, de acuerdo con el planteamiento de Díez Pícazo y Gullón Ballesteros, creemos que debe diferenciarse, dentro del contenido, la situación de poder o haz de poderes, potestades y facultades, y la situación de deber, o haz de deberes, cargas, responsabilidades.

a) *La situación de poder de la relación jurídica* puede estar constituida por los siguientes elementos:

1.º *Derechos subjetivos*: son poderes concretos, unitarios e independientes, en interés de su titular y a cuya discreción se entrega su ejercicio y defensa. Están constituidos por un conjunto de facultades. Pueden ser objeto de análisis fuera de la relación jurídica, pero también pueden contemplarse como parte del contenido de las relaciones jurídicas. No es éste el momento de estudiar las distintas teorías sobre el derecho subjetivo, sino de destacar que normalmente constituye el lado activo de la relación jurídica como contrapuesto al deber de otra persona o lado pasivo.

FRANCISCO BONET RAMÓN ha destacado acertadamente, siguiendo a FERRARA, la diferenciación entre derecho subjetivo y relación jurídica, diciendo que hay que observar "la distinción entre la relación fundamental, el tronco productor de consecuencias jurídicas y las titularidades singulares que brotan y se destacan como fruto de aquélla". "Piénsese en una relación cualquiera. Por ejemplo, de arrendamiento o de mutuo. Del contrato nace una pluralidad de créditos y pretensiones que si bien tienen todos su fuente común en aquél, sin embargo cada uno goza de una vida independiente y autónoma. El crédito puede nacer inmediata o sucesivamente en el curso del tiempo o por verificarse circunstancias determinadas: créditos de intereses o de alquileres, por reembolso de gastos e indemnizaciones. Aquí se tiene una antítesis entre la relación obligatoria y los derechos singulares que surgen de aquélla" (61).

Y un poco más adelante resalta la diferenciación entre derecho subjetivo y relación jurídica del modo siguiente:

(60) CASTRO Y BRAVO: *Derecho Civil de España*, tomo I, pág. 624.

(61) BONET RAMÓN: *Ob. cit.*, tomo I, pág. 260.

“Pero la distinción entre relación jurídica y derecho subjetivo también resulta evidente, aunque sean distintos los hechos que produzcan el nacimiento, la modificación y extinción del uno y de la otra: Puede la relación jurídica haber nacido y el crédito sólo madurar por el transcurso del tiempo (vencimiento de los intereses), o bien nacer el crédito cuando la relación se extinga (al fin del arrendamiento nace la obligación de restituir). Los singulares derechos de crédito pueden transmitirse a otros, mientras la relación fundamental, como todo, continúa entre las personas que se ha constituido. Y la relación jurídica extinguirse mientras quedan en vigor los derechos nacidos de ella, o bien extinguirse los singulares créditos y sin embargo sobrevivir la relación fundamental. Así, la relación arrendaticia acaba por vencimiento del plazo, resolución, etc., mientras el crédito a los alquileres se extingue por pago, condonación, prescripción, etc.; la relación de *negotiorum gestio* acaba con la muerte del gestor, pero los créditos dependientes son transmisibles a los herederos; la relación jurídica alimenticia se extingue con la muerte del acreedor y el crédito de las singulares pensiones alimenticias con el pago” (62).

2.º *Facultades*; Dentro del derecho subjetivo como poder unitario están las facultades que a su vez constituyen el contenido del derecho subjetivo, y por ello, mediatamente, a través de él, forman también parte del contenido de la relación jurídica. La característica fundamental de las facultades es que carecen de autonomía, al formar parte del derecho subjetivo, con la consecuencia práctica de que la prescripción extintiva no se da en relación con una de las facultades, sino que lo que prescribe es el derecho subjetivo en su conjunto y por ello, con todas las facultades que lo integran. No importa, pues, que no se use durante cierto tiempo una de las facultades, siempre que el derecho se ejercite a través de las otras.

3.º *Derechos potestativos*: Son una figura especial que también puede formar parte del contenido de determinadas relaciones jurídicas. El mal trato de que ha sido objeto esta figura jurídica nos inclina a extendernos en unas consideraciones sobre la misma.

La pandectística alemana ideó esta figura jurídica porque había una serie de poderes jurídicos que no encajaban en las clasificaciones clásicas de derechos subjetivos. Fue ZITELMANN el que construyó el concepto, denominándolos “derechos potestativos” o del “poder jurídico”, porque como veremos son poderes previos e independientes del derecho subjetivo. SECKEL en 1903 empleó la denominación de “derechos de formación” quizá pensando que con ellos se pretende la formación ulterior de un derecho subjetivo definitivo. HELLVIG habla de “derechos a la modifica-

(62) BONET RAMÓN: *Ob. cit.*, pág. 260.

ción”, pensando, puede ser, en una de las clases de derechos potestativos que tienden a la modificación de una relación jurídica anterior. BEKKER alude a “derechos negativos”, lo que se aviene sólo con una clase de tales derechos potestativos, los que tienden a la extinción de una relación jurídica (63).

Las distintas posiciones de los autores, no ya sólo en cuanto a denominación, sino en cuanto al contenido de los derechos potestativos, aunque muestra algunos puntos comunes de encuentro, da lugar a divergencias en la enumeración de tales derechos, lo que ha permitido a otros hacer a esta figura jurídica objeto de feroces críticas. Así, por ejemplo, se manifiesta FEDERICO DE CASTRO, que influye en la doctrina española posterior.

FEDERICO DE CASTRO, después de hacer una crítica dura y no del todo convincente sobre los derechos potestativos, deja una puerta abierta al final a los derechos potestativos, “si no fuera —dice— por el peligro de incurrir en antiguas o nuevas confusiones”, centrando la esencia de los derechos potestativos en consistir en “poderes jurídicos consistentes en la posibilidad de crear, modificar o extinguir una situación jurídica”, sin percatarse de que ese era el concepto de derechos potestativos en la doctrina, y que lo único a resolver era señalar los supuestos de derechos potestativos y la utilidad práctica de tal figura, cosa que CASTRO no señala.

Por nuestra parte, entendemos que los caracteres típicos de los derechos potestativos son los siguientes:

- Son poderes concedidos con independencia del derecho subjetivo al que tienden o al que se refieren. En su virtud se puede, efectivamente, crear, modificar o extinguir un derecho subjetivo y a veces, incluso, una relación jurídica (impugnación de la filiación).
- Son poderes previos al futuro y definitivo poder en que consiste el derecho subjetivo. Son una etapa previa al derecho subjetivo propiamente dicho. En tal sentido es adecuado hablar de “derechos de formación”.
- Suelen concederse a voluntad del titular, en el sentido de que puede ejercitarlos en sentido positivo o negativo, es decir, en un sentido o en el sentido inverso. Pueden o no ejercitarse. En este carácter alternativo se observa como adecuado la denominación “derechos potestativos”.
- Son poderes que, por sus especiales características, han de concederse con carácter provisional, por lo que en ellos se da la nota de

(63) Citas de ZITELMANN, SECKEL y HELLVIG en ENNECCERUS, tomo I, pág. 295, y de BEKKER en CASTRO y BRAVO, tomo I, pág. 673.

la caducidad. Son derechos que nacen con la vida limitada, con un plazo fatal que terminará automáticamente, lo que es de esencia de la caducidad, a diferencia de la prescripción.

- Son poderes que se ejercitan mediante una declaración de voluntad unilateral y recepticia dirigida a otra persona.

En cuanto a los supuestos de derechos potestativos, podemos distinguir los constitutivos, los modificativos y los extintivos.

Son constitutivos, los poderes dirigidos a la constitución de un derecho subjetivo. Tradicionalmente se han venido incluyendo en este grupo las titularidades de adquisición, como son los derechos de tanteo, retracto y opción. Ahora bien, actualmente, esta clase de derechos, aunque conserva las notas típicas de los derechos potestativos, han sido tipificados por la doctrina y por la legislación y jurisprudencia como verdaderos derechos reales, por lo que han de excluirse el concepto de derechos potestativos en sentido propio. Pueden citarse, en cambio, otros ejemplos: el *ius delationis*, o derecho de hacerse heredero aceptando la herencia, aunque también cabe inclinarse por la renuncia. Se trata del derecho de aceptar o repudiar la herencia. El heredero puede pedir al Juez que se ponga un plazo para que se decida el que esté en esa situación alternativa. Otro supuesto: el derecho de aceptar una oferta de contrato. Y también el derecho a exigir la constitución de una servidumbre de paso.

Son modificativos, entre otros, el derecho a elegir en una obligación alternativa. Aquí existe un derecho de obligación propiamente dicho, pero incrustado en él existe el previo derecho potestativo de concretar ese derecho de obligación. Concreción que es modificación.

También es modificativo el derecho a poner en mora al deudor en virtud de un requerimiento.

Son derechos potestativos extintivos las facultades de impugnación, rescisión o revocación de una relación jurídica. En el supuesto de revocación de donaciones, el donante ya no tiene derecho subjetivo porque ha donado, pero sigue teniendo el poder de revocar la donación por causa de ingratitud, por supervivencia o superveniencia de hijos o por incumplimiento de las cargas impuestas al donatario. Otro supuesto son las acciones de impugnación o facultad para impugnar la validez de un contrato, del matrimonio o de la filiación matrimonial o extramatrimonial. Todos estos poderes repercuten decididamente en una relación jurídica previa.

4.º *Potestades*: En la relación jurídica no siempre es factible hablar de derechos subjetivos en la situación jurídica de poder. Así, por ejemplo, en las relaciones jurídicas familiares predomina en el lado activo la idea de “potestad” como algo diferente del derecho subjetivo. Aquí no se trata ya

del ejercicio y defensa del derecho subjetivo por su titular. Por una parte no se trata exclusivamente de un “poder”, sino de un “poder-deber”, y más concretamente de una función. En una relación jurídica familiar entre padres e hijos o entre tutor e incapacitado no puede hablarse ya actualmente de un derecho subjetivo del padre o del tutor, sino que, dentro de esas relaciones jurídicas, existe lo que se ha denominado “potestad”, “función” y a veces “cargo u oficio de derecho privado”.

En este sentido, dice LACRUZ lo siguiente: “La potestad es un poder jurídico de tal naturaleza que la autoridad que comporta se usa, no al arbitrio de su titular, sino para cumplir ciertas finalidades en interés o beneficio ajeno, y entonces *debe* ser ejercitada cuando el caso lo requiera. Por ejemplo, la patria potestad o la potestad tutelar, y, aun con distintos caracteres, ocurre también en la ejecución disposiciones a causa de muerte (albaceazgo). La potestad comporta, por ende, tanto un poder como un deber” (64).

Y Díez Pícazo y Gullón Ballesteros explican las “potestades” del siguiente modo: “potestades, que son poderes jurídicos que se atribuyen a la persona no para que ésta realice mediante ellos sus propios intereses, sino para la defensa de los intereses de otras personas, de suerte que su ejercicio y su defensa no son libres y arbitrarios, sino que vienen impuestos en función de los intereses a cuyo servicio se encuentran (por ejemplo, potestad paterna)” (65).

5.º *Expectativas*: A veces, el lado activo no consiste en un poder ni en una potestad, sino en un estadio previo al futuro derecho. Esto se explica porque el nacimiento de un derecho puede requerir la existencia de varios hechos sucesivos o de uno solo. Cuando sólo se ha dado uno y faltan más requisitos se habla por una gran parte de la doctrina de “expectativa”, si bien otros autores, como FEDERICO DE CASTRO, prefieren utilizar otra terminología, como la ya citada de “situaciones jurídicas interinas” y de “pendencia”.

Sin despreciar estas últimas denominaciones, no parece prudente excluir un término tan clásico en la doctrina como es el de las “expectativas”.

Para explicar las expectativas hay que tener en cuenta que entre el ser y el no ser, entre el día y la noche, entre la nada y el derecho existen situaciones intermedias, que cuando alcanzan a tener un rango jurídico, dentro de la relación jurídica, cabe denominar expectativas, frente a las meras esperanzas extrajurídicas. La mera esperanza se produce cuando no ha tenido lugar ningún requisito del supuesto de hecho. En ese caso no existe relación jurídica, porque no existe nada jurídicamente, aunque psi-

(64) LACRUZ: *Ob. cit.*, pág. 87.

(65) Díez Pícazo y Gullón: *Ob. cit.*, tomo I, pág. 179.

cológica o sociológicamente exista algo. La herencia antes del fallecimiento, en el sistema del Código Civil, da lugar a una mera esperanza y no a una expectativa.

Tomando las “expectativas” en un sentido muy amplio, comprensivo de ciertos supuestos en que ya hay derecho, pero en situación especial, cabe considerar tres grupos de expectativas, siguiendo aquí a ALBALA-DEJO (66):

- Derechos a término: el derecho ya se tiene, pero no puede ejercitarse hasta que llegue el plazo previsto. Antes de ese momento se tiene un poder, que es ya derecho subjetivo, pero su ejercicio se encuentra en situación de “expectativa”.
- Expectativas de derecho en sentido propio y estricto: el derecho aún no nació por falta de realización de algún requisito, pero por haberse producido ya algunos de los sucesos que lo generarán, el Ordenamiento admite una situación jurídica en la que se protege al futuro adquirente eventual. Es el supuesto de los derechos sometidos a condición suspensiva. Caben relaciones jurídicas en esta situación de expectativa o de pendencia, si bien hay que recordar, en derecho de sucesiones, la famosa polémica acerca de la contradicción entre los artículos 759 y 799 del Código Civil, en relación con la transmisibilidad o no de los derechos condicionales.
- Derechos existentes, pero sin titular definitivo: Como el titular es esencial para la existencia del derecho subjetivo, puede hablarse en estos casos de expectativa en el sentido de situación jurídica interina en que queda pendiente la determinación definitiva del titular, y por ello, hasta que exista el sujeto, se está ante una situación de expectativa.

5.º *Las acciones*: Constituyen también un poder que representa la posibilidad de acudir a los Tribunales en defensa de un derecho subjetivo que ha sido violado o se teme vaya a serlo.

Cada derecho subjetivo tiene su acción correspondiente o varias acciones dentro de un mismo derecho subjetivo. Esa relación que tienen con el derecho subjetivo ha permitido configurar las acciones, según una buena parte de la doctrina, como contenido del derecho subjetivo, al lado o como manifestación de las facultades, y por tanto, como posible contenido también de una relación jurídica civil, en la que esté inmersa un derecho subjetivo. Incluso, llegando a más, se ha considerado a veces como el mismo derecho subjetivo pero “en pie de guerra” o elevado a la segunda potencia.

(66) *Ob cit.*, tomo I, vol. II, págs. 37 a 39.

Sin embargo, los procesalistas han profundizado enormemente en la naturaleza de la acción, llegando a la diferenciación de la acción respecto al derecho subjetivo. Así, se dice que en el derecho subjetivo hay un poder respecto a otra persona o a cualesquiera otras personas. Y en cambio, en la acción existe una relación jurídica *procesal*, en la que uno de los polos es el Tribunal o Juez, al que el actor le pide una Sentencia favorable. Por otro lado, se advierte también que cuando se ejercita una acción, puede existir o no el derecho subjetivo. La relación jurídica procesal se constituye en todo caso, aunque luego se declare por el Juez que no existe el derecho subjetivo. También se ha dicho que hay derechos sin acción y acciones sin derecho.

La distanciación entre acción y derecho subjetivo en el campo procesal llega a más todavía desde la perspectiva de JAIME GUASP, que introduce la idea de “pretensión procesal”, que es una figura muy diferente del derecho subjetivo, ya que lo que se pide en ella es una declaración o manifestación de voluntad del Tribunal.

Aun reconociendo la especialidad del concepto de acción, que da lugar, en definitiva, al Derecho Procesal y a una nueva clase de relación jurídica, la procesal, como distinta de la civil, no debieran separarse tanto los conceptos de acción y de derecho subjetivo, ni tampoco los conceptos de relación jurídica civil y relación jurídica procesal. Así, en la definición de derecho subjetivo aparece como nota esencial la idea de ejercicio y *defensa* a voluntad del titular, lo que enlaza el concepto de derecho subjetivo con el de acción. Por otra parte, una acción sin derecho fracasará inevitablemente, por lo que, aunque inicialmente exista como tal acción, estaría condenada al fracaso. En fin, en la clasificación fundamental de las acciones se tiene muy en cuenta el derecho subjetivo en cuestión. Así, la distinción entre acciones personales y reales tiene su base en la distinción entre derechos personales y reales. Pero, viceversa también: no puede prescindirse de la distinción entre derechos reales y personales porque se manifiesta en el derecho positivo en la diferenciación de acciones, personales y reales, que amparan a unos y a otros, respectivamente.

Por eso, hemos considerado adecuado tratar de este grupo especial de poderes que representan las acciones, dentro de una relación jurídica, aunque el campo propicio de las mismas sea la relación jurídica procesal.

b) La situación de deber en la relación jurídica.—Además de los distintos poderes que integran el lado activo de la relación jurídica, existe también el lado pasivo de la misma, dentro del cual cabe hablar de deberes propiamente dichos, pero también de cargas. Una última alusión haremos a los efectos reflejos de las normas.

- Por lo que se refiere a los deberes propiamente dichos, el deber suele aparecer en la relación jurídica como contrapartida o lado pasivo respecto al derecho subjetivo. Ahora bien, hay derechos subjetivos en los que el deber se manifiesta de modo genérico, como un deber general de respeto del derecho por parte de la humanidad entera. Se trata de los derechos reales. En estos casos, más que de deber, cabría hablar de otro concepto que emplea MESSINEO: el de sujeción. Veamos lo que nos dice este autor, a este respecto: “Con referencia al binomio que acabamos de delinear, de derecho subjetivo y deber, característicos de la relación jurídica y que constituye el aspecto complementario de la noción de relación jurídica, que acabamos de fijar, sobre la base de los elementos subjetivos (sujeto activo y sujeto pasivo) de que consta la relación, se ha puesto de relieve —recientemente— que existen derechos subjetivos a los cuales no corresponden deberes, como en los casos del derecho potestativo y del derecho absoluto. Pero se puede replicar —continúa diciendo MESSINEO— que, en ambos casos, si falta el deber jurídico, se encuentra, en lugar de él, una cosa análoga, como es la sujeción o el sometimiento y, por consiguiente, existen siempre los dos términos lógicos de la relación jurídica”. “Por tanto, basta que la noción corriente de relación jurídica se modifique en el sentido de que, *por lo regular*, la relación jurídica da lugar al nacimiento de un correspondiente deber; y es concebible también que, de la relación jurídica, nazcan un derecho subjetivo y una correspondiente sujeción (en lugar de un deber)” (67).

Por nuestra parte, estamos de acuerdo con MESSINEO en que, tratándose de derechos reales, cabe hablar más de sujeción *erga omnes* que de “deber” en sentido específico. Ahora bien, ya hemos dicho anteriormente que no somos partidarios de configurar esa sujeción genérica universal de la sociedad entera como uno de los polos de la relación jurídica, que ha de ser concebida como algo más concreto para que tenga utilidad. Por ello, en esos supuestos, defendemos la posibilidad de hablar de derecho subjetivo, el derecho real susceptible de respeto por todo el mundo, pero no de relación jurídica mientras no se produzca una conexión concreta entre dos personas, más cerca de esa mera sujeción universal de respeto.

- Desde otra perspectiva, el deber aparece no ya como contrapuesto al polo activo del derecho subjetivo, sino como integrado en el poder formando una unidad con el mismo. Cuando esos deberes llegan a ser esenciales desvirtúan la idea de poder y estamos en la

(67) MESSINEO: *Ob. cit.*, pág. 4.

potestad o en la función de la que nos hemos ocupado con anterioridad. Cuando tales deberes integrados en el lado activo no llegan a neutralizar la idea de poder, puede seguirse hablando de derecho subjetivo, pero que lleva inherente una serie de deberes. No por conocido debe dejar de ser citado en este sentido los deberes urbanísticos y agrarios a que da lugar la propiedad, lo que puede implicar a su vez una serie de relaciones jurídicas urbanísticas y agrarias de carácter real. Otras veces se trata de deberes propiamente civiles integrados en el polo del poder, como complemento del mismo (ejemplo: obligaciones del usufructuario).

- Junto al deber está el concepto o elemento de la “responsabilidad”. Ya hemos señalado la opinión de Díez Pícazo y Gullón en este punto, al incluir la responsabilidad dentro del contenido de la relación jurídica. “Se dice que el deudor responde con sus bienes del cumplimiento de sus obligaciones (por ejemplo, art. 1.911 del Código Civil), pero también se es responsable de los daños y perjuicios que el incumplimiento puede acarrear (art. 1.101 del Código Civil)” (68).
- En otras ocasiones en el lado pasivo de la relación jurídica existen “cargas” y no “deberes”. A diferencia del deber, cuyo incumplimiento da lugar a una sanción del Derecho, consistente en obtener el cumplimiento forzoso o una indemnización de daños y perjuicios, “la carga” supone la necesidad de hacer algo para poder tener el derecho. El incumplimiento de la carga no implica sanción ni a que se obligue al cumplimiento de la misma. Lo que ocurre simplemente es que no se tiene entonces la ventaja jurídica correspondiente. El concepto de “carga” se debe fundamentalmente a Carnelutti, que lo aplicó al Derecho Procesal. Efectivamente, es en la relación jurídica procesal donde tiene cabida la llamada “carga de la prueba”. Nadie está obligado a probar, en el sentido de “deber”. Pero si aquel a quien corresponde probar, porque tiene la carga de la prueba, no lo hace, puede perder el derecho. Pero el concepto de carga ha salido ya del campo del Derecho Procesal y puede aplicarse a numerosas figuras jurídicas. Por ejemplo, existe la obligación de edificar las fincas incluidas en el Registro Municipal de Solares, y ello constituye una carga, pues si se incumple no se obliga a edificar, sino al sometimiento a un expediente administrativo, que da lugar a la enajenación de la finca en subasta pública. En las relaciones jurídicas civiles propiamente dichas existen también figuras próximas a la carga, como son las llamadas “obligaciones

(68) Díez Pícazo y Gullón: *Ob. cit.*, tomo I, pág. 180.

propter rem”, de las que se puede liberar el titular abandonando el derecho.

- Hay por último los llamados “efectos reflejos de las normas”, en donde existe una obligación de cumplir una normativa, pero no existe ningún derecho subjetivo concreto por parte de ningún particular que le pueda llevar a exigir directamente el cumplimiento de tales obligaciones. Así, por ejemplo, se deben cumplir las normas de tráfico, pero en principio, mientras no se vea una persona directamente dañada, no puede exigir ante los Tribunales que un infractor responda de aquel incumplimiento. Quien puede pretender el cumplimiento de tal normativa es la propia Administración y no el particular. Lo que sí cabe es utilizar la vía de denuncia para que la Administración se ponga en movimiento respecto al incumplidor, aparte de solicitar judicialmente la indemnización pertinente si es que se producen daños concretos a un particular. En todo caso, no existen aquí relaciones jurídicas entre particulares, pero la referencia a los “efectos reflejos de las normas” a propósito de la relación jurídica interesa para destacar esa inexistencia de relación jurídica entre particulares, y también la existencia de posible relación jurídica entre un particular y la Administración, en casos de incumplimiento.

X. CLASES DE RELACIONES JURIDICAS

Las dos clasificaciones fundamentales de las relaciones jurídicas se hacen atendiendo a los siguientes criterios: *a)* A los principios organizadores que inspiran a cada una resultante de la normativa concreta que las regula; *b)* A las conexiones entre sí de las relaciones jurídicas, o sea, “a la relación de las relaciones jurídicas”.

A) CLASIFICACIÓN ATENDIENDO A LOS PRINCIPIOS ORGANIZADORES Y NORMATIVA REGULADORA

Desde esta perspectiva, en las distintas ramas del Derecho existen las específicas relaciones jurídicas correspondientes: relación jurídica privada, relación jurídica administrativa, procesal, tributaria, laboral, de Derecho Internacional Privado, etc.

En cualquier caso, no creemos adecuado que se tome la relación jurídica como criterio clasificador del Derecho, a pesar de su omnipresencia y de la especialidad de cada relación. El concepto de relación jurídica no

abarca todos los rincones del Derecho. Es mejor partir de la sistemática resultante de las distintas instituciones, sin perjuicio de que luego dentro de ellas puedan encontrarse numerosas relaciones jurídicas. Pero puede haber supuestos en que cabrá hablar de “derechos” o de “cualidades” y no de relaciones jurídicas (así, al tratar de la capacidad, estado civil, etc.).

En cualquier caso, hay unas distinciones fundamentales que conviene resaltar.

Así, en primer lugar, la diferenciación entre relaciones jurídicas públicas y relaciones jurídicas privadas.

Las relaciones jurídicas públicas son aquellas que están ordenadas bajo el principio o idea de que uno de los sujetos o ambos son un ente público, cuya posición en la relación jurídica es de “imperium” respecto al otro sujeto. Aunque aquí se podría reproducir toda la discusión y teorías sobre la distinción entre Derecho Público y Derecho Privado, a efectos de distinguir las relaciones jurídicas, podemos partir de este criterio definidor. Ya hemos visto cómo en la vida real es muy importante diferenciar las relaciones jurídicas públicas de las privadas, pues en un supuesto concreto de la realidad pueden venir entremezcladas relaciones públicas y privadas, y es labor del jurista saber diferenciar unas y otras para aplicar la normativa correspondiente a cada una. Expusimos al principio el caso de las urbanizaciones como institución en la que confluyen los dos tipos de relaciones jurídicas, que hay que tratar de distinguir para evitar confusiones.

Las relaciones jurídicas privadas son las que se dan entre particulares, o apareciendo la Administración como un particular, fuera de su posición de “imperium” —aunque entonces tiene también especiales matices la relación jurídica.

Dentro de las relaciones jurídicas privadas hay que distinguir las que se estudian en las distintas ramas del Derecho. Ciñéndonos al Derecho Civil y dejando ahora el Derecho Mercantil, cabe resaltar unas ideas generales de las siguientes:

a) *Relaciones jurídicas familiares.*—Se dan respecto a instituciones de Derecho de Familia cuando están en conexión dos o más personas. Las más características son las relaciones jurídicas familiares de carácter personal, cabiendo enumerar las siguientes, como más significativas: las relaciones jurídicas matrimoniales entre marido y mujer, las relaciones jurídicas derivadas de la filiación y de la patria potestad y las relaciones jurídicas derivadas de la tutela.

Todas estas relaciones jurídicas se dan entre personas particulares, con carácter privado y para resolver problemas privados, por lo que han de ser incluidas dentro del Derecho Privado. Las relaciones jurídicas familiares

—entre personas de la familia y no en relación con la Administración— permiten comprobar cómo el Derecho de Familia no puede considerarse como una rama de Derecho Público, ni siquiera, como pretendía ANTONIO CÍCU, una rama afín aproxima al Derecho Público. Cuestión diferente es que en los temas familiares esté siempre latente la idea de interés público, e incluso, en ocasiones, la de orden público, pues todo ello no obsta para caracterizar las relaciones como privadas, tanto por los sujetos que intervienen como por su contenido.

Como características de las relaciones jurídicas familiares están las siguientes:

1.^a El contenido ético de las mismas. Dice LACRUZ que “dada la explicada connaturalidad del hecho familiar con la especie humana, se comprende que la más íntima y radical regulación de aquél sea moral (religiosa o social): un conjunto de reglas éticas que luego el Derecho transforma en jurídicas hasta donde ello es posible y conveniente. Esto explica —dice RUGGIERO— “el fenómeno peculiar en el Derecho de familia, de haber preceptos sin sanción o con sanción atenuada, obligaciones incoercibles, porque el Derecho o es por sí mismo incapaz de provocar mediante la coerción la observancia de dichos preceptos o cree más conveniente confiar su observancia al sentimiento ético, a la costumbre, a otras fuerzas que actúan en el ambiente social” (69).

2.^a Más limitada autonomía de la voluntad. Dice PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS que “la trascendencia que el régimen de la familia tiene para la persona (para el libre desarrollo de la personalidad, para su estado civil) y para la sociedad (interesa una familia estable, organizada conforme a principios éticos del modo que mejor sirva a la persona y el orden social), determina que muchas de sus normas tengan carácter imperativo. Más aún, que muchas de sus normas constituyan principios fundamentales integrantes del orden público nacional” (70).

3.^a La importancia de las “potestades”. Antes hemos visto como posible contenido de las relaciones jurídicas la figura de la “potestad”, como algo diferente al derecho subjetivo, porque en ella hay una integración del poder y del deber y una característica de “función”. Pues bien, estas potestades hacen su aparición especialmente en las relaciones jurídicas familiares.

Aparte de las relaciones jurídicas familiares de carácter personal existen otras en que, sin perjuicio de la influencia latente del aspecto personal,

(69) LACRUZ: “Derecho de Familia”, dentro de *Elementos de Derecho Civil*, IV, fascículo I, pág. 16, año 1982.

(70) PEÑA: *Derecho de Familia*, 1989, pág. 23.

inciden en el campo patrimonial. Es lo que SAVIGNY denominó el “Derecho de Familia Aplicado”. Se trata de las relaciones derivadas de los regímenes económicos del matrimonio, y en ellas cabe un mayor ámbito de la autonomía de la voluntad.

b) *Relaciones jurídicas obligacionales.*— Dentro del Derecho de Obligaciones, en pleno campo patrimonial, aparecen estas relaciones jurídicas entre acreedor y deudor que están ligados por uno o varios vínculos, que llevan consigo un haz de derechos y de obligaciones o deberes.

Característica fundamental de estas relaciones obligacionales es que tienen sus efectos exclusivamente entre las partes de la relación, sin que puedan afectar a tercero (art. 1.257 Código Civil); que se admite ampliamente la autonomía de la voluntad en cuanto a la creación y contenido de las mismas, con los límites señalados en el artículo 1.255 del Código Civil, y que tienen sus reglas especiales en cuanto a fuentes, elementos y vicisitudes de tales relaciones, que las hacen totalmente diferentes de las relaciones jurídicas reales.

En relación con las relaciones jurídicas obligatorias consideramos muy interesantes las aportaciones de LUIS DÍEZ PÍCAZO en un antiguo trabajo titulado precisamente “El contenido de la relación obligatoria” (71). Dice DÍEZ PÍCAZO que “la relación obligatoria es la total relación jurídica que liga a los sujetos para la realización de una determinada función económica o social en torno a un interés protegido por el ordenamiento jurídico”. “La relación obligatoria se define como una relación jurídica establecida entre dos personas y dirigida a que una de ellas obtenga determinados bienes o servicios mediante la cooperación de la otra o al intercambio de dichos bienes y servicios mediante una recíproca cooperación” (72).

Concibe la relación obligatoria como diferente del vínculo jurídico entre acreedor y deudor, pues el vínculo es uno de los elementos de la relación y, además, “dentro de una única relación obligatoria puede existir una pluralidad de vínculos jurídicos”. “El ejemplo más claro será, seguramente, el de las llamadas obligaciones sinalagmáticas, donde hay siempre dos vínculos jurídicos ligados entre sí por un nexo genérico y funcional de corresponsividad (73).

Respecto al contenido de las relaciones obligatorias, distingue entre la situación jurídica de crédito y la situación jurídica de deuda.

La situación jurídica de crédito no sólo lleva consigo el derecho subjetivo del acreedor de exigir la prestación, porque “es una situación de poder unitaria y objetivada, en la cual confluye un haz de facultades de

(71) DÍEZ PÍCAZO: *Anuario de Derecho Civil*, 1964, págs. 349 y sigs.

(72) *Ob. cit.*, pág. 350.

(73) *Ob. cit.*, págs. 350 y 351.

que es titular el acreedor" (pág. 353). Por ejemplo, facultades de determinación de la prestación (art. 1.132), la facultad de rehusar pagos defectuosos (arts. 1.157 y sigs.), la facultad de transformar al deudor en deudor moroso mediante una interpelación o una denuncia (art. 1.100), las facultades de disposición del crédito, las de mera conservación y de tutela preventiva del crédito, etc. (74).

Además, en la situación jurídica de crédito no sólo hay facultades, sino también "cargas". Existe una carga de cooperación y de información en determinados supuestos. El asegurado, que es acreedor de la indemnización para reclamarla, tiene que poner en conocimiento del asegurador la producción del daño dentro de un período razonable y, si no lo hace así, pierde su derecho de crédito (75).

En cuanto a la situación jurídica de deuda, dentro de la relación obligatoria hay efectivamente una situación de "deber jurídico", y no sólo una cuestión de responsabilidad, como algunos autores pretenden, pero, en todo caso, además, del deber principal, existe toda una serie de "deberes accesorios". Unos son impuestos directamente por la ley (el obligado a dar una cosa lo está también a conservarla con la diligencia propia de un buen padre de familia: art. 1.094 CC); y otros son de origen convencional; aparte, están los deberes originados por el uso de los negocios, en virtud del artículo 1.258 CC (76).

La distinción entre deberes principales y accesorios es fundamental a efectos de las consecuencias del incumplimiento, pues, mientras el incumplimiento del deber principal es un verdadero incumplimiento, el de los deberes accesorios puede ser considerado como "cumplimiento defectuoso", que es de distintas consecuencias jurídicas.

Aparte de los deberes, sean principales o accesorios, en la situación jurídica de deuda puede haber también otros contenidos derivados de la configuración de la relación jurídica como "una relación vital" o de "contacto social" (77). Dentro de este contenido estarían los deberes de consideración, ayuda, respeto, lealtad, etc., que son muy típicos en las relaciones laborales entre trabajador y empresario y en otras relaciones jurídicas como las de los socios.

c) *Relaciones jurídicas reales*.— Son aquellas que se dan entre titulares por razón de una cosa. Propiamente podría decirse, con mayor preci-

(74) *Ob. cit.*, pág. 354.

(75) *Ob. cit.*, pág. 358.

(76) *Ob. cit.*, pág. 362.

(77) Díez PICAZO: siguiendo a SIEBERT, *ob. cit.*, pág. 364.

sión, que son las que se dan entre titulares de derechos reales sobre las cosas.

A veces, los autores no precisan suficientemente este punto y confunden los derechos reales, que son derechos subjetivos, con las relaciones jurídicas reales. El derecho real es un poder inmediato y directo de una persona sobre una cosa. Ahora bien, esto no es relación jurídica, según hemos dicho a lo largo de este estudio, ni siquiera interpretando que la relación es entre el titular y la humanidad entera como sujeto pasivo universal. Las relaciones jurídicas son sólo entre personas determinadas o susceptibles de determinación, pero no entre una persona y una cosa, ni tampoco entre una persona y la humanidad entera. Para que, dentro de la parte de “derechos reales”, podamos hablar de “relaciones jurídicas reales”, ha de haber dos o más personas que se pongan en relación, y esto sólo ocurre cuando el titular del derecho real sobre una cosa se pone en contacto con otros titulares sobre esa misma cosa o sobre otras cosas relacionadas con aquélla. Ello ocurre en numerosos supuestos dentro de esta parte del Derecho Civil, que son los derechos reales, pero con ello no se agota el estudio de esta parte, cuyo contenido es el de una serie de “instituciones jurídicas”, dentro de las cuales cabe examinar los derechos reales y las relaciones jurídicas reales. A veces, el derecho subjetivo aparecerá como contenido de una relación jurídica real. Pero en otras ocasiones el derecho real ha de ser objeto de examen desde perspectiva diferente, como tal derecho real sobre la cosa, fuera de toda conexión concreta con otras personas (derecho de propiedad y facultades del propietario). En cambio, en numerosas ocasiones aparecerán las relaciones jurídicas reales entre personas concretas dentro de la parte de los “derechos reales”.

Así, son características las relaciones jurídicas de vecindad. Ciertamente éstas pueden tener contenido real u obligacional, según la clase de ellas en que consistan, pues son muy variadas. Pero las más típicas son las relaciones jurídicas de vecindad de carácter real, entre propietarios colindantes. Otro tipo de relaciones jurídicas reales son las relaciones entre copropietarios de una cosa común en comunidad romana o germánica y entre los diferentes propietarios de pisos de un edificio en régimen de propiedad horizontal. También existen las relaciones jurídicas reales entre usufructuario y nudo propietario, así como las que se dan entre propietarios de los predios dominante y sirviente en caso de servidumbre, o entre el titular del censo y del dominio gravado con él, entre concedente y superficiario, entre el deudor y el acreedor hipotecario, pignoraticio o anticrético y entre el titular de un derecho de adquisición preferente y el propietario.

Cabe también hablar de “relación jurídica real” en el supuesto de transmisión de una finca o derecho, entre transmitente y adquirente, si la

situación en que se encuentran no es la de camino o meramente obligacional en virtud de un contrato, pues entonces sería relación obligacional, sino en una situación en que ya se ha producido el “modo” de adquisición del derecho real, es decir, la tradición. En tal caso, la relación que liga a ambos no sólo deriva del contrato (relación obligacional), sino de un modo (relación real), y según la perspectiva que se quiera estudiar habrá que atender al aspecto de relación obligacional o de relación real.

En todos los casos que acabamos de citar de relaciones jurídicas reales hay que tener en cuenta que su característica fundamental es que tienen trascendencia *erga omnes*, en que se producen como consecuencia de los poderes sobre una cosa, que existe también un posible contenido de obligaciones accesorias del contenido “real” (ejemplo: obligaciones del usufructuario, de los titulares de los predios dominante y sirviente), y que en cuanto al contenido y creación de tales relaciones suelen predominar aspectos de “orden público”, al trascender más allá de las dos partes. No obstante, cabe también la autonomía de la voluntad en la creación y configuración del contenido de las relaciones reales en base a la teoría del *numerus apertus*, siempre que se respeten los caracteres intrínsecos de inmediatividad y absolutividad de toda relación real, así como el principio de especialidad o determinación que ha de inspirar la creación de nuevas relaciones jurídicas reales inmobiliarias, precisando bien el contenido de las mismas, para evitar situaciones ambiguas, vagas o imprecisas, conforme a reiterada jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

d) *Relaciones jurídicas de cooperación.*— Aunque un buen número de esta clase de relaciones jurídicas son también relaciones obligacionales, y no sólo de cooperación (contrato de sociedad), tienen en todo caso la especialidad de que en ellas las partes no siempre aparecen en situación bilateral de contraposición, sino en situación jurídica de “plurilateralidad” y buscando una colaboración y un fin común. Por otra parte, son relaciones jurídicas en que debe diferenciarse las relaciones entre los socios, las relaciones de los socios con la sociedad y las relaciones de la sociedad con terceros.

Además, dentro de esta clase de relaciones jurídicas están también las que salen ya del ámbito patrimonial estricto, como son las derivadas de una asociación, de los asociados entre sí y con la sociedad y aparte de ello, con terceros.

e) *Relaciones jurídicas sucesorias.*— Los autores no incluyen este importante grupo de relaciones en sus clasificaciones. No las hemos visto citadas en ninguno de los autores y, sin embargo consideramos fundamental aludir a las mismas, aunque el Derecho de Sucesiones no se agote ni

mucho menos en el estudio de las relaciones sucesorias, al existir un sin número de instituciones en que no se plantea propiamente una relación jurídica, al menos de momento (testamentos).

Pero, en cualquier caso, la relación jurídica interesa enormemente en el Derecho de Sucesiones.

En primer lugar, estamos en supuestos en que el fallecimiento de una persona que se supone parte activa o pasiva en relaciones jurídicas, sus herederos pasan a ocupar el mismo lugar que tenía el causante en esas relaciones jurídicas. Este es precisamente el fenómeno de la sucesión universal, para cuya explicación el concepto de la relación jurídica constituye un instrumento de gran ayuda. Los dos conceptos que nos sirven para explicar el fenómeno de la sucesión son el patrimonio y la relación jurídica.

Por otra parte, en el Derecho de Sucesiones se produce una multiplicidad de relaciones jurídicas, como son las que se dan entre coherederos cuando existe la comunidad hereditaria, o bien entre herederos y acreedores, sean particulares o de la herencia, o entre acreedores y legatarios, o entre herederos y legatarios.

Por tanto, a pesar del silencio doctrinal existente, puede hablarse también de “relaciones jurídicas sucesorias o de Derecho de Sucesiones”.

Hay autores que incluyen también como término en la clasificación de las relaciones jurídicas las denominadas “relaciones jurídicas de estado”, definiéndolas como “aquellas que determinan el distinto puesto de la persona en la sociedad civil” (78), y las contraponen a las relaciones jurídicas familiares, que son aquellas que “determinan el distinto puesto de cada uno de los miembros de la familia” (79).

En nuestra opinión, el estado civil no da lugar a una relación jurídica, sino que es una “cualidad de la persona”. Y las relaciones jurídicas propiamente derivadas del estado civil son las “relaciones familiares” a las que ya hemos dado cabida en la clasificación, sin que haya que contraponerlas.

Por último, respecto a las posibles relaciones jurídicas derivadas de los derechos de la personalidad, ya hemos destacado anteriormente que lo normal en estos casos es hablar de “los derechos de la personalidad” y no de “relaciones de la personalidad”, si bien no hay que excluir la existencia de supuestos concretos en que, como consecuencia de un derecho de la personalidad, el titular de éste se ponga en relación con otras personas, en cuyo caso cabría también hablar de “relaciones jurídicas derivadas de los derechos de la personalidad”.

(78) DE CASTRO. *Derecho Civil de España*, tomo I, pág. 625.

(79) DE CASTRO: *Ob. cit.*, pág. 626.

B) CLASIFICACIÓN ATENDIENDO A LAS CONEXIONES ENTRE SÍ
DE LAS RELACIONES JURÍDICAS, O SEA, "A LA RELACIÓN
DE LAS RELACIONES JURÍDICAS"

Consideramos muy importante aludir a este otro criterio clasificatorio de las relaciones jurídicas, porque nos permitirá explicar una multiplicidad de figuras jurídicas.

a) Por una parte, cabe distinguir entre *relaciones jurídicas independientes y relaciones jurídicas dependientes*.

En la vida real puede producirse un supuesto concreto en el que exista una multiplicidad de relaciones jurídicas. El jurista debe analizar si tales relaciones son independientes entre sí o si cabe considerarlas dependientes unas de otras, porque las consecuencias son diferentes.

Las relaciones jurídicas dependientes pueden ser denominadas también relaciones subordinadas o incluso accesorios en relación con otra principal.

Un caso muy típico de relación jurídica dependiente o subordinada es la relación de subarriendo. En el subarriendo aparecen en realidad dos relaciones jurídicas: la primitiva de arrendamiento, entre arrendador y arrendatario; y la ulterior de subarrendamiento, entre subarrendador y subarrendatario. La dependencia de esta última respecto a la primera determina que, cuando se extinga la relación principal de arrendamiento, se extinguirá también la relación de subarriendo, y no viceversa.

Otro caso de relación jurídica accesoria es el que se da entre la relación jurídica obligacional de préstamo o crédito y la relación jurídica real de hipoteca. La especialidad radica en que esta última es una relación jurídica de efectos más fuertes que la primera, debido a que es de carácter real y no obligacional, como la primera, con lo que la sirve de refuerzo. Pero se trata de una relación jurídica real accesoria de la obligacional en el sentido de que se constituye en garantía de ella y se extingue en caso de que se extinga la relación obligacional. Claro está que se viene discutiendo acerca de la accesoriidad de la hipoteca en los últimos tiempos, señalándose casos en que todavía no existe la relación obligacional y sí, sin embargo, la relación jurídica real (hipoteca en garantía de deudas futuras). Pero se trata de supuestos especiales, que no afectan a la idea general de accesoriidad, si bien en el sentido ya indicado.

En todo caso, la cuestión ha de plantearse teniendo en cuenta que se trata de dos relaciones jurídicas diferentes, aunque estén conexas: la relación jurídica obligacional entre acreedor y deudor por razón de la deuda y la relación jurídica real por razón de la hipoteca, que liga en principio al acreedor y al dueño de la finca, y sucesivamente a aquél con los terceros poseedores de la finca.

No parece convincente, en cambio, la teoría de la unidad del crédito hipotecario, que han defendido recientemente algunos autores (LALAGUNA y AMORÓS GUARDIOLA), pues tal unidad puede llevar a algunas confusiones, como son la amalgama de pactos y la pretensión de inscribir la totalidad del contrato en el Registro de la Propiedad, incluyendo pactos meramente obligacionales carentes de trascendencia real. A ello se opone la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, especialmente las Resoluciones de 20 de mayo de 1987, 5 de junio de 1987 y 23 y 26 de octubre de 1987.

La teoría de la unidad del crédito hipotecario puede llevar también a la configuración de la hipoteca a modo de una "obligación real" si se llega a las últimas consecuencias de tal unidad, lo que no siempre pretenden los autores que patrocinan la teoría.

Es acertada, en cambio, la pretensión de la teoría de la unidad del crédito hipotecario consistente en apuntar que no siempre se produce el dogma de la accesoriedad de la hipoteca respecto del crédito, sino que también la hipoteca repercute en el crédito.

Pero se puede defender esta última conclusión sin llegar a la teoría de la unidad del crédito hipotecario. Han de mantenerse diferenciadas las dos relaciones jurídicas, la obligacional y la real o hipotecaria, si bien señalando las mutuas y recíprocas conexiones entre ambas, pero sin que se produzca una fusión entre ellas formando la extraña figura del "crédito real". La conexión entre las dos relaciones ha de destacarse señalando en unos casos la accesoriedad de la relación real de hipoteca respecto a la relación obligacional (arts. 1.527 y 1.857 Código Civil), y en otros casos resaltando la influencia que la relación de hipoteca ejerce sobre la relación crediticia, modalizándola e influyendo sobre ella (lo que ocurre, por ejemplo, respecto a la prescripción de la acción hipotecaria). Se trata de dos principios contrapuestos, pero que son compatibles, pues operan en distintos ámbitos, según los preceptos que se contemplen en la regulación de una y otra relación jurídica.

b) Por otra parte cabe hablar de *relaciones jurídicas conexas*. En el caso de la solidaridad de obligaciones, las diferentes relaciones de los deudores con el acreedor están conexas por las consecuencias de la solidaridad. Claro que cabe discutir si en este caso estamos ante una sola relación jurídica compleja o ante varias conexas.

Otro caso de conexión más claro se produce con ocasión de la compensación de créditos y deudas en la cantidad concurrente. Aunque haya varias relaciones jurídicas diferentes en su origen y cuantía, pero todas ellas entre el mismo acreedor y deudor se pueden poner en conexión en el momento del pago, pues en virtud de la compensación se extinguen en la

cantidad concurrente, con la consecuencia de que pueden quedar extinguidas las dos o la de menor cuantía, según los casos.

c) *Relaciones jurídicas internas y externas.* En varias instituciones jurídicas cabe hacer esta distinción. En la figura jurídica de la representación existe, por una parte, la relación jurídica de mandato entre representante y representado, que se suele articular por otra relación jurídica de apoderamiento. En estos casos existe la relación interna entre mandante y mandatario, por un lado, derivada del mandato; y por otro lado, las relaciones jurídicas externas entre apoderado y terceros, cuya legitimación deriva del apoderamiento.

También se da la distinción entre relaciones jurídicas internas y externas en otras muchas figuras, como la solidaridad, la fianza, la sociedad, sin descartar los supuestos de comunidad de bienes.

XI. CONCLUSIONES

Tras el desarrollo del presente trabajo se han podido llegar en resumen a las siguientes conclusiones:

Primera.—La relación jurídica es un concepto de la Parte General del Derecho Civil que tiene una gran importancia práctica para resolver los concretos problemas jurídicos que se plantean en la realidad, por lo que no es un mero concepto abstracto o teórico. Y es que cualquier supuesto práctico que se da en la realidad comprende una multiplicidad de relaciones jurídicas, que el jurista ha de analizar, separar y relacionar, para poder resolver tal problema jurídico. Así, en un problema de urbanizaciones, debe diferenciar la relación jurídica administrativa entre los propietarios y el Ayuntamiento, las relaciones jurídicas entre copropietarios y las relaciones jurídicas entre cada copropietario y la Junta de la Comunidad.

Segunda.—El concepto de relación jurídica ha de comprender los dos elementos: material y normativo, rechazándose, por exclusivistas, las concepciones sociológica de EHRlich y normativista de Kelsen. El elemento normativo es fundamental para diferenciar las relaciones jurídicas de las relaciones sociales, económicas, políticas o éticas. Pero el elemento material o social de la relación jurídica permite dar a ésta una mayor amplitud y un mayor contacto de la norma con la realidad social. Un ejemplo de ello es la posibilidad de nuevas relaciones jurídicas a través de las teorías de *numerus apertus* de figuras jurídicas, si bien en el campo de los derechos reales se imponen una serie de límites normativos.

Tercera.—La definición de relación jurídica no ha de ser abstracta o vacía de contenido material, sino que ha de incluir el contenido de la

misma, es decir, el haz o complejo de facultades, derechos y deberes que comprende. Puede ser definida la relación jurídica como “la relación entre personas orgánicamente protegidas por el Derecho, que deriva o tiene su origen en hechos, actos o negocios jurídicos o bien directamente en la ley y cuyo contenido es un haz de facultades, derechos, potestades y deberes, cargas o sujeciones entre dichas personas”.

Cuarta.—La relación jurídica se da entre personas, y no entre personas y cosas, ni tampoco entre cosas. Esas son figuras diferentes de la relación jurídica.

Quinta.—Debe diferenciarse la relación jurídica real y el derecho real, pues mientras el derecho real es un derecho subjetivo que implica un poder de una persona sobre una cosa, la relación jurídica real implica una relación entre personas como consecuencia del poder sobre una cosa.

Sexta.—De entre los caracteres de la relación jurídica, destaca el carácter “orgánico” de la relación jurídica, que ya le dio SAVIGNY, pero entendiendo el carácter orgánico no sólo como la interdependencia de instituciones que pueden confluir en una concreta relación jurídica, sino, además, como la interna conexión entre todos los varios elementos de una concreta relación jurídica, que se debe concebir como una unidad a pesar de esa pluralidad. Unidad orgánica en que consiste la relación jurídica que debe ser separada también de los elementos de otra unidad orgánica que constituya una diferente relación jurídica.

Séptima.—En la estructura de la relación jurídica interesan en primer lugar los sujetos o “partes” de la misma, que deben diferenciarse de los “terceros”, ajenos a una determinada relación jurídica, pero que se pueden poner en contacto con ella y a los cuales puede o no afectar aquella relación jurídica, según la naturaleza real o personal de la misma.

Octava.—Debe precisarse con claridad el objeto de la relación jurídica diferenciándolo del contenido. En el ámbito patrimonial, las relaciones jurídicas reales y las obligacionales tienen por objeto los “bienes”. En las relaciones jurídicas reales el objeto son siempre los bienes, y dentro de ellos las cosas corporales. En las relaciones jurídicas de propiedad intelectual e industrial, el objeto son los bienes inmateriales que consisten en la creación o el invento. En las relaciones jurídicas obligacionales o de crédito, el objeto es una peculiar clase de “bien”: la “prestación”. En las relaciones jurídicas hereditarias, su objeto es un patrimonio o una cuota del patrimonio. En las relaciones jurídicas de carácter asociativo o societario, el objeto son las llamadas “participaciones”. Y fuera del ámbito patrimonial, y concretamente en las relaciones jurídicas familiares, el objeto son las “conductas” o sea el “comportamiento personal”.

Novena.—Dentro del contenido de la relación jurídica cabe destacar la

situación de poder, que puede estar constituida por derechos subjetivos, facultades, derechos potestativos, potestades, expectativas y acciones, figuras todas ellas que es necesario diferenciar. Especialmente nos interesa la relación entre derecho subjetivo y relación jurídica, pues el derecho subjetivo puede contemplarse fuera de la relación jurídica o bien como parte del contenido de una relación jurídica, formando su lado activo, según los supuestos.

Décima.—La figura de los derechos potestativos puede también formar parte de relaciones jurídicas o repercutir sobre ellas, siendo una figura que merece algún mejor trato que el que a veces se le ha dado, si bien sobre la base de destacar con claridad sus caracteres, como poderes concedidos con respecto a la creación, modificación o extinción de un derecho subjetivo e incluso de una relación jurídica; como poderes previos al futuro y definitivo poder; como poderes que pueden ejercitarse en sentido positivo o negativo; y como poderes que pueden ejercitarse en sentido positivo o negativo; y como poderes de carácter provisional a los que ha de aplicarse la figura de la caducidad.

Undécima.—La figura de la “acción”, aunque da lugar a una relación jurídica de carácter procesal, ha de relacionarse con la relación jurídica civil de la que procede y en definitiva forma parte, como una de las facultades de dicha relación jurídica básica.

Duodécima.—Dentro del lado pasivo del contenido de la relación jurídica merecen especial atención las figuras de los deberes y de las cargas, y ambas son distintas de los efectos reflejos de las normas.

Decimotercera.—La clasificación de las relaciones jurídicas nos puede permitir un mejor conocimiento de las mismas. Es fundamental separar en los casos prácticos que se producen en la realidad, las relaciones jurídicas públicas de las relaciones jurídicas privadas. Dentro de las relaciones jurídicas civiles se examinan con separación las relaciones jurídicas familiares, las obligacionales, las reales, las de cooperación y las sucesorias, señalando los caracteres de cada una e introduciendo en la clasificación esas relaciones jurídicas sucesorias que ofrecen especial interés, aunque no se suelen citar en las clasificaciones.

Decimocuarta.—Otro criterio de clasificación de las relaciones jurídicas es por las conexiones existentes entre las mismas, lo que permite distinguir las relaciones jurídicas independientes y dependientes o accesorias (subarriendo, hipoteca). Especial interés ofrece la configuración de la hipoteca como relación jurídica real accesoria de la relación crediticia, estando ambas relaciones conexas, pero sin que lleguen a formar una unidad, frente a lo que pretende la teoría de la unidad del crédito hipotecario. Otros supuestos de relaciones jurídicas conexas se dan en los casos de solidaridad y de compensación. Una última alusión ha de hacerse a las

relaciones jurídicas internas y externas, que forman el contenido de figuras como la fianza, la sociedad, el mandato, la solidaridad.

JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA

Registrador de la Propiedad

BIBLIOGRAFIA

- ALBALADEJO: *Derecho Civil*, I. Introducción y Parte General, vol. II, año 1975.
- ALBALADEJO: *El negocio jurídico*.
- BAGOLINI: "Notas acerca de la relación jurídica", en *Anuario Derecho Civil*, enero-marzo, 1950, págs. 7 y sigs.
- BARASSI: *Instituciones de Derecho Civil*, tomo I, pág. 106, edit. Bosch, 1955
- BARBERO: *Sistema institucional*, I, 4.ª edición, págs 109 y sigs.
- BONET RAMÓN: *Compendio de Derecho Civil*, tomo I, año 1959.
- DE BUEN: "La teoría de la relación jurídica en el Derecho Civil", publicado en el libro *Homenaje al Profesor don Felipe Clemente De Diego*, 1940, pág. 188.
- CASTÁN: *Derecho Civil Español, Común y Foral*, 1984, tomo I, vol. II, pág. 16.
- DE CASTRO Y BRAVO: *El negocio jurídico*.
- DE CASTRO Y BRAVO: *Derecho Civil de España*, tomo I.
- CICALA: *Rapporto giuridico, diritto subiettivo, pretesa*, Torino, 1909.
- CICALA: *Il rapporto giuridico*, 4.ª edición, Milano, 1959
- DÍEZ PICAZO: "El contenido de la relación obligatoria", en *Anuario de Derecho Civil*, 1964.
- DÍEZ PICAZO: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, 1970.
- DÍEZ PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS: *Instituciones de Derecho Civil*, 1974.
- ENNECCERUS. *Tratado de Derecho Civil*, tomo I, Parte General I.
- HERNÁNDEZ GIL, ANTONIO. *Metodología de la Ciencia del Derecho*, tomo I.
- KELSEN: *Allgemeine Staatslehre*, Berlín, 1925.
- KELSEN: *Filosofía del Derecho*, 4.ª edición, 1975
- KELSEN: *La teoría pura del Derecho*, 1934.
- LACRUZ: "Derecho de Familia", dentro de *Elementos de Derecho Civil*, IV, fascículo I, 1982.
- LACRUZ: *Elementos de Derecho Civil*, I, vol. 3.º, 1984.
- LAZZARO, GIORGIO: "Rapporto Giuridico", en *Enciclopedia del Diritto*.
- MESSINEO: *Manual de Derecho Civil y Comercial*, tomo II, Buenos Aires, 1971.
- PALAZZOLO, VICENZO. "La teoría del rapporto giuridico", en *Riv. Dir Comm*, vol XLIV, otoño 1943.
- PEÑA Y BERNARDO DE QUIRÓS: *Derecho de Familia*, 1989.
- SAVIGNY: *Sistema de Derecho Romano actual*, tomo I.

“La defensa (autodefensa, autocomposición, pacto, contrato, proceso)”

SUMARIO: I. LA NORMA, SU VIOLACION, SU DEFENSA. MEDIOS PARA ELLO.—II. LA “AUTODEFENSA” DE LA NORMA: LA SANCION: 1. IDEA, FUNCIÓN DE LA SANCIÓN 2 SANCIÓN Y COERCIÓN. 3. EL DOBLE GRADO O NIVEL DE LAS NORMAS Y LA SANCIÓN 4. CARACTERES DE LA SANCIÓN JURÍDICA. LA INSTITUCIONALIZACIÓN. 5. EL “ITER” DE INSTITUCIONALIZACIÓN DE LA SANCIÓN JURÍDICA. 6. “LAS NORMAS SIN SANCIÓN”. 7. LOS PROBLEMAS DE “LAS NORMAS EN EL VÉRTICE”: 1) *En el Derecho Internacional*. 2) *En el Derecho Penal*. 3) *En el Derecho Civil*. 4) *En el Derecho Administrativo*. 5) *En el Derecho Parlamentario*. 6) *De nuevo en el Derecho Procesal penal: la declaración del imputado*. 7) *En el Derecho Mercantil*. 8) *En el Derecho Registral* —III. INSTITUCIONES EXTRAPROCESALES DEFENSORAS DE LAS NORMAS: 1. LOS TRIBUNALES. EL ARTÍCULO 2.º DEL CÓDIGO PENAL. 2. EL MINISTERIO FISCAL. 3. EL “OMBUDSMAN”. 4. LA COSTUMBRE CONTRA LEY.—IV MEDIOS EXTRAPROCESALES DE ACTUAR SANCIONES: AUTODEFENSA, AUTOCOMPOSICION: 1. LA CONCILIACIÓN EXTRAPROCESAL. 2. AUTODEFENSA Y AUTOCOMPOSICIÓN EN EL DERECHO LABORAL LA HUELGA. 3. EL CONTRATO Y EL PROCESO AUTODEFENSA, AUTOCOMPOSICIÓN. 4. AUTODEFENSA Y HETERODEFENSA EN JUICIO. 5. PACTO, CONTRATO, CONVENCIÓN COMO BASES DEL PROCESO. SU EVOLUCIÓN HASTA EL PRESENTE 6. EL RETORNO A LO PACTICIO EN LO PROCESAL PENAL LA “CIVILIZACIÓN” DEL PROCESO PENAL. LA NEGOCIACIÓN DEL FISCAL CON EL IMPUTADO SOBRE LA PENA EN LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA. EL “PLEA BARGAINING”. SU PENETRACIÓN EN EL PROCESO PENAL ESPAÑOL. 7. LAS CONFORMIDADES DEL ACUSADO DE LOS ARTÍCULOS 655 Y 688 Y SIGUIENTES DE LA LECRIM. 8. EL “DESISTIMIENTO” DE LA QUERRELLA. 9. EL PERDÓN JUDICIAL. 10. LAS REMISIONES TOTALES DE PENA DEL ARTÍCULO 57 BIS, B), DEL CÓDIGO PENAL 11. EL DESISTIMIENTO DE LA DEMANDA CIVIL. 12. EL ALLANAMIENTO CIVIL. 13. LA TRANSACCIÓN. 14. DE NUEVO SOBRE LA CONCILIACIÓN. 15. ALUSIÓN AL ARBITRAJE.

CCom = Código de Comercio.

CCiv = Código Civil.

CP = Código Penal.

CPP = Code de Procédure Pénale o Codice di Procedura Penale.

DS = Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación Permanente.

Est.MF = Estatuto del Ministerio Fiscal (30 diciembre 1981).

- FGE = Fiscal General del Estado.
 LBPL = Ley de Bases de Procedimiento Laboral (12 abril 1989).
 LPL = Ley de Procedimiento Laboral.
 LEC = Ley de Enjuiciamiento Civil.
 LECRIM = Ley de Enjuiciamiento Criminal.
 LOTC = Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.
 LOPC = Ley Orgánica del Poder Judicial.
 NEJES = Nueva Enciclopedia Jurídica SEIX (Barcelona).
 NSSDI = Novissimo Digesto Italiano.
 Riv.Dir.Proc. = Rivista di Diritto Processale.
 TC = Tribunal Constitucional.
 TEDH = Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
 TS = Tribunal Supremo.
 ZSSR (RA) = Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (Romanistische Abteilung).

I. La idea de “defensa” jurídica o fáctica referida a derechos, arranca de ser “una reacción frente a las pretensiones de otros sobre un bien discutido” (1). De la que se supone inicial reacción directa y aun posiblemente brutal, a la “jefatura del grupo” que resuelve; ya en este estadio de heterodefensa, el *audiat el altera pars*, con esta intervención de un tercero, abre el arbitraje, y el sistema arbitral se transforma en nuestro proceso (2).

La “norma”, si ha de ser tal, predica continuidad en su aplicación. Esto es, que se produzca una reacción contra las vulneraciones de que pueda ser objeto, contra su inobservancia. Y el campo de lo jurídico, por su complicación (que puede devenir *complejidad*) (3), produce abundantes —casi ordinarias— vulneraciones de sus normas; no se trata de hipótesis sino de hechos.

II. Y, por lo tanto, es necesario aprestar medios, expedientes que refuerzan la norma y pongan remedio a los efectos de su inobservancia (4). Y ahí está la *sanción*.

1. El concepto de “sanción” en sí, ha dado lugar a una abundante literatura procesal, y su pluralidad, a debates que no han terminado (5).

(1) Cfr. DE BLASI, “Difesa (in generale)”, en *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, 1958, págs. 530 y sigs.

(2) Cfr. FAIREN GUILLEN, *Doctrina general del Derecho Procesal*. Barcelona, Libr Bosch, 1990, § I. I. sigs., págs. 19 y sigs.

(3) Cfr. mi trabajo *Ensayo sobre procesos complejos*. Madrid, Tecnos (en prensa).

(4) Cfr. BOBBIO, “Sanzione”, en *Novissimo Digesto Italiano*. Turín, UTET, 530 y sigs.; arg. en “Comandi e consigli”, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura civile* (XV), 1961, págs. 360 y sigs.

(5) Me refiero a la polémica entre ALLORIO, en *L'Ordinamento giuridico nel prisma del accertamento giudiziale*. Milán, 1957, págs. 24 y sigs., y CARNELUTTI: “Il valore del-

Mas si acudimos a su función, se aclara el panorama. Pensemos en que, si se desea que un ordenamiento jurídico subsista, sea *efectivo*, debemos defenderlo. Y para comenzar, que las normas que creemos, puedan —y excúseme este uso de la expresión— *autodefenderse*.

Sea de manera con “función” preventiva de la infracción de la norma, sea con la “represiva”, sea de tipo “premio” —y aquí ya comienza a aludirse al Derecho Penal—, sea “penal”, sea por una influencia de su intimidación, de desalentar al infractor, sea de animar a acudir a ella, sea de manera positiva (exigiendo un “actuar”), sea de manera negativa (exigiendo un “omitir”), la sanción garantiza la norma.

2. La sanción se ha equiparado a la “coerción”, a la fuerza. No hay tal. El cumplimiento de la sanción jurídica consiste en el que el cumplimiento, la aplicación de la norma, está garantizada por la amenaza del uso de la fuerza, de la coerción a través de los llamados “medios de ejecución forzosa o coactiva” que tan abundantes son en el dominio del proceso, brazo ejecutor, o de la administración, si a ella se encomienda tal función.

3. Para esclarecer este problema de las relaciones entre “sanción” y “norma jurídica”, BOBBIO, clasifica las normas en general, en pertenecientes a dos grados: en el primer grado se hallan las normas que regulan la conducta nuestra, de los hombres. En el segundo, las maneras, los “expedientes” para la protección de las normas del primero. Y aquí se hallan las sanciones (6).

4. Hállanse como características de la sanción jurídica (ya que las hay morales, económicas, políticas, etc.) las de no ser, cual otras, difusa, informal (7), espontánea, embarullada, sino al contrario, ser formal, organizada, institucionalizada y sistematizada.

la sanzione del diritto”, en *Rivista di Diritto Processuale*, 1955, I, 237 y sigs., BENVENUTI (“Sul concetto di Sanzione”, en *Jus*, Milán, 1955, 233 y sigs.), y MANDRIOLI (“Appunti sulla sanzione e sua attuazione giurisdizionale”, en *Jus* citada, 1956, 86 y sigs.); de nuevo ALLORIO, en “Osservazioni critiche sulla sanzione”, en *Rivista di Diritto Civile*, 1956, II, 901 y sigs., y en *L'Ordinamento*, I, 135 y sigs.

No era ajeno a la polémica el punto de vista estructural de la sanción, sin valor para ALLORIO (BOBBIO, “Sanzione”, 53, nota 1)

(6) Cfr. BOBBIO, “Sanzione”, § 15, 538.

(7) Cfr. BOBBIO, arg. “Comandi e consigli” cit.; “Sanzione”, § 15, 538.

Recordemos que una doctrina —la del “juicio sumario indeterminado”—, protagonizada por CARPZOVIIUS —el terrible autor y defensor del sistema inquisitivo en el Imperio Germánico, siglo XVII— que aspiraba a crear prácticamente “un proceso sin procedimiento”. La vía era la de sustituir los *substantialia processus positivi* —los trámites de derecho positivo, los que conformaban el procedimiento— por los *substantialia processus naturalia, a jure naturali seu divino inducta*. (CARPZOVIIUS: *Jurisprudencia forensis*, 1660). El resultado fue un terrible “monstruo” que se expuso en las Univer-

5. Y es en el *iter*, en el *processus* de institucionalización de la sanción, en donde —sin perdernos en los recovecos de las discusiones sobre la misma según el mismo BOBBIO (8)— hallaremos ya perspectivas, incluso casi concretas, hacia diversas parcelas del campo del Derecho. Así:

A) Se trataría de una especificación de los *comportamientos externos* —*actuaciones positivas, negativas contra la norma*— que requieren esa *respuesta* “de la norma” (ya veremos en donde está), o sea, de lo que estamos transformando en sanción.

Se trataría aquí de un remedio —esta es la expresión de BOBBIO (9)— de la inconsistencia de la “sanción difusa”. Serían los primeros pasos en la creación de las normas, una por una o en conjunto.

B) La determinación o fijación de la *medida* en que va a consistir esa respuesta defensiva de la norma.

Se trataría fundamentalmente si tal “respuesta” defensiva va a ser positiva, negativa, personal, real, mixta; de extensión o repercusión territorial grande o pequeña; de su intensidad.

Se trataría aquí de un remedio (sigo utilizando la expresión de BOBBIO, aunque la ejemplificación es mía) a la indeterminación (“inexistencia” se podría mejor decir) de la medida sancionatoria. A su tipo, de imponer un hacer o un abstenerse; de la manera de conminar a hacer o no hacer (intimación, conminación, obligación inmediata); con la coerción o su amenaza más o menos cerca; se trataría también de evitar una posible desproporción entre el delito y la pena; o a una actuación reducida a un mínimo espacio de terreno, o al contrario, extendida sobre las fronteras del Estado.

C) La designación de la persona o personas a la o a las que se atribuye la función de resolver si aquella actividad o inactividad fuera de la norma y contra ella, precisa de una “respuesta” —eso es, de una sanción— y en qué medida.

Se trataría aquí de la imparcialidad de las personas que enjuiciasen, y

sidades alemanas, produciendo un retraso de más de un siglo en el avance de la técnica procesal (Cfr. BRIEGLER, *Einleitung in die Theorie des Summarischen Processes*, ed. Tauchnitz, Leipzig, 1859, esp. 36 y sigs. *passim*; mi libro *El juicio ordinario y los plenarios rápidos*, Barcelona, Bosch, 1954, I parte, *passim*; “El Consulado de Valencia: de proceso a arbitraje. Sus posibilidades”, en mis *Estudios de Derecho Procesal civil, penal y constitucional*, Madrid, Edersa, I, 1983, 193 y sigs. y esp. 219 y sigs.).

Esto es: la “forma” debe significar “garantía”. Y el “aformalismo” es falta de garantías, incompatible con la idea del “proceso”.

(9) BOBBIO, discretamente, se eliminó del terreno de la importante controversia entre autores italianos citados, centrando su atención en el problema de la función de la sanción, y no en el de su concepto. Y para este punto, cfr. “Sanzione”, § 15, pág. 539.

de los medios puestos a su disposición para elaborar tales juicios (Derecho Orgánico de la judicatura y procesal).

D) Y en su virtud se trataría de fijar la regla sobre cuya base debe desarrollarse el proceso de resolución.

Se trataría de un remedio contra la indeterminación de las reglas aplicables al caso, a resolver sobre su incerteza. Incerteza de las reglas y de sus efectos. Con lo que aquí se trataría de la cosa juzgada o de los efectos constitutivos.

Y meta final de este camino, de este proceso (ya salió el nombre correcto), es la de hacer la “respuesta” a la violación de la norma cuando más posible sea, constante, proporcionada, imparcial y cierta (10).

Ahora demos un paso más hacia adelante.

6. Los juristas en general se han preocupado mucho, como ya se indicó al principio, de las *relaciones entre norma y sanción jurídica*. Se estaban ya dirigiendo al problema de *las normas sin defensa, de las normas sin sanción*. Y ya he dicho que convenía examinar la “sanción” por ver si era *la primera autodefensa de la norma*.

La pregunta directa o común —la que ha conducido a tanta polémica— se formula así:

“La sanción ¿es el carácter diferencial específico del Derecho?”

Mas habida cuenta de la gran cantidad de tipos diversos de sanción extra y metajurídicas —incluso filosóficas, morales, económicas, puramente físicas, políticas, etc.—, a juicio de nuestro autor (11), la pregunta debe formularse así:

“¿Es jurídica una norma no provista de aquella particular sanción que es característica de un ordenamiento jurídico?” O mejor, ¿son jurídicas tan sólo las normas garantizadas por una sanción institucionalizada?”

La doble manera de formular la pregunta es de importancia primaria para la respuesta. Ya que las normas que no tienen sanción no son normas jurídicas. Y los que las aceptan como tales, las nombran como “normas incompletas”.

7. Pero la solución, elegante y bastante convincente de BOBBIO, se halla en su clasificación de las normas en “de primer y segundo orden o grado”.

Las normas del primer grado —las que rigen y ordenen la convivencia del hombre en comunidad social— tienen sanción, que es un expediente, un medio de reforzar su observancia para hacerlas efectivas.

(10) Cfr. BOBBIO, “Sanzione”, § 15, pág. 539.

(11) Cfr. BOBBIO, “Sanzione”, § 16, pág. 539 y sigs.

Y en las normas del segundo grado —las que garantizan a las primeras—, en ellas, la sanción, a lo sumo, está en el objeto de sus regulaciones (12).

Y ascendiendo a las “normas en el vértice” —que alguna vez llegamos a él—, no tienen, no pueden tener sanción; resultaría vacua, por falta de un vehículo humano y formal para imponerla.

Y hemos llegado a las “normas sin defensa”, a las “normas sin sanción” así llamadas.

1) Me parece que entre los internacionalistas, y entre quienes no lo son, se hace notoria la existencia de “normas sin sanción”. En esta parcela del campo del Derecho se ven hermosas Declaraciones, Programas, Planes: se lucha contra la guerra, contra las plagas, contra la ignorancia universales, etc. Pero estas normas ¿son *efectivas*, de tal manera que su vulneración tenga una respuesta que las reponga en su observancia? En Estado que comete una agresión bélica contra otro, ¿sufre de una sanción adecuada, *proporcionada*?

Todos, desgraciadamente, sabemos que no. Que la *ultima ratio regis* de la ONU son los llamados popularmente “Casco Azul”, con un armamento simbólico. Incapaces de rechazar a los ejércitos o bandas victoriosos en la agresión ilegítima. ¿Sanciones económicas? La historia de sus aplicaciones, por la sociedad de las Naciones y por la ONU, ha demostrado su inanidad. ¿Morales? Si tenemos todos los maquiavelos que queremos...

2) Pero también hay normas sin sanción en otros dominios en los que, no siendo tan coriácea la base de trabajo como en el Derecho Internacional, habría menos obstáculo a la existencia de sanciones adecuadas. Y a la inversa, hay normas que, expresamente, quitan la sanción al acto vulnerador en principio, y que consagran la autodefensa, no de la norma, sino del “individuo frente a la norma” —lo que será también estudiado: otra óptica de la defensa.

Así, en lo penal frente a la norma provista *de autodefensa*, con sanción que castiga el delito, por ejemplo, contra la persona, aparece como excepción la de “legítima defensa” (art. 8.º-4.º CP). Esta norma, como se acaba de decir, tiene el objetivo de privar de sanción a los casos en que se violen otras normas penales, con exposición a esa garantía, a esa “respuesta”. Pero también puede interpretarse esta “exención de sanción” como una sanción a su vez: la consistente en un “no actuar” de la norma general sancionatoria. Se impuso por ella el “no matar, etc.”, por su excepción se *impone* el no castigar al que mató, etc., en circunstancias de legítima

(12) Cfr. BOBBIO, “Sanzione”, § 16, pág. 539 y sigs.

defensa. Pero a mi entender, no hay duda que la segunda norma, la que prevé la exención de la pena, en vista de la actividad que hubiese sido delictiva, constituye un caso de autodefensa. Y de autodefensa total, ya que la sanción de la norma sobre el resarcimiento —sanción civil— también queda afectada.

Cosa análoga sucede en los casos de las eximentes de estado de necesidad (art. 8.º-7.º) (art. 8.º-12). Mas en el del número 7.º —estado de necesidad— la sanción civil se desvía —no se extingue; la autodefensa no la recoge— y se dirige a “las personas en cuyo favor se haya precavido el mal” (art. 20-2.ª) (13). Cfr. *infra*.

3) En el Derecho Civil, recordamos los casos del enjambre de abejas (art. 612 CCiv) y de los “animales amansados” (*idem*); en el artículo 223 —facultades de los padres, testamentarias, sobre la tutela de los hijos menores o incapacitados— veo también una autotutela relativa, por razón de las personas y de las garantías que ofrece el testamento; y para eliminarla, los Jueces deben dictar una resolución fundamentada (art. 224).

En Derecho Mercantil, el fenómeno de la echazón y no pocas de las facultades que se atribuyen al capitán del buque, también pueden constituir casos de autodefensa.

Y más abajo me referiré al papel de la figura del contrato, como eminente actora de la composición pacífica de conflictos.

4) En el campo del Derecho Público, y además del Derecho Internacional, en el que las potencias políticas y económicas que dominan la escena mundial son más potentes que el aparato jurídico de que se dota a la comunidad internacional, hay otros casos de autodefensa extremadamente sugestivos —probablemente, por intervenir en ellos “el interés público”, lo mismo que en los casos penales—.

Así, debemos recordar toda la alusión a “las normas en el vértice” que hace BOBBIO, como desprovistas de sanción (14). Y es lógico. No hay quien lleve la cuestión al terreno extremo de la amenaza de coacción o de coacción misma —ejecución forzosa— si la persona o entidad que ha de

(13) Como estudio básico para la autocomposición y la autodefensa, cfr. el de ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, 2.ª ed., México, UNAM, *passim*.

Gran desveladora de ideas y con abundante bibliografía, es obra a la que sigo fundamentalmente

En el terreno de lo penal se recoge actualmente con gran profundidad —la debida a la trascendencia del fenómeno— el debate entre “autodefensa en juicio” y “heterodefensa en juicio”, por Abogado. Cfr. uno de sus más brillantes expedientes en la obra colectiva dirigida por GREVI, *Il problema dell'autodifesa nel processo penale*, Zanichelli, Bolonia, 6.ª ed., 1982, *passim*.

(14) Cfr. ALLORIO, “Osservazioni critiche sulla sanzione”, cit., 33 y sigs.

ser conminada por el efecto sancionatorio, se halla en plano jurídicamente —y socialmente— superior. A ese superior habría que oponerse otro; a éste, a su vez, otro. La acumulación de tales garantías ahogaría toda posibilidad de vida y de prosperidad. La mística leyenda de la Torre de Babel se haría cierta con todas sus catástrofes. Es el fenómeno del *hiper-garantismo*, una verdadera enfermedad (como lo es el *hiper-victimismo*).

Pues bien, el Derecho Público en sus diversas ramas, con la imagen de la jerarquización de los hombres y de sus conductas y su distribución de los poderes de mando, es terreno apto para que aparezca la autodefensa.

Así, la Administración (mejor dicho, las Administraciones) se autodefien para examinar su propia actividad. Frente a los demás poderes del Estado y especialmente frente al judicial, esto es una autodefensa. Y en muchas ocasiones, la Administración crea órgano y mecanismos de vigilancia interna, que asemejan a los Tribunales de justicia, si bien les diferencia fundamentalmente de ellos la no independencia de sus miembros y el actuar por los administrativos móviles de oportunidad y no por los de justicia (que pueden no coincidir y no coinciden de hecho en muchas ocasiones). Los llamados “Tribunales Económico-Administrativos” son entidades administrativas de autodefensa. La heterodefensa contra la Administración se efectúa ya por medio del proceso llamado en España contencioso-administrativo. Y la Ley de Procedimientos Administrativos regula una especie de para-proceso.

5) Si estos fenómenos son muy conocidos, algo menos lo son los que ocurren en el campo del Derecho Parlamentario. En él se estima que pueden existir normas de cúspide, sin sanción. O habría que buscarla en otro campo.

Los ordenamientos jurídicos de países democráticos suelen regular normativas, “reglamentos de funcionamiento de sus órganos legislativos”, en cuanto al *processus*, al procedimiento que deben seguir en la formación de las leyes y aún para otros menesteres que se les encargan. Estos son los Reglamentos de las Cámaras.

En España, el Reglamento del Congreso de 5 de marzo de 1982 (si no totalmente, interpolo yo aquí) tiene carácter normativo, y está sujeto a la posibilidad del recurso de inconstitucionalidad del artículo 27-1 de la LOTC. Y, efectivamente, en él hallamos normas “sancionadoras” claramente: los Diputados pueden ser privados, *por acuerdo de la Mesa*, (art. 99-1) de alguno o de todos los derechos “parlamentarios” que el mismo Reglamento les concede o regula (arts. 6.º al 9.º); la sanción “normal” consiste, además, en la privación temporal del derecho (y obligación) de “asistir a una o dos sesiones” (art. 100 Regl.), así como la de “expulsión

inmediata" del Diputado; en el cual caso, y agotada la amenaza, la conminación del Presidente sin efecto, éste "adoptará las medidas pertinentes para hacer efectiva la expulsión" (art. 104-2 Regl.). Se trata de normas "completas" (?), con la correspondiente sanción, y ésta, especificada, "institucionalizada".

Además de ello, naturalmente, el Diputado puede incurrir en responsabilidad penal (art. 101-3 Regl.). Aunque tiene notables especialidades de "aforación" procesal, privilegios (15), como otras personalidades políticas (16). Y civil, que no puede quedar borrada por la inviolabilidad (17). Pero no es éste el tema que me ocupa aquí.

La actuación autodefensiva de las Cámaras españolas es muy frecuente y de enorme importancia; por ejemplo, su intervención en las concesiones o denegaciones de suplicatorio para procesar a sus miembros (arts. 750 y sigs. LECRIM) (18) —lo que hace surgir a la superficie un conflicto más promovido por la desafortunada novela de 28 de diciembre de 1988, de Reforma Procesal, de la *que se dice* ha suprimido el auto de procesamien-

(15) Cfr. ALLORIO, "Osservazioni".

Los aforamientos son exenciones de la jurisdicción (art. 71 de la CE de 1978). El TC ha diferenciado muy claramente la "inviolabilidad" con respecto a la "inmunidad" (S. 189/1989, de 13 de noviembre).

Se trata de "presupuesto procesales privilegiados". Cfr. sobre ellos SAINZ DE ROBLES, "Los presupuestos procesales privilegiados", en *Tapia* (Madrid, diciembre 1989, 4 y sigs.

(16) La "inmunidad" se extiende también al "procesamiento" —sin permiso de la Cámara—, art. 71-2 CE. Esto se recoge en todos los Estatutos de Autonomía. Frente a cualquier desaparición del auto de procesamiento —garantía de la defensa— quedan más protegidos los cargos que el resto de los ciudadanos; para quienes se pretende que en el proceso por delitos no graves de la Ley de 28 de diciembre de 1988, no hay auto de procesamiento. Cfr. esta toma de posiciones entre los profesores GIMENO y ALMAGRO, y del Fiscal General del Estado, en contra el auto de procesamiento en tal Ley, y yo mismo, en su favor; que no está suprimido, y una tal garantía no se puede admitir que lo haya sido "tácitamente". Cfr. mi trabajo "¿Supresión o sustitución del auto de procesamiento? Viejos problemas en nuevas leyes: la de 28 de diciembre de 1988", en *Tapia*, Madrid, mayo-junio 1989, 57 y sigs.

(17) Es el caso de las demandas civiles de protección del honor, etc., de la Ley de 5 de mayo de 1982. Y constituiría una santificación de los políticos el hacerles inviolables o inmunes a sus responsabilidades civiles, emanadas de cualquier fuente prevista en el ordenamiento español.

Cfr. la "Memoria" del MF. FGE. para 1988, pág. 193 ("Memoria elevada al Gobierno de S.M. presentada al inicio del Año Judicial por el Fiscal General del Estado, Excmo. Sr. D. Javier Moscoso del Prado y Muñoz", Madrid, Gráficas Arias Montano, 1989).

(18) Recientemente se ha puesto de manifiesto el inconveniente de las dudas sobre la supresión del auto de procesamiento —que lo sería por derogación tácita, peligrosísima tratándose de una garantía del imputado, necesaria para abrir el juicio oral contra él— contra un Diputado electo. No opino sobre el caso, que aún no ha terminado.

Cfr. mi trabajo cit. en nota núm. 16 y bibl. allí cit.

to (19) (20)—. Mas tampoco esta importantísima materia —que puede dar lugar, mal administrada, a impunidades— es la examinada aquí.

Sí lo es, la *de la intervención decisoria del Presidente de las Cámaras* —y en especial de la Baja— con la adopción de *resoluciones de carácter general* (art. 32-2 Regl. Congreso) y de la extensión de tal potestad. El Reglamento sigue: “2. Corresponde al Presidente cumplir y hacer cumplir el Reglamento, interpretándolo en los casos de duda y supliéndolo en los de omisión. Cuando en el ejercicio de esta función supletoria se propusiera dictar una resolución de carácter general, deberá mediar el parecer favorable de la Mesa y de la Junta de Portavoces” (art. últ. cit.).

Se ha discutido sobre “la *naturaleza normativa o no*” de la *resolución de la Presidencia del Congreso. El Tribunal Constitucional, en su Sentencia de 20 de junio de 1988* (núm. 118/1988), la ha afirmado; no se trata de un “acto puramente interno de un órgano constitucional” *inter corporatis* (21); es asimilable al Reglamento de la Cámara y, por lo tanto, *impugnable por medio del recurso de institucionalidad* (S. TC cit.). Este caso está resuelto. La autodefensa del Parlamento a través de las resoluciones (ya se verá cuáles) de su Presidente, no es de “normas incompletas”; hay posibilidad de que se imponga una sanción por una entidad así, superior —el mismo Tribunal Constitucional—. Continúa operando el sistema de “las normas hacia el vértice”, más aún no se ha tocado. Se hallará, para estos casos, en el Tribunal Constitucional.

Mas hay que considerar que “el vértice” de la pirámide normativa se hallará en dicho alto organismo meta-jurisdiccional —o en otro—. “Más arriba” de lo cual las normas carecerán de sanción, ya que ésta no podrá

(19) Lo afirman autores como los Prof. ALMAGRO y GIMENO. Y el FGE, en su Circular núm. 1/89, de 8 de marzo, sobre el “Procedimiento abreviado introducido por Ley Orgánica —que no es Orgánica para su parte procesal, cfr. la Disp. adicional segunda de la citada Ley— de 28 de diciembre de 1988”, en “Memoria” publ. en 1989, esp. II, B), págs. 407 y sigs.

Estimo modestamente que el FGE se cura del “privilegio de los aforados” de ser procesados por la Audiencia Provincial y de ser irrazonable de que el legislador derogase tal privilegio tácita y no expresamente. Pero queda el resto del pueblo español...

Y aún otros aforados —los cargos políticos determinados en los Estatutos de Autonomía— continúan forzosamente *amparados por los autos de procesamiento que todos los Estatutos fijan* para ello, ya que una Ley ordinaria, como la de 28 de diciembre de 1988 —ordinaria en lo procesal, Disp. Adic. segunda —, no puede derogar a 17 Leyes Orgánicas, como lo son los Estatutos de Autonomía.

Lo que sufre es el principio de igualdad de los ciudadanos ante la Ley procesal.

Cfr. sobre estos puntos mi trabajo “Supresión...” cit., págs. 61 y sigs..

(20) Sobre estos autos de procesamiento, cfr. también la Circular del FGE de 8 de marzo de 1989 (núm. 1/1989) cit., loc. cit., publ. cit., págs. 408 y sigs.

(21) Cfr. THESAURO, “Sulla natura giuridica dei regolamenti parlamentari”, en *Rassegna di Diritto Pubblico*, (XIV, 2), 1959, 193 y sigs., cit. por MOHRÖFF, en *NssDI*, “Parlamento”, § 6, pág. 428.

ser puesta en práctica por nadie. Lo jurídico ha terminado (22) (23). Y la figura, de pirámide, acabará en un círculo vicioso, más o menos elegantemente trazado, con matices para evitar “autosanciones” (p. ej., el art. 57 de la LOPJ).

Si el caso citado se ha resuelto por el Tribunal Constitucional cubriendo al Presidente del Congreso —al cual, de no haberlo hecho, hubiera podido o debido poder imponer una sanción: la nulidad declarada de su acto ya la hubiese llevado implícita, y el resto se habría de transferir al campo de la ética o de la política—, aparece ahora otro incidente parlamentario, de estilo diferente, ya que, en su caso, no cabrá ya recurso de inconstitucionalidad —precluyeron los plazos y ningún legitimado lo hizo—, pero sí una cuestión de inconstitucionalidad. Y recuérdese que ése fue el vehículo para que el Tribunal Constitucional, mediante su Sentencia número 145/1988, de 12 de julio, arruinase la Ley de 11 de noviembre de 1980, de enjuiciamiento oral de delitos dolosos, menos graves y flagrantes, de cuyos defectos la doctrina había advertido pública y reiteradamente (24).

Se trataba —el día 1 de diciembre de 1988— de posibles irregularidades —así las debo tratar, según mi modesto entender y meditación— que se produjeron en la tramitación de lo que sería la Ley de Reforma procesal de 28 de diciembre de 1988. Se había llegado, tras las necesarias votaciones en el *Pleno* del Congreso, a la votación “final sobre el conjunto del proyecto”, para una Ley con parte orgánica y, en parte, de “carácter de ley ordinaria” (Disp. Adic. segunda de la citada Ley de 28 diciembre 1988) en lo procedimental; votación para obtener la “mayoría absoluta” necesaria (art. 81-2 CE).

El Diputado señor Calero Rodríguez protestó al Presidente en ejercicio, señor Torres Boursault, por las irregularidades que se advertían “dados los manifiestos defectos del sistema de votación, en cuanto se aprecia que se vota en escaños que en este momento están vacíos; es una simple comparación. Por ejemplo, los escaños que están situados entre las columnas votan cuatro, cuando solamente hay tres Diputados” (*Diario de Sesiones* núm. 156, 1 diciembre 1988, pág. 9419, col. 1.^a), y solicitó, a tenor del artículo 82 del Reglamento y sobre la base del 85 (por si hubiera otros Grupos Parlamentarios que lo apoyasen), que la votación fuese pública y por llamamiento.

(22) Mediante esta diligencia, BOBBIO se inhibe de entrar en las controversias sobre la naturaleza de la sanción.

(23) Cfr. la controversia cit. entre ALLORIO, de un lado, y CARNELUTTI, BENVENUTI y MANFREDI, de otro.

(24) Cfr., p. ej., mi advertencia en mis *Comentarios a la Ley Orgánica del Poder Judicial*. Madrid, Edersa, 1986, 95 y sigs. y bibl. allí citada.

Accedió el Presidente en funciones, señor Torres Boursault, y se celebró tal votación (*DS* cit., pág. 9419, 2.^a col. a 9422, 2.^a col.).

Y dijo a seguida el citado señor Presidente en funciones: “*Existiendo discordancia entre los diversos cómputos efectuados, la votación se repetirá en el curso de la próxima sesión plenaria, que tendrá lugar el próximo día 13 de diciembre a las cuatro de la tarde... Se levanta la sesión.*” “Fueres rumores y protestas” (*DS* cit., pág. 9422, col. 2.^a).

(Parte de tales hechos —la que dio la televisión oficial— la he visto y oído tantas veces cuantas pasó tal secuencia.)

Y en el *Diario de Sesiones* correspondiente a la del día 13 de diciembre de 1988 se puede leer, a seguido de “Sumario”, lo que a la letra se copia:

“Se abre la sesión a las cuatro y cinco minutos de la tarde.”

“Como cuestión previa al orden del día, el señor Vicepresidente (Torres Boursault) participa a la Cámara que la Junta de Portavoces, reunida el pasado 1 de diciembre en relación con el Proyecto de Ley Orgánica por el que se crean los Juzgados de lo penal, una vez oídos los soportes de la cinta magnetofónica y verificadas las actas mecanográficas de la votación, *acordó que la Presidencia* proclamase el siguiente resultado, *aceptado por unanimidad*, votos emitidos, 241; a favor, 173; en contra, 62; abstenciones, “En consecuencia, alcanzado el número de votos exigidos por el artículo 81-2 de la Constitución, queda aprobado en votación final y de conjunto el mencionado Proyecto de Ley, que continuará su tramitación en la Cámara Alta conforme a lo dispuesto en el artículo 90 de la Constitución.” (*DS* núm. 158, 13 diciembre 1988, pág. 9428, col. 1.^a). (Ver la nota 27.)

La irregularidad, como se ve, alcanza a la votación final y decisiva para la continuación del *iter* de elaboración de la Ley.

Con respecto a dichas votaciones, el artículo 78 del Reglamento del Congreso dice que: “Para adoptar acuerdos (*sic*) la Cámara y sus órganos deberán estar reunidos reglamentariamente y con asistencia de la mayoría de sus miembros”.

Y en este caso concreto vemos, a tenor del Reglamento, que se trataba del Pleno de la Cámara; que “los Diputados tomarán asiento en el salón de sesiones” (art. 55-1). La votación comenzó en el salón de sesiones, efectivamente, pero... se interrumpió por las irregularidades que el Presidente observó, “discordancia entre los diversos cómputos efectuados” (*DS* 1 diciembre, pág. 9422, 2.^a col. cit.).

Había comenzado. No terminó válidamente. Luego “se interrumpió”. En el artículo 80 del Reglamento, a este respecto, dice que: “Las votaciones no podrán interrumpirse por causa ninguna. Durante el desarrollo de la votación, la Presidencia no concederá el uso de la palabra y ningún Diputado podrá entrar en el salón ni abandonarlo”.

El Reglamento da soluciones asimismo al caso de que “Si llegado el momento de la votación, o celebrada ésta, resultase que no existe el quórum a que se refiere el apartado anterior (la mayoría de los miembros de la Cámara), se pospondrá la votación por el plazo máximo de dos horas. Si transcurrido este plazo tampoco pudiera celebrarse válidamente aquélla, el asunto será sometido a decisión del órgano correspondiente en la siguiente sesión” (art. 78-2).

Pudiera haber sido esta dificultad —falta de quorum— la que impulsó a la Presidencia a lo largo de toda efeméride. Más no tengo datos dignos de credibilidad que obren en uno u otro sentido.

El caso es que esa decisión, esa “votación válida” a la que el artículo 78-2 del Reglamento alude, debería haberse celebrado “en la siguiente sesión”, como muy correctamente dijo el Presidente al terminar la votación defectuosa e invalidada por él por serlo. Siguiendo sesión “del Pleno”, único competente para votar las leyes. Mas en la “siguiendo sesión” —y fuera del orden del día, sin que se haya documentado en el acto de la sesión alguna de las precauciones de los artículos 67 y 68 del Reglamento—, *no se celebra ninguna votación del Proyecto de Ley, pese a que allí se diga. La mención textual “queda aprobado en votación final y de conjunto el mencionado Proyecto de Ley”, no sabemos en qué votación se apoya. Sí, hay un “recuento” más en la reunión del Presidente con los Portavoces, los cuales “aceptan por unanimidad” que la “Presidencia proclame el resultado”. El resultado de una serie de operaciones “de repaso de cuentas” de las votaciones, que no pueden ni convalidar siquiera a una votación ya declarada por el Presidente como viciada por “discordancias de cómputos”; votación no celebrada por el Pleno, y ni siquiera en público, en el salón de sesiones, “reglamentariamente” (arts. 78, 80, arg. en el art. 88; 62 del Regl.). Y los votos de los Diputados son indelegables (art. 81 CE).*

El artículo 32-2, rep. supra —“resolución de carácter general (del Presidente) con el parecer favorable de la Mesa y de la Junta de Portavoces”— no da demasiada luz sobre el extremo que aquí interesa, ya que nos dice del “procedimiento”, mas no del fondo; ni tampoco el 39-4, que nos dice del quórum de la citada Junta (en ese caso hubo “unanimidad”, mas con una redacción confusa en el comunicado del Vicepresidente, señor Torres, en la sesión del día 13 de diciembre). Lo que sí sabemos es que el Presidente y Portavoces *trabajaron* (“oídos los soportes y verificadas las actas”) fuera de la sesión del Pleno. Y que llegaron a un “acuerdo” leído el día 13 de diciembre. Y que en él consta que “queda aprobado en votación final y de conjunto el mencionado Proyecto de Ley”. Pues bien, yo no veo la votación final del Pleno por ninguna parte. Sólo veo la última de la sesión del

día 1 de diciembre en la que, según el mismo Presidente de la Cámara, “existía discordancia entre los diversos cálculos efectuados”, a la vez que ordenaba la repetición de tal votación —así pues, irrita— en la próxima sesión...

Podría darse que la convocatoria y acta de la sesión de la Junta de Portavoces con el Presidente, el mismo día 1 de diciembre, se hallen en algún otro punto de las colecciones de publicaciones del Congreso. En tal caso, consten aquí mis excusas. Pero entiendo que, sí, he seguido bien las sesiones del Pleno —en el *Diario de Sesiones*—; hay continuidad, incluso de dicción, entre las últimas frases del Presidente en la sesión de 1 de diciembre, y las primeras —lectura del comunicado— como “cuestión previa al orden del día” en la sesión de 13 de diciembre. Los hechos de que las diferentes publicaciones se produzcan con irregularidad y de que sus envíos sean también irregulares, no facilitan las cosas al lector del pueblo.

Siempre si la reserva —no soy temerario y reconozco un posible error— de someter cuanto digo al parecer de mis lectores rogándoles me rectifiquen si lo hay, entiendo que, de estar en lo cierto, no se trata de “formalismos” nimios —alguno pensará que caigo en esa manía, y aun quizás de manera interesada aquí—. La “forma” —de la cual se abusa desde siglos ha, y ello ha dado en llamarse formalismo, cuando debe denominarse “hiperformalismo”— es una garantía. Todo proceso es “forma” —el procedimiento—. No cabe un proceso sin procedimiento, aunque ello se ha intentado hacer en la Historia con resultados lamentables (25). Y el *iter* de elaboración de las leyes está rodeado de una serie de garantías —cuyos principios se hallan en la Constitución y su desarrollo en el Reglamento—; de garantías de que es la mayoría de los representantes del pueblo la que está de acuerdo con el texto que se le somete. Y el voto de los Diputados y Senadores es indelegable (art. 80-3 CE). La Junta de Portavoces no puede suplir al Pleno.

Para este caso —que debe ser confirmado en su caso, con falta de error por mi parte, naturalmente; si lo hubo, lo reconoceré— y para otros que se puedan producir —nadie está exento de errar— es muy útil la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 8 de julio de 1988, número 139/1988; esto es, tal resolución, que debe encuadrarse —pese a los errores de redacción del comunicado leído al Pleno en la sesión de 13 de diciembre— en el artículo 32-2 del Reglamento de la Cámara y hubiera sido susceptible de recurso de inconstitucionalidad. Ya no lo es, por preclusión de los plazos. Pero sí cabría la cuestión de inconstitucionalidad. Y

(25) Recuerdo de la doctrina del “juicio sumario indeterminado” cit. en nota núm. 7; mi libro *El juicio ordinario y los plenarios rápidos*, parte I; *El Cinsulado* cit., parte I, BRIEGLER, ob. cit., *passim*.

el problema lo merece. En otro lugar he hecho una cita de MALMGREM: "... se ha estimado —dice— que si en el *processus* parlamentario se produce una falta de formalidades como método de promulgación (el resultado) no puede ser considerado como ley" (26) (27).

Aunque el Tribunal Constitucional es, naturalmente, muy severo para admitir estas cuestiones, éstas, promoverse, serían gravísimas. Y recuérdese lo ocurrido con la Ley del 1 de noviembre de 1980. Se dejó que los Juzgados españoles la aplicasen durante ocho años, sin hacer caso de las observaciones de la doctrina *española* que indicaban su carácter inquisitivo; y fue preciso que el TEDH juzgase dos casos —PIERSACK, Sentencia de 1 de octubre de 1982, y DE CUBBER, de 26 de octubre de 1984— y que sus resoluciones llegasen a conocimiento de los dos Jueces que formularon las cuestiones, para que el Tribunal Constitucional interviniera con una Sentencia que *forzosamente* —*ope legis*, artículo 40 LOTC, tan discutible en el terreno de la justicia— dejó sin tocar una probablemente larguísima serie de casos y a juzgados, con condenados en virtud de normas que luego se declaran nulas...

Y se evitará también, naturalmente, la molestia de que fuere una entidad jurisdiccional extranjera —el TEDH u otro de los que sujetan a España— la que viniera a decir... que no hay ley, por defectos formales.

Y es tal mi preocupación por hallar una salida más favorable a este *iter* parlamentario que he comentado, que, con perjuicio de la sistemática vuelvo sobre ello. Si no se me ha escapado alguna actuación parlamentaria (ya las examiné apenas llegaron a la UAM las hojas o cuadernillos correspondientes del *Diario de Sesiones*), sigue resultando que la Junta de Portavoces es incompetente para "acordar" que la Presidencia proclamase el siguiente resultado, "aceptado por unanimidad" (véase el comunicado al Pleno de la sesión de 13 de diciembre, *DS*, núm. 158, pág. 9428), ya que se trata del resultado de una votación, necesariamente del Pleno "que yo no encuentro": salvo error u omisión, repito.

Atraigamos ahora el resultado de esta excursión por el campo o parcela del Derecho Parlamentario español a nuestro tema. ¿Qué se deduce de ellos (han sido dos casos los examinados)? Que para ellos, las normas del

(26) Cfr. MALMGREM, *Sveriges Grundlagar*, 7.^a ed., Fahlbeck & Sundberg, 1957, 54-55, citado por BADER GINSBURG-BRUZELIUS, *Civil Procedure in Sweden* (Columbia University School of Law. Project on International Procedure, dir. por Hans Smit, ed. Martinus Nijhoff, La Haya, 1956), pág. 131, nota núm. 34.

(27) Recuérdase el incidente parlamentario con motivo de la votación final en el Congreso de la Ley en tramitación de Reforma Procesal. Sesiones del Pleno del Congreso de 1 y 13 de diciembre de 1988. *Diario de Sesiones* núm. 156 (III Legislatura, 1988, págs. 9419 a 9422, y núm. 158, idem, págs. 9428 y 9433. Cfr. infra.). Y mi trabajo "Acción del Fiscal y acción popular. El refuerzo de esta última", en *Tapia*, oct. 1989, págs. 68 y sigs.

Reglamento de la Cámara —*vexata quaestio*— no están ayunas de sanción; que son “normativas”; que no les afecta el gravísimo problema del que tanto eco se han hecho los autores (28).

No obstante, lo cual siguen siendo *normas de autodefensa*, hasta la intervención del Tribunal Constitucional.

Lo cual nos lleva de nuevo al terreno de este fenómeno.

Ya se ha visto, sobre la base de estos ejemplos, que la autodefensa, puede ser no total; procesalizada.

Pero antes de entrar en este nuevo complejo problema, sigamos con las normas sin sanción.

El pretender agotar aquí su relación en el ordenamiento español sería tarea agotadora y —de mi parte— incompleta, ya que surgen por todas partes; que, en ocasiones, basta un ligero olvido —olvido y nada más— del legislador, para que aparezcan.

6. Sí, deberemos poner aquí otro importante ejemplo de “normas sin sanción”, al menos, muy aparentemente.

Recordemos que la LECRIM de 1882 introdujo definitivamente en España el “sistema procesal penal mixto”, integrado por una instrucción en la que aparecen aún caracteres inquisitivos y un juicio oral, de tipo acusatorio. Entre las actuaciones del llamado “sumario” de preparación del juicio oral —que el sumario no puede sustituirlo, art. 299, pese a las

Supra, en el texto, se ha copiado la intervención del Vicepresidente en funciones del Presidente, Sr. Torres Boursault, al comienzo de la sesión del Pleno del Congreso del 13 de diciembre de 1988. Es tal y como consta en el acta taquigráfica, al parecer; en la pág. 9433 del mismo *DS* (núm. 158 de 1988, pág. 9433), obra la referida intervención en lo que debe ser el soporte de la cinta magnetofónica, que dice así:

“Se abre la sesión a las cuatro y cinco minutos de la tarde.

El señor Vicepresidente (Torres Boursault): Se abre la sesión.

Como cuestión previa al orden del día, y en relación con el Proyecto de Ley Orgánica por el que se crean los Juzgados de lo Penal y se modifican diversos preceptos de las Leyes Orgánicas del Poder Judicial y del Enjuiciamiento Criminal, participo a la Cámara que la Junta de Portavoces, reunida el pasado día 1 de diciembre, oídos los soportes de la cinta magnetofónica y verificadas las actas taquigráficas de la votación, acordó que la Presidencia proclamase el siguiente resultado, aceptado por unanimidad: votos emitidos, 241; favorables, 173; contrarios, 62; abstenciones, 6.

En consecuencia, y con rectificación de la decisión adoptada anteriormente al respecto, alcanzado el número de votos exigido por el artículo 81-2 de la Constitución, queda aprobado, en votación final y de conjunto, el Proyecto de Ley Orgánica por el que se crean los Juzgados de lo Penal y se modifican diversos preceptos de las Leyes Orgánicas del Poder Judicial y del Enjuiciamiento Criminal, que continuará su tramitación en la Alta Cámara, conforme a lo dispuesto en el artículo 90 de la Constitución.”

Hay escasísimas variaciones con respecto al acta taquigráfica. Y sigue sin verse una última y válida votación por el Pleno.

Y cuando la Ley “vuelve” del Senado al Congreso (art. 81-2 CE), no se trata del incidente en el *DS*.

(28) Recuérdese lo dicho en la nota núm. 5, *supra*.

graves corruptelas que afligen a aquél, y que se hace necesario cortar enérgicamente (29)— se halla la del “procesamiento”, acto que tiene como finalidades —es un auto de inculpación provisional— de determinar si existen motivos para celebrar un juicio oral decisorio, sobre un determinado delito y contra un sujeto concreto; si hay fundamentos para “acusar” formalmente; de evitar un juicio oral depresivo e inmotivado contra una persona; de proscribir la posibilidad de que un ciudadano, desde la Comisaría de Policía —o, incluso, desde su casa— y con desconocimiento de la inculpación que se le hace, sea sentado en el banquillo de acusado (30). Es una actuación que, con uno u otro nombre y estructura, aparece en todos los ordenamientos jurídicos de países civilizados, y favorece a los sujetos pasivos, facilitando su defensa.

Su clave se halla en el artículo 384 de la LECRIM. Y una de sus consecuencias es la de que el Juez de Instrucción haya de recibir al sujeto una declaración formal (arts. 386 y sigs.). *Hic latet lepus*.

La Ley, con graves razones, y a fin de evitar cualquier reminiscencia de aparición de la tortura como medio procesal de confirmar declaraciones, y en especial, como es lógico, las prestadas bajo juramento (31), suprimió el juramento, así:

“No se exigirá juramento a los procesados, exhortándoles (el Juez) solamente a decir verdad y advirtiéndoles el Juez de Instrucción que deben

(29) Cfr., p. ej., SERRA DOMÍNGUEZ, en su *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, Ariel, 1969, pág. 722; “Balance positivo de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, en *Para un proceso civil eficaz*, Univ. Aut. de Barcelona, Bellaterra, 1982 —ed. de Ramos Méndez—, págs. 24 y sigs.

(30) Cfr., p. ej., PASTOR LÓPEZ, “El proceso penal especial de la Ley del Automóvil: examen crítico”, en *RDPr.*, 1966, II, 108 y sigs.; “El proceso de persecución. Análisis del concepto, naturaleza y específicas funciones de la instrucción criminal”, Valencia, Secr. de Publ. de la Univ., 1979, págs. 118 y sigs.; mis trabajos: “Procesamiento, sobreseimiento, acusación”, en *Temas del ordenamiento procesal*, Madrid, Tecnos, 1969, II, 1269 y sigs.; “Algunas notas sobre modernización de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, en *RDPrIber.*, 1976, IV, esp. § 8, págs. 791 y sigs., y notas. Diversas opiniones sobre el procesamiento en PASTOR LÓPEZ, *ob. cit.* Y mi trabajo cit. “¿Supresión, etc.?”, *passim*, y bibl. cit.

(31) Por su historia, el juramento está unido a lo religioso y sería inútil intentar abstraerlo de tal origen. Por ello fracasan, a mi entender, los que “quieren crear” un moderno tipo de juramento procesal. Y en cuanto a la tortura como corolario del juramento procesal —el único realmente, el “decisorio”— y para intentar evitar (?) la mentira —la confesión *regina probatorum*— las citas se harían casi infinitas.

Y para que se vea hasta dónde se puede extender la influencia del juramento —que sigue siendo una de las bases del sistema procesal penal anglosajón—: en los arts. 655 y 680 y sigs. de la LECRIM se acoge, moderadamente, el *plea guilty* inglés. Pues bien, éste se basaba y basa en la fuerza de la confesión emitida por el imputado ante el Tribunal y libre de toda tortura, naturalmente. Tal es la fuerza de esta declaración, que hace inútil el *trial*. Cfr., p. ej., HAMPTON, *Criminal Procedure*, 3.^a ed., Londres, Sweet & Maxwell, 1982, con citas de la casuística moderna, págs. 184 y sigs.

responder de una manera precisa, clara y conforme a la verdad a las preguntas que les fueren hechas" (art. 387).

La desaparición del juramento —que conllevaba una sanción gravísima de origen y tipo religioso, y más tarde el terrible corolario de la tortura— acaba con ésta. Mas aparece otra norma, sustitutiva: la del "deber de decir verdad, respondiendo de manera precisa, clara y conforme a la verdad a las preguntas que le fueren hechas".

¿Cuál es la sanción de este "deber"? *Jurídicamente, ninguna.* la Ley deja que el imputado mienta. Así de claro. Se consagra el derecho a no decir verdad, sobre la base del interés de salvación del sujeto pasivo (32).

Y no es un descuido del legislador. Prepara al Juez para encontrarse con un sujeto que le miente y trata de despistarlo. Y le dice —al Juez—:

"La confesión del procesado (33) no dispensará al Juez de Instrucción de practicar todas las diligencias necesarias a fin de adquirir el convencimiento de la verdad de la confesión y de la existencia del delito" (art. 406 LECRIM).

Es claro: el Juez no puede, en absoluto, recurrir a la tortura en sus diversas formas: ni amenazar al interrogado (art. 389, III), ni coaccionarlo (art. 391, III), ni acudir al siniestro "tercer grado" o interrogatorio extenuador (art. 393) bajo penas (ahí sí que hay sanciones, art. 394). Al antiguo tormento ha sustituido una suave admonición de "decir la verdad" sin efectos jurídicos desfavorables (sí puede tenerlos en el final del proceso: el examen de la conducta procesal de la parte pasiva —una *carga*, la del imputado, imperativo de su propio "interés de salvación"— puede influir sobre los Jueces: sería una especie de "sanción indirecta").

El examen de la norma "derecho a mentir, sin sanción jurídica" —y ahora se quiere dar rango constitucional, indirectamente, a ese derecho a mentir (34)—, ha de examinarse, no en cuanto a la norma aislada, sino

(32) Cfr. mi trabajo "La disponibilidad del derecho a la defensa en el sistema acusatorio español", en *Temas* cit., 1969, II esp. § 6, págs. 1218 y sigs.

(33) Errores terminológicos. No habiendo juramento, no hay "confesión". Y no solamente se interroga a los procesados.

(34) Sobre ese "derecho a mentir", al que ahora se quiere dar incluso rango constitucional —sí así fuese, ya veríamos, p. ej., a dónde iba a parar la Hacienda Pública—, cfr. también VÁQUEZ SOTELO, *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del Tribunal*, Barcelona, ed. Bosch, 1984, esp. 419 y sigs.

Se puede admitir ese "derecho a mentir" de parte de un imputado, basándolo en su "interés de salvación". Pero si se le da carácter constitucional, el proceso en su totalidad queda barrido y a merced de la delincuencia que nunca se podría demostrar. Y aun el propio "interés de salvación" del imputado le impondría su renuncia a ese privilegiado derecho a mentir... si como en EE.UU. se permite la renuncia a los derechos constitucionales. La solución al problema la ha adoptado —probablemente influido por la doctrina citada— el art. 167 del Código Procesal Militar de 13 de abril de 1989; acertada

“según se desvía la teoría del derecho, de la consideración de las normas en particular, a su consideración en el sistema” (BOBBIO) (35).

Y el sistema lo completamos, en particular, con las dos normas del artículo 406, I (Omissis)... “Con este objeto, el Juez instructor interrogará al procesado confeso (no hay confesión) para que explique todas las circunstancias del delito y cuanto pueda contribuir a comprobar su confesión, si fue autor o cómplice, y si conoce a algunas personas que fueren testigos o tuvieran conocimiento del hecho” (406, II).

Si el inculcado señala testigos, el Juez de Instrucción, lógicamente, debe llamarlos e interrogarlos. Y si incurren en falsedades y éstas se transfieren al juicio oral, pueden ser sujetos a proceso por el delito de falso testimonio (art. 715 LECRIM y 326 y sigs. CP).

Podría estimarse este fenómeno como una *transferencia de la sanción*, admisible en virtud de diversos principios (inexistencia del “interés de salvación” del testigo, el principio *pro reo*, etc.).

Pero tal transferencia deja asentada la inexistencia de sanción de garantía del “no decir la verdad”.

Se dice que ese “deber de decir la verdad” y esas “explicaciones sobre claridad, precisión y conformidad con la verdad” de sus respuestas, son inconstitucionales, por producirse contra los principios del “derecho al silencio” (arts. 17-3 y 24-2 CE) y al de “no declarar contra sí mismos” (art. 24-2). Esto es debatible, en cuanto a si tales derechos son o no renunciables —en EE.UU., de donde esta rigidez proviene posiblemente, tras haber viajado hacia allí (36), este “privilegio” es limitado y se puede renunciar a él en un *bargain*, eso es claro (37), cosa en lo que frecuentemente no se cae—; por ese camino, el *mal menor* correctísimo a mi entender, que es el de *plea guilty* de los artículos 655 y 689 y siguientes de la LECRIM también lo será; y llegaría a serlo el auto de sobreseimiento definitivo porque no permitiría que el acusado más tarde desplegase todo su “derecho a la defensa” en el juicio oral y público, esto es, otro derecho constitucional. Estimo que la salida a tal riesgo —aumentado por algunos autores (38)— se corrige, como ellos lo han hecho, mediante la introducción, en la norma sobre esas “exhortaciones a decir verdad” del artículo

frente a los escrúpulos provocados por el art. 387 de la LECRIM Cfr. VÁZQUEZ SOTELO, *ob. cit.*

Además, y sin salir del contexto de la LECRIM, su equilibrado art. 118 quedaría vacío.

(35) Cfr. BOBBIO, “Sanzione”, a.f., 540.

(36) Con procedencia del Derecho inglés, eso es claro. Y en Inglaterra, no todo *bargain* es admitido por los Jueces Cfr. HAMPTON, *ob. cit.*, ejemplos en 284 y sigs..

(37) Sobre el *plea bargain* en EE.UU., cfr. *infra*.

(38) Por ejemplo, el mismo VÁZQUEZ SOTELO, *ob. cit.*, 22.

387 de la LECRIM, de unas “advertencias” (39). Lo que ya se ha hecho en el artículo 169 de la Ley Orgánica Procesal Militar (2/1980) (40). Y aun entiendo holgaba tal “advertencia” si al interrogado se le “habían leído *bien* sus derechos”, como dice el artículo 520-2 de la LECRIM. Pero más vale tal precaución.

Podría decirse bien, que la norma del artículo 387 de la LECRIM, sólo en cuanto a ese “decir verdad” —dejando aparte el problema de su inconstitucionalidad posible, ya remediada en la LOPM, que deberá aplicarse analógicamente—, es una norma de segundo grado de la que BOBBIO fijaba; la cual se ve reforzada por la del artículo 406-2 de la LECRIM.

En todo caso, he aquí una norma más “sin sanción” jurídica.

7. En Derecho Mercantil Marítimo basta pensar en las facultades —y aun potestades— del capitán del buque, para ver como posibles figuras de autodefensa.

Entre ellas se halla el “acuerdo”, la “resolución fundada”, del capitán, con previa deliberación de la oficialidad y audiencia de los interesados en la carga si se hallaren presentes —qué buen recuerdo del *Llibre del Consolat de Mar*— de “hacer los gastos y causar los daños correspondientes a la avería gruesa”. Con estas palabras, el artículo 813 del Código de Comercio se refiere nada menos a una resolución que va a salvar vidas humanas —o a perderlas— y parte de la carga. Se ha de adoptar por escrito (art. 814). El capitán, dirige la echazón (art. 815). Toda esta actividad es de autodefensa clarísima.

De manera análoga la “arribada forzosa”, que desvía el buque con respecto al puerto de destino, se resuelve por votación (¿consultiva?) (art. 819). “Se otorgará la arribada al puerto más próximo.” El capitán tiene voto de calidad. Luego vendrá la declaración de “ilegitimidad” de la arribada judicialmente, pero *in actu*, hay autodefensa.

Y nótese que el capitán interviene en defensa de intereses ajenos. Pero opera como la legítima defensa de terceros del artículo 8.º-4 del CP. Esto se considera como gran aproximación al proceso. “No sólo es altruista (justa), sino que se realiza por un sujeto imparcial o irrecusable, hasta el

(39) VÁZQUEZ SOTELO, pág. 220.

(40) El art. 167 de la Ley Orgánica Procesal Militar —no se sabe por qué no se la denomina “Código”—, que muestra una fortísima influencia de la LECRIM, lo que nos parece muy bien, dice así:

“El Juez, de oficio o a instancia de parte, podrá acordar que los procesados presten cuantas declaraciones resulten convenientes para la averiguación de los hechos. Al procesado se le recibirá la primera declaración dentro del plazo de veinticuatro horas, contado desde la notificación del auto de procesamiento, con la advertencia de que tiene derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, haciendo constar tales extremos en la declaración. En ningún caso se le exigirá juramento o promesa, pero se le exhortará a decir verdad.”

extremo de que, abstracción hecha del aspecto formal, casi se podría decir que aquél se conduce como juzgador, si bien instantáneo o circunstancial y no permanente" (ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, ref. a la "legítima defensa").

8. Se puede también considerar que el Derecho Registral tiene, entre sus objetivos, el de disuadir, desanimar de emprender "acciones" jurisdiccionales —ese "desánimo" es un medio de actuar la sanción, mas también un medio de evitar el acudir a un campo pleno de normas sancionatorias como es el del proceso.

Son muy gráficas las palabras de los Reyes de Castilla, Don Carlos y Doña Juana, en las Cortes de Toledo, que se reprodujeron en la "Exposición de Motivos" de la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1861. "Nos es fecha relación —decían los Reyes— que se escusarían muchos pleitos, sabiendo los que compran los censos y tributos que tienen las heredades, lo cual encubren y callan los vendedores." Se intenta evitar —y se evita en no pocas ocasiones— que se defiera el asunto al proceso —campo de las sanciones— reduciéndolo al de la "comunicación de situaciones" a supuestos terceros. Autodefensa juridificada extensamente, en cuanto a la intervención de las autoridades jurisdiccionales. Y en no pocos artículos de la vigente Ley Hipotecaria, se hallan los preparativos de este objetivo —entre otros—. Artículos 6.º, c); artículo 26-3.ª; artículo 42-9.º —esa cautela, como tantas otras, supone autodefensa juridificada—, etc.

Exclusión intentada, y probablemente conseguida merced a la tonalidad intimatoria de los asientos registrales, del proceso. Es suficiente ese medio. El Registro se defiende a sí mismo.

III. Y ahora fijemos la atención en el que, si se ha hablado de la "autodefensa de la norma", ello no se puede tomar en sentido propio. Precisa de personas que pongan en acción esos medios de defensa, entre los que se halla o se busca la sanción. *Son los problemas de quien debe defender a una norma sin sanción cuando sea atacada.*

Sí es posible, y no se trata de una "norma de vértice", hallar la entidad y persona sancionadoras. Si no es factible, examinar si es asequible en justicia una transferencia de la sanción. O, al menos, la declaración de la esfera a la que corresponde imponerla, fijando así su tipo. Política, moral, económica, social. Y recordemos que la apariencia de "actividades sin sanción" —como pueden parecer las del *Ombudsman*, mundo en el que ahora no puedo volver a entrar (41)— no supone que realmente falten.

(41) Ya entré alguna vez. Cfr. mi libro *El Defensor del Pueblo. Ombudsman*. Centro Est. Const., 1982 (I) y 1986 (II), y mis *Temas de ordenamiento procesal*, Madrid, Tecnos, 1982 (III), con trabajos sobre los *Ombusmannen* de Suecia, Finlandia, Israel y sus posibilidades en España e Iberoamérica, *passim*.

Me estoy limitando ahora al campo de la autocomposición. Y por lo tanto, aquí, ya quedarán excluidos como medios y personas defensoras de las normas sin sanción, el proceso —especialmente el de las acciones y pretensiones constitutivas— y los Tribunales de justicia; medios de heterodefensa cualificados, aparte de la autocomposición, que los excluye por definición.

Débase excluir también la jurisdicción voluntaria; la hay ficticia, y puede devenir rápidamente contenciosa (art. 1.817 LEC).

1. Tan sólo en el caso de laguna en la ley penal, descubierta por un Tribunal (art. 2 CP), éste debe, incluso *ex officio* —y de manera evidentemente extra-jurisdiccional— “exponer al Gobierno las razones que le asisten para creer que debiera ser objeto de sanción penal”. Con lo cual, una situación jurídica estática —la supuestamente delictiva aún no tipificada— quizá incluso sujeta a normas, pero sin sanción, devendría norma (en caso favorable, y de que el Gobierno le diera el curso debido); y es de esperar que, con sanción adecuada. Se trataría de actividades regladas “ocultas” —cabe la posibilidad—, aunque provocaran en personas o en bienes, los efectos de un delito, con detrimento de aquéllas; que serían las que destaparían tal “norma” o serie de hechos al ponerla en conocimiento de un Tribunal. La actuación moderna de bandas de delincuentes casi perfectamente organizadas, y que lleguen a utilizar mecanismos legítimos como instrumentos para su actividad, hace posible la existencia de tales fenómenos.

2. Más bien es posible que fuera el Ministerio Fiscal el que, en el desempeño de sus funciones, descubriera y debiera defender alguna norma sin sanción. La del artículo 374 de la LECRIM, para empezar. La amplia alusión a la defensa por el Ministerio Fiscal del “interés público o social” (Est. MF, art. 3-6) será suficiente para poder hablar de él como posible defensor de las “normas sin sanción”.

3. Tampoco ve obstáculo decisivo frente a que fuera el *Ombudsman* —llamado aquí, sugestiva y engañosamente, Defensor del Pueblo— el que “sugiriese” al Gobierno alguna “modificación de criterios” (art. 28-2 Ley 6 abril 1981) consistente en el reconocimiento de alguna norma sin sanción que hallare en el curso de sus investigaciones. La relativa falta de forma de tales investigaciones, podría favorecer tales hallazgos y defensa mediante sus sugerencias.

4. Y el campo del Derecho Administrativo debe ocultar usos y *costumbres* poco conocidos de quienes no son titulares, que, por hallarse *ocultos* a lo largo y ancho de la geografía de España, o bien por ser

“*contra ley*”, contra norma inadecuada (42), carecen de sanción (y por ello se ocultan, pese a ser dignísimos). La costumbre contra ley, es difícil de investigar por los no afectados o interesados en ella.

En otra esfera, aún queda por examinar el fenómeno o figura del contrato, vasta y con facetas interesantísimas aquí.

IV. Y el vehículo de defensa de las “normas sin sanción”, o bien resulta ser político —culminando posiblemente en proyectos de Ley o proposiciones de Ley o no de Ley, o en leyes de destinatario unipersonal— o jurídico, el del proceso y a través del medio más adecuado, que parece sea el de las acciones y pretensiones constitutivas, cuyo carácter cuasijudicial se ha puesto de manifiesto por sus efectos —los de las sentencias— *erga omnes*. Tales pretensiones pueden producirse como consecuencia de una insatisfacción jurídico-material (42a) surgida a lo largo de una relación jurídica —o simplemente fáctica— de tal tipo. Mas la insatisfacción jurídica (en materias no penales y *por ahora*) no lleva directamente al proceso. Se puede acudir si la autod defensa, salvo las excepciones que examinamos, está prohibida, a la autocomposición y al arbitraje.

Como medios de autocomposición se ven, sobre todo, el de la resignación (que en nuestro caso no conduce a nada), los de la conciliación extra procesal y procesal, la transacción, el allanamiento, el desistimiento y la renuncia.

1. La conciliación extraprocésal puede constituir una verdadera autocomposición, si tras el o los actos o negociaciones, se consigue y sigue la situación obtenida adelante sin necesidad ninguna de intervención de tercera persona.

Si intervienen éstas, pueden ser totalmente ajenas a la jurisdicción. “Ciudadanos que se hallen en el pleno disfrute de sus derechos civiles y que sepan leer y escribir”, fórmula tradicional española. El papel de la conciliación extraprocésal, si no ha subido de valor, al menos, se ha conocido mejor, posiblemente por una colaboración internacional mayor de los procesalistas. Y con ello se la ha estudiado más en sus desarrollos.

(42) Cfr. sobre la costumbre —incluso contra ley— en Aragón, mis trabajos: “La Alera foral”, Zaragoza, Inst. Fernando el Católico, 1951, 137; “Para la investigación del Derecho Procesal vigente en Aragón”, Consejo de Estudios de Derecho Aragonés, Zaragoza, 1946, *passim*; “Normas procedimentales para un futuro Cuerpo de Derecho Foral aragonés”, en *RDPr*, Madrid, 1953, *passim*; “Fácerías internacionales pirenaicas”, Inst. Est. Pol. Madrid, 1956, 25 y sigs.

(42a) Cfr. mi concepto de “satisfacción jurídica” como función del proceso en mis trabajos “El proceso como función de satisfacción jurídica”, *Temas* I, págs. 353 y sigs.; “El proceso como satisfacción jurídica”, *La Ley*, Buenos Aires, 5 de agosto de 1968; “Doctrina General de Derecho Procesal”, cit., I (III), *passim*.

Si la mencionamos aquí, es como medio de hacer cumplir sin sanción, de “crear normas”.

Ello es muy sencillo si tenemos en cuenta que la conciliación de puntos de vista es la base del *contrato*. A él me remito. Pero una vez esa “norma de conducta” para entre las partes, los intervinientes en la conciliación, creada, se trataría de saber si se extiende como tal norma (y pese a carecer de sanción) a terceras personas.

Omitiendo entrar aquí —y de nuevo lo dicho— en el examen del “contrato” como fuente de noticias para nosotros, la fuerza de los contratos con respecto a terceros (43), debe conseguirse por medio de su aproximación al proceso —la homologación judicial de la conciliación— o su penetración en él como un tipo —el proceso de conciliación (44)—. Y en estas condiciones la “conciliación” pasa a constituir un medio de descongestionar al proceso jurisdiccional (45). Si deja de constituir una auténtica autocomposición pasa a tener gran interés, en cuanto que los Jueces dotan de perennidad (o pueden hacerlo) a la satisfacción contenida en su sentencia. Aunque así, la primitiva “norma para dos” ganará en consistencia, con respecto a los terceros, fallará, si nos basamos en su naturaleza contractual y aún habrá muchas dificultades si la admitimos como sentencia. Esto es, un Juez o Tribunal, por intervenir y dirigir un proceso de conciliación —así se les llama (46)— no elabora sanciones. Y aún menos, si su intervención es la de simple homologador de la conciliación. Este doble papel es el que reconoce a los Jueces españoles, según el marco de su competencia y el ámbito de la conciliación ante él obtenida, el nuevo artículo 476 de la LEC.

Hemos llegado al umbral del proceso, mas en él nos detenemos por ahora. Sigamos con la autodefensa en otros terrenos.

[En materia administrativa —ya dije, y ahora repito—, desde el punto de vista, no de las “normas sin sanción”, sino desde el de la autodefensa, que ésta constituye un mecanismo básico de la misma o de las mismas.

(43) Que no es lo mismo que los contratos de prestación a terceros. Cfr. la obra señera de HELLWIG *Verträge auf Leistung am Dritte*, Deichert, Leipzig, 1899, *passim*.

(44) Cfr. arg. en ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, “Proceso, autocomposición y autodefensa” cit. (de aquí en adelante “Proceso”), § 49, pág. 82.

(45) Cfr. CAPPELETTI-GARTHY, “Access to Justice. The worldwide Movement to make sights effective. General Report”, en *Access to Justice*, I (Programa de Florencia), 1978, Giuffrè, Milán y Sijthoff, Alphen an den Rijn, 61 y sigs. Y una no escasa parte del contenido de la obra, debida a grupos de juristas (El Programa dejó aparte al proceso penal).

Cfr. también DENTI y VIGORITI, “Le rôle de la conciliation comme moyen d’éviter le procès et de résoudre le conflit”, Ponencia General al VII Congreso Internacional de Derecho Procesal, Würzburg, 1983 (“Effektiver Rechtsschutz und verfassungsmässige Ordnung”) ed. por HABSCHIED; Giesecking, Bielefeld, 1983, 345 y sigs

(46) Cfr. CAPPELETTI-GARTH, *ob. cit.*, pág. 61.

Los reglamentos internos llevan disposiciones que se ejecutan sin más coerción que la que emana de ellas. Sólo más tarde, en España, aparece la heterodefensa, bajo la forma del recurso contencioso-administrativo. Una manifestación de las más potentes de la autodefensa (naturalmente, en beneficio del interés público) de la Administración, es su poder de expropiación forzosa, previsto incluso en la Constitución (art. 33-3).]

2. A) En el campo de lo laboral hay manifestaciones incluso multitudinarias, colectivas de la autodefensa. Se trata de la huelga, reconocida en el artículo 37-2 de la Constitución Española. Autodefensa limitada —por la prestación de servicios mínimos— también previstos en la CE— pero no regulada por una Ley de Huelgas, tarea de lo más difícil que pueda existir (47). El estudio de la huelga como manifestación de la autodefensa y de su alcance, que puede ser enorme, debe hacerse en profundidad.

En la Ley de Procedimiento Laboral española, que había adquirido estado como “ley buena” —se hallaba en vigor, básicamente, desde 1908, Ley de Tribunales Industriales, y funciona bastante bien, incluso en este tiempo de crisis procesal (48)—, también se hallan manifestaciones de autocomposición pero procesalizada, como se verá. Y alguna norma sin sanción (las de la defensa técnica).

B) Y para completar esta superficial ojeada, también en el Derecho procesal penal hallamos manifestaciones de la autodefensa, al menos en apariencia. Por ejemplo, las de la detención por particulares (arts. 490 y sigs. LECRIM). (Se trataría en realidad de la asunción privada de una función pública, como la de la “acción popular”) (49). Pero “salgamos del proceso” de nuevo.

3. El contrato es un formidable instrumento de autocomposición, de probable gran antigüedad, y cuyo papel en la evitación de los conflictos debe estudiarse en profundidad.

En efecto, es normal en nuestras sociedades actuales que las personas

(47) Cfr. sobre la huelga, CALAMANDREI, “Significato costituzionale del diritto di sciopero”, en *Scruti giuridici in onore de la CEDAM nel cinquentenario della sua fondazione*, CEDAM, Padua, 1953, II, 52 y sigs.; ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, § 21, págs. 42 y sigs.

Cfr. el RD-ley de 4 de marzo de 1977.

(48) Este juicio procede del juicio verbal civil —que se sigue hallando en las Leyes procesales actuales—, de tipo oral y concentrado, el cual descende a su vez del tipo de “juicio verbal, para litigios de escasa entidad” que con tanta abundancia aparece en los Reinos españoles durante la Edad Media. Cfr. mi libro *El juicio ordinario y los plenarios rápidos*, cit. parte I, IV, 71 y sigs.

(49) Cfr. FAIRÉN GUILLÉN, *Satisfacción*, cit., § 12, págs. 403 y sigs.; *Doctrina general*, I (II), 4 págs. 62 y sigs.

contraten; que el contrato —acuerdo— degenera en desacuerdo: de ahí al conflicto; de él al litigio, y de ahí al proceso para solucionarlo. Este *iter* tiene también el recíproco: si originariamente hay un conflicto entre personas, éstas le ponen fin por medio de un convenio, de un contrato. Todo dependerá de la entidad de conflicto existente; el que sea o no admisible el arreglarlo por un acuerdo de las voluntades particulares sin intervención superior —judicial, arbitral— de terceras personas.

Pero dadas las cercanías del contrato y de su ruptura, no es de extrañar que, históricamente, estos fenómenos se sucedan o incluso se superpongan. Y que así hallamos procesos que terminan por contratos y contratos que terminan por proceso. Y que el contrato, en algún caso —me refiero a Roma—, tenga tal potencia social, que se introduzca en el proceso, de manera que éste se base en un contrato. (Sin olvidar las teorías contractualistas de la sociedad, naturalmente.)

Todas estas interferencias dan lugar a que la autocomposición, arma legítima contractual, pase al proceso; a que el proceso termine incluso por medidas de autocomposición *procesalizadas*.

Decía CALAMANDREI: “La prohibición de la autodefensa, tal como existe en los ordenamientos modernos, es el resultado de una larga y trabajosa evolución. En una asociación primitiva, en la que no existía, por encima de los individuos, más autoridad superior capaz de decidir y de imponer su decisión, no se puede pensar, para resolver los conflictos de intereses entre coasociados, más que en dos medios: o en el acuerdo voluntario entre dos interesados, en el *contrato*, dirigido a establecer amistosamente cuál de los intereses opuestos debería prevalecer, o cuando no se llegase a un acuerdo, en el choque violento entre los interesados (50) —autodefensa—”.

4. Pero la “autodefensa” genuina, la de “defenderse a sí mismo”, tiene una faceta que no se olvida nunca. Esta es la que siempre se discute: la que consiste en defenderse en juicio por sí mismos, sin intervención de otra u otras personas.

ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, en un hipotético plano de evolución de la autodefensa ilimitada hacia la razonada, dice que la autodefensa en juicio actual “no pasa de ser una reminiscencia de la primitiva autodefensa, en que la fuerza física es reemplazada por la fuerza de los razonamientos” (“jurídicos”) (50a).

La aparición del patrocinio jurídico por Abogados, y su situación

(50) Cfr. CALAMANDREI, *Instituciones de Derecho Procesal civil*, Buenos Aires, EJE, 1962, pág. 147.

(50a) Cfr. ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, “Proceso”, § 98, pág. 176.

actual con respecto a esa "autodefensa", es tema de enorme importancia.

Trátase de una autodefensa instrumental para y en el proceso, y no sobre el fondo de la cuestión. El defenderse por sí mismo o por medio de Letrado no supone el triunfo matemático de la pretensión, o de la resistencia.

El estudio de este binomio necesariamente se deja para otro lugar. No se puede despachar semejante tema con ligereza. El solo llenaría cursos y cursos completos (50b).

Pero no sin recordar que una de las maneras de tratar el sujeto con su defensor es el del contrato; el contrato de prestación de servicios. Si aludíamos a él como figura elemental, aquí lo vemos de nuevo; esta vez como complemento del proceso (y de otras figuras humanas sociales).

Y sin olvidar tampoco lo complejo del panorama actual. En tanto que, en materia civil, hay acuerdo universal en cuanto a favorecer la heterodefensa —en este sentido, la defensa técnica—, incrementando los medios de ayuda a los económicamente insuficientes —para qué efugios y circunloquios: mientras el terrible y vergonzoso azote persista, hay que llamarlo por su nombre, que a nadie deshonra: a los pobres—, en lo penal se ha producido un retroceso y una tendencia incluso a renegar, a prescindir del Abogado defensor, en cuanto a determinados delitos —los que corresponden a las llamadas "bandas terroristas"—, en beneficio de la exclusividad de la autodefensa. Indudablemente, la motivación es de tipo político y no se oculta (50c).

Y tornando a mirar hacia la sociedad actual, véase que el hombre raramente está desligado de todo contrato. Vive con los contratos.

Y ha creado normas de autocomposición para proteger el principio *pacta sunt servanda*. Así, en muchos contratos que afectan a verdaderas masas humanas, aparecen cláusulas de fianza por su cumplimiento. La cláusula penal (arts. 1.152 y sigs. CCiv) se muestra como un medio autocompositivo, y el papel secundario del proceso aparece con claridad en el 1.154.

5. El pacto y el contrato, relevándose, aparecen como una de las

(50b) Sobre las actuales direcciones de la organización de la defensa en juicio cfr. p. ej. —con reservas; no se tienen en cuenta muchas consideraciones de países no representados directamente—, ZEMANS, "Recent trends in the Organization of Legal Services", en *Effektiver Rechtsschutz* (Würzburg, 1983), 373 y sigs.

(50c) Cfr. p. ej., la obra colectiva dirigida por GREVI, cit. en nota núm. 13, *supra*. El fenómeno, de raíz política en gran parte, se produce también en España, con unos caracteres muy semejantes a los GREVI y los autores de la citada obra describen. Y aquí, *se veía venir* el fenómeno por los que no somos triunfalistas o inconscientes. Cfr., p. ej., mi trabajo "Algunas notas sobre la problemática de la expulsión del acusado de las sesiones del juicio oral", en mis *Estudios de Derecho Procesal civil, penal y constitucional*, Madrid, Edersa, II (1984), 377 y sigs. No se me hizo el menor caso.

claves de la civilización de las relaciones entre litigantes —en sentido lato—, al ir sustituyendo paulatinamente a la autodefensa, y en su lugar hacer aparecer un tipo de heterodefensa, de manera no individual, sino de toda una Ciudad.

Me refiero a la aparición de un tipo de “proceso”, del que aún se discute si estaba o no fundado en un primitivo arbitraje —en el pacto *receptum arbitratis* (50d)—. Lo que nos trae de nuevo al “pacto” como fenómeno de sustitución de dicha autodefensa.

En Roma, ésta, fue admitida muy ampliamente “como reacción contra las aplicaciones ilegales de poder” (50e).

Y a través de la evolución de Roma, parece claro que el Estado, en su desarrollo progresivo, “se apropiase de la función arbitral privada”, articulando la autodefensa mediante un rito obligatorio para las partes (50f).

Y así, pero ya en la época imperial, se fija la prohibición de la autodefensa, la cual solamente puede ejercitarse por la legitimidad de la reacción (“*vim enim, vi defendere omnes leges omniaque iura permittunt*” D. XI, 2, 45, § 4).

Mas este *iter* se desarrollaba al compás, o casi de manera inversa al desarrollo de los *pacta*, de gran influencia en la sustitución de la autodefensa directa, *civilizándola* así.

El pacto (50g), como el *pacere*, se remiten a un acuerdo, el cual se refiere siempre, en sus muy variadas acepciones, a una *conventio* o acuerdo (cfr. *infra*); mas la *conventio* gana terreno, y el *pactum*, si no se estrecha, sí que ha de coexistir con otras figuras (50h).

El *pactum* ocupó una posición contrapuesta al *contractus* desde el punto de vista de su defensa procesal. En tanto que la vulneración del *contractus* originaba una *actio*, la del *pactum*, en su caso, tan sólo la de una *extentio*, la *exceptio pacti conventi* (50ha).

Los pactos adquirieron valor jurídico muy considerable. En el Edicto

(50d) Cfr. LA PIRA, “Compromissum e litis contestatio”, en *Studi in onore di Salvatore Riccobono*, Palermo, 1936, II, 189 y sigs; BONIFACIO: “Patti (Storia)”, en *NssDI*, § 4, 485

(50e) Cfr. LUZZATTO, “Von der Selbsthilfe zum römischen Prozess”, en *ZSSR (RA)*, Weimar, 1956, LXXIII, 35

(50f) Cfr. LUZZATTO, *ob. cit.*, 47.

(50g) La voz *pactum*, como el verbo *pacere*, como la voz de origen indoeuropeo *pak*, en origen, indicaban más que la cesación de una situación de hostilidad, la actividad de quien, por vía convencional, determinaba una no-beligerancia. *Pactum* no pierde el sentido de “límite (modo) de impostación de una relación”, acentuando el momento “activo” de la constitución de equilibrios. Cfr. G. MELILLO, “Patti (Storia)”, *Enciclopedia del Diritto (Enc. Dir.)*, § 2, 480.

(50h) Cfr. BURDESE, “Patto (Diritto Romano)”, en *NssDI*, § 1, 708.

(50ha) Cfr. MELILLO, *ob. cit.*, § 2; JÖRS-KUNKEL, *Derecho Privado Romano*, trad. esp. Prieto Castro, Labor, Barcelona, 1936, § 117, 2 y 3, págs. 268 y sigs

(7,7, D., *de pactis*, 2, 14) "*pacta conventa... servabo*" se admiten todos ellos salvo que contengan *dolo malo*, sean *adversus leges plebis scita*, *senatus consulta edicta decreta principum* o *fraus*. El Pretor los protegerá.

Y en materia penal hallamos muy interesantes aplicaciones de la sustitución de la autodefensa taliónica, por un *pactum*, en las XII Tablas.

Se trataba de las consecuencias del muy vasto y aún confuso delito de *iniuria* (50i). Una de sus manifestaciones, la de la ruptura de un miembro, admitía un cambio de la pena taliónica por una composición pacticia. (*Si membrum rupsit nisi cum eo pacit, talio esto*, VIII, 2). El acuerdo entre la parte lesionada y el ofensor, por medio de un *pactum*, evitaba o ponía fin a un procedimiento (50j).

También aparecía el *pactum* como sustitutivo, con respecto al delito de hurto: "... *si de furto pacisti lex permittit*", (17,4, D., *de pactis*, 2, 14).

La venganza privada originaria —autodefensa bruta— se sustituía así por una compensación de tipo pecuniario; de aquí nacían las obligaciones *ex delicto* (50k), a conservar *iure civile*, por lo menos en los casos de *iniuria* y *furto* (fr. cit.).

Nos aproxima al terreno del proceso, la extensión de los *pacta praetoria*, si no a éste (50l), al menos al paraproceso que es el arbitraje, por medio del *receptus arbitrum* y del *compromissum* (50m).

Sí parece claro que la *exceptio pacti conventi* ya relacionaba con el proceso propiamente dicho, puesto que podría ser opuesta y constar en la *fórmula* sobre la que se produciría la *litis contestatio*, pudiéndose llegar a una sentencia absolutoria (50n), la aparición de *pacta adjecta* a los contratos, llevaba consigo *actiones stricti iuris*: expresamente contenidos en el título contractual, eran tutelados por las *actiones* que amparaban al mismo *contractus* (50p). Entre los *pacta praetoria*, se hallaban los ya citados y claves del arbitraje, de *compromissum* y *receptum*; en las *conventiones legitimas*, aparecían las *actiones* (50q), y entre ellas, el *compromissum* en el Derecho justiniano, con figura de perseguibilidad con una *condictio*

(50i) Cfr. FUENTESECA, *Historia del Derecho Romano*, Madrid, Europa Artes Gráficas, 1987, 98 y sigs.

(50j) Cfr. FUENTESECA, *ob. cit.*, 99; MELILLO, *Patti*, § 2, 481; BURDESE, *Patto*, § 708.

(50k) Cfr. FUENTESECA, *ob. cit.*, 99.

(50l) Como lo pretende LA PIRA, *ob. cit.*, en nota núm. 50d.

(50m) Cfr. MELILLO, *ob. cit.*, § 4, 482 sigs.

(50n) Cfr. BURDESE, *Patto*, § 5, 709.

(50p) Cfr. MELILLO, § 7, 490; JÖRS-KUNKEL, § 117, 3, pág. 271.

(50q) D.2, 14, 6 (Paul.), 3 ad.ed.: "Legitima conventio est qua lege aliqua confirmatur, ei deo interdum ex pacto actio nascitur vel tollitur, quotiens lege vel senatus consulto adiuvatur". El nombre de *pacta legitima* "no era muy propio" (JÖRS-KUNKEL, *ob. cit.*, § 117, 3, pág. 271).

ex lege, a quien no hubiese tenido ni hecho honor al *pactum de non petendo*, yendo así al arbitraje en lugar de ir al proceso (50r).

Punto central dialéctico entre *pactum* y *contractus* lo ocupan las *conventiones* (siglos II y III, def. de Ulpiano, D, 2, 14, I, 3, 4 ad. Ed.) como elementos de fondo de cualquier figura negocial, sea pacto o contrato, ya que sin *consensus* no hay obligación. El *convenire*, por el que los pactos tendientes a una justa *causa*, asumen, si no el nombre, sí la regulación del contrato (50s) (50t).

Se tiende a una homogeneización de *pactum* y *contractus*: éstos proliferan, pero los primeros conservan en enorme ámbito del Edicto "*pacta conventa servabo*"; y en el siglo III se comprueban remedios pretorios que afirman varias *actiones* nacidas de tal Edicto (50v) (*recepta*, etc.).

Recordemos aquí, aun en Roma, los *nuda pacta*, negocios que ni con contratos, por falta de *causa*, ni *pacta adjecta* o *conventiones legitimas*; esto es, no producen *actiones*, y si sólo la *exceptio* derivada de Edicto *pacta conventa servabo* (50x).

Recordemos el valor del *pacta sunt servanda* de la Iglesia medieval "en los límites de la ética y de la jurisdicción eclesiástica" (50z) (51). Los glosadores comenzaron por respetar la distinción entre contrato y pacto. Mas AZON ve al *pactum* (*conventio*) como un *genus*, del cual el contrato es una especie, con capacidad para crear *actiones* (el *pactum vestitum*). Con esa doctrina del "vestido de los pactos" se pasa fácilmente a los

(50r) Cfr. MELILLO, § 5, 488 y sigs.

(50s) Cfr. MELILLO, § 10, 493; JÖRS-KUNKEL, § 117, 3, a f, 271.

(50t) La amplitud de lo pactado en el Reino de Aragón del siglo XVI, hace pensar en que se recibió esta influencia romanística sobre la amplitud de los *pacta* (recuérdese el principio pretorio *pacta conventa... servabo*). Decía DEL MOLINO:

"Pactum contra naturam contractus tenet in Aragonia secundum foristas antiquos. Quia omne pactum tenet in Aragonia, est servandum inter partes; vel contra ius naturale, ut in observ. item iudex de fide instrumentorum (es la I.^a, del libro III de la recop. de 1437, fol. 13) item quia de foro stamus chartae."

(Cfr. Miguel DEL MOLINO: "Repetitorium Fororum et Observantiarum Regni Aragonum, una pluribus cum determinationibus consilii Justitiae Aragonum practicis atque cautelis eisdem fideliter annexis", 3.^a ed., completada por Joannem Michaellem PÉREZ DE BORDALVA, Zaragoza, imp. Dominici à Portonarius, 1585, voz *Pactum*, fol. 247 vto. 2.^a col.).

(50v) Cfr. MELILLO, § 9, 492, BURDESE, sobre los términos *conventio* y *contractus*, fr. 7 pr.-4, D, *de pactis*, 2, 14, en *Patto*, § 7, 710.

(50x) Cfr. MELILLO, § 7, 491; JÖRS-KUNKEL, § 117, 3, 271 a.f.

(50z) Cfr. MELILLO, § 11, 493

(51) En el Reino de Aragón, el principio *pacta sunt servanda* era (y sigue siendo, en lo que resta) uno de los pilares básicos del ordenamiento jurídico. Cfr. la obs. *De equo vulnerato*, primera del Libro I de la recop. de 1437 y la doctrina elaborada sobre el principio *standum est chartae*.

Y para Castilla, cfr., p. ej., la Glosa a la Ley XXIII, título X, Partida III.

contratos. El *nudum pactum, vestitum* deviene *contractus*. Este *iter* se percibe muy claramente en DEL MOLINO:

“Ex pacto nudo, seo promissione nuda non oritur actio de foro, nisi tale pactum fuerit vestitum in coherentia contractus, vel causa aliqua iusta, vel propter servitium aliquod fuisset facta talis promissio” (51a).

En materia de Derecho de Gentes, el *pactum* y la *conventio* —al menos, en cuanto terminología— desbancan al *contractus*. Así lo vemos en el iusnaturalista VATTEL: “pacto” se utiliza como sinónimo de “tratado”, pero también con mucha mayor amplitud, de consensualismo social (51b), la expresión *contrato* aparece como multivoca, pero no muy utilizada (51c).

Esta excursión por los *pacta* debe devolvernos a su punto de partida, a Roma, ya que allí hallamos un tipo de proceso, predominantemente, el de la República, en el que su clave —*lapis angularis* se la ha llamado durante siglos— era la *litis contestatio*, que toda una tendencia de entre los romanistas califica de contrato (51d) formal. Esta tesis ha sido muy discutida (51e). Pero, no obstante, siempre queda un sentido de “acuerdo” en dicho acto o actos; de consenso de las partes, aunque se hallen ya ante el Pretor (51f).

Lo que sí ocurrió en Roma, con su evolución, fue un cambio de

(51a) Cfr. DEL MOLINO, “Repertorium...”, cit, voz. *Pactum*, fol. 248, l.^a col., sobre los *pacta adjecta* (mejor, la doctrina de la “vestimenta de los pactos”).

(51b) Cfr. VATTEL, *El Derecho de Gentes o Principios de la Ley Natural, aplicados a la conducta, y a los negocios de las naciones y de los soberanos*, trad. española de don Lucas Miguel Otarena, Madrid, Ibarra, 1822.

[Entre otras cuestiones de extremado interés, trata VATTEL de la autodefensa en estado de necesidad (el caso del capitán Bontekoe, t. II, libro II, cap. IX, CXIX, págs. 110 y sigs.).]

(51c) Habla de “pactos”, “ajustes”, “convenios”, “tratados”, y en menos ocasiones de “contratos” (p. ej., *De los contratos privados del soberano*, libro II, cap. XIV, CCXIII, págs. 217 y sigs.). De la *juxta causa* de los tratados, habla en muchas ocasiones.

(51d) Cfr. WLASSAK, “Die Litiskontentation im Formularprozess”, en la *Festschrift zum Doktor-Jubilaum des Prof. Windscheids*, Leipzig, 1889, 55 y sigs.; “Praescriptio und bedingter Prozess”, en *ZSSR (RA)*, XXXIII, 92 y sigs.; WENGER, *Compendio de Derecho Procesal civil romano*, 2.^a ed., apéndice al *Derecho Privado Romano*, de JÖRS-KUNKEL, trad. esp. cit., § 13, pág. 529; *Istituzioni di Diritto Processuale civile romano* (realmente, 2.^a ed.), trad. it. Orestano, Milán, 1838, 170 y sigs.

(51e) Por ejemplo, BISCARDI, “Lezioni sul processo romano antico e moderno”, Giappichelli, Turín, 1967, cap. II, *La tesi del Wlassak sulla 'litis contestatio' è la reazione critica della dottrina*, 26 y sigs.; BONIFACIO, “Studi sul processo formulare romano. I *translati iudicii*”, Nápoles, Jovene, 1956, cap. II, 26 y sigs.; el mismo “*Litis contestatio*”, *NssDI*, § I, 973 y sigs.

(51f) Cfr. MAZZACANE, “La *litis contestatio* nel processo civile canonico”, Nápoles, Jovene, 1954, caps. I y II, y bibl. allí cit.

circunstancias en el que la voluntad del *princeps* era lo fundamental para justificar el proceso. El proceso imperial —la *cognitio extra ordinem*— ya no tenía efectivamente su base en esa *litis contestatio*, cuyos anteriores efectos se habían diseminado por otros “momentos” del trámite (51g). Su empeño en buscar “un momento ideal” en donde introducir esa *litis contestatio* ya sin función, fue incluso calificado de “romántico” (51h).

Pero un defectuoso estudio de las fuentes romanas, a lo largo de la Edad Media —y durante el Renacimiento jurídico—, hizo que la *litis contestatio*, como contrato, deviniera un verdadero mito, un mito jurídico (51i). La Constitución *Tanta* de Justiniano pudo tener que ver con el error en la visión de los Glosadores, ya que siguieron a la letra dicha regla (52) (53); esto es, en una interpretación *Plana* del Corpus, en el que había materiales de diversas épocas. Ello hizo que la *litis contestatio*, considerada como la *lapis angularis totius iudicii* (BALDO) (glosa 1.^a a la

(51g) Cfr. sobre estos cambios de impostación del proceso romano en relación con caracteres políticos o de repercusión política en la evolución de la urbe, arg. RICCOBONO, “Cognitio extra ordinem. Nozione e caratteri del ius novum”, en *Revue Internationale des Drou de l'Antiquité* (Mélanges Fernand VISSCHER), Bruselas, 1949 (II), T. III, 281 y sigs.; ORESTANO, “Augusto e la cognitio extra ordinem”, sep. de los *Studi Economico-Giuridici della Reale Università di Cagliari*, XXVI, 1938 (Milán), 31 y sigs.; ÁLVAREZ SUÁREZ, “La jurisprudencia romana en la hora presente”, discurso de ingreso en la Real Academia Española, Madrid, 1966, 119 y sigs.; FUENTESECA, *ob. cit.*, cap. XIII y sigs., págs. 229 y sigs. En cuanto a la “difusión” de los efectos de la l.c. a través del procedimiento, cfr. por todos, BONIFACIO, resumen en “Litis contestatio” cit., *NssDI*, a.f., y mi monografía “El desistimiento y su bilateralidad en primera instancia (contra la doctrina de la *litis contestatio*)”, Barcelona, ed. Bosch, 1950, cap. II y sigs., págs. 43 y sigs., también la voz “desistimiento”, en la NEJES.

(51h) Cfr. PRINGSHEIM, “Die archaische Tendenz Justinians”, en *Studi in onore di Pietro Bonfante*, Milán, Giuffrè, 1930, I, 551 y sigs.; D'ORS PÉREZ, “La actitud legislativa del Emperador Justiniano”, en *Orientalia Christiana Periodica*, XIII, Roma (1-2), 1947, 199 y sigs., y esp. 122 y sigs.

(51i) Sobre este punto cfr. mis trabajos “Una perspectiva histórica del proceso: la *litis contestatio* y sus consecuencias”, comunicación al I Congreso Internazionale di Diritto Processuale Civile (Florencia, 1950), CEDAM, Padua, 1953, y “Proceso, procedimiento y mito jurídico”, en Vol. Homenaje al Prof. J. Goldschmidt, de la *Revista de Derecho Procesal Argentina*, Buenos Aires, 1951. Y, naturalmente, SANTI ROMANO, “Mitología Giuridica”, en *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milán, Giuffrè, 1.^a ed., 1947, 126 y sigs.

(52) Cfr. ALBERTARIO, “Lis contestata, controversia mota”, en *Studi di Diritto Romano*, Milán, Giuffrè, 1946, IV, 269; arg. PEROZZI, “Dell'antica e dell'odierna maniera di considerare e di studiare il Corpus Juris nei riguardi dogmatici”, en sus *Scritti Giuridici*, Milán, 1948, III, 598 y sigs.

(53) Cfr. mi libro *El juicio ordinario y los plenarios rápidos (los defectos en la recepción del Derecho Procesal común: son causas y consecuencias en doctrina y legislación actuales)*, Barcelona, ed. Bosch, 1953; esp. 31 y sigs. y bibl. cit., y “El Consulado de Valencia: de proceso a arbitraje: sus posibilidades”, en mis *Estudios de Derecho Procesal civil, penal y constitucional*, Madrid, Edersa, I (1983), 193 y sigs., 1.^a parte.

Ley III, tit. X, partida III; glosa 4.^a, a la Ley VIII, ídem) (54), triunfase sobre el proceso civil de toda Europa (54a). De ahí ese pretendido carácter “contractual” del mismo, cuando atenta mirada al panorama político medieval o de la Edad Moderna —por ejemplo, del absolutismo estatal— podían haber indicado que no se trataba de un contrato, sino que era ya la soberanía estatal la que *imponía* el proceso (55).

La doctrina contractual del proceso debía ser aherrojada a la historia por los mismos romanistas: por los de la Escuela de SAVIGNY, más o menos directamente (55a), salvo para algunas Sentencias del Tribunal Supremo español, de que se hablará.

Pero ya había aparecido la doctrina del proceso como “cuasicontrato” —otra nueva derivación de concepciones ya muy erróneas de la l.c.—, arrastrada por autores de gran recepción —p. ej., HEINECCIO (55b), más tarde, en España, VICENTE Y CARAVANTES (55c)—, y ya sobre la Ley de

(54) Cfr. estas Glosas, en la Ed. Oficial de *Las Partidas* imp. de Juan Hafrey, Madrid, 1611.

En Aragón, sobre la l.c. —concertada por la demanda y contestación del reo, del conventus—, cfr. el Fuero (I) “De litis contestatione”, Monzón, 1390, libro III de la Recop. de 1552.

Y nótese (Observancia 2.^a “De litis contestatione”, libro II de la Recop. de 1437) que también existía en el proceso penal.

(54a) Cfr. mi *Juicio ordinario y los plenarios rápidos*, I parte, *passim*.

(55) Cfr. la crítica ya clásica frente a la doctrina del proceso como contrato en GUASP, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, I, Madrid, Aguilar, 1943, 17 y sigs.; ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, 2.^a ex., UNAM, México, 1970, § 70 y sigs., págs. 121 y sigs.

(55a) Recuértese a autores como BÜLOW, KOHLER, DEGENKOLB, STEIN, HELLWIG, etcétera.

(55b) “Porque con la contestación del pleito se verifica un cuasicontrato y se hace novación; de suerte que se da contra los herederos la acción del juicio, el cual dimana de cuasicontrato. En el día se hace la contestación del pleito por la petición del actor y la contradicción del reo; antiguamente donde se señalaba Juez y asistían los testigos se decía que había contestación del juicio. V. à Heineccio, *Pand. tit. de iudic.* § 5, 41 y sigs.”

Esto es: la *litis contestatio*, más exornada con el nombre de cuasicontrato.

Cfr. JOSÉ VICENTE, *Elementos de Derecho Romano según el orden de las Instituciones*. Por J. HEINECCIO, trad. esp. del cit. VICENTE, Madrid, imp. de Sans y Sanz, 1842, págs. 310 y sigs., nota al § 1038 del texto.

(55c) Cfr. también ASSO y MANUEL, “Instituciones del Derecho Civil de Castilla que escribieron los Doctores... enmendadas, ilustradas y añadidas conforme a la Real Orden de 5 de octubre de 1802 —uno de los tirocinios más sensatos de la época—, por el doctor don Joaquín María Palacios, etc.”, 7.^a ed., t. II, Madrid, Imp. de don Tomás Alban, 1806, pág. 141.

Pero débese citar también a VICENTE Y CARAVANTES, autor muy celebrado en España e Iberoamérica en su *Tratado histórico, crítico-filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil según la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, Imp. Gaspar y Roig, t. II, 1956, 149. “Porque la contestación produce un cuasicontrato mutuo entre los litigantes” (con cita de la Ley II, tit. X, Partida III, exponente de la l.c. en Castilla).

Enjuiciamiento Civil de 1881 —aún vigente—, REUS (55d) (55e).

Esta concepción es tan errónea como su parienta. Los vínculos procesales no derivan de la simple voluntad presunta de una de las partes; si falta en el proceso moderno un acuerdo de voluntades como fuente de las posibilidades y cargas que allí aparecen, aun más falta con base de una sola voluntad “presunta o tácita” (56) (57). No obstante, esta doctrina fue largamente acogida por el Tribunal Supremo español de manera un tanto incomprensible. Pero en la larga serie de Sentencias que consideran al proceso civil como un cuasicontrato (58) se unen otras que vuelven a la tesis contractual. Así, la Sentencia (Sala Primera) de 10 de diciembre de 1979 dice que:

“Perfeccionando el contrato de *litis contestatio* por el escrito de contestación a la demanda que ha de formularse en los mismos términos que aquélla...” (Repertorio “Aranzadi”, 4122).

Bien es verdad que este Alto Tribunal ha pasado por otras doctrinas sobre la naturaleza del proceso y de las vinculaciones de las partes a él como la de la “difamación judicial”, de mi modesta autoría (59), aunque

(55d) Cfr. REUS, “Ley de Enjuiciamiento Civil de 3 de febrero de 1881”, Madrid, t. I, Imp. de la *Revista de Legislación*, pág. 420:

“Interpretaron bien el alcance de la contestación BALDO y Gregorio LÓPEZ al llamarla *lapis angularis et fundamentum iudici*. Los efectos que la contestación produce son los siguientes:

1.º Fija los términos del litigio, estableciendo entre actor y demandado una especie de cuasicontrato, cuyas cláusulas obligan a ambos. La fuerza de este cuasicontrato alcanza hasta impedir que los litigantes varíen o muden, si sobre ello no hay acuerdo, la base sobre que discuten y ventilan sus respectivos derechos.”

De nuevo “el cuasicontrato” de *litis contestatio*.

(55e) Cfr. más sobre españoles que admiten la doctrina del proceso basado en la *litis contestatio* en mi *Desistimiento y su bilateralidad en primera instancia*, págs. 29 y sigs.

(56) “La caracterización del proceso como un cuasicontrato: cuasicontrato de *litis*”, incide en el mismo error fundamental que la concepción contractual...: es absolutamente inadecuada la consideración de la voluntad presunta o tácita de las partes o de la simple voluntad de una de ellas como fuente de los vínculos procesales. Tales vínculos traen su origen de una noción de tipo más general: la sumisión de todos los súbditos de un país al Poder público del mismo y a su ordenamiento jurídico; el consentimiento de los particulares no juega ningún papel aquí, como tampoco en la producción de la fuerza obligatoria de una ley o de una decisión administrativa...” Cfr. GUASP, *Comentarios...*, cit. I, 18 y sigs.

(57) Y aún más lejos estaremos si mantenemos que la *Dinlassung* no es por motivo de una “obligación procesal”, sino de una carga, según la doctrina de J. GOLDSCHMIDT.

(58) Sentencias sobre el “cuasicontrato” procesal del TS de 11 de julio de 1890, 17 de octubre de 1893, 13 de noviembre de 1907, 5 de diciembre de 1891, 18 de marzo de 1916, 17 de enero y 10 de marzo de 1920, 3 de marzo de 1931, 9 de abril de 1932, 13 de febrero de 1933, 20 de enero de 1934, etc. Cfr. comentarios en mi *Desistimiento...*, cit. págs. 30 y sigs.

(59) En 1947 elaboré una juvenil teoría sobre la “difamación judicial”, como clave

de manera un tanto desordenada, admite otras concepciones (la “vinculación”, la misma “relación jurídica procesal”, la “difamación extrajudicial”) (60).

La doctrina contractual del proceso, que la doctrina procesal estimaba ya abatida en España, despunta, pues, de vez en cuando. Y quienes la utilizan desconocen que los presupuestos básicos del proceso moderno, con su base en una *potestad jurisdiccional*, emanada de la soberanía del Estado, *prior y posterior* del mismo, sin que se tenga en cuenta la voluntad de los ciudadanos, que subyacen a toda la ordenación por ser tales súbditos de un Estado, se oponen al viejo contractualismo romano. Las ideas del *imperium* estatal lo han ahogado.

6. Pero, apenas el “contrato” es expulsado del terreno del proceso por la puerta, y se nos introduce por la ventana. Y perdónese la figura retórica.

En efecto, el viejo contractualismo dejó profundas huellas en el Derecho procesal. El renacimiento de los “Derechos fundamentales del ciudadano” contribuyó en no poco. Las modernas Constituciones, incluyendo una Tabla de los derechos fundamentales procesales, e inspiradas a veces en la doctrina rousseauiana, o en otras paralelas —las del viejo y fuerte anglosajón de Inglaterra, con una Corona superior e igualdad ciudadana—, han favorecido esta persistencia o estos nuevos desarrollos.

Desde la época de la Revolución francesa, en nuestro campo, se marcan dos grandes corrientes mundiales: la de la *civilización del proceso penal* y la de la *penalización del proceso civil* (61). Se trata de las dos trayectorias

de la bilateralidad del desistimiento, cuyo original presenté a las oposiciones a las cátedras de Derecho Procesal de Santiago y La Laguna. Aún inédita la monografía, fue citada *in extenso* por el jurista que se encargaba de comentar las Sentencias del TS en la *Revista de Derecho Privado*, que resultó ser el Magistrado de dicho Alto Tribunal don Manuel de la Plaza, a propósito de la Sentencia de 4 de noviembre de 1948 (ver esta *Revista*, núm. de febrero de 1949, págs. 127 y sigs.).

Se publicó mi monografía cit. y mi voz “Desistimiento” en *Nejes* —y algún trabajo más.

El Tribunal Supremo *latinizó* mi concepto, y lo aplicó para justificar la bilateralidad del desistimiento (y no la *litis contestatio*), en sus Sentencias de 6 de noviembre de 1956, 8 de enero de 1958 y 29 de enero de 1963. Después ha tornado a las concepciones contractual o cuasicontractual del proceso y a la primera en su Sentencia de 9 de junio de 1986. Sobre esta última, cfr. CALVO SÁNCHEZ, “El Tribunal Supremo y su postura ante la bilateralidad del desistimiento”, en *La Ley. Repertorio*, Madrid, 1987-I, 1049 y sigs.

(60) Cfr. la nota anterior y mi libro *El desistimiento*, esp. caps. VI y VII, págs. 103 y sigs.

(61) Cfr. ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, “Liberalismo y autoritarismo en el proceso”, en sus *Estudios de Teoría General e Historia del proceso (1945-1972)*, UNAM, México, 1974, II, 245 y sigs. y esp. 282 y sigs.

clásicas de la oscilación entre el “proceso isonómico o simétrico” y el “proceso asimétrico o lógico” (62).

Esto es: en el proceso civil se dibuja un movimiento legislativo desde el sistema y principio dispositivos (63) hacia el oficial —o inquisitivo, o autoritario (64)—. Y en el proceso penal, y a partir de la Revolución francesa (65), se marca un claro retroceso del sistema inquisitivo y avance del acusatorio. Aparece el “sistema mixto”, y el acusatorio, aunque con impurezas —una de ellas, la acusación por el Ministerio Fiscal o Público— y en pocos países por los ciudadanos: solamente en España y en Inglaterra, gana terreno. La investigación, la inquisición, siempre necesaria en un proceso penal —y dejemos de pensar en la merecida mala fama de la expresión “inquisición”, más debida a los procesos inquisitorios españoles que a los franceses o alemanes (66)—, se extrae del mismo, y se coloca bajo la simple autoridad de la Policía y del mismo Fiscal. Y aquí se dice que “ha triunfado el sistema acusatorio”, lo que no es cierto. Tan poco cierto como que quepa un proceso penal “sin instrucción”, esto es, sin juicios valorativos previos derivados de una investigación sobre los hechos (66a). Otra cosa es que tales actividades se entreguen a otra persona,

(62) Cfr. GIULIANI, “L’Ordo Iudiciarius medioevale (Riflessioni su un modello puro di ordine isonomico)”, en *Riv. Dir. Proc.*, 1988, 3, 598 y sigs.

(63) Cfr. mi concepción de ambos en mi *Doctrina General del Derecho Procesal*, XII (III), I, págs. 388 y sigs. Se hace eco de la de CARNACINI, “Tutela giurisdizionale e tecnica del processo”, en *Studi in onore di Enrico Redenti*, CEDAM, Padua, 1951, II, 693 y sigs. y ahora NICOLETTI, “Tutela giurisdizionale e tecnica del processo: permanenza e attualità di una dottrina”, en *Studi in onore di Tito Carnacini*, Giuffrè, Milán, 1984, II-1.º

(64) Estas distinciones nada tienen que ver con las ideas políticas sobre los Estados totalitarios o liberales.

(65) En el Reino de Aragón, el sistema acusatorio predomina hasta el tercer tercio del siglo XVI. Es la revuelta en torno a Antonio PÉREZ lo que hace triunfar el sistema inquisitivo de Felipe II. Cfr. mis trabajos sobre el tema, esp. “Habeas corpus” y “Manifestación”, en *Estudios*, cit., I (1983), 313 y sigs.; y *Antecedentes aragoneses de los juicios de amparo*, UNAM, México, 1971. Obra que se publicó *sin haber corregido la pruebas* yo mismo y con numerosas faltas.

(66) Recuérdese a CARPZOVIVUS, Benedikt y su obra *Practica nova imperialis saxonica rerum criminalium* (Wittengerg, 1635) —el Juez inquisitorial de las 20.000 Sentencias de muerte— y también autor de una *Jurisprudentia forensis* (sobre 1660, cfr. *supra* sobre el “juicio sumario indeterminado”), del escabinado de Leipzig y Profesor de su Universidad. El modelo procesal que describió alcanzó tal “popularidad” (?), que el tipo de proceso inquisitivo sajón se llamó “Proceso de Carpzovivus”. Proceso muy severo y cruel. Cfr., p. ej., August VON KRIES, *Lehrbuch des deutschen Strafprozessrechts*, Freiburg i.Br., 1892, Mohr, págs. 37 y sigs.; BIENER, “Beiträge zu der Geschichte des Inquisitionsprozesses und der Geschworenengerichte”, reimp. en Scientia Verlag, Aalen, 1965.

(66a) Esto significaría algo así como admitir “el proceso sin pensar” irracional. Algunos juristas de los U.S.A. lo acogen (el *hunch*).

Juez de Instrucción, Fiscal, Policía, etc., que no debe participar en la elaboración inmediata de la Sentencia (67).

6. Pues bien, en esta situación, nos hacemos cargo, en Europa, de un sistema "procesal" —entre "comillas"— procedente de EE.UU. de Norteamérica, llamado el del *plea bargaining*, el del "negociar".

"Negociar" sobre la entidad de la pena a imponerse, entre el Ministerio Público y el sujeto pasivo, prescindiendo del juicio por Jurados, que es el previsto en la Constitución (art. 3.º, Sec. 2, § 3; enmiendas V y VI).

Tan grave renuncia comenzó a producirse de un modo casi "oculto" (68) (69), "bajo la mesa" y hasta 1968 no se "hizo pública". Hoy día, sobre el 90 por 100 de los casos, no llegan al Jurado (70).

Se trata de una renuncia a una serie de "privilegios constitucionales" (71). Y consiste en lo que RICHARD M. DALEY describe así:

"Si bien la Constitución garantiza al imputado el derecho a ser juzgado por un Jurado, competente para declarar la culpabilidad o la inocencia, y lo protege contra el peligro de la autoincriminación, el que es acusado de un grave delito (*felony*), prefiere usualmente declararse culpable del delito prevenido o de una imputación menos grave, mejor que reclamar el debate

(67) Se ha denunciado desde hace muchísimos años la incompatibilidad entre las funciones de "investigar, instruir" y la de "juzgar" (pese a que esa investigación esté llena de juicios parciales, de evolución de la misma). Decía CARNELUTTI sobre "la investigación" que "es un trabajo psíquico y a menudo físico, que puede alterar el juicio en el sentido de que el investigador puede ser arrastrado a una supervaloración de los resultados de la investigación, delineándose en él un interés por el éxito de aquella; pero tal disposición de ánimo si bien favorece a la investigación, perjudica a la valoración; mejor que los resultados de la propia investigación se valoran los resultados de la investigación de otro. Todo juicio, realmente, implica tanto la investigación como la valoración; también juzga el acusador después de haber investigado; indaga el Juez también antes de valorar los indicios, las investigaciones, los interrogatorios practicados incluso por él mismo..., pero, sin embargo, prevalece en la actividad del uno el momento de la investigación y, en la del otro, el momento de la valoración...". Cfr. CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, Roma, 1949, II, 180 y sigs.

Y cfr. mi trabajo "La imparcialidad o parcialidad del Juez de Instrucción penal" (sobre la reforma procesal de 1988 y sigs.), en *Tapia*, dic. 1988, 5 y sigs. y bibl. allí cit.

(68) En Inglaterra hay *bargaining* no admitidos por los Jueces. Cfr., p.ej., en HAMPTON, *ob. cit.*, 184 y sigs.

(69) Cfr. Jeff BROWN, "Meriti e limiti del patteggiamento", 131 y sigs., en la obra colectiva dir. por AMODIO y CHERIF BASSIOUNI, *Il processo penale negli Stati Uniti d'America*, Milán, Giuffrè, 1988.

(70) Cfr. estadísticas de EE.UU. en Richard M. DALEY, "Il *plea bargaining*: uno strumento di giustizia senza dibattimento", en AMODIO y CHERIF BASSIOUNI, 157 y sigs.

(71) Muchos de los de las Enmiendas V y VI a la Constitución. Cfr. BROWN, DALEY, *ob. cit.*, *passim*; Michael DE FEO, "La fase dibattimentale", en AMODIO y CHERIF BASSIOUNI, 181 y sigs.; Milton HEUMANN, *Plea bargaining. The experiences of Prosecutors, Judges and Defense Attorneys*, The University of Chicago Press, Chicago y Londres, 1978, 13 y sigs.

ante el Jurado (lo que sucede en una relación del 10 al 1) (72). El hecho de que la mayor parte de las penas sea infligida como consecuencia de un *plea guilty*, en lugar de serlo en virtud de veredicto o de una condena a seguida del debate, ha suscitado en el país en los últimos veinte años un encendido debate sobre la naturaleza y la oportunidad de mantener el mecanismo procesal sobre la declaración de culpabilidad, haciendo foco de la discusión, sobre todo, sobre las modalidades de acuerdo con las cuales, tal culpabilidad se declara durante el procedimiento del negociar, (*Plea bargaining*)” (72a).

Se trata de un convenio muy claro. El imputado renuncia a la garantía del juicio ante el Jurado, con defensa formal y las de la VI Enmienda (“derecho a un juicio rápido y público, por un Jurado imparcial..., a que se la caree con los testigos que declaren en contra suya; a que se obligue a declarar a los testigos que cite en su favor y a tener un Abogado que le defienda; pero sobre todo a los inmediatamente relacionados con el ‘juicio ante el Jurado’”). Y el Fiscal, el *prosecutor*, le promete un particular trato de favor (73). El Juez debe aceptar ese pacto, escrito, constituido por un *agreement* (74).

Y esto, este *negociar*, admite y se practica incluso en los casos de delitos gravísimos, que se penarían con la muerte (75).

El *plea bargaining* —como “negociar”, progresivo hasta llegar al acuerdo, al *plea guilty* (76) —se concierta durante la fase llamada *pre-trial*, anterior al “debate oral”; puede ser su contenido, la conformidad con la pena pedida que se acuerda, previa autodeclaración de culpabilidad del imputado —*sentence bargaining*— o el de hallarse el imputado de acuerdo con la pena a imponer por una o varias infracciones imputadas, a cambio de la promesa del acusador de que no le acusará de las demás ya pendien-

(72) DALEY, *ob. cit.*, 157 y sigs.

(72a) DALEY, *ob. cit.*, 151 y sigs.

(73) Nótese la trascendencia de renunciar a todo el *adversary system*, el que tan justamente orgullosos se mostraban los norteamericanos. La sobrecarga de trabajo (Cfr. BROWN, DALEY, DE FEO, HEUMANN) es lo que ha traído las dilaciones irregulares y la decadencia de tal sistema.

(74) Cfr. J. BROWN, 131. Cfr. *in extenso* ALBERT W. ALSCHULER, “The Trial Judges Role in Plea Bargaining”, I parte, *Columbia Law Review*, Vol. 76. Nov. 1976 (7), pp. 1059 ss.

(75) Cfr. RICHARD UVILLER, “Pleading Guilty. A Critique of Four Models”, en *Law and Contemporary Problems*, Duke University of Law, Durham. N. Car. Vol. 41 (1977) (invierno), 102 y ss., esp. 118 ss. y ahí el caso *North Carolina v. Alford*, famoso.

(76) El *plea guilty* español —las conformidades de los arts. 655 y 680 y siguientes. LECRIM— no se basa en promesas, sino en acusaciones concretas. No hay negociaciones —*bargaining*— y si declaración única, dispositiva del proceso y del Derecho Penal hasta ciertos límites. Lo que diputo inadmisibles es la *negociación*, que lleva al mayor extremo la disponibilidad de la pena. No es de extrañar que se la considere ya como un asunto del *market system*. Cfr. *infra*.

tes —*charge bargaining*— (77). Se ha impuesto la forma escrita —*agreement*—: el Juez puede fijar una *probation* sobre la personalidad del delincuente o sobre circunstancias del delito (pero no ordenar pruebas sobre el asunto en cuestión) (78), y aprueba el negocio, el *agreement*. “En pocos casos rehúsan los Jueces la aprobación al acuerdo alcanzado por las partes. Esto sucede cuando se estima que comporta la aplicación de una pena demasiado leve para satisfacer las exigencias de la defensa social. Y cuando el acuerdo es rechazado por el Juez se ofrecen al imputado dos posibles salidas: puede revocar su declaración de culpabilidad y el *plea guilty* no puede ser usado contra él como confesión o admisión de responsabilidad, o bien puede decidir el arriesgarse, presentándose al Juez sin retractarse de su citada declaración de culpabilidad” (79).

La revocación del convenio sólo se admite en principio por la concurrencia de vicios en la voluntad del imputado (80), lo cual se interpreta restrictivamente (81).

El origen del *plea bargaining* —interesante para los españoles, ya nuestra LECRIM admite el *plea guilty* limitado y éste constituye el final del *to bargain*, del negociar— parece hallarse en el tipo de “procedimiento sumario” (*sic*) aún no marcado por el sistema acusatorio, de principios del siglo XVIII, el cual permitía, en un solo día, despachar de doce a veinte juicios. Fue, paradójicamente, la introducción del sistema *adversary* —del moderno sistema acusatorio, y, en particular, el derecho probatorio, así como la creación del cargo de acusador y de defensor—, lo que hizo más largos los procedimientos; lo que provocaron fue una complicación que hizo a tal serie de garantías, inidónea para tratar los delitos más graves (82).

Como se ve, nos hallamos ante un caso de autocomposición procesalizada e incompleta, dada la intervención judicial al fin. Pero autocomposición de gran entidad.

En efecto, supone la renuncia a los llamados “privilegios constitucionales” que conllevan la presencia del Jurado, la defensa contra la autoinculpación, el silencio, etc. Y todo esto se efectúa y tiene un éxito (¿momentáneo?) con su motivo fundamental en el tremendo trabajo que agobia a los Jueces norteamericanos, y en lo enojoso de la preparación del juicio

(77) Cfr. BROWN, 132 y sigs.; HEUMANN, 42.

(78) Cfr. BROWN, 134.

(79) Cfr. BROWN, 134 y sigs.

(80) Cfr. el caso Brady (Brady V. United State), 1970, en BROWN, 137 y sigs.

(81) Cfr. la Suprema Corte en el caso *North Carolina v. ALFORD* (1970), en FANCHIOTTI, 287 y sigs.

(82) Cfr. alguna nota sobre la historia del *plea bargain* en ALSCHULER, “The Prosecutor’s Role in Plea Bargaining”, *University of Chicago Law Review*, 36 (1868), 52; FIERMANN, “Plea Bargaining in Historical Perspectives”, en *Law and Society Review*, 13 (1979), 2, *passim*; HEUMANN, *ob. cit.* 157.

por Jurados (83). He aquí, pues, un abandono del sistema acusatorio, una degeneración del mismo (84), “una institución capaz de hacer degenerar el proceso expropiando al imputado de sus garantías y privando a la sociedad de su tutela” (85).

Se ha llegado en EE.UU. al “mito de la inevitabilidad del *plea bargaining*”, creado sobre la base del exceso de trabajo de los Tribunales (86), y aparece la reacción. Por ejemplo, en ciudades grandes como Baltimore y Filadelfia “se ha reducido considerablemente el número de *plea bargaining*, sustituyendo el juicio por Jurados con el de Magistrados (*bench trial*), esto es, con un debate sin Jurado, de cadencias temporales incomparablemente más ágiles, el cual permite unir la ventaja de hacer posible el tratamiento de gran número de casos sin renunciar a la fase del juicio oral ni prescindir de las garantías constitucionales previstas para el proceso penal” (87).

No obstante, también la tentación del *plea bargaining* ha llevado a sostener posiciones radicalmente ajurídicas, y que si lo acreditan como posible figura económica lo expulsan del campo del Derecho.

La más extremista —viene resumida por FANCHIOTTI con referencia a EASTERBROOK— se deshace de la idea del *bargaining* como *mal necesario* —que está muy generalizada— para basarlo en su *desiderabilidad*. Tal tesis “ha nacido en el ámbito cultural de los econométristas, que recientemente han atracado en las riberas del proceso penal. Partiendo del presupuesto de que tal proceso penal no es sino un *market system*, un método de “atribuir recursos escasos”, se da por sentada la imposibilidad de los operadores judiciales de alterar el *quantum* de recursos disponibles. Y los “econométristas” afirman —en línea con la concepción del libre mercado propugnada a nivel económico— que la intervención reguladora (*regulatory*), la aprobación del *agreement* por los Jueces de la autoridad pública, identificado, en el caso del proceso, con la decisión del Juez sobre la pena), puede dar buenos resultados, solamente si el “precio” fijado autoritariamente por él coincide con el convenido por las partes en su contrato” (88).

En cuanto a la pena, su finalidad, según los “econométristas”, es la

(83) Cfr. CHERIF BASSIOUNI, “Lineamenti del processo penale”, en AMODIO, etc., § 8, 73 y sigs.; BROWN, § 5, 145 y sigs.; DALEY, § 1, 152 y sigs.

(84) Cfr. AMODIO, *Il modello*, cit., XL y sigs.

(85) DALEY, § 5, 174.

(86) SCHULHOFER, “Is Plea Bargaining Inevitable?”, en *Harvard Law Review* (97), 1984 (7), 1037 y sigs.

(87) SCHULHOFER, cit. por FANCHIOTTI, 291 y sigs.

(88) Cfr. EASTERBROOK, “Criminal Procedure as a market System”, en *12 Journal of Legal Studies*, 1982, págs. 297 y sigs. Cit por FANCHIOTTI, en AMODIO y CERIF BASSIOUNI, 290 y sigs.

“disuasión” o “amenaza” (*deterrence*), según dicen, porque es el único factor que puede ser estudiado con instrumentos de econometría, y, por lo tanto, es la única a ser tomada en cuenta. Y siendo la disuasión o amenaza la única finalidad del sistema penal, por ese camino llegan a la conclusión de que la disuasión o la amenaza es el único objetivo del Derecho Penal” (89).

Se acabó el sistema de normas de la Constitución, el de las Declaraciones de Derechos Humanos. Se acabó la plenitud y finura del espíritu humano dedicado a investigar, a trabajar en un “caso”, en unos hombres. El objetivo de la justicia es sólo el de “procesar” casos que produzcan disuasión. Y en cuanto al *plea bargaining*, lo contemplan como modelo ideal de expresión del libre mercado, exactamente porque tiende a eliminar el papel regulador, *regulatory*, del Juez: “*Regulatory systems are Known for arbitrariness*”. Ello, basándose en las analogías con sectores económicos en los que la intervención de la autoridad estatal habría producido resultados desastrosos (90).

Estos personajes, con la base en el hecho de que el sistema procesal puede ser explicado mediante algunas leyes de mercado, llegan a la conclusión de que todas las normas procesales son de mercado.

Tal es la autocomposición llamada *plea bargaining*, el “negociar”.

Ha arrastrado ya algún otro país, éste, europeo. Así, Italia.

En este país, la Ley de 24 de noviembre de 1981 creaba la “aplicación de sanciones sustitutivas a petición del imputado”, con renuncia al proceso (penas pecuniarias, de libertad controlada o de semidetención), para delitos los que se hubiera de imponer una pena no superior a la de seis meses de arresto. Una norma dedicada sobre todo a la juventud, para evitarle penas de prisión perversas, a sustituir por estas penas obtenidas por el *patteggiamento*, por el *negocio*.

La idea se transmitió por ésta y otras fuentes a algunos juristas españoles.

El *Codice di Procedura Penale* de 22 de septiembre de 1988, en sus artículos 444 al 448 y 563, regula y amplía el *patteggiamento* como “sanción sustitutiva o pecuniaria”, pedida al Juez por el *Ministerio Público* —que en Italia, y desde el mismo día 22 de septiembre de 1988 devino autónomo en el proceso penal, artículo 53 CPP y 70 del Ordenamiento Giudiziario de 1921, reformado en el mismo sentido y el mismo día (91)—

(89) Cfr. EASTERBROOK, cit. por FANCHIOTTI, 293

(90) Este es el resumen de EASTERBROOK, traído por FANCHIOTTI, *loc. cit.*

(91) Esto es en Italia se preparó un nuevo Ministerio Público para desempeñar el papel de instructor en el nuevo CPP, haciendo autónomos e inamovibles a sus miembros ocupados en cada caso. Cfr. el art. 53 del Nuevo Código y el 70 del *Ordenamento*

y el imputado —*hic latet lepus*— disminuía hasta en un tercio, de penas no superiores a dos años de privación de libertad.

Animados por la información de otros países europeos, de admitirse de nuevo —y por ejemplo, ya viejo, en Alemania (92)— el principio de oportunidad en el proceso penal (93), se debió pensar (94), que era el momento oportuno —el de la caída de la Ley inquisitiva de 11 de noviembre de 1980 por obra del Tribunal Constitucional, Sentencia de 13 de julio de 1988— para introducir dicho principio, si no directamente, sí a través del *plea bargain*. Mas éste se halla oculto en los repliegues de una normativa de redacción ya oscura y defectuosa. Parece el *plea bargaining* norteamericano inicial, el de “debajo de la mesa”.

A mi juicio, la Ley de 28 de diciembre de 1988 no ha derogado los artículos 655 y 688 de la LECRIM, sobre las conformidades del acusado. No van precedidas de “negociar”, de “tratar” entre el Ministerio Fiscal y el sujeto pasivo. Son derechos procesales, *chances* para el citado sujeto, que no se deben considerar extinguidas. Y el artículo 779 y en el 780, nuevos de la LECRIM —los procedentes de dicha Ley de 28 de diciembre de 1988—, declaran palmariamente que “el enjuiciamiento de los delitos enumerados en el artículo anterior se acomodará a las normas comunes de esta Ley, con las modificaciones consignadas en el presente título”. Y nada se consigna contra las posibilidades de conformidad simple, de la derivada del *plea guilty*, y no del *bargain*. El Fiscal General del Estado, en su Circular 1/1989, a este respecto, genéricamente, dice que “esta llamada a las normas generales y básicas de la Ley se hace más expresamente en la fase de instrucción o de investigación judicial..., pero es implícita en todo el procedimiento. Sin embargo, deberán los señores Fiscales analizar atentamente, antes de extender al procedimiento abreviado alguna norma del

Giudiciario, reformado también en este punto por Decreto de 22 de septiembre de 1988. Esto es, el mismo día de la promulgación del CPP.

¿Se hizo algo de esto en España con nuestro Ministerio Fiscal? No.

(92) Cfr. el § 154 y sigs. de la Ley de 19 de diciembre de 1964

(93) Cfr. los textos de los actuales § 153a, 153b, 153c, 153d de la StPO. Y su com. por SCHOREIT, en los *Karlsruher Kommentar. Strafprozessordnung. Gerichtsverfassungsgesetz* (dirigidos por el Dr. Gerd PFEIFFER), Beck, Munich, 1982, 485 y sigs. También com. al § 146 de la GVG, por SCHOREIT, “Kommentar” cit., 1492 y sigs., esp. núm. 8 y sigs.

(94) No tengo más datos y acorto para evitar juicios temerarios de atribución. Cfr. B. J. MAIER, “La Ordenanza Procesal Penal alemana: su comentario y comparación con los sistemas de enjuiciamiento penal argentinos”, Buenos Aires, ed. Depalma, 1982, co. al § 153 StPO, págs. 126 y sigs; GÓMEZ COLOMER, *El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas*, Barcelona, ed. Bosch, 1985, 47 y sigs

Y nada supe del Ministerio de Justicia, pese a ser miembro permanente de la Comisión General de Codificación. Lo poco que pude saber lo fue a través de lo “que se dijo” en cierto congreso regional, al que rigurosamente fui no invitado.

proceso ordinario por delitos graves, si tal norma es compatible no sólo con las reglas específicas del primero, sino también con sus principios y su finalidad de enjuiciamiento rápido" (95). Y por una cuestión de "economía procesal" (?) no vamos a eliminar más posibilidades —y más ajustadas a Derecho— del acusado, más claramente concebidas y mejor expresadas, que un *negociar* del Ministerio Fiscal con el sujeto pasivo, que solamente se intuye del texto de la Ley *pero que no se ve*. Se tratará de garantías frente a redacciones oscuras y, por tanto, avocadas a confusiones (96).

Estas negociaciones no se hallan explícitamente en la Ley. "Hay que buscarlas" a través de un lenguaje nada claro y aun técnicamente incorrecto (97) y proclive a los errores (98).

1.^a La primera oportunidad que la Ley ofrece al Fiscal y al "imputado que, asistido de su Abogado, haya reconocido los hechos que se le imputan". [¿Y dónde estaría esa imputación formalmente hecha para que basase nada menos que una negociación? Según algunos autores, el auto de procesamiento ha sido suprimido, lo que yo no estimo así... (99); razón de más para considerarlo, como garantía fundamental a favor del sujeto pasivo del proceso que es, no tenerlo como "tácitamente derogado" (100) —para buscarlo a toda prisa un sustitutivo, los que ya hacen algunos—]. Esta primera oportunidad —decía— es la del artículo 789-5, quinta, de la LECRIM, aun antes de comenzar "la preparación del juicio oral", con lo que se sigue tanto la inclinación de algunos juristas de adelantar el momento de "las conformidades", pero por razones de economía procesal —y ello aunque la instrucción no esté terminada, argumentación artícu-

(95) Cfr. FGE, Circular 1/1989, de 8 de marzo, I (en "Memoria" del FGE de 1988, publ. en 1989), págs. 398 y sigs.

(96) Cfr. sobre las "Conformidades" y el *plea bargain* de los nuevos arts. 789, 791 y 793 LECRIM, introducido por la Novela de 28 de diciembre de 1988, mi trabajo "Las conformidades del sujeto pasivo en el procedimiento de la Ley de 28 de diciembre de 1988", en *Justicia* 1989, Barcelona, 1, págs. 7 y sigs.

Reconozco que tiene graves defectos, que corregiré en otro sobre el mismo tema. En parte, son míos. En parte, los he adquirido de la lectura de la Ley de 28 de diciembre de 1988, oscura, embrollada y de redacción muy desafortunada.

(97) Véase, p. ej., la confusa concordancia en el art. 790-1.

El mismo FGE reconoce, en su Circular 1/1989 cit., los defectos de esta Ley, en § II, B), págs. 407 y sigs., § VI, C), págs. 507 y sigs.

(98) Yo mismo habré cometido alguno o muchos en mis trabajos. Pero si se me ponen de manifiesto y son ciertos, los reconozco sin ninguna especie de soberbia.

(99) Cfr. mi trabajo "¿Supresión o sustitución del auto de procesamiento? Viejos problemas en nuevas leyes", cit. en *Tapia*, mayo-junio de 1989, 57 y sigs. a.p.

(100) Este grave problema también lo aborda el FGE en su Circular 1/1989 cit., II, B), págs. 407 y sigs., en relación con las gravísimas "derogaciones tácitas". Se preocupa de los "aforados", pero no considera el problema de la posible derogación por la tácita del auto de procesamiento, para los demás ciudadanos. Páginas 408 y sigs.

lo 790—, como su modelo norteamericano, de difusión del momento procesal del *plea bargaining*.

2.^a La segunda oportunidad se halla “en el escrito de defensa contra la acusación” o en otro anexo o conjunto con el de acusación (?), artículo 791-3. También puede promover la conformidad —y con ello abrir la negociación (101)— el Ministerio Fiscal.

3.^a La tercera oportunidad de abre ya en el juicio oral (art. 793-3): “Antes de iniciarse la práctica de la prueba, la acusación y la defensa, con la conformidad del acusado presente, podrán pedir al Juez o Tribunal que proceda a dictar Sentencia de conformidad con el escrito de acusación que contenga pena de mayor gravedad, o con el que presentarán en ese acto (102), que no podrá referirse a hecho distinto ni contener calificación más grave que la del escrito de acusación. Si la pena no excediera de seis años, el Juez o Tribunal dictará Sentencia de estricta conformidad con la aceptada por las partes”.

El límite *ad quem* de estas negociaciones en cuanto a la pena de privación de libertad es discutido. El Fiscal General del Estado opina que se puede extender hasta el límite máximo de apertura de este tipo de procedimiento —doce años, art. 779 [Circular 1/1989, de 8 marzo, III, C), c)]—. La Ley sigue oscura. Otros se inclinan por el tope —ya previsto por las más correctas conformidades de los arts. 655 y 581 y sigs. LECRIM, las clásicas, que no van precedidas de *bargaining*, de negociación— de seis años, al final de tal negociación, en el equivalente momento procesal del *agreement*. Y estimo, modestamente, que —a salvo complicaciones competenciales, que las puede haber, e impeditivas— una negociación puede comenzar a partir de una pena, y llegar a otra muy inferior (si no ¿para qué negociar?). Esto es, el punto *a quo* de la negociación podría estar hasta en los doce años, y el punto *ad quem* en los seis o menos (102a). Pero sigo con dudas, y graves, que procuraré dar a conocer en otro momento y no aquí.

Sean cuales fueran los límites de esta *nueva* y flamante figura admitida en nuestro Derecho *por influencia básica norteamericana* del *plea bargaining* —las continuas alusiones al *patteggiamento* italiano son producto de falta de conocimiento completo de los movimientos político-procesales que se producen: el *patteggiamento* proviene de EE.UU. de Norteaméri-

(101) Cfr. la Circular del FGE núm. 1/1989, de 8 de marzo cit. III, C), págs. 413 y sigs. (Introducción del principio del “consenso”), con el cual nombre oculta piadosamente el *negociar* la pena. Por lo que dice en la pág. 414, se ha adaptado perfectamente a ese ya presente *plea bargaining*.

(102) *Hic latet lepus*. Ahí está el *bargain*, la discusión sobre la pena. Cfr. mi trabajo “Las conformidades”, cit. 18 y sigs. y 28 y sigs.

(102a) Cfr. “Las conformidades”, 28 y sigs.

ca (102b)—, se trata, en los tres casos, de manifestaciones de autocomposición procesalizada parcial; parcial, ya que el Juez, o Tribunal —entendiendo—, debe ser algo más que un simple homologador del acuerdo, aunque a algunos no parezca así.

Actos de autocomposición, sobre cuya naturaleza cabe opinar lo mismo que sobre las conformidades de los artículos 655 y 681 y siguientes de la LECRIM: que se trata de actos dispositivos del Derecho procesal y del Derecho penal. De gran envergadura, pues (103).

La introducción del *plea bargaining* en España, como “mal inevitable”, dada la congestión de asuntos en los Juzgados y Tribunales españoles en la actualidad, plaga que no lleva trazas de cesar (fenómeno paralelo al que ocurre en EE.UU. igualmente), no puede basarse sino en un desvío del sistema “acusatorio” que, al parecer, quiere imponerse. Y ello sin reconocer que lo inquisitivo, en la instrucción, subsistirá, aunque será de tipo administrativo: lo cual parece tranquilizar muchas conciencias, pero no la mía. Desvío combinado o mezclado con la apertura del proceso penal al principio de oportunidad, ya consagrado —y muy antiguo—. Pero, al amparo de esas *negociaciones* pueden ocultarse incluso *negocios* ilícitos —sobre todo en materia de exigencias de modificación de acusaciones y de indemnizaciones—. Ciertamente es que la intervención del Ministerio Fiscal puede garantizar la honestidad de las negociaciones, dadas las calidades que concurren en sus miembros. Ello no empece a que el Fiscal depende del Poder Ejecutivo —el español, no preparado para el *plea bargaining*; que el italiano, a la vez que tal fenómeno se admitía en el nuevo CPP, devino autónomo e inamovible (104) (art. 53 CPP y 70 del Ord. Giud. modificado por Decreto de 22 de septiembre de 1988 (105)—; lo cual, quiérase o no, hará que consideraciones de tipo político, variables según las oscilaciones lógicas en toda política estatal, se puedan introducir en el proceso penal. A lo que soy opuesto.

Y nótese las enormes distancias que nos separan al PM norteamericano

(102b) Cfr. AMODIO, *ob. cit.*, *passim*. Ninguno de los autores italianos recientes lo niega.

(103) ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, *El allanamiento en el proceso penal*, Buenos Aires, EJE, 1962, *passim*; mi trabajo “La disponibilidad del derecho a la defensa” *cit.*, *passim*.

(104) Esta reforma era desconocida por alguien que sobre el tema hablaba en el Congreso o “Jornadas sobre la Reforma Urgente del Proceso Penal”, organizadas por el Consell de Col·legis de Procuradors de Catalunya, en Barcelona, durante los días 25 y 26 de noviembre de 1988, y que debería haberse enterado mejor antes de aludir al tema.

Y es de suponer que no conocía tampoco el art. 127 y sigs de la nueva Constitución brasileña de 5 de octubre de 1988, sobre el *Ministerio Público*.

(105) El Ministerio Público en EE.UU. —*Public Prosecutor*— es diferente. Y la comunidad social lo ha admitido como tal.

—país de la discrecionalidad más dilatada—, de la representación por el MP de la sociedad, del pueblo, y de ahí el nombramiento de sus agentes, típico, por elección popular.

Se ha dicho, en España, sobre el *plea bargaining*, lo que sigue: “La introducción por importación de un modelo procesal de estas características basado en un utilitarismo feroz a costa de una distorsión hipócrita entre principios ético-jurídicos y praxis, debe —a mi entender— rechazarse de plano. Pero no basta con ello, si no se advierte sobre los peligros de una introducción sinuosa y clandestina que minara los cimientos de una manera de entender el Derecho ajeno a concepciones culturales en las que prima un trasfondo puramente econocimista” (106).

De “désvío del sistema acusatorio” he calificado al *plea bargaining*, que está acabando con un sistema acusatorio devenido inaplicable en la práctica (el del Jurado de EE.UU.). De “degeneración del sistema acusatorio” se le moteja (107). Y su “importación” de “irracional” en Italia (108). Y hacer depender lo que sea “el interés general”, de oportunidades políticas, no satisface al principio de seguridad jurídica. Ese *plea bargaining* puede ser, incluso, el comienzo de un *iter* del abandono de las víctimas de los delitos por el Estado, contrariamente a aquello a que exhorta incluso el Comité de Ministros europeo [cfr. Recomendación número R (83), 7].

7. Otra actividad de autocomposición en el proceso penal español está representada por las “conformidades” del acusado con la acusación formulada contra él, de los artículos 655 y 681 y siguientes de la LECRIM.

Consisten en el conformarse de cada uno de los posibles acusados —contra los no conformes con sus respectivas penas solicitadas, el juicio oral continúa— con la acusación más grave contra él formulada, *ya formalmente* (arts. 649 y sigs. LECRIM), esto es, con todas garantías. La conformidad —no se admiten negociaciones o regateos previos; ahí radica una de sus diferencias con el *plea bargain*— de acusado y de su defensor vincula al Tribunal, el cual debe absolver en Sentencia (ello ha sido suavizado casi *a nativitate* por la doctrina del Ministerio Fiscal y de la jurisprudencia: el Tribunal puede imponer una pena menos grave).

Esta figura, florón hoy día del sistema “acusatorio”, procede inmediatamente, sin embargo, del inquisitivo. Y no es la única (109). También la

(106) Cfr. ALMAGRO, en “El nuevo proceso penal”, *Estudios sobre la Ley Orgánica 7/1988, de 1988* (con GIMENO, MORENO y CORTÉS), Valencia, Tirant lo Blanch, 1989, 155.

(107) Cfr. AMODIO, *ob. cit.*, XL y sigs.; DALEY, 174.

(108) Para Italia. Cfr. FANCHIOTTI, en AMODIO-BASSIOUNI 272.

(109) Cfr. mi trabajo “Disponibilidad”, *cit. nota* núm. 30.

base del sobreseimiento puede estar en unas actuaciones —las únicas— inquisitivas, las de la instrucción.

En efecto, las “conformidades” proceden de la fuerza de la confesión del reo como *regina probatorum*. Prueba plena. Naturalmente, tal confesión prestada ante un Tribunal competente, sin tortura ni amenaza ni ningún otro vicio de la voluntad del confesante, vincula al Tribunal. Y si es de “no culpabilidad” (*not guilty*), el Tribunal no puede sino absolver. He ahí la naturaleza de las modernas conformidades (110).

Su entronque con el *plea bargaining* se ve en la figura británica del *plea guilty*, ya que es muy posible llegar a él con negociaciones previas (111). Debe reconocerse que el exceso de trabajo de los Tribunales ingleses también actúa como concausa del aumento de este *plea* (112).

Las conformidades españolas constituyen, a semejanza del nuevamente admitido *plea bargain*, una disposición, por la parte, del Derecho procesal aplicable —constituyen una renuncia al juicio oral, nada menos— y aun el material, ya que el Tribunal queda vinculado a no imponer una pena superior a la conformada —lo cual podría haberse producido en virtud de nuevas calificaciones— (113).

Autocomposición con su base actual en “conformarse con el mal menor”, sin exponerse al riesgo de todo un juicio oral. Con renuncia a la prueba. A los que los anglosajones llaman “privilegios”. Y autocomposición parcial, incompleta, por doble motivo: Primero, por la intervención causal del Tribunal y, segundo, por su limitación a las penas no superiores a los seis años de privación de libertad.

Lo que me molestaba del *plea bargaining* es “la negociación”; era y es la posible ocultación —benévola o malévola— de “interioridades” *que afectan a toda la sociedad, víctima del delito*; su admisión al aire libre, como derogación de todo un sistema diputado excelente... y que no lo es ya. Esto, en gran parte, no sucede con las “conformidades” de los artículos 655 y 681 y siguientes de la LECRIM, *claras en la Ley* y no ocultas de infructuosidades de su redacción. La maniobra, el contubernio, de ser muy deseado, es imposible de evitar totalmente. Pero, al menos, el sistema de las conformidades, al ser aceptadas, no deja a todo un sistema procesal en ridículo por “economía procesal”. Amplíese más, si se estima bajo, su

(110) Cfr. HAMPTON, *ob. cit.*, 184 y sigs.

(111) Cfr. HAMPTON, *ob. cit.*, 184 y sigs.; HEUMANN, 102 y sigs.; BROWN, 135 y sigs.; DALEY, 151 y sigs.

(112) Cfr. LIDSTONE “Human Rights in the english criminal Trial”, en la obra colectiva dir. por John A. ANDREWS, *Human Rights in Criminal procedure (A comparative Study)*, Martinus Hijhoff, La Haya, Boston, Londres, 1982, 83 y sigs.

(113) Cfr. ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, “El allanamiento”, *cit.*; FAIRÉN GUILLÉN, “La disponibilidad”, *cit.*

tope *ad quem*, aunque dada la mentalidad de nuestros legisladores, que se plasma en las actuales leyes penales, admitirlas para casos con penas superiores a los seis años, significará un golpe más para el principio de la seguridad jurídica del pueblo no delincuente.

Anótese que las conformidades del acusado no existen como tales, más que en los sistemas anglosajones y en España. Ahora penetran laboriosamente por otros caminos; por ejemplo: el de la libertad condicional, el de la suspensión de la causa, el del principio de oportunidad, etc. (cfr. p. ej., los § 153 y sigs. StPO de la RFA).

Débase añadir aquí lo quizá palmario. Esto es, que en las conformidades no se obra sobre promesas de nadie —lo que en la “negociación” pondría o pondrá al Ministerio Fiscal en trances un tanto molestos, por no decir más, y en dependencia de sus superiores cada vez más pronunciada (114)—, sino sobre actos procesales, no privados, ocultos, o de otro pelaje.

Esta diferencia, y la falta de lo que se podría tornar un chalaneo, hasta conseguir ese “consenso”, hacen muy distintas nuestras “conformidades” de lo que se quiere introducir y ya se ha introducido, posiblemente digno de una economía de mercado.

Y debo advertir que, habida cuenta de la necesidad de que estos medios de autocomposición, para surtir pleno efecto —el deseado por los intervinientes—, sean como tales medios “parciales”, incompletos en sí, se les debe incluir como actividades procesales de “obtención” (*Erwirkungshandlungen*) de una resolución judicial, y no como plenos “actos dispositivos” o “de causación”, o sea, con producción de plenos efectos por sí mismos (114a). Dadas las directrices modernas de los sistemas procesales, el ámbito de la autonomía de la voluntad de las partes cada vez se restringe más. Aunque resurja “como mal menor”, tal y como se justifica al *plea bargain*, al “negocio de la pena” (115).

8. Otra actividad de autocomposición procesalizada y parcial es la del desistimiento de la querella por el particular que la presentó. En sí parece un acto de autocomposición. Mas la calidad de los intereses que con su querella ha podido lesionar, hace que su “apartamiento” le deje

(114) Por ejemplo, con respecto a los condicionamientos de las retiradas de la acusación. Cfr. la Instrucción del FGE núm. 1/1987, de 3 de enero, en “Memoria” de FGE de 1987, publ. en 1988, págs. 459 y sigs.

(114a) Cfr. GOLDSCHMIDT, *Der Prozess als Rechtslage. Kritik eines prozessualen Denkens*, Springer, Berlín, 1925, reimpr. Scientia Verlag, Aalen, 1962, 2.^a parte, IV, A, a), págs. 364 y sigs., y 4, A), b), págs. 456 y sigs.

(115) De “bochornoso chalaneo, con apariencia de desistimiento y realidad de transacción procesal” —recordando el del caso de Ed. KENNEDY— lo califica ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, “Proceso”, adición al § 51, pág. 89.

“sujeto a las responsabilidades que pudieren resultarle por sus actos anteriores” (art. 274 LECRIM). Esto es, el posible acto de autocomposición deviene complicado y procesalmente limitado.

9. Y como actos de resignación altruista (?), también pueden comprenderse los del perdón judicial (arts. 25, 443, 467, 487 CP). Nótese, si se produce pensando o sintiendo —*hic sunt leones*— beneficio para la persona perdonada. Pero si el que perdona lo hace por un pensamiento o sentimiento —móvil— egoísta, entonces debe incluirse en la autodefensa (116), y no como acto de autocomposición.

10. El artículo 26-2 de la Constitución Española fija como “orientación” de las penas privativas de libertad la de “reeducación y reinserción social”. Al abrirse así a la subjetividad del penado, poniendo a contribución su voluntad de “reeducarse”, se abre a la autocomposición, aunque sea postdeclarativa y parcial. Se trata de la “remisión incluso total de la pena” por “el Tribunal” —esto es, aún quedaba por delante la ejecución forzosa, que sigue teniendo carácter jurisdiccional (“y hacer ejecutar lo juzgado”, art. 117-3 CE) aunque muy desvaído. Se halla en el artículo 57 bis, b), del Código Penal —introducido por la Ley de 25 de mayo de 1988.

Trátese, en ese supuesto —art. cit. 2), de “una remisión total de la pena”. Esto es, se confía en la autocomposición totalmente. Pero sólo es “parcial”, en cuanto que precisa ser recogida por una Sentencia, no simplemente homologadora de los hechos y calificaciones, sino también sancionadora: la sanción restante, es la de la de la “condicionalidad” de su libertad “a que el reo no vuelva a cometer cualesquiera de los delitos a que se refiere el artículo 57 bis, a)” —los llamados “delitos de terrorismo”.

Y también participa de los caracteres de la autocomposición “el desistimiento espontáneo —propio y voluntario, art. 3.º, III, CP— de la tentativa” (117).

Y no olvidemos añadir: se trata de una manifestación de Derecho premial y no penal, como la de los *pentiti* italianos (118); ello se deduce con gran claridad, sobre todo, del párrafo b) del artículo citado, 57, bis, b), del Código Penal.

11. En materia civil —con notables remisiones de la laboral—, como fenómenos de autocomposición —parciales, procesalizadas, unilaterales—, aparecen el desistimiento de la demanda antes de un determinado momen-

(116) Cfr. ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, “Proceso”, arg. § 45, pág. 77.

(117) Cfr. ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, “Proceso”, § 54, págs. 94 y sigs.

(118) Cfr. GREVI, “Riflessi e suggestioni in margine all’esperienza nordamericana del *plea bargaining*”, en AMODIO-BASSIOUNI, 304 y sigs., PALAZZO, idem, págs. 324 y sigs.

to de la instancia, la renuncia al derecho y el allanamiento del demandado. Como bilaterales, el desistimiento desde determinado momento de la primera instancia (119), y la transacción, de entidad necesariamente bilateral.

El desistimiento de la demanda consiste en la retirada de la misma —conteniendo la pretensión (120)—, pero sin que se renuncie más que al proceso incoado, y no al derecho que, según el actor-desistente lo respalda —derecho sustancial—, de manera que el desistido actor puede, en cualquier momento posterior, volver a presentar su demanda con la misma pretensión (121).

Necesariamente puede afectar al interés del demandado el que la instancia continúe.

Incluso, históricamente, la evolución de la doctrina del Tribunal Supremo español sobre su bilateralidad, sobre la audiencia al demandado antes de que el Juez lo conceda o no —y con ello se ve que ya no se trata de un acto de autocomposición pura—, nos muestra su carácter anticontractual.

En efecto, el Tribunal Supremo español, tradicionalmente, venía fundando el proceso sobre el contrato de *litis contestatio* (?). Esta producía su notable efecto consuntivo, por virtud del cual la demanda se hacía irreiterable. Pues bien, a fin de evitar este efecto consuntivo, a partir del momento en que se concertaba la *litis contestatio* —mediante la concurrencia de demanda y contestación—, el demandado que deseara desistir, debía obtener el consentimiento del referido demandado (Sentencias de 5 diciembre 1891, 21 diciembre 1927, 9 abril 1932 y 4 noviembre 1948).

A partir de este año, el Tribunal Supremo cambió de orientación. Aceptó la doctrina de la relación jurídica procesal y la de la “difamación judicial”, de mi autoría (Sentencias de 8 enero 1958, 25 enero 1963 y 6 noviembre 1986). Mas ha retornado a la doctrina de la *litis contestatio* en las de 10 de diciembre de 1979 y de 9 de junio de 1986 (122).

(119) También existe la figura de la *Erledigung der Hauptsache*, propia del Derecho alemán, de dudosa utilidad aquí. Cfr. mi trabajo “Comentario y propuesta sobre el artículo 199 del Código Procesal civil-modelo para Iberoamérica”, en *Justicia*, Barcelona, 1989, IV, 791 y s.

Y cfr. mi monografía “El desistimiento”, cit., y la voz “Desistimiento” de la NEJES.

(120) Cfr., últimamente, CALVO SÁNCHEZ, “El Tribunal Supremo y su postura ante la bilateralidad del desistimiento”, cit. en *La Ley. Repertorio*, 1987-I, 1049 y sigs.

Y mi “Desistimiento” cit.

Sobre el concepto de derecho de pretender y acto de pretender, cfr. mi *Doctrina general del Derecho Procesal*, III (1), 6, págs. 85 y sigs.

(121) Cfr. nota anterior, a f.

(122) Rep. Ar. 3.301 Cfr. la nota núm. 119. Y mi trabajo “Sugerencias sobre la renuncia a la pretensión, el desistimiento de la demanda, de otros actos del juicio y de los recursos, para el Proyecto de Código de Proceso civil. Modelo para los países

El desistimiento, así conformado, no deja de tener una faceta auto-compositiva unilateral; la aquiescencia del demandado, lo haría bilateral, mas se entiende que el demandado puede oponerse en virtud de intereses por la demanda perturbados (la “difamación judicial”), lo que impone actualmente que intervenga el Juez, y no solamente como homologador.

En semejante medida debe ser tenido como acto de autocomposición, el de “renuncia de una de las partes en juicio civil, a una actividad del mismo” —figura semejante en ciertos aspectos a la *Erledigung der Hauptsache* alemana—; su bilateralidad no empece ese carácter, pero queda en parcial, dada la intervención del Juez (123).

En cuanto al desistimiento de ulteriores instancias se asimila a la renuncia al derecho material —soporte— y la demanda no podrá tornar a ser interpuesta, porque ello supondría una renuncia a la cosa juzgada, imposible actualmente. Lo que precisa es delimitar muy bien los efectos de la cosa juzgada, a fin de evitar deber reformar toda su doctrina, como hoy se anuncia...

12. El allanamiento también es un ejemplo de acto dispositivo procesalizado, parcial (de manera que algún autor, como ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO estima análoga a la de las “conformidades” en lo penal, de los arts. 655 y 681 y sigs. LECRIM) (124).

Consiste en la situación adoptada por el demandado civil —que se plasma en su situación jurídica correspondiente— ante la demanda y pretensión contra él formuladas, de no resistirlas (125).

Puede ser total —para con toda la pretensión del actor— o reducido a una conformidad en los hechos con él. Esto es, más o menos “parcial” —de protagonismo de la parte— y menos o más —a la inversa— del Juez.

Un sistema procesal en el que dominase muy ampliamente el sistema dispositivo intraprocesal (126) nos llevaría a admitir un allanamiento en el que la intervención del Juez fuera la de constatar, actuando como un Notario, la cesación de la litis pendiente. Pero esta tendencia que se reducía a que, ante el acto del allanamiento, el Juez reaccionase con una simple

iberoamericanos”, Comunicación a las XII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal (Mérida, mayo 1990), *RDPr.* 1990, 2, 199 ss.

(123) Cfr. también sobre la *Erledigung der Hauptsache*, p. ej., GRUNSKY, *Grundlagen des Verfahrensrechts*, 2.^a ed., Gisseking, Bielefeld, 1974, 103 y sigs.; ROSENBERG-SHWAB, *Zivilprozessrecht*, 12, ed. Beck, Munich, 1977, § 133, págs. 733 y sigs.; STEIN-JONAS-POHLE, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 19, ed. Mohr, Tübingen, 1965, § 91a, págs. 489 y sigs.

(124) Cfr. ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, “El allanamiento” cit., *passim*.

(125) Es la situación jurídica que adopta la parte demandada, contraria a la de resistir a la demanda. Cfr. mi *Doctrina general del Proceso Penal*, I (II), 3, b), 23 y sigs.

(126) Cfr. esta noción en mi *Doctrina general del Derecho Procesal*, cit., XII (III), I y 5, págs. 388 y 391 y sigs.

providencial: “Por allanado el actor, con las costas”, suponía abrir amplias posibilidades a la mala fe y aún al fraude procesales.

De ahí que la tendencia actual, ante el allanamiento *total* del actor, sea la de dar mayor intervención al Juez, para que lo valore y se oponga a él de observar impedimento de los que he aludido (127). Esto es: se tiende a imponer que los Jueces dicten Sentencias sobre el allanamiento (lo acojan o lo rechacen) (128).

Por lo tanto: se trata de un acto autocompositivo de resignación y no de resistencia del demandado. Si es total —el derecho—, se trata de un acto parcial y procesalizado.

El allanamiento a los hechos es un acto procesal de obtención, ya que no determina automáticamente una resolución que lo acoja, sobre todo si el litigio del proceso era de tipo estrictamente jurídico.

13. La transacción, es otro medio de autocomposición. “Es un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito —*hic latet lepus*— o poner término al que había comenzado” (art. 1.809 CCiv).

Inútil explicar más aquí.

Pero la transacción, desarrollada en un proceso, sin dejar de tener aquellas características fundamentales, se procesaliza a su vez. Y la “judicial” puede llevar, nada menos, que a la ejecución forzosa por vía jurisdiccional —“vía de apremio”— 1.817).

Y en todo caso, para las partes, “tiene autoridad de cosa juzgada” (art. últ. cit.). Ahora bien, hay que tener en cuenta que el mismo Código Civil, en su artículo 1.252, se atiene a concebir la cosa juzgada como una presunción de verdad, concepción material y no procesal.

Desestimiento —el unilateral y el bilateral—, el allanamiento y la transacción son, como se ha dicho, actos de autocomposición, más o menos procesalizados.

La adopción del “contrato”, para explicarlo, tiene diferente significación en cada una de las figuras. En el desistimiento —su bilateralidad— el acudir a él —mejor dicho, al cuasicontrato de *litis contestatio*, como lo hizo el Tribunal Supremo hasta su Sentencia de 6 de noviembre de 1956 (Ar. 3807), en que varió de orientación— afirmaría lo que no es la naturaleza jurídica del proceso actual, sustituyendo a la bilateralidad del proceso; esto es, la del contrato o del cuasicontrato de l.c.

(127) Sustituyendo la antigua fórmula “por allanado con las costas”, por una Sentencia completa. Así se viene manteniendo, p.ej., por PRIETO CASTRO, desde las primeras ediciones de su *Derecho Procesal civil* hasta el *Tratado de Derecho Procesal*, ed. Aranzadi, Pamplona, 19...

(128) Cfr. la nota anterior.

Mas nada se opone a que por las partes, que puedan disponer de sus derechos sustanciales, se ponga fin a la relación jurídica procesal (para mí, a la serie de situaciones jurídicas que integran el proceso) mediante un contrato no de adhesión, sino bilateral: el de transacción.

14. La figura de la “conciliación” extraprocesal pertenece sin duda a la autocomposición, máxime si se prescinde de los “hombres buenos”, como se ha hecho desde la Ley de Reforma Procesal Civil de 6 de agosto de 1984. La conciliación intraprocesal, si se verificare ante un Juez inerte, que para nada interviniera sino formalmente en ella, se podría considerar también como autocomposición casi total, salvo su homologación por el Juez —“homologación”, noción de fe y no “creación de la Sentencia” (129)—; se trataría de una transacción.

Pero si en la conciliación, la intervención del Juez —sobre todo por ser interprocesal, el caso del art. 84 LPL, y su práctica— se produce con mayor intensidad, queda poco margen para la autocomposición: el que se entienda que por lo convenido “existe lesión grave para algunas de las partes” (art. cit. I) la limita en mucho.

Y la conciliación, del tipo intervencionista del Juez, que se preveía, por ejemplo, en el *Modelo de Stuttgart* (130), intraprocesal, mas mostrándose por el Juez una gran actividad, aunque fuere conciliadora, no nos parece que deje resquicios grandes a la autocomposición inicial de la figura. Se podrá decir que se trata de un nuevo camino emprendido por la jurisdicción —de manera parecida a la del proceso laboral—, pero no de autocomposición.

La conciliación preprocesal en materia de trabajo ha devenido un instituto altamente apreciado. Pero nótese las graves limitaciones —normales, dado el carácter del mundo del trabajo— a que se sujeta el principio de autonomía de la voluntad —materias y *procesos* que la exceptúan, art. 64 LPL y base XIV de la LBPL de 12 abril 1989—: la autoridad administrativa que la preside y el curioso hecho de que en el artículo 66 de la LPL y en la base XIV de la LBPL no se hace constar que “se intentará la conciliación” por aquélla, y sí en el artículo 84 de la LPL, y con mayor énfasis en la base XVIII de la LBPL para la conciliación intraprocesal (“el órgano jurisdiccional las exhortará para que lleguen a un acuerdo”). De lo que se deduce el escaso margen autocompositivo que queda a tales “conciliaciones”.

(129) Cfr. ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, “Proceso”, § 49, págs 82 y sigs.

(130) Cfr. p. ej., BENDER, “The Stuttgart Model”, en *Access to Justice*, II (“Priming institutions”), ed. CAPPELLETI-WEISNER, Giuffrè, Nijhoff, Milan-Alphen aan den Rijn, 1978, 431 y sigs ; BENDER y STRECKER, “Access to Justice in the Federal Republic of Germany”, en *Access to Justice*, I (“A World Survey”), CAPPELLETI-WEISNER, Giuffrè, Nijhoff, Milan-Alphen aan den Rijn, 1978, 527 y sigs.

Pero aun dejando tan escaso margen, en el que quede, la autocomposición será perfecta: “Lo acordado en conciliación tendrá fuerza ejecutiva entre las partes intervinientes sin necesidad de ratificación ante el Juez o Tribunal”. No hay ni siquiera homologación, pues (base XIV LBPL).

Aquí sí que puede recordarse la doctrina de los “equivalentes jurisdiccionales” de CARNELUTTI: conciliación “obligatoria para los litigantes”, incluso en cuanto a su asistencia (base XIV, 3); “fuerza ejecutiva sin intervención del Juez” (base XIV, 4). El número 1 de la base parece desear dejar sin entrada al posible proceso ulterior en favor de esta conciliación administrativa.

15. Nos quedamos en el umbral del arbitraje moderno.

Las dificultades, los retrasos, la carestía de los procesos en la actualidad, ha desviado la litigiosidad civil hacia los arbitrajes, tanto en lo nacional como en lo internacional.

Y siguiendo la Ley que SATTÁ denominaba de “la denegeración de las instituciones”, llegará un momento en que también el moderno arbitraje lo haga. ¿Tornaremos al proceso civil? ¿A otro tipo de soluciones?

Por ahora *hemos vuelto al contrato o “al pacto”*.

VÍCTOR FAIRÉN GUILLÉN

Profesor Emérito de Derecho Procesal
de la Universidad Autónoma de Madrid

La inscripción de declaraciones de obra nueva en la Ley de Reforma del Régimen Urbanístico y de Valoraciones del Suelo de 25 de julio de 1990

SUMARIO: I. INTRODUCCION —II. LA PEQUEÑA HISTORIA DE LOS PRECEPTOS REGISTRALES.—III. LAS APORTACIONES REGISTRALES MAS SIGNIFICATIVAS —IV. LA INSCRIPCION DE LAS DECLARACIONES DE OBRA NUEVA 1 CONSIDERACIONES PREVIAS. 2. RANGO LEGAL DEL PRECEPTO. 3. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY. 4. LA CERTIFICACIÓN DEL "TÉCNICO COMPETENTE". 5 LAS OBRAS NUEVAS TERMINADAS ANTES DE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY. 6 EL DOCUMENTO ACREDITATIVO DE LA LICENCIA. 7 EL CONTENIDO DE LA CERTIFICACIÓN. 8. LA FORMA DE LA CERTIFICACIÓN. 9 LAS LICENCIAS ALCANZADAS POR SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO. 10. EDIFICIO PROYECTADO, AUTORIZADO O CONSTRUIDO. 11. LA INEXACTITUD DE LA CERTIFICACIÓN Y LA INVALIDEZ DE LA LICENCIA: A) *Defectos debidos a la licencia. Las licencias indebidas.* B) *Defectos debidos a la construcción. Obras abusivas.* C) *Las licencias de contenido imposible y las llamadas resoluciones tardías.*

I. INTRODUCCION

A partir de una Ley, de contenido más que discutible, se han introducido normas de carácter registral reguladoras de diversos problemas suscitados por la acción urbanística.

Se había pedido en tantas ocasiones que esto se hiciera que, inicialmente, podría entenderse que la oportunidad de la nueva Ley significaba un punto importante en la apertura del sistema registral a un campo tan sugerente y propicio como es el del urbanismo.

Los fallidos intentos anteriores, incluidos la frustrada actualización preconizada por la Ley de Reforma de 1975, pasando por el intento de

regulación contenido en la reforma del Reglamento Hipotecario efectuada en 1982, y terminando con la política de Protocolos Urbanísticos firmados en diversas Comunidades Autónomas o incluso en alguna de sus Leyes respectivas (1) hacían pensar que con la recepción al más alto nivel formal del tratamiento registral del urbanismo se llegaría así a una situación deseada y conseguida.

La respuesta a este propósito ha de darla el examen de los preceptos contenidos en la Ley, su utilización práctica y, sobre todo, la regulación reglamentaria a la que se remite la propia disposición adicional décima en la que se contiene el grueso de la nueva normativa.

La oportunidad constitucional de la regulación registral, al menos en este punto, no plantea debate, a diferencia de otros preceptos de la propia Ley cuyo contenido la hacen discutible y que, a buen seguro, darán lugar al planteamiento de recursos de inconstitucionalidad.

Pero, en cualquier caso, nos encontramos ante el hecho significativo de que no sólo una Ley de contenido urbanístico acoge francamente el sistema registral, sino que, en una buena parte, las técnicas y soluciones que propone precisan necesariamente del Registro para ser operativas, de tal modo que en la medida en que la regulación hipotecaria consiga soluciones efectivas y conformes con todo el ordenamiento la Ley tendrá realidad.

II. LA PEQUEÑA HISTORIA DE LOS PRECEPTOS REGISTRALES

Si los precedentes legislativos son instrumentos hábiles para la interpretación de las normas, no estará de más señalar los que aquí han concurrido.

Su relato simple, pero íntegro, servirá quizá para explicar en parte el contenido del texto legal, sus deficiencias y sus omisiones. En todo caso, al menos, ha de servir de explicación por las eventuales imperfecciones que se detectan.

Al principio del verano de 1989 la Dirección General de los Registros sugirió que, en relación con el Proyecto de Ley —ya enviado en aquellas fechas al Congreso—, sería factible introducir por vía de enmienda algunos preceptos registrales, posibilidad que, al parecer, era admitida por el Gobierno y el partido que le apoyaba.

(1) De entre las últimas cabe citar la Ley de Canarias de Disciplina Urbanística y Territorial, de 14 de mayo de 1990, que ha recogido en el art. 16 los actos inscribibles y en los arts. 14 y 15 la exigencia de que para otorgar la escritura de declaración de obra nueva y conseguir la inscripción se incorpore a la matriz la licencia.

Creada una Comisión, que presidía el Letrado de la Dirección Juan José Pretel Serrano, se integró por los Registradores Rafael Arnaiz, Antonio Hueso, José Antonio Nortes y el que este trabajo suscribe, así como el Notario Gregorio Blanco Rivas. Celebrada la primera reunión a finales de julio se quedó en preparar los temas a regular, avanzar sobre su contenido y presentarlos a principios de septiembre.

Así se hizo efectivamente por los reunidos, comenzándose la discusión a mediados del mes de septiembre. Pronto, sin embargo, se produjo el hecho presentido de la disolución de las Cortes por el Presidente del Gobierno, lo que suponía automáticamente que quedaban sin efecto la tramitación de los Proyectos de Ley presentados y pendientes de aprobar.

Esta circunstancia influyó decisivamente en el curso de las reuniones las cuales, aunque se celebraron, menos en todo caso de las previstas, quedaban decididamente afectadas por la incertidumbre de si el trabajo iba a tener siquiera utilidad práctica. Situación ésta de indefinición que fue ganando terreno hasta el punto de que las reuniones dejaron de celebrarse, aun sin haber terminado el trabajo.

Resuelta la mayoría gobernante quedaba igualmente por determinar si el Gobierno sería el mismo y si persistiría el propósito de mantener un proyecto que habiendo nacido en periodo de euforia del proceso inmobiliario iba a ser aplicado cuando ya la política económica apuntaba hacia objetivos de restricción de la expansión para detener la inflación creciente.

La paralización efectiva del trabajo, desde el propio año 1989, se produjo indefinida y definitivamente, aun después de repetirse el envío del Proyecto por el Gobierno al Congreso, quizá por entender la Dirección que no cabía introducir la reforma pensada en el trámite de enmiendas del Congreso.

De esta manera, convenido sólo parcialmente el contenido que se consideraba de interés, con sólo un primer borrador de la parte discutida y sin haber entrado siquiera a discutir el resto, quedó el trabajo elaborado, como tantos otros realizados en los últimos años, como expresión de una gimnasia dialéctica frustrada y falta de resultados prácticos, sólo inteligibles por la ilusión mantenida en tantas ocasiones y por la ocasión de disfrutar ante las permanentes y deportivas discusiones mantenidas entre los miembros.

En base a esta situación en el mes de mayo se suscita con urgencia la posibilidad de que se incorpore de nuevo la regulación legislativa al Proyecto como enmienda en el Senado, de tal modo que sin que llegara a producir una nueva reunión, al menos por lo que a mí respecta, se concluye el texto parcialmente elaborado y se envía al Senado, al parecer previa consulta con los técnicos del Ministerio de Obras Públicas que confeccio-

naron el Proyecto, los cuales, con alguna rectificación, dan su visto bueno al borrador remitido y así se incorpora a la Ley aprobada.

Este es escuetamente el proceso seguido, lo que no puede menos de provocar una inevitable desazón si se piensa que con tan ligeros mimbres se puede hacer un texto serio y coherente de tanta trascendencia como el que resulta de aplicar sus soluciones a las instituciones de más solera en el país y con tan grandes intereses puestos en juego.

III. LAS APORTACIONES REGISTRALES MAS SIGNIFICATIVAS

Expuesto lo que antecede y antes de entrar en el detalle de la regulación registral contenida en la Ley, parece de interés señalar cuáles son las aportaciones más relevantes contenidas en ella.

Tres son, a nuestro juicio, las novedades más destacables deducidas de la Ley, con incidencias registrales directas, y aun puede aludirse a una cuarta medida que, aun no teniendo un origen registral, tiene inequívoca trascendencia en el ámbito del Derecho privado, cual es el de la extensión objetiva del dominio sobre las edificaciones carentes de cobertura urbanística y su repercusión además sobre los derechos reales que les afectan, en especial las hipotecas, aunque también puede afectar al derecho de superficie, hoy ya con experiencia práctica, a la propiedad horizontal y más teóricamente que en la práctica a otros derechos reales como el de habitación.

Las medidas, a nuestro juicio, más importantes son las correspondientes a la exigencia de licencia y certificación de acomodarse la obra al proyecto autorizado para las inscripciones de las declaraciones de obra nueva; la admisión por primera vez en el ordenamiento español de la anotación preventiva de demanda en el proceso contencioso-administrativo, aunque reducida, con un léxico poco feliz, a las que tengan por objeto "la anulación de instrumentos de planeamiento, de instrumentos de ejecución del mismo o de licencias", según el número 6 del apartado primero de la adicional décima y la inscripción separada del aprovechamiento urbanístico.

A ello se une la cuestión de grueso calado resultante de la enfática declaración legal del artículo 25.1 de que sólo la edificación concluida "al amparo de una licencia no caducada y conforme con la ordenación urbanística queda incorporada al patrimonio de su titular", declaración acorde con la intención dominante de toda la Ley, según resulta de los artículos 11 y siguientes y apartados III y IV de la exposición de motivos, la cual está sumiendo ya en la perplejidad al sector inmobiliario y, de manera

especial, a las entidades financieras dedicadas al mercado hipotecario que para la concesión de crédito aseguran la imposibilidad real de acudir a los criterios tradicionales de valoración, los cuales serán rebajados hasta el valor catastral de tal manera que sólo podrán aumentarlos mediante fianzas personales de los promotores, lo que supondría la inutilidad de las formas de responsabilidad limitada de las sociedades.

Aquí, y para este trabajo, hemos elegido la primera cuestión, por ser la que nos ha parecido más perentoria para la vida registral y porque, respecto de las demás, será fundamental conocer cuál ha de ser el desarrollo reglamentario (2).

No obstante, me parece de interés aludir brevemente a la anotación referida. En múltiples ocasiones había abogado para ello y son testimonios de esta actitud las conclusiones del Congreso de Derecho Registral de Madrid último y las deliberaciones de la Asamblea de Registradores de Barcelona.

También se debatió el tema con ocasión de la Ley en Comisión. Pero debe resaltarse que, dada su trascendencia y aun a pesar de la opinión unánime a su favor, la Comisión entendió que su implantación debía dejarse a la reforma de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por lo cual no se contuvo en la propuesta.

La sorpresa es que después salió en la Ley, aunque con redacción poco afortunada, como lo demuestra el hecho de que mientras la anotación debe decretarse judicialmente, su prórroga, dice el apartado tercero, se efectuará "a instancia del órgano urbanístico actuante", lo que no parece coherente, puesto que la prórroga siempre ha de ser judicial, ya que también la anotación tan sólo puede decretarse judicialmente.

Tales son las líneas básicas de la reforma sin perjuicio de las restantes materias sobre inscripción de los proyectos de reparcelación o compensación, clases de asiento, su duración y eficacia, etc.

De todo ello se deduce un hecho importante, y es la recepción amplia del Registro en el proceso urbanístico, con independencia de la mayor o menor fortuna de sus preceptos, al haberse hecho uso de unos trabajos provisionalmente redactados.

Afortunadamente queda la defensa de la redacción del Reglamento, refugio socorrido de todas las Leyes y más cuando son tan complejas como ésta.

Pero aún más. Con independencia de los preceptos registrales de la nueva Ley, hay que decir también algo muy importante. La Ley ha instau-

(2) Su expresión se corresponde con el debate suscitado en la reunión celebrada en el Colegio de Registradores el 2 de octubre, del que se han recogido, para añadirlas al texto, diversas cuestiones planteadas.

rado un sistema complejo de transferencias de aprovechamiento a espaldas de que su operatividad, si quiere ser eficaz y no dar al traste con todo el entramado del tráfico jurídico inmobiliario, tiene que fundarse en el registro. De otro modo no podrá aplicarse.

Por eso bien puede decirse que el futuro Reglamento Hipotecario es imprescindible para que gran parte de las previsiones legales sean operativas sin mengua de la seguridad jurídica. Si el Reglamento no lo hace, la Ley, al menos en este punto, será papel mojado. No es que el Reglamento trate de enmendar a la Ley, sobre todo en las materias que le son ajenas, sino que todas aquéllas que incidan sobre el ámbito del Derecho Privado es imprescindible que permita la traducción del esquema legal en términos civiles inteligibles.

IV. LA INSCRIPCION DE LAS DECLARACIONES DE OBRA NUEVA

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

La exigencia para la inscripción de las declaraciones de obra nueva de que el título testimonie la licencia concedida y la certificación del técnico competente acreditativa de que aquélla se ha ejecutado “conforme al Proyecto aprobado”, según dice el artículo 25.2 de la Ley, al que se asigna el carácter de legislación básica en el número 1 de la disposición final primera, constituye una novedad de gran importancia y consecuencias prácticas evidentes.

Con la exigencia de la licencia y la certificación tanto para inscribir las obras nuevas en construcción como las ya terminadas, el Registro de la Propiedad asume un papel central en el fortalecimiento de la legalidad urbanística, ya que todo el proceso urbanístico desemboca como punto final de llegada en la construcción.

La medida arbitrada por la Ley hay que recordar que fue uno de los puntos sugeridos por la Asamblea de Registradores celebrada en Barcelona en diciembre de 1988.

Puede ser que para la opinión de algunos se atribuya al Registro una posición beligerante en el control y policía de la edificación, por ser éste un cometido de las Administraciones Públicas y no de una institución tan ajena a ella y tan singular como la del Registro de la Propiedad.

La objeción, sin embargo, no es difícil de desmontar, sin perjuicio de la legitimidad corporativa alcanzada por el acuerdo de la Asamblea de Barcelona, si es que aquélla sugiera en sedes registrales.

La razón es bien sencilla: la institución registral es parte integrante de la estructura del Estado de Derecho proclamado por la Constitución, del mismo modo que lo es la institución notarial. Al formar parte ambas de las instituciones de un Estado de Derecho, no es concebible que alcancen protección ante ellas actos que se acojan a su régimen si estos actos carecen de legitimidad, en cualquiera de los ámbitos de que procedan, como es el urbanístico.

Pretender que el Notario o el Registrador actúen respecto de ellas dándoles la tópica función a sus instituciones de zonas exentas no es hoy concebible cuando la ordenación y el uso y el suelo han alcanzado la categoría de funciones públicas sólo protegibles en sus efectos si éstos son conformes con el planteamiento o con los actos de la Administración interviniente, por lo que, en última instancia, su intervención es pura consecuencia de la aplicación del principio de legalidad.

2. RANGO LEGAL DEL PRECEPTO

Según hemos indicado la disposición final primera incluye al artículo 25 dentro de los preceptos a los que da el carácter de legislación básica, conforme al artículo 149, 1, 1.ª, 13, 18 y 23 de la Constitución, sin especificar concretamente en qué apartado se funda cada catalogación de precepto de carácter básico.

Sin entrar en el más que espinoso problema de la competencia del Estado para dictar la Ley que comentamos, lo que sí puede decirse es que las normas básicas, normas que han de tener rango formal de Ley, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en particular la Sentencia de 21 de diciembre de 1989, son normas a desarrollar por la legislación autonómica de acuerdo con los Estatutos, según la competencia asumida y sujetas al contenido de mayor rango formulado (3).

(3) Otra Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 1989 recuerda que para el Tribunal Constitucional, desde la de 28 de julio de 1981, la legislación básica se refiere a la "que corresponde al Estado y la legislación o normación de desarrollo a cada Comunidad Autónoma". Confrontar los trabajos de Antonio JIMÉNEZ BLANCO: "De nuevo en torno a las Leyes Orgánicas, las bases y la competencia legislativa de las Comunidades Autónomas", en la *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 53, y el de MARTÍNEZ SOSPEDÁN en la *Revista General de Derecho*, núm. 513, pág. 309, bajo el título "La legislación básica en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional". La fragilidad de la Ley en todos los campos de conexión con la legislación autonómica es notoria. En el registral, que es competencia del Estado, no se ha atrevido a decir, como proponía la enmienda, que es de aplicación directa, considerándola como básica, siendo así que, por el contrario, el ámbito urbanístico es competencia exclusiva de las Comunidades. A la vista de ello, y dada la perplejidad del precepto, parece que

Inicialmente, por tanto, quiere decirse que el precepto aludido puede ser completado por el legislador autonómico.

Pero con ello se produce la anómala consecuencia de que justamente en el orden registral la competencia del Estado es exclusiva, según el artículo 149.1.8.^a de la Constitución, lo que no parece ser coherente con el hecho de que el precepto actual esté integrado en la legislación básica que es lo que ocurre con los epígrafes 13, 18 y 23 del número 1 del artículo 149 que aluden a la regulación de las bases de distintas materias, lo que no ocurre en la regla 8.^a

3. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY

Leyendo las disposiciones adicionales se advierte el complejo mecanismo de extensión territorial al que se aplica la Ley. Esta, en principio, sólo es de aplicación a los municipios capital de provincia o de más de 25.000 habitantes. Pero las Comunidades Autónomas pueden incluir en su ámbito los municipios comprendidos en los entornos metropolitanos, excluir municipios que no sean capital de provincia o tengan más de 50.000 habitantes o incluso hacer que sea aplicable en municipios de menos de 25.000 habitantes aunque no formen parte de entornos metropolitanos.

¿Tiene alguna trascendencia en la aplicación del precepto este complejo mecanismo? Es decir, ¿no es de aplicación la medida en los municipios que sean menores de 25.000 habitantes?

Según entendemos, el artículo 25 es aplicable a todo el territorio nacional desde la entrada en vigor de la Ley. La razón estriba en que el número 3 de la adicional primera hace de aplicación directa a la Ley “en los municipios en que no se aplique... con carácter general” en diversas materias, dentro de las cuales está la referida a la “adquisición gradual de facultades urbanísticas”.

El precepto no contiene mayores especificaciones, por lo que resulta obligado acudir a los conceptos contenidos en su exposición de motivos y los artículos que la desarrollan.

Partiendo de este punto de referencia, uno de los conceptos centrales en que se funda la Ley es el de que “el planeamiento confiere sólo una aptitud inicial para la edificación de un terreno”. El cumplimiento de los

las Comunidades podrían variar las condiciones urbanísticas de los documentos necesarios para la inscripción, como ya lo han hecho en otras ocasiones. Pero si el Reglamento desarrolla la Ley, ¿en qué situación quedará su contenido? ¿Podría desarrollarse por la legislación autonómica? ¿Son sus preceptos inamovibles? La Ley de Canarias a la que nos hemos referido se introdujo en la regulación registral, aunque con distinto contenido que la Ley del Estado. ¿Cuál será la evolución futura?

deberes inherentes al proceso urbanístico es el que determina “las diversas facultades que gradualmente se van incorporando”. El punto final, con la consolidación del derecho a la edificación —que está precedido de los derechos a urbanizar, al aprovechamiento urbanístico y a edificar—, es el que transforma las expectativas y facultades urbanísticas en derechos incorporados al patrimonio de su titular, siempre y cuando “la edificación ejecutada y concluida” sea conforme con la licencia concedida y la ordenación en vigor.

Partiendo de este principio, parece claro que el punto culminante del proceso de desarrollo urbanístico está en la edificación, la cual únicamente cuando ha cumplido las etapas anteriores “queda incorporada al patrimonio de su titular”, según el artículo 25.1.

Debe entenderse por eso que cuando el número 3 de la adicional primera está ordenando la aplicación de la Ley, incluso “en los municipios en que no se aplique con carácter general”, respecto de las “disposiciones específicas contenidas en las mismas sobre adquisición gradual de facultades urbanísticas”, está queriendo decir que todas las normas integrantes en el capítulo III del título I relativo al Régimen del Suelo urbano y urbanizable son directamente aplicables a todo el territorio nacional.

Por ello, dada la nominación del capítulo, precedido por el relativo al suelo no urbanizable, determina que en éste no es exigible la licencia para inscribir la obra nueva. El argumento no procede sólo de la sistemática legal, sino también del hecho de que la consolidación patrimonial de las facultades urbanísticas es contemplada en función del cumplimiento de los deberes del mismo orden. Por ello, como en el suelo no urbanizable no existen más que prohibiciones pero no deberes positivos de orden urbanístico, las facultades derivadas de su desarrollo ni son urbanísticas ni condicionan su consolidación patrimonial.

A ello ha de añadirse que las “facultades urbanísticas” que según el artículo 1.º delimitan la función social del dominio comprenden, según el artículo 2.º, “su urbanización y edificación”.

Esta interpretación, deducida del sistema legal y del emplazamiento de los preceptos comentados, no equivale naturalmente a que todo es inscribible en el suelo no urbanizable, ya que para él priman los preceptos imperativos y prohibitivos de los artículos 85, 86 y 94 y siguientes de la Ley (4).

(4) Me parece de interés detectar la coherencia entre la tesis mantenida por mí en otras ocasiones, en especial acerca de la posibilidad de inscribir los actos de segregación y venta resultantes de parcelaciones irregulares con base en la interpretación dada al art. 94 de la Ley cuyo texto no sanciona con nulidad civil el ilícito urbanístico resultante de la parcelación ilegal. Esta interpretación no es aplicable a la inscripción de la obra nueva carente de licencia, porque la obra nueva tiene por finalidad constatar un hecho

Esto es lo que se deduce de la interpretación del texto de la Ley. Otra cosa es que el mandato legislativo sea o no el debido. Parece, en efecto, que la generalización en la aplicación del precepto a todo el territorio nacional, como si todos los municipios de España fueran Madrid, Barcelona o los grandes núcleos urbanos, es claramente una utopía, porque la realidad es que en innumerables municipios de la España real, en los que no existen tensiones urbanísticas, municipios de exigua población, aldeas y zonas deprimidas, ni los Ayuntamientos exigen las licencias ni hay técnicos colegiados dedicados a la redacción y desarrollo de proyectos. ¿Se pueden pedir en ellos el cumplimiento de los requisitos legales? ¿Y se puede exigir a esta población, económicamente en los límites del subdesarrollo, aunque pertenezcan a provincias en cuya capital sea razonable que se pida, que presenten un proyecto, obtengan una licencia que normalmente los Ayuntamientos no están siquiera acostumbrados a dar y busquen un técnico que certifique? Parece obvio que no, por lo cual no estará de más intentar que también el Reglamento Hipotecario terciara en la interpretación espacial de la Ley, y ya que éste, en la adicional primera, 3, ha seguido también una terminología conceptista, en vez de hacer referencia terminante de los preceptos de aplicación directa, concretará la exigencia espacial de la licencia o, por lo menos, creará términos sencillos para facilitar su aplicación.

Lo contrario será insistir en una *apriorismo* voluntarista carente de justificación y avocado a causar el desprestigio de la norma.

4. LA CERTIFICACIÓN DEL "TÉCNICO COMPETENTE"

La expresión legal es poco afortunada, ya que deja sin determinar claramente qué técnico es el que ha de certificar, si puede ser distinto a aquel bajo cuya dirección se ejecutó la obra, si la exigencia de una competencia específica excluye que pueda certificarse por quien sin tener un título técnico, en los usos sociales, sobre todo de municipios rurales, esté reconocido en la práctica para ejecutar obras y, por fin, cuál es la situación de obras concluida antes de la entrada en vigor de la Ley si se declaran con posterioridad.

que para acceder al sistema registral tiene que estar legitimado por la licencia, mientras que la venta resultante de una parcelación ilegal es un negocio jurídico que no ha sido tachado de civilmente nulo por el legislador. Confrontándose el trabajo "Ilicitud administrativa y validez civil" en los Estudios jurídicos en homenaje a Tirso Carretero, publicados por el Centro de Estudios Hipotecarios, págs. 1167 y sigs. En todo caso, la diversidad legislativa producida por las Comunidades Autónomas con dudosas prohibiciones de inscripción ha provocado una dispersión evidente de los conceptos.

Al ser éste un requisito de verificación meramente notarial y registral se deja a los encargados de aplicar el precepto sin términos suficientes para hacerlo, si se tienen en cuenta, además, las controversias judiciales mantenidas entre distintos colectivos profesionales en orden a las competencias para redactar proyectos y ejecutar obras. Es el caso frecuente entre Ingenieros de Caminos y Arquitectos, entre Ingenieros Industriales para edificios de carácter industrial y los Arquitectos, y, por fin, entre Aparejadores o Ingenieros Técnicos y Arquitectos e Ingenieros Superiores.

Al encomendarse en el apartado 6 de la adicional décima al Gobierno la función de desarrollar la misma en el Reglamento Hipotecario, es previsible que entonces se precisen estos extremos.

A tal efecto la determinación del técnico encargado de calificar parece que no puede estar desligada del que hayan tenido a su cargo la responsabilidad de la ejecución de las obras, tanto porque éste será el que tenga un conocimiento efectivo de ellas como porque de algún modo ha de quedar predeterminada jurídicamente la legitimación inequívoca para certificar, sin perjuicio de los supuestos excepcionales de muerte, negativa injustificada, etc.

La Ley del Suelo, en su versión de 1975, utiliza en el artículo 228 la expresión de "técnico director" de la obra, por tanto, independientemente de quien redactó el proyecto. Este debe ser por ello, en mi opinión, el que la expida, dando por resuelto al Notario y al Registrador un problema de decisión de competencias que les es ajeno (5).

Lo cual significaría que con la nueva expresión de ser el técnico encargado de la ejecución de la obra quedará cumplido el trámite sin disquisiciones sobre si es el que podrá ejecutarla legalmente o no.

El control de esta circunstancia debe quedar remitido a los Colegios Profesionales respectivos, que al visar la certificación verificarán si es realmente o no el director de la obra, ya que es a través de los Colegios como se abonan los honorarios profesionales, de tal manera que también las certificaciones han de ser visadas. Si el técnico y su Colegio intervienen indebidamente, es en cambio cuestión independiente (6).

(5) En las intervenciones en la reunión de 2 de octubre de 1990 se adujeron razones en favor del técnico redactor del proyecto, cuando se trate al menos de obras nuevas en construcción, y, en todo caso, del técnico municipal para el supuesto de negativa de cualquiera de ellos, falta de técnico titulado, etc.

(6) El significado del visado para estas certificaciones, respecto de técnicos colegiados, parece razonable, ya que el que puede asegurar que quien la expide tiene competencia para ello y ha redactado el proyecto o dirigido su ejecución. Por otra parte, no puede confundirse el visado colegial de acreditación del técnico firmante de la certificación, que ha delimitarse a garantizar su condición de tal, con el visado colegial del art. 228.3 de la Ley que está referido a "los proyectos técnicos precisos para la obtención de licencias", es decir, previos a su concesión y no posteriores a ella.

En los municipios rurales en los que los Ayuntamientos no exijan titulación técnica para ejecutar las obras no debe entenderse que la Ley ha provocado la desautorización de toda una clase social enraizada en la sociedad rural, sino que aquélla debe ser interpretada según la realidad social en la que se produce el hecho. Porque si los Ayuntamientos pequeños, cuyo rango constitucional es el mismo que el de los grandes municipios del país, permiten que miembros de gremios laborales no técnicos dirijan las obras, sería absurdo pensar que para inscribir la obra nueva se exigiera la intervención de un técnico que ni la ha dirigido ni así lo requiere el Ayuntamiento.

En tales casos, parece legítimo que el Notario autorizase el título admitiendo la certificación de quien por notoriedad, lo que en algunos casos podrá conocerse, por constarle en virtud de documentos del propio Ayuntamiento o por cualquier otro medio de prueba, pueda hacer la obra incorporando la certificación del maestro director de las mismas.

5. LAS OBRAS NUEVAS TERMINADAS ANTES DE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY

En cuanto a las obras concluidas antes de la entrada en vigor de la Ley, ¿es razonable que sea exigible la certificación aunque el otorgamiento documental sea posterior?

En la enmienda se proponía que la necesidad de licencia no fuera exigible a las declaraciones de obra nueva finalizadas antes de la entrada en vigor de la Ley.

A su vez, en el primer texto de la Ley publicado en el *Boletín Oficial del Estado*, el 27 de julio, se contenía una disposición transitoria octava, según la cual el artículo 25.2 “no será aplicable a las declaraciones de obra nueva finalizadas, al menos cuatro años antes de la entrada en vigor de la presente Ley”.

Pero curiosamente esta disposición se eliminó en la corrección de erratas efectuada en el *Boletín* número 186, página 22854, pocos días después (7).

La inexistencia de esta norma transitoria, procedente de una enmienda no admitida, parece significar que la intención del legislador ha sido la de exigir la licencia para toda clase de declaraciones de obras nuevas no

(7) Rafael FLORES MICHEO, con su inagotable sabiduría, destaca el insólito procedimiento de modificación del texto publicado por vía de corrección de erratas, suprimiéndose una disposición entera, y cita dos antiguos trabajos de PÉREZ SERRANO y JAIME GUASP sobre el mismo tema.

inscritas, aunque se trate de obras ya terminadas a la entrada en vigor de la Ley.

Desde un punto de vista general, parece claro que una obra concluida hace tiempo no pueda ahora exigírsele la licencia y la certificación, ya que posiblemente ni el técnico que la hizo esté en condiciones de asegurar la conformidad, ni siquiera haya posibilidad material de conseguir la licencia, y, sobre todo, seguro que el técnico se desinteresará de un testimonio que sólo puede darle problemas si no es correcto.

Por el contrario, para obras terminadas en días o meses anteriores, la solución es menos clara, sobre todo acudiendo al cómodo argumento conceptual de que la Ley lo exige para los otorgamientos de las escrituras de declaración de obra nueva, por lo que si éstos son posteriores hay que exigirlo.

Si la desautorización de la enmienda evidencia un intento de generalización de la licencia, lo que en términos absolutos no parece que tenga justificación, al menos parece que el Reglamento, ante el silencio de la Ley, debe arbitrar remedios más realistas para hacer frente a las situaciones que han de producirse. Tal sería el caso de admitir para obras realizadas antes de la Ley, que se pueda acreditar por acta notarial su antigüedad, el certificado de final de obra, el alta fiscal de la edificación o la valoración fiscal de ésta, etc.

¿Existe en la Ley algún momento de juicio que permita no llegar a una consecuencia tan drástica de exigir en todo caso licencia y certificación a los otorgamientos posteriores a la entrada en vigor de la Ley?

Según se reconoce por alguno de los redactores de la Ley (8), la disposición transitoria sexta, en cuanto admite la patrimonialización de edificaciones existentes a la entrada en vigor de la Ley, cuando no se puedan adoptar las medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística, si no estuvieran realizadas conforme a la ordenación aplicable, permite entender que tales edificaciones, según el esquema legal, están plenamente consolidadas.

Como el Decreto-ley de 16 de octubre de 1981 fijó el plazo de cuatro años como máximo para el ejercicio de las facultades de restablecimiento de la legalidad en su artículo 9.º, quiere decirse que si por cualquier medio de prueba resultara que las edificaciones cuentan con más de este plazo de duración resultaría evidente la innecesariedad de la licencia.

(8) Me refiero a José Manuel MERELO en la respuesta a la duda suscitada por mí en la Conferencia dada en Torremolinos el 21 de septiembre de este año. En las discusiones en el Colegio se aludió por MENÉNDEZ a la exigencia de la licencia como medida de penalidad civil a la que se daría eficacia retroactiva en contra de la Constitución, así como a las transitorias tercera y cuarta del Código.

En todo caso, como es obvio, no debe dudarse de que las obras nuevas declaradas antes de la entrada en vigor de la Ley y no inscritas son susceptibles de inscripción sin necesidad de la licencia y la certificación.

6. EL DOCUMENTO ACREDITATIVO DE LA LICENCIA

La Ley exige la licencia para inscribir, lo cual, dada la general aplicación del precepto, según entendemos, ha de plantear no pequeños problemas en los medios rurales.

Varias cuestiones se plantean frente al documento de la licencia.

La primera de ellas, la de su identificación con la escritura de declaración de obra nueva, ya que el modo de expedir las licencias es muy diverso a su vez; ningún inconveniente hay en que la licencia se haya expedido a nombre de una persona y la declaración de obra nueva la haga otra, ya que el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales autoriza a la cesión de licencias según el artículo 13.1, y el artículo 12 consigna como una de las circunstancias propias de las licencias que éstas se otorgan “salvo el derecho de propiedad y sin perjuicio de tercero”, por lo que es perfectamente legítimo que quien no sea propietario pueda pedir una licencia para terreno ajeno.

Por fin el contenido puede ser técnicamente complejo y difícil de interpretar.

No obstante la combinación entre licencia y certificación permite superar la eventual dificultad de identificación, ya que si el técnico certifica que la obra descrita es conforme con la licencia testimoniada será bastante, sin más averiguaciones.

Otra cuestión es la de si debe recogerse en la inscripción el contenido de la licencia o bastará decir que se acompaña en unión de la certificación.

Sin perjuicio de lo que resulte del Reglamento cabe decir:

1) Que salvo el caso de que el Reglamento precise que determinados extremos de la licencia se recojan en el asiento, en su defecto bastará con manifestar la constancia de estar testimoniada en el título, con indicación de la fecha del otorgamiento y autoridad que la concedió.

Todo ello porque a los efectos del artículo 25 de la licencia es contemplada como documento complementario acreditativo del cumplimiento de un requisito administrativo de carácter meramente autorizante y sólo como documento determinante del contenido y origen de un título o de un asiento. Buena prueba de ello es que la adicional décima recoge como objeto de asiento, independientemente en el número 4, “las condiciones especiales de concesión de licencias”.

El problema está en si el Reglamento debe exigir algo más, en particular los usos, los metros cuadrados edificables y el número de viviendas por ejemplo. La decisión del Gobierno en este punto parece lógicamente que deba ir orientada a que si ha instaurado la medida como instrumento de cooperación en la disciplina urbanística deba exigir alguno de estos extremos, ya que resultaría anómalo que una licencia se diera para veinticuatro viviendas y en la división horizontal se crearán más, y lo mismo en cuanto al uso y los metros cuadrados construibles, aunque estos últimos pueden ser más difícilmente verificables.

La hipótesis ha sido contemplada por la Ley de Canarias de 14 de mayo de 1990 cuando dice que "si así constare en la licencia presentada, el volumen edificable de la finca se reflejará en la inscripción que se practique en el Registro de la Propiedad correspondiente, y especialmente la circunstancia de que la obra nueva declarada agota, si este es el caso, el volumen autorizado..."

No obstante, si en la inscripción de la obra nueva se especificó el número de viviendas en congruencia con la licencia, en la posterior división horizontal no sería inscribible la ampliación a menos que se justifique que, conforme al nuevo planeamiento aplicable, hubieran cambiado las dimensiones mínimas de las viviendas. Hecho éste muy frecuente en la práctica con motivo de las revisiones o modificaciones de los planes en los que se autoriza un mayor número de viviendas.

La creación de entidades registrales independientes para despachos u oficinas quedaría sujeta a la misma interpretación, pero partiendo en todo caso de que si la licencia no marca un máximo tampoco está vinculado el promotor.

Por tanto, al menos hasta la publicación del Reglamento, parece bastar con que en el asiento se consigne que esté testimoniada en el título licencia concedida sin referencia a su contenido.

2) En todo caso, si se otorgase en el mismo título la declaración de obra nueva y la división horizontal, y la licencia contuviera el número de viviendas, no parece posible que se creen más en la división horizontal por un elemental principio de coherencia.

3) Si la licencia presentara atisbos de no ser la correspondiente a la obra declarada, el Registrador podrá suspender la inscripción mientras no se acredite que son coincidentes.

7. EL CONTENIDO DE LA CERTIFICACIÓN

El artículo 25.2 dice que la certificación ha de referirse a que “la obra es conforme al proyecto aprobado”. En el mismo número, respecto de la obra nueva en construcción, se precisa que la certificación acreditará que “la descripción de la obra nueva se ajusta al proyecto para el que se obtuvo la licencia”.

Las expresiones utilizadas son genéricas y precisan un adecuado entendimiento para que sean operativas y, al tiempo, adecuadas. Entre otras razones, por una elemental: no existe seguramente obra alguna en la práctica que se acomode “absolutamente” al proyecto autorizado. Esta es una realidad por lo que o la Ley exige un requisito que no puede de verdad cumplirse o se llegará a una práctica estéril en la que se certifique a conciencia de que lo que se dice es verdad.

Partiendo de ello, y puesto que las diferencias entre unos desvíos del proyecto y otros pueden tener entidad muy diversa, parece aconsejable que el Reglamento descienda a concretar cuál es lo importante. Porque, como es obvio, el que una ventana tenga unos centímetros de más que los autorizados o se haya eliminado un tabique que separaba dos habitaciones, según el proyecto, no es un vicio que deba reputarse esencial.

¿Cuál es lo esencial entonces?

Cuando la Ley de 1975 se refiere a las licencias lo hace con respecto a los actos de edificación o uso del suelo. Quiere decirse, pues, que, en principio, toda licencia está polarizada en esto dos extremos: las condiciones de la edificación y el uso dado al suelo. Sin embargo, la progresiva incorporación de nuevos elementos relevantes a la edificación han puesto de manifiesto también nuevas circunstancias fundamentales, como hemos apuntado más atrás; nos referimos al uso de las partes edificadas legítimas del edificio, cuando aquél está normado y restringido por el planeamiento, y a la densidad o número máximo de viviendas construibles en las edificaciones residenciales, como acabamos de ver.

¿Debe referirse la certificación a este extremo únicamente o ha de dársele un contenido tan genérico que sea ineficaz?

Según entendemos la certificación está enmarcada por estos límites:

a) Como es evidente, en su dimensión temporal, sólo puede venir referida a la obra terminada o iniciada a la que va ligada, pero no a sus modificaciones posteriores, que pueden ser ejecutadas con o sin licencia, y, en todo caso, sin la intervención del mismo técnico.

Quiere decirse, pues, que si el propietario realiza clandestinamente una modificación posterior será bajo su responsabilidad, que no alcanzará al técnico certificador. Congruentemente con ello si la modificación posterior

quiere inscribirse tendrá que repetirse el trámite aportando nueva certificación.

b) La certificación es exigible para el otorgamiento de la obra nueva, pero no para la división horizontal. Por consiguiente, es ajeno al técnico certificante la configuración del régimen de la propiedad horizontal o la creación de mayores unidades registrales independientes.

c) Los cambios de uso posterior no ligados a una configuración estatutaria de trascendencia registral no son evidentemente controlables y, por ello, quedan al margen de las garantías registrales, aunque, según la jurisprudencia, tengan la calificación de infracciones continuadas que, como los delitos del mismo carácter, sólo prescriben a partir del acto obstativo.

d) Conforme al texto literal actual en las obras nuevas terminadas, la calificación se contrae a la “finalización de la obra conforme al proyecto aprobado”, sin más aditamentos, mientras que en la obra nueva en construcción aquélla se ciñe a la descripción del título, ya que deberá acreditar “que la descripción de la obra nueva se ajusta al proyecto para el que se obtuvo la licencia”.

Nada más dice la Ley, si bien afirmación tan genérica resulta excesiva, por lo que, al menos, parece que debía reconducirse al tenor literal del documento de la licencia, que será el que contenga las condiciones esenciales o a las circunstancias de la descripción en todo caso.

Sin embargo, como la obra nueva no tiene por qué referirse más que a la superficie edificada, si no va unida a la división horizontal, en definitiva, a falta de precisiones reglamentarias, hoy podría reducirse el contenido de la certificación a la superficie construible y el número de plantas, cuyas dos circunstancias sí que han de resultar, inicialmente al menos, de la declaración de obra nueva.

8. LA FORMA DE LA CERTIFICACIÓN

Tiene trascendencia este punto porque no resulta inocuo a la hora de verificar si se acomoda a las circunstancias de concesión de la licencia, a su identificación y a la legitimidad de su contenido.

Comenzando por éste, parece que la firma del técnico no requerirá legitimación independiente cuando cuente con el visado del Colegio al que pertenece quien lo expide. De carecer del visado o no estar colegiado quien la expide, por no existir Colegio profesional, la firma debe ser legitimada.

A su vez la certificación, aunque es bastante que afirme la conformidad con la licencia, parece que debe permitir conocer ésta si los terceros inte-

resados lo quisieran o simplemente como medio por el que se pueda verificar la coherencia entre la licencia dada y la conformidad certificada. Lo cual quiere decir que reglamentariamente podría exigirse la referencia al expediente de concesión.

En todo caso lo que sí ha de aclararse, para evitar alguno de los excesos judiciales conocidos últimamente, es no confundir la licencia con cualquier otro suceso administrativo. La licencia es un documento formal que, cualquiera que sea el modelo exigido, debe contener inequívocamente la facultad de edificar, la fecha y la firma del Alcalde o del Concejal delegado para ello. Por tanto, no son licencias la cédula urbanística, el acuerdo de parcelación, ni cualquier otro que no contenga la expresada autorización.

9. LAS LICENCIAS ALCANZADAS POR SILENCIO ADMINISTRATIVO PASIVO

La concesión de licencia puede ser expresa o tácita, por haberse alcanzado por silencio administrativo positivo, lo que constituye una forma plena de concesión aunque no cubra la existencia de vicios cuya concurrencia no hubiera permitido la concesión expresa, como se encarga de seguir recordando la adicional cuarta de la Ley.

A su vez existen licencias para las que basta el transcurso del tiempo, sin necesidad de denuncia de la mora ante las Comisiones Provinciales de Urbanismo, una vez transcurrido el plazo de dos meses sin que se niegue o se conceda. Ordinariamente, para las obras mayores, es necesaria la denuncia de la misma y pasado el plazo de un mes desde ella, sin que se notifique la denegación, el artículo 9.7 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales dice que se entiende concedida tácitamente la licencia. Por último incluso en las Ordenanzas de algunos Ayuntamientos, entre ellos el de Madrid, se ha previsto el régimen del silencio positivo sin denuncia de la mora, tal y como resulta de la Ordenanza Especial de Tramitación de Licencias y Control de Urbanismo aprobada por el Ayuntamiento Pleno el 28 de abril de 1989. A ello se refiere la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 1989, citándose incluso el famoso Decreto-ley Boyer, de 14 de marzo de 1986, el cual, aunque no propiamente para esta materia, aludió también a la autorización tácita.

Ante estas variedades y, principalmente, ante el hecho de existir licencias tácitas alcanzadas por el juego del silencio positivo, parece razonable entender:

- a) Que las licencias tácitas no hay inconveniente alguno de que pue-

dan servir de base también por las expedición de la certificación y que permitan la inscripción de la obra nueva.

b) Que al ser tales no puede acompañarse el documento de concesión de licencia.

c) Que no obstante, toda licencia tácita requiere que se haya iniciado un procedimiento administrativo y que se haya renunciado, por lo general, la mora.

El Registrador y el Notario pueden exigir el documento de presentación del proyecto y el de denuncia de la mora.

En función de la atribución real de facultades que en rigor son públicas, el técnico puede certificar con arreglo a su criterio que la licencia alcanzada por silencio positivo cubre la obra realizada. Ahora bien, la coherencia predicada más atrás debe permitir la verificación del hecho por quien tenga interés legítimo en ello, por lo que es razonable que se especifique el expediente administrativo, con su identificación si existiera, o se mencione en otro caso la fecha de presentación de la solicitud ante el Ayuntamiento (9).

Por ello parece razonable que en la escritura se testimonien la copia sellada del escrito de solicitud de las licencias y, en su caso, la del escrito por el que fue denunciada la mora ante el órgano competente.

Es razonable por ello que el Reglamento requiera en este caso que aun cuando la licencia no puede acompañarse, se testimonie, sin embargo, la copia sellada de la solicitud y el escrito también sellado de denuncia de la mora, si fuera exigible, a menos que se pruebe que la denuncia no es necesaria.

10. EDIFICIO PROYECTADO, AUTORIZADO O CONSTRUIDO

¿Se ha producido alguna alteración en el régimen del artículo 8.º de la Ley Hipotecaria?

Para la Ley Hipotecaria es inscribible el edificio en régimen de propiedad horizontal “cuya construcción esté concluida o, por lo menos, comenzada”, y dice en el párrafo siguiente del apartado cuarto que “en la inscripción del solar o del edificio en conjunto se harán constar los pisos meramente proyectados”.

Según entendemos, con la diferencia exigible a partir de la Ley, de la licencia y la certificación, es plenamente aplicable la tesis de Cámara

(9) Más adelante se verá alguno de los problemas conexos con el silencio y los efectos de la licencia presunta de contenido imposible y las resoluciones tardías contradictorias.

cuando interpretando el artículo 8.º dice que “técnicamente cabe entender que la construcción ha comenzado una vez que el edificio ha quedado definido mediante la confección y consiguiente aprobación del proyecto correspondiente, elaborado por persona capacitada para ello y aprobado por las autoridades competentes... Parece, pues, obligado... sostener que edificio definido equivale a edificio comenzado”.

Es decir, que si el edificio estaba meramente proyectado en el régimen común no era inscribible, pero sería inscribible si se hallara técnicamente en construcción, lo que ocurriría, según Cámara, si estaba definido y aprobado.

El régimen actual refuerza esta interpretación. No puede entenderse que está en construcción un edificio si no está autorizado, pero si el edificio ha sido proyectado y está autorizado, ya con ello debe entenderse que está en construcción y facilitar su inscripción. Con ello adquiere la inscripción un punto de referencia objetivo que antes no tenía: el de ser una edificación autorizada al menos, con prueba cumplida de ello. Salvándose así la ficción repudiable de obras nuevas con división horizontal inexistente, cuya constancia registral detallada causa a veces sonrojo ante su ostensible situación.

Las particularidades de la obra nueva en construcción se producen en cuanto a los requisitos formales de la licencia y la certificación según hemos visto. Como en este caso el edificio no está concluido, el contenido de la certificación varía, pues en ella lo que se ha de acreditar es que “la descripción de la obra nueva se ajusta al proyecto para el que se obtuvo la licencia”, lo cual presenta unos matices diferenciales respecto del contenido de la certificación de la obra nueva terminada, ya que mientras en ésta el técnico certifica acerca de la “finalización de la obra conforme al proyecto aprobado”, en la obra nueva en construcción, según acabamos de ver, ha de pronunciarse sobre la conformidad entre la descripción del título y el contenido del proyecto.

La diferencia es notable porque, aparentemente, en la obra terminada lo que el técnico dice es que se ha ejecutado conforme al proyecto, pero no que la declarada sea conforme con él, mientras que en la obra nueva en construcción ha de decir que se da esta conformidad entre el texto de la declaración y el de la licencia.

La identidad de razón del precepto debe exigir un mismo tratamiento porque no se entiende que la intervención del técnico se haga esencial para el otorgamiento y después quede descomprometido de su contenido. Por ello ha de manifestarse en todo caso sobre la conformidad de la descripción con la obra autorizada.

Lo que no se entiende es que para inscribir la obra terminada el

propietario haya de otorgar acta notarial con el certificado de finalización de la obra en el plazo de tres meses. ¿Qué quiere decir que si lo hace después no puede otorgarse o inscribirse, o que incurre en la comisión de una infracción urbanística? Ni una consecuencia ni la otra las dice la Ley, por lo que el plazo carece de sentido y no es más que expresión de la obsesión temporalista padecida por la Ley que para todo señala plazo. Si estas consecuencias no son predicables sería igualmente erróneo entender que por no hacer el acta de finalización entre meses no interesaba el edificio construido en el patrimonio de su titular.

En todo caso se ha de reseñar la alarma cundida en torno a si se pueden vender pisos en construcción ante el carácter constitutivo que la licencia tiene respecto de la patrimonialización del derecho a edificar y los riesgos de caducidad o anulación según los artículos 23 y 24, con la eventual expropiación o venta forzosa valorándose los terrenos al 50 por 100 en su aprovechamiento.

Los términos literales, con la expresividad plástica de que sólo si todo va bien la “edificación... queda incorporada al patrimonio de su titular” son desproporcionados. Pero debe estimarse fundamentalmente que la trascendencia y singularidad del Derecho Urbanístico no destruye todas las instituciones del ordenamiento en base a un “panurbanismo” en el que no se puede caer. De ser ésta la intención del legislador hay que decirlo y derogar los preceptos del Código Civil que son contrarios.

Por tanto, habrá que dar un verdadero sentido a tan pomposa palabra y permitir que se siga vendiendo aunque en los contratos el vendedor tiene que asegurar que la edificación se está ejecutando según la ordenación vigente y conforme a la licencia dada.

Un error sustancial de la Ley ha sido confundir el ejercicio obligado de la potestad de restaurar el orden jurídico perturbado con la consolidación patrimonial de las facultades urbanísticas y los derechos del titular del suelo. El sistema vigente hasta la Ley trasladaba las medidas de restauración del orden perturbado, incluida la demolición, a los terceros, en virtud de la subrogación legal del artículo 88 y de la imposibilidad de aprovecharse de las consecuencias patrimoniales de un acto ilícito. Los efectos de un delito y sus consecuencias, y por ello también de las infracciones urbanísticas no pueden nunca patrimonializarse, pero es por consecuencia de la infracción, no porque la licencia sea la constituyente del derecho.

No diferenciar estas situaciones es lo que ha generado un confusionismo perturbador, sin utilidad real y sólo por el prurito de destacar las consecuencias de un dogmatismo conceptista alejado de la realidad y del resto del ordenamiento.

Conviene aludir también, aunque a efectos hipotecarios parece intras-

cidente, a la problemática de los denominados proyectos básicos y proyectos de ejecución según el Real Decreto de 17 de junio de 1977.

Que la obra en construcción puede inscribirse con el proyecto básico autorizado parece indudable. Pero ¿y la terminada? La Sentencia de 25 de enero de 1988 dice que “el proyecto básico es conceptuado como la fase de trabajo en que se definen de modo preciso las características generales de la obra mediante la adopción y justificación de soluciones concretas, siendo suficiente, una vez conseguido el visado coloquial para solicitar la licencia municipal, pero insuficiente para llevar a cabo la obra, para lo cual se requiere el proyecto de ejecución que desarrolla el básico, ya que podrían ser desarrolladas las obras mediante otro proyecto complementario”.

A pesar de ello, en la práctica, muchas licencias autorizan a la ejecución de las obras con sólo el proyecto básico si el de ejecución se ajusta a él, aun antes de que se notifique.

La distinción entre uno y otro, a efectos registrales, parece innecesaria porque si la obra ha terminado y el técnico lo certifica tiempo tuvo la Administración para exigir los detalles necesarios. Basta, pues, que haya terminado cualquiera que sea el tipo de proyecto.

II. LA INEXACTITUD DE LA CERTIFICACIÓN Y LA INVALIDEZ DE LA LICENCIA

Según hemos visto la Ley no es precisa en orden a las circunstancias de la certificación, pues en el caso de obras terminadas se limita a exigir que la certificación diga que la obra está concluida conforme al proyecto, mientras que en la correspondiente a la obra en construcción que la descripción del título es conforme con la licencia.

Sin perjuicio de la clarificación que resulte del Reglamento, en todo caso parece evidente que si la licencia y la certificación son correctas permiten la inscripción. Las vicisitudes que puedan surgir, debidas a no ser veraz la certificación o ser indebida la licencia, sin perjuicio de su valoración penal, ¿qué repercusiones tienen el orden registral?

La cuestión (10) es del mayor interés a fin de confrontar cuáles son entonces los efectos de la inscripción, ¿qué papel juegan los principios hipotecarios, principalmente respecto de los terceros adquirentes de buena fe y, en fin, como *test* ante la apertura del sistema registral a la acción administrativa?

(10) José Manuel GARCÍA suscitó el tema en el debate de la reunión del Colegio de Registradores, así como en relación con las licencias alcanzadas por silencio administrativo y las supuestamente caducadas

La respuesta a estos interrogantes parece que permite diferenciar la cuestión en estos términos.

A) *Defectos debidos a la licencia. Las licencias indebidas*

Concedida una licencia, como ocurre con todos los actos de las Administraciones Públicas, cae reaccionar frente a ellos por los particulares, en virtud de una causa fundada en el interés propio o en defensa de la legalidad, mediante el ejercicio de la acción pública, por la propia Administración concedente en vía contenciosa, previa declaración de lesividad, o mediante su revisión en vía administrativa conforme al artículo 187 de la Ley del Suelo (11).

En tales casos si prospera la impugnación o se acuerda definitivamente la revisión, ¿en qué situación queda la obra declarada y ejecutada conforme a la licencia, sin que haya habido extralimitación alguna? ¿Los terceros adquirentes de buena fe quedan protegidos por el asiento practicado cuando es el legislador el que ha elevado a la condición de requisito formal inexcusable la licencia para practicar la inscripción y, a su vez, ha dado igualmente cauce registral a las acciones de impugnación y de incoación del expediente administrativo sancionador?

Como se ve la cuestión es del mayor interés. En la legalidad vigente hasta 1990 la anulación de una licencia indebida perjudicaba a terceros, aunque fueran terceros hipotecarios, en virtud de la subrogación legal prevista en el artículo 88 de la Ley. ¿La situación en el nuevo régimen ha variado?

Es evidente que, de no existir terceros, por estar únicamente inscrita la obra nueva a favor de quien la hizo, respecto a él, conforme al artículo 33 de la Ley Hipotecaria la inscripción no convalida el acto nulo, sin perjuicio de las responsabilidades que frente a él se contraigan por la anulación.

Más difícil es la respuesta cuando hay terceros protegidos por la fe pública registral.

A favor de su vinculación por la nulidad está el argumento de que la

(11) No podemos entrar en el eventual ejercicio de la acción de revisión por las Comunidades Autónomas de la acción sustitutoria de revisión por inactividad municipal, supuesto que sería aplicable según la letra del art. 187 de conformidad con la nueva estructura del Estado y respecto del cual, como en general de las facultades de suspensión de acuerdos municipales en materia urbanística, el Tribunal Constitucional ha declarado inconstitucionales los preceptos autonómicos que lo permitían. Todo ello, naturalmente, sin perjuicio de que las Comunidades impugnen los actos de concesión de licencias. Véase el trabajo de Tomás RAMÓN FERNÁNDEZ en la *Revista de Derecho Urbanístico*, núm. 112, "El urbanismo en la jurisprudencia constitucional: notas críticas", pág. 13, a propósito de las Sentencias de 13 de mayo de 1986 y 11 de noviembre de 1988.

inscripción supondría la quiebra de la legalidad haciendo que actos ilícitos perdurasen por el mero hecho de haberse conseguido la inscripción, ya que tanto los principios de igualdad como de seguridad jurídica lo son de acuerdo con la Ley, pero no frente a ella. A su vez, que del texto de 1990 no se deduce la derogación de la subrogación legal del artículo 88. Por fin, los artículos 27 y 28 de la nueva Ley: el primero, porque declara que “no queda incorporada al patrimonio del propietario del terreno” la edificación realizada al amparo de licencia “posteriormente declarada ilegal” y, el segundo, porque sólo deja indemne al tercero hipotecario en el caso de edificaciones amparadas en licencia conforme con la ordenación urbanística, pero que excede “de la correspondiente al aprovechamiento urbanístico a que tiene derecho su titular”.

En contra de la oponibilidad a terceros también existen argumentos poderosos tales como que el artículo 27 se está refiriendo a quien no parece que sea tercero, ya que se dirige al “propietario del terreno”, y precisamente para evitar que aparezca el tercero dice que “la resolución administrativa o judicial... se notificará al Registro de la Propiedad”, con el fin seguramente de evitar que se sorprenda la buena fe posterior de los terceros adquirentes; a su vez, la Administración tiene la facultad de tomar anotación preventiva de la incoación del expediente de disciplina urbanística o la anotación de interposición del recurso contencioso-administrativo para el ejercicio de la pretensión de nulidad de la licencia, ya se inicie por el particular o por la propia Administración. Por fin el argumento de que sí ha exigido la licencia para inscribir algún efecto ha de tener y no el de mera policía de la edificación.

El decidirse ante una u otra postura es inevitable porque entran en fricción dos órdenes jurídicos hasta ahora no puestos en contradicción: el orden registral, fundado en el principio de seguridad jurídica, exige la protección del tercero y sacrifica a veces derechos patrimoniales legítimos si se dan las condiciones de protección; el orden administrativo y urbanístico exige, en materia de disciplina urbanística, la defensa a ultranza de la legalidad basada, además, en la autotutela de la Administración para su restablecimiento.

Quizá por ello la contradicción es más aparente que formal, ya que la prevalencia de los efectos del Registro en aras del principio de seguridad jurídica se hace en relación con conflictos de derecho de contenido patrimonial paralelo. Tal sería el caso, incluso en la relación con la Administración, en el supuesto de embargos por débitos fiscales no anotados frente al tercer adquirente posterior. Pero no existe igual simetría cuando, de un lado, está un interés patrimonial de conservar un bien y, en el otro, un pronunciamiento judicial o administrativo del que resulta que tal bien

es ilícito y contrario al principio de legalidad. El orden público parece demandar en tales casos que prevalezca la legalidad material, incluso frente a terceros, sin perjuicio de que éste tenga derecho a ser compensado por la ruptura de la apariencia de legalidad resultante de la licencia indebida e incluso de la negligencia de la Administración, al menos, que pudiendo utilizar las medidas cautelares de aviso a los terceros no lo hizo.

En todo caso, como merece ser estudiado por extenso, la anotación de la incoación del expediente disciplinario, de la revisión de oficio o del proceso contencioso no es de mera noticia para terceros de su existencia. Sirve también para trasladar a los eventuales adquirentes posteriores la carga de acudir al proceso y releva al actor de la necesidad de incoar nuevo proceso contra ellos, aunque estén sujetos legalmente a los efectos de la resolución administrativa o judicial, frente al riesgo de que, por no constar la anotación, estuviera indebidamente formada la relación jurídica procesal dada la doctrina del Tribunal Constitucional, que ha declarado insuficiente el llamamiento por edictos de la Ley de Jurisdicción Contenciosa y exige la citación de quien esté interesado en el mantenimiento del acto.

B) *Defectos debidos a la construcción. Obras abusivas*

La situación de ilegalidad en este caso procede no de la licencia, sino de la obra realizada frente a la cual, además, se ha expedido una certificación irregular. No existe, por tanto, una situación administrativa derivada de un acto con apariencia de legalidad en el que confieran los terceros. La apariencia aquí surge de un ejercicio indebido de la licencia y de la facultad de certificar.

Por tanto, las consecuencias aquí son inequívocas: el tercero queda afectado, salvo en la hipótesis del artículo 28, en que el exceso de edificación es conforme a la ordenación, pero no con el aprovechamiento apropiable por exceder del que correspondería al constructor.

El tercero, en los demás casos, queda sujeta a la obligada restauración del orden jurídico perturbado en armonía con lo establecido en el artículo 52 del Reglamento de Disciplina Urbanística.

C) *Las licencias de contenido imposible y las llamadas resoluciones tardías*

En el caso de licencias alcanzadas por virtud del silencio administrativo positivo, la inscripción, en los términos expuestos, no es cuestionable. Pero ello no quiere decir que la licencia así adquirida sea irreprochable ni

impida el que, aunque sea anómalo, se produzca una resolución posterior contradictoria: la llamada resolución tardía. En ambos casos los riesgos de anulación de la licencia o de su inoperancia no afectarían a la inscripción, pero sí pueden desencadenarse frente a terceros.

La jurisprudencia anterior a la Ley de 2 de mayo de 1975, de reforma de la Ley del Suelo, había elaborado ya el concepto de que lo que no puede adquirirse de modo expreso tampoco puede entenderse ganado tácitamente como si el reconocimiento de la doctrina del silencio administrativo positivo equivaliese, según expresión de la época, al agua del Jordán que lavase todos los pecados de las peticiones indebidas. Esta doctrina se recogió en el artículo 178.3 de la Ley, se desarrolló en los artículos 5.º del Reglamento de Disciplina Urbanística de 23 de junio de 1978, y 133 del Reglamento de Planeamiento de la misma fecha y ha sido recordada en la adicional cuarta de la Ley de 1990.

¿Significa esta eventualidad que no puede inscribirse la obra nueva resultante de una licencia alcanzada por silencio administrativo sin confrontar la petición con la Administración interesada? La respuesta debe ser negativa, porque ya hemos visto que incluso en las licencias expresas cabe su anulación, por lo tanto, la situación es idéntica potencialmente y el Registrador o el Notario, dado su carácter rogado, no tienen por qué solicitar de la Administración que aclare la situación resultante, lo que, además, previsiblemente no se obtendrá, porque si ha fracasado el particular en obtener una resolución expresa, a pesar de la denuncia de la mora, no hay motivo para esperar mejor suerte del requerimiento oficioso del Notario o del Registrador, con el agravante, en el caso de este último, de que el asiento de presentación caducaría con riesgo para el interesado, ya que no existe norma alguna que obligue al Registrador a cerciorarse de la situación.

A lo sumo cabría que el Reglamento obligase al Registrador o al Notario a dar parte periódicamente de las inscripciones de declaración de obra nueva con licencia tácita, porque, aunque hubieran pasado los plazos de silencio, no es inusual que después de operado el silencio la Administración, ya sea el Ayuntamiento o las Comisiones de Urbanismo, dicten una resolución expresa de contenido contrario a la licencia, que evidentemente tampoco debe impedir la inscripción si no se pone en conocimiento del Registro antes de la inscripción.

Una Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de mayo de 1987 dice que “la resolución tardía no podrá válidamente alterar la situación creada por el silencio positivo si no es utilizando los cauces formales previstos para la revisión de oficio de los actos declarativos de derechos..., por lo que se habrá de calificar de nula de pleno derecho la posterior denegación”.

Pero, no obstante, la posterior resolución tardía, aunque sea indebida, no por ello deja de crear una situación de legalidad aparente, cuyos efectos son los de impedir la ejecución de la licencia tácita (12).

En tales casos parece evidente que la Administración autora de la resolución tardía debe aplicar analógicamente el artículo 27.1 y solicitar del Registrador que hagan constar su existencia en el folio de la finca, se haya o no inscrito la declaración de obra nueva.

JOSÉ LUIS LASO MARTÍNEZ
Registrador de la Propiedad

(12) Así, la Sentencia de 21 de noviembre de 1974, comentada en mi obra *Derecho Urbanístico*, Editorial Montecorvo, tomo II, pág. 403.

DICTAMENES Y NOTAS

Nobleza, Inquisición y criptojudaismo

(Comentario a la Novísima Recopilación)

1. PRESENTACIÓN: NOVÍSIMA RECOMPILACIÓN Y ESTRUCTURA DEL ANTIGUO RÉGIMEN EN ESPAÑA

No es fácil desentrenar a quien o a que sirven las estructuras del Antiguo Régimen en España. En una primera aproximación era clásica la afirmación de que España se organizaba al servicio de una fe religiosa (martillo de herejes, etc.); desde una perspectiva marxista podríamos aventurar que se trata de un sistema de perpetuación de la propiedad feudal en manos de la nobleza terrateniente, VON RANKE afirmó que la Inquisición era un instrumento al servicio del absolutismo monárquico, en la edificación del primer Estado moderno europeo. La fe, la propiedad, el poder político..., ¿a qué o a quién sirve el sistema? Yo no voy a intentar ahora explicar a quién o a qué sirve el sistema, cualquier hipótesis me parece razonable; pretendo desentrenar algo mucho más modesto: aventurar la hipótesis de que un análisis de la Novísima Recopilación permite intuir los mecanismos estructurales sobre los que se asientan las claves del control social, religioso y económico de la nación. Así llevo el tema desde la filosofía política y el debate ideológico a un terreno en el que me siento más cómodo: la teoría del Derecho. Por supuesto que sólo se trata de una hipótesis de trabajo que, sobre todo, no pretende realizar juicios morales o de valor. Aconsejo al lector, aunque ello no es absolutamente necesario, que se provea de un ejemplar de la Novísima Recopilación para contrastar los textos comentados, ya que este trabajo pretende ser un mero análisis exegético de la misma.

2. DE LOS JUDÍOS, LA EXPULSIÓN DE ESTOS REINOS Y PROHIBICIÓN DE ENTRAR EN ELLOS

El acontecimiento más significativo y determinante de la historia moderna de España es la expulsión de los judíos. Este hecho no fue un hecho aislado, que se agotase en sí mismo, sino que tuvo unas directas consecuencias institucionales, y determinó la obsesión por la pureza de la fe y limpieza de la sangre sobre los que, como vamos a ver a continuación, se edificó la estructura del Derecho del Antiguo Régimen.

El último libro de la Novísima Recopilación (XII), *De los delitos y de las penas*, trata en su título I, "De los judíos, su expulsión de estos Reinos, y prohibición de entrar en ellos". Ser judío era el primero, y seguramente el principal, de los delitos regulados en la Novísima Recopilación. La Ley II recoge la pragmática de expulsión de Don Fernando y Doña Isabel, y la pena de muerte y confiscación en que incurren "por ese mismo hecho"; pena vigente durante todo el Antiguo Régimen, pues la Ley V (Carlos IV, en 1802) reitera que se guarden "con todo rigor" las penas en que incurren los judíos por el hecho de serlo (muerte y confiscación) (1). Pero si la historia de España moderna se inicia con la expulsión de los judíos, la incidencia de este hecho en la estructura organizativa del Antiguo Régimen sólo se puede entender subrayando la importancia estructural de los estudios de limpieza de sangre, auténtica obsesión nacional, que excluyen a los judeoconvertos de cualquier cargo u oficio en la Iglesia, el Estado, los Gremios y las Corporaciones. A la expulsión de los judíos siguió durante siglos la identificación y exclusión social de las estirpes judeoconvertas. Yo creo que ambos temas (la expulsión de los judíos y la limpieza de

(1) Desde antiguo la razón última de la expulsión es objeto de debate. Para LLORENTE su fin fue la confiscación de los cuantiosos bienes de los judíos. VON RANKE afirmó que con ello se inicia el Estado moderno. AMADOR DE LOS RÍOS cree que su fin fue evitar las guerras de religión, mientras que MENÉDEZ Y PELAYO la examina como expresión genuina del espíritu español. El debate sobre las razones alegadas para justificar la expulsión véase expuesto por NETAYANU, en ALCALÁ y otros, *Inquisición española y espíritu inquisitorial*, Barcelona, 1984; también BEINART, *Los conversos ante el Tribunal de la Inquisición*, Barcelona, 1983, pág. 33. KAMEN afirma que la vieja aristocracia terrateniente era el pilar más firme de la Iglesia católica, mientras que los judíos era preferentemente comerciantes y profesionales (*La Inquisición española*, trad. esp., Barcelona-México, 1967, pág. 29, 2ª ed., Barcelona, 1985). LEA, de quien hablaremos después en detalle, se refiere preferentemente a la intolerancia religiosa como razón última de la expulsión. La séptima decretal, libro V, título I, capítulo V del *Corpus iuris canonici*, establece la perpetua servidumbre de los judíos. San Agustín explica que los judíos sobreviven como pueblo para que se pueda hacer efectiva la condena evangélica de que la Sangre de Cristo "caiga sobre nosotros y nuestros hijos". En cualquier caso, en los debates sobre la causa de expulsión se reiteran los argumentos de justificación de la Inquisición, y de segregación social de los judeoconvertos.

sangre) están ligados en una raíz común y deben analizarse conjuntamente.

Al explicar las razones de la expulsión de los judíos, la pragmática parece prestar especial atención al gran daño que la “participación, conversión y comunicación” con los judíos “han tenido y tienen”. La conversión masiva de judíos al cristianismo cuyas causas son dudosas (quizá el proselitismo beligerante de los dominicos, las matanzas de judíos con que se cerró la Edad Media en España, etc.) crea una numerosa y boyante comunidad cristiano-conversa claramente diferenciada de la cristiana y con fuertes lazos de unión con la comunidad judía. Muchos interpretan esta comunidad de judeoconvertos como “quintacolumnista” dentro del cristianismo; a nadie se le oculta que muchos de estos conversos o *Anusim* eran falsos conversos, sólo conversos por conveniencia, y que practicaban secretamente el judaísmo (eran criptojudíos, a los apóstatas renegados se les conoce como *meshdanim*). Según MENÉNDEZ Y PELAYO, “De tantos como habían recibido el bautismo y moraban entre nosotros, apenas había uno que fuera cristiano de veras” (2). Según MENÉNDEZ Y PELAYO, la fusión de “razas” fue siempre incompleta (3). Estos criptojudíos o *Anusim* sustentaban su fe judía en el judaísmo establecido, la erradicación del cripto-judaísmo exigía la expulsión de los judíos (4).

(2) *Historia de los heterodoxos españoles*, II, Madrid, 1967, pág. 204; también I, págs. 632 y sigs.

(3) I, pág. 639. Sobre el inicio de las matanzas de judíos en Andalucía a fines del siglo XIV: BAER, *Historia de los judíos de la España cristiana*, II (trad. esp., Madrid, 1981, págs. 383 y sigs.) A raíz de estas matanzas, que se generalizan en toda España, afirma BAER que “fueron muchísimos los conversos”; pero muchos de esos conversos y su estirpe: hijos y nietos, etc., seguían practicando secretamente el judaísmo (en detalle BAER, págs. 529 y sigs.) Véase cfr., p. ej., BEINART, *La Inquisición española*, Buenos Aires, 1971: muchos conversos forzados a cristianizar seguían siendo judíos de corazón (pág. 34. con cita de SHAEFER). De BEINART, véase también *Conversos on trial. The Inquisition in Ciudad Real*, Jerusalem, 1981; *Los conversos ante el Tribunal de la Inquisición*, trad. esp., Barcelona, 1984. BAER y SICROFF atribuyen la conversión “forzosa” a las matanzas, sobre todo a partir de 1391, a estos conversos se les llamaba sarcásticamente alborricos (de “Al-Burak”, corcel de Mahoma, que ni era caballo ni mula, ni macho ni hembra (ROTH, pág. 320). Yo creo que quizá es también causa el cambio cualitativo del judaísmo que se produce en España, con el desarrollo de un judaísmo místico (la Kabala), en el que se asimila cristianismo y Edom (Esaú), con una nueva identidad mesiánica del judaísmo y una nueva exaltación del orgullo de la identidad judía con una moral de aceptación formal del sistema establecido (véase, p. ej., *Zohar I*, 134a y sigs., tratado Toldot, comentario a Génesis, 25,19 a 28,9, donde se hace la interpretación de las relaciones entre Esaú y Jacob; Jacob significa literalmente el suplantar o actuar con astucia).

(4) Recientemente se publica en España un importante estudio sobre los debates teológicos en la literatura rabínica sobre los conversos españoles: ORFALI LEVI, *Los conversos españoles en la literatura rabínica*, Granada, 1982. Algunos criptojudíos emigraban luego a Holanda o Italia a practicar abiertamente el judaísmo (HAVIN

Pero lo más grave que no relata la Real Pragmática parece haber sido el asalto masivo y generalizado de algunos falsos conversos a las estructuras de la Iglesia. Aunque nada parece indicar que esta infiltración obedezca a un designio consciente, es lo cierto que muchos de los *Anusim* se introducen en la Iglesia, especialmente en las órdenes contemplativas, y continúa allí la práctica del judaísmo. Descubren así con cuatro siglos de antelación el consejo de Lenin (la enfermedad infantil del comunismo) de infiltrar las estructuras dominantes en vez de enfrentarse a ellas abiertamente. A fines del siglo xv, todas las estructuras de la Iglesia y el Estado se encuentran repentinamente con un creciente número de criptojudíos en su seno. En general, la escuela histórica de la Universidad Hebrea de Jerusalem que fue iniciada por Baer, opina que ante la falsa conversión de muchos judíos la institución de la Inquisición tuvo como fin principal mantener la pureza doctrinal de la Iglesia, infiltrada en todas sus estructuras por criptojudíos (5). Yo creo que lo más importante de la historia moderna de España es que asistimos a la infiltración masiva de miembros de una ideología en las estructuras jurídicas de una ideología contraria, razón, a mi juicio, la más profunda en la *Occasio legis de la expulsión*. Recuérdese, por otra parte, el problema histórico que los “judaizantes” representan en el cristianismo, auténtico problema de identidad, como se manifiesta en las epístolas de San Pablo. La exigencia de un rigor represivo

YERUSHALAMI, *De la Corte española al Gueto italiano. Marranismo y judaísmo en la España del siglo XVII*, trad. esp., Madrid, 1939). HAYIN YERUSHALAMI, refiriéndose a los cristianos nuevos que emigraban a Holanda destaca cómo “después de transcurridos entre cien y doscientos años desde que desapareciesen los últimos vestigios de vida judía organizada, esta fuerza seguía siendo lo suficientemente poderosa como para injertar esas ramas secas al tronco común del pueblo judío” (pág. 35). Recoge este autor la tajante afirmación del padre Viera, de que, una vez en el extranjero, los cristianos nuevos sucumbían invariablemente al judaísmo, que estima que no es cierta en todos los casos, aunque sí muy frecuente (véase, en particular, notas 47 a 49, pág. 262, con amplia literatura citada secular y rabinica), afirmaba JAO DE BARROS que los marranos vivían un judaísmo potencial. El criptojudaísmo permanecería como una llama familiar aun entre los más estrictos cumplidores del cristianismo, como es el caso de ISAAC CARDOSO, que este autor estudia en detalle. Relata también que aun a fines del xvii, la Inquisición seguía haciendo a todos detenidos un análisis físico de rutina sobre si estaban circuncidados (nota 54, pág. 263). La misma idea aparece también documentada en detalle en el libro de SICROFF: *Simancas*, en su defensa del estatuto de limpieza de la catedral de Toledo, transcurrido ya un siglo desde la expulsión, se asombra de que católicos nacidos y educados en España, sin ayuda de sinagoga y rabino, no puedan desprenderse de sus ritos judíos (pág. 201), el franciscano FRANCISCO DE TORREJONCILLO publica un *Centinela contra los judíos* (1691), dedicado específicamente contra los conversos cuya hostilidad contra los cristianos “se transmite de generación en generación”

(5) Sobre la poca importancia histórica del proceso del Santo Niño de la Guardia (BAER, pág. 639; LEA, *The history of the Inquisition of Spain*, New York, 1966, I, pág. 134, hay también traducción española, *Historia de la Inquisición*, Madrid, 1983, aunque yo, por por tenerla más a mano, he utilizado la edición inglesa).

ante judíos y criptojudíos fue promovida desde comienzos del siglo xv, sobre todo por franciscanos y dominicos, que denunciaban el peligro ante el que se encontraba la ortodoxia católica ante las falsas conversiones de judaizantes (p.ej., Ferrán Martínez, el franciscano Alonso de Espina, confesor de Enrique IV y Alvaro de Luna; el dominico Vicente Ferrer, etc.). Los propios conversos parecen haber sido los más radicales en denunciar sus antiguos correligionarios, como Pablo de Santamaría, antiguo rabino de Burgos, que aplaudía las matanzas de 1391 como justo castigo a la derramada sangre de Cristo, o Jerónimo de Santa Fe, que definía a los judíos como generación perversa, semen maldito, hijos del diablo. La falsa conversión era el paradigma de la “perfidia” judía. En la famosa obra *Fortaletium fidei*, de ALONSO DE ESPINA (1461), se insiste especialmente en la idea de que “los lobos han entrado en el rebaño del Señor”. La obsesión sobre la infiltración de la Iglesia y el Estado se encuentra también en la condena repetida de judaizantes, por ejemplo, en el Concilio de Tortosa (6), en la concordia de Medina del Campo de 1465 (7) y en los numerosos motines contra judaizantes que se repiten desde 1449 (8).

(6) LEA considera esta disposición uno de los primeros indicios de la repulsa de conversos (I, pág. 146). Sin embargo, véase el estudio del franciscano PEDRO SANAHÜJA (*Lérida en sus luchas por la fe*, Lérida. 1946, pág. 98), por acta del Consejo General de Lérida de 13 de marzo de 1403 se prohíbe a los conversos entrar en la judería, alegando el grave peligro que ello representa para la fe católica, por la misma razón se prohíbe en 1435 por el Consejo de Lérida a los judíos salir de la judería.

(7) Las conversiones del siglo xiv no acarreaban ningún tipo de estigma social al converso. El paradigma sería la conversión de Salomón Ha Levi, rabino de Burgos, que con el nombre de Pablo de Santamaría llegó a ser obispo de Burgos, miembro del Consejo Real y preceptor del infante. Sólo los conversos posteriores a 1391 (fecha de las grandes matanzas) fueron considerados sospechosos (LEA, IV, pág. 298). Ello se atribuye en general a las falsas conversiones debidas a las matanzas de 1391, pero también puede observarse que en esa época existe ya establecida una casta de conversos de una generación anterior, que son los que llevan el estandarte de la denuncia de la “perfidia” de los nuevos conversos. LEA presta también gran atención al *lobby* converso contrario a Alvaro de Luna y la nobleza (I, pág. 147), que tendría intervención decisiva en su caída y ajusticiamiento; lo que originó un poderoso resentimiento antijudío en la nobleza y ciertos sectores de la Iglesia ligados a la misma. El año 1449 es una segunda fecha clave por ser la de adopción de la primera sentencia estatuto de limpieza para Toledo; SICROFF distingue tres tipos distintos de estatutos: el de primera época, de carácter fundamentalmente laico; los destinados a mantener la pureza de la fe en órdenes y congregaciones religiosas (de fines del xv, cuyo paradigma es el de la orden de los Jerónimos), y los puramente eclesiales del siglo xvi, como el de la catedral de Toledo, cuyo significado es la consolidación de un Antiguo Régimen fundado en la honra, nobleza y limpieza de sangre.

(8) BEINART, en detalle, *Los conversos...*, cit. pág. 18; Alonso de la Espina sería el padre de la actitud rigurosa ante los judíos (pág. 20). Alonso de la Espina, en su *Fortaletium fidei*, afirmaba que sólo la Inquisición podría librar al cristianismo de la hidra judía (*ibidem* el cura Palacios LEA, I, pág. 150). Es curioso que NETANYAHU (citado por SICROFF, pág. 353), ha sostenido el carácter converso de Alonso de la Espina. Sería, pues, un paradigma que los principales inductores de la persecución

El antecedente inmediato de la expulsión fueron los sonados procesos de la Inquisición (1487-1490) por prácticas de judaísmo dentro de la orden de los Jerónimos. Como consecuencia, los Jerónimos fue la primera orden religiosa en establecer un estatuto de limpieza de sangre (ante la sospecha y tacha de infidelidad que acompañaba a la orden por admitir a los judíos conversos) (9). La gravedad del problema de la infiltración en esa época se deduce de la insistencia con la que Torquemada reclamó a Roma la jurisdicción sobre los obispos, y aunque dicha jurisdicción le fue denegada, de hecho, Torquemada consiguió pruebas suficientes para acusar ante Roma de judaizar a los obispos de origen converso Dávila, de Segovia, y Aranda, de Calahorra. De la primera de las acusaciones no se conoce el resultado, pero Aranda fue depuesto y degradado de las órdenes, y confinado en el castillo de Sant Angelo en Roma, donde murió en el año 1500 (10). Todavía en 1525, la Inquisición advertía al Papa Julio III de la infiltración de criptojudíos en la orden franciscana, y el designio de dominio total sobre la orden para volverla en bloque al judaísmo (11). En el memorial de

fuesen los conversos de una generación anterior. También parece coherente mantener que el aspecto dialéctico frente a la Iglesia institucional, y, en particular, frente a los dominicos, de la orden franciscana atraería en la primera época hacia la misma a los judíos conversos; los mismos se transforman luego —según Cicroff— en los peores inductores del antisemitismo. El cultivo cuidadoso del antisemitismo antes de la expulsión y del establecimiento de la Inquisición es destacado por numerosos autores (LEA, I, pág. 132; PÉREZ VILLANUEVA y otros, *Historia de la Inquisición en España y América*, Madrid, 1984, págs. 880 y sigs.). Sin embargo, la Inquisición no es un Tribunal al servicio del absolutismo monárquico, como pretendió en su día VON RANKE o como destacó LLORCA, *Historia de la Inquisición en España*, Barcelona, 1946, y repiten otros autores recientes criptocristianos, y ello sin perjuicio de que la Inquisición favoreció la monarquía absoluta y la formación del Estado moderno.

(9) En detalle, BEINART, *The judaizing movement in the order of San Jeronimo in Castilla*, Jerusalem, 1961. La multiplicación de los judeoconversos en los conventos, especialmente contemplativos, con relajación de la ortodoxia y disciplina, es debatido también en detalle por LEA (*The history of the Inquisition of Spain*, New York, 1966, IV, pág. 490). Sobre el estatuto de limpieza aprobado en los Jerónimos en 1486 y las prácticas judías en la orden y las tensiones entre cristianos viejos y conversos en una orden “desgarrada”, véase SICROFF (*Les controverses des statuts de pureté de sang en Espagne du XV au XVIIe siècle*, Paris, 1960, trad. esp., con importantes adiciones, Madrid, 1985). “La naturaleza misma de la regla monástica ofrecía un refugio particularmente conveniente a los falsos conversos” (pág. 103); en la justificación del estatuto se cita la epístola de San Pablo a Tito (I, 10, 12), según el cual los judíos conversos eran “inobedientes, parlachines, vanos y engañosos” (SICROFF, pág. 110).

(10) Torquemada reclamó jurisdicción sobre los obispos en 1487 (LEA, III, pág. 41). Los procesos a Dávila y Aranda se examinan por LEA, III, págs. 42 y sigs. Sobre el proceso al arzobispo de Granada, fray Hernando de Talavera (MENÉNDEZ Y PELAYO, I, pág. 643; LEA, I, pág. 197; sobre el carácter judeoconverso del arzobispo, SICROFF, pág. 14). La persecución de obispos plantea un grave problema teológico. Si la Iglesia no es la sucesión apostólica, ¿qué es la Iglesia? Por eso un sistema inquisitorial sólo es concebible en un sistema eclesial autoritario.

(11) DOMÍNGUEZ ORTIZ, pág. 99; de hecho, el estatuto de los franciscanos es de

Síliceo a Carlos V sobre el estatuto de la catedral de Toledo se insistía también en la infiltración generalizada de judíos en la Iglesia (12). Es lo más probable que muchos de los casos no llegarían a trascender por la necesidad de defender el honor de los capítulos y monasterios (13). Si el fin último de toda actuación inquisitorial era pedagógico (propaganda, escándalo y terror) y el secreto era su divisa, el boato y la ostentación del auto de fe era propio de las condenas a los laicos externos a la Iglesia, pero es lógico que se guardasen en secreto los procesos contra criptojudíos dentro de la Iglesia o en las órdenes religiosas. El problema de la identidad de la Iglesia se vive también en los países calvinistas cuya Iglesia reformada fue decisivamente influida por judeoconversos (14).

Coetánea de la expulsión y antes del fin del xv, la mayoría de las órdenes, Capítulos catedralicios y Colegios Mayores adaptan estatutos de limpieza de sangre (el estatuto del Colegio de Santa Cruz de Valladolid es de 24 de abril de 1488), y luego también se exige limpieza para desempeño de oficios públicos, gremios y corporaciones. El cardenal Síliceo adquirió particular renombre por su insistencia para la imposición de estatutos de limpieza en órdenes religiosas y capítulos catedralicios, y fue particularmente famoso estatuto de la catedral de Toledo (15); en la enciclopedia

1525 (LEA, IV, pág. 281). El problema converso explica, por ejemplo, la susceptibilidad de la Iglesia ante el movimiento de carmelitas descalzos encabezado por Teresa de Jesús (cfr. LLAMAS MOLINA, *Santa Teresa y la Inquisición española*, Madrid, 1972); o el sañudo encarcelamiento de Juan de la Cruz por sus correligionarios calzados.

(12) Cfr. LEA, IV, pág. 292.

(13) BAER, II, pág. 588. Un ejemplo paradigmático de secreto es el proceso que se inicia el convento de los Jerónimos de Alcalá en tiempos de Felipe II, con ocasión de la visita de 1592, que condujo a la prohibición de que Arias Montano siguiera dando clases de hebreo y griego a la comunidad. El celoso secreto con el que la Inquisición mantuvo todas las actas, juramento de secreto de todos los participantes bajo las más severas penas, y del que, si se conserva memoria, es probablemente porque los procesados fueron absueltos (cfr. DE ANDRÉS, *El proceso inquisitorial al padre Sigüenza*, Madrid, 1975). Si el fin último de toda actuación inquisitorial era pedagógico (propaganda, escándalo y terror) y el secreto era su divisa, es lógico que se guardasen en secreto los procesos contra criptojudíos en las órdenes religiosas, pero recordemos el proceso de Luis de León y la gran desconfianza ante su traducción del Shir Hashirim (sobre la desconfianza de la Inquisición hacia los agustinos, cfr. DE LA PINTA LLORENTE, *Humanismo e Inquisición*, Madrid, 1979, el proceso a fray Luis de León, págs. 5 y sigs.). Las propias órdenes religiosas instauran sus propios sistemas represivos; por ejemplo, en las constituciones de Santa Teresa se regula en detalle la "cárcel", donde deben permanecer recluidas por vida "las que pierdan la fe".

(14) Véase mi libro *Reforma protestante y Estado moderno*, Madrid, 1986, donde estudió en detalle la decisiva importancia de la tradición judía en la formulación de los dogmas y la organización calvinista.

(15) Sobre el cardenal Síliceo y el famosos estatuto de la catedral de Toledo (SICROFF, págs. 96 y sigs.); recuérdese que en Toledo se encontraba el rabinato principal de la España cristiana. Un interesante estudio, que en general no recoge los trabajos de autores judíos más que circunstancialmente, cuyo fin primordial parece ser descargar a

judía se lee, que ni Jesucristo, ni José, ni María, ni ninguno de los apóstoles hubiese podido detentar cargo alguno en la catedral de Toledo; por impedírsele su riguroso estatuto. Sólo el peligro que representó la infiltración en el seno de la Iglesia explica el rigor, la extensión y duración de los estatutos de limpieza de sangre, que permanecieron en vigor durante casi cuatro siglos. Como dice MENÉNDEZ Y PELAYO, hasta 1525 los únicos procesos de la Inquisición lo fueron contra cristianos judaizantes, lo que muestra que la Inquisición fue instituida especialmente contra ellos al igual que los estatutos de limpieza (16). Los conversos e hijos y nietos de converso eran sospechosos indefinidamente. La obsesión era de tal magnitud que las Cortes de Segovia de 1532 solicitan sean considerados cristianos viejos los que prueben ser hijos, nietos, biznietos y tataranietos de cristianos viejos (17), y frente a ello se implantan los estatutos de limpieza de sangre, y se someten los barrios y estirpes a una sañuda y recelosa vigilancia (institucionalmente organizada por la Inquisición a través de los familiares). La seriedad con que se llevó el tema de la limpieza de sangre en el Antiguo Régimen sólo se explica porque su responsabilidad última corresponde a la Iglesia, que defendía a través de ello su propia identidad. La mayor parte de los libros verdes publicados en el Antiguo Régimen lo son por autoridades eclesiásticas (18).

la Iglesia de la responsabilidad en la expulsión de los judíos, y con alguna imprecisión cuando trata de los jesuitas DOMÍNGUEZ ORTIZ, *Los judeoconversos en España y América*, Madrid, 1971, 2.^a ed., Madrid, 1988).

(16) Dos pragmáticas de 1501, casi coetáneas a la expulsión prohíben a hijos y nietos por línea masculina e hijos por femenina, tener oficios de honor, ser notarios, escribas, médicos, cirujanos o farmacéuticos. Sobre estatutos de sangre en Colegios Mayores y para desempeño de cargos públicos (SICROFF, pág. 60).

(17) LEA, IV, pág. 288.

(18) Como, por ejemplo, el libro verde de Aragón escrito por un secretario del Tribunal de la Inquisición (LEA, IV, pág. 298), o el Tizón de la Nobleza de Castilla, redactado por el cardenal Mendoza. Sobre los libros verdes, SICROFF, pág. 217, diversas versiones apócrifas y seudoeptigráficas circularon en el Antiguo Régimen en España. Como luego veremos, parece probable que la Inquisición elaborase sus libros especiales de estirpes judeoconversas en base a los registros parroquiales de bautismos y matrimonios, una copia de los cuales existía también en los Colegios Mayores, la perfección de los sistemas de publicidad de bautismo y matrimonio después de los Concilios de Letrán y de Trento, debió de ayudar en gran medida a las autoridades inquisitoriales, pues siendo la inscripción de bautismo necesaria para las inscripciones posteriores de matrimonio, defunción o inscripción de los hijos, no era fácil que frente a la Inquisición valiesen las maniobras habituales de cambio de residencia o de nombre; a través de los registros parroquiales se hacía también evidente la endogamia de las familias criptojudías. Es, incluso, discutible que fuese posible una expulsión y persecución generalizada de la estirpe judía sin un instrumento general de identificación de todas las personas como el que alcanzó la Iglesia a través de la organización de los libros parroquiales; quizá no es coincidencia que la gran persecución se iniciase tras la reconocida eficacia del sistema registral eclesial. El terror ante la denuncia de pertenencia a una estirpe

La limpieza de sangre como obsesión nacional aparece ya suficientemente documentada en el uso del don (19), cambio de apellidos, matrimonio, enoblización por la riqueza (la patrimonialización de los cargos públicos es un hecho en el siglo xvii, y a través de ellos se fabrican las ejecutorias de limpieza) (20). El más pobre y miserable (como Sancho Panza) podía, sin embargo, distinguirse por el blasón de su nobleza de sangre. La obsesión perdura hasta el siglo xix (21). Cualquier denuncia ante el Tribunal

sucia, y la certeza de la constancia fehaciente de la misma en los archivos inquisitoriales era una fuente inestimable de poder social del Santo Oficio. Según DOMÍNGUEZ ORTIZ, los libros verdes se llamaban de becerro por estar escritos en pergamino, pero es más plausible el hacer referencia al Becerro de oro. "Estar verde" significaba estar incluido en el libro verde, "echarse la manta a la cabeza, tirar de la manta", se refieren al sambenito (manta), el "tío" es el familiar de la Inquisición y el "primo", el penitenciado. Sobre el criptolenguaje, véase SANFORD SHEPARD, *Lost lexicon. Secret meaning in the vocabulary of the spanish literature during the Inquisition*, Miami, 1982)

(19) El origen judeoconverso del uso del don parece admitido en general, véase SHEPARD, cit. pág. 43; FERRER CIVITE, *El factor judeoconverso en el proceso de consolidación del título de don*, Sefarad, 1985, I, págs. 131 y sigs.; OLMOS GARCÍA, *Cervantes y su época*, Madrid, 1970, pág. 162

(20) Tanto la endogamia como el cambio de apellidos hacían sospechoso de criptojudaismo. Sobre el matrimonio de judeoconvertos, MARÍN PADILLA, *Relación judeoconversa durante la segunda mitad del siglo XV en Aragón: matrimonio*, Sefarad, 1982, II, pág. 244. Sobre el intento de desligarse de la condición de sangre sucia por las riquezas: HERRERA GARCÍA, *La riqueza de algunos descendientes de conversos; los mayorazgos fundados por el sevillano Francisco de Alcázar*, Sefarad, 1981, I, pág. 95; HUERGA CRIADO, *La familia judeoconversa*, Sefarad, 1989, I, pág. 101. Con la ruina de la Hacienda Pública se introduce la práctica generalizada de vender ejecutorias de limpieza, tanto para ejercer cargos públicos como para pasar a indias (DOMÍNGUEZ ORTIZ, pág. 49), aunque yo no he encontrado indicios de que el rigor no se mantenga para el ingreso en la enseñanza universitaria. Los conversos continúan los oficios de judíos: mercaderes (GÓMEZ-MENOR, *Cristianos nuevos y mercaderes de Toledo*, Toledo, 1970), médicos (RIBEIRO SANCHES, *Christãos novos e christãos velhos em Portugal*, Porto, 1973) y arrendadores de impuestos y rentas reales. Es curioso que como estirpe perseguida practicaban la endogamia, se reconocían por un criptolenguaje, a la vez que practicaban una gran solidaridad de grupo; sobre la importancia económica de los cristianos nuevos insiste también HAYIN YERUSHALAMI: "La diversidad de las afiliaciones religiosas de los distintos parentes les daba a menudo una indudable ventaja sobre sus rivales comerciales en la esfera internacional" (pág. 29). La Inquisición enviaba espías —como el capitán Esteban de Ares Fonseca— a las comunidades judías holandesas o marroquíes (Fez), para controlar a los comerciantes españoles, entre los que predominaban judeoconvertos (cfr. NETANHANU, *The marranos of Spain*, Nueva York, 1966). En realidad, la Inquisición prestaba una gran atención a todos los grupos sociales cerrados en los que se podía formar la identidad colectiva como eran los comerciantes, pero también vigilaba atentamente a través de los familiares en el ejército, casas de prostitución, mercados, fiestas, etc. En mi opinión, como luego veremos, la función primordial de los familiares no era la delación, sino el control y formación de la conciencia colectiva.

(21) Los Santa Cruz, de *Fortunata y Jacinta*, de GALDÓS, son el paradigma de judeoconvertos en el xix, los conservadores gustaban recordar el carácter judeoconverso de MENDIZÁBAL, autor de la famosa desamortización; el problema converso se manifiesta

de la Inquisición era seguida de averiguaciones sobre antecedentes familiares hasta tres generaciones, a la búsqueda de antecedentes judíos o penitenciados en el denunciado (22). Los sambenitos con los nombres de los penitenciados se conservaban expuestos al público en la entrada de las parroquias de los condenados para siempre (lo que obligaba a muchos al cambio de nombre y residencia) (23). Ello no es óbice para la decisiva importancia de los conversos en la España del Siglo de Oro; por ejemplo, Teresa de Jesús, Juan de la Cruz, Luis de León, Cervantes, Quevedo, Vitoria, Gracián, Rojas Zorrilla, Luis Vives, Gonzalo Fernández de Córdoba, y el mismísimo Torquemada, provenían de familias judías (24).

en la novela de BLASCO IBÁÑEZ: los muertos mandan, el barrio de la calle y los chuletas de Mallorca continuaban teniendo en el XIX plena identidad de su origen (CARO BAROJA, III, págs. 197 y sigs.)

(22) Es un punto común reiterado por innumerables autores: CARO BAROJA, I, pág. 312; también DOMÍNGUEZ ORTIZ, pág. 158, "Los inquisidores... hallaban que la mayoría de los herejes tenía antecedentes judíos" —con cita de CRISTÓBAL DE SANTOLIS—, DOMÍNGUEZ ORTIZ lo atribuye a que los conversos eran "hombres que deseaban liberarse del formalismo agobiante de la sinagoga" (pág. 160), lo que demuestra tanto su profundo desconocimiento de la religión judía, como su dependencia de los arraigados prejuicios antisemitas. Desde el ya clásico trabajo de Marcel BATAILLON, está documentada la decisiva importancia de las estirpes de origen judío entre protestantes y alumbrados españoles. Según BATAILLON, el arzobispo Carranza prohíbe publicar biblias en lengua vulgar porque los judaizantes se servían de ellas para educar a sus hijos. En el memorial de Síliceo a Carlos V, sobre la importancia de estatuto en la catedral de Toledo se insiste en que los luteranos y alumbrados españoles provienen siempre de estirpe judía; continúa afirmando BATAILLON que los europeos, en general, consideraban a España como una nación de judíos (*Erasmus y España*, México, 1950, I, págs. 70 y sigs.)

(23) Véase la lista de sambenitos de Badajoz en RODRIGO MOÑINO, "Los judaizantes en Badajoz de 1493 a 1599", *Revue des études juives*, 1956, págs. 73 y sigs. (citado por HAYIN YERUSHALAMI, pág. 257 nota 1).

(24) La importancia de los judeoconversos en la historia de España se ha puesto de moda después de los trabajos de Marcel BATAILLON y Américo CASTRO (de este último véase *La realidad histórica de España*, México, 1954). Más en detalle, GÓMEZ MENOR, *El linaje toledano de Santa Teresa y San Juan de la Cruz*, Toledo, 1970. Fray Luis de León estaría muy influenciado por la Kabala, para la que *El cantar de los cantares* es el libro más santo de la Escritura (BELL, *Luis de Leon, a study of the Spanish Renaissance*, Oxford, 1925; SWIELICKI, *Spanish christian Cabala*, Nueva York, 1986). Según SICROF, ARIAS MONTANO y la mayor parte de los hebraístas, cuyos procesos célebres, eran judeoconversos. Sobre el carácter judío de Cervantes, RODRÍGUEZ, *Don Miguel, judío de Cervantes*, Santander, 1978. Sobre QUEVEDO, es más dudoso; DOMÍNGUEZ ORTIZ lo niega, pero hay fuertes indicios, véase: "La particularidad literaria de los conversos", *Anuario de estudios medievales*, 4, Barcelona, 1967, págs. 327 y sigs. Sobre VITORIA, GRACIÁN y ROJAS ZORRILLA, no hay duda, véase: DOMÍNGUEZ ORTIZ, *La clase social de los judeoconversos*, pág. 170. Sobre LUIS VIVES, cuyo padre fue quemado públicamente en un auto de fe celebrado en 1526; PALACIO, *Proceso inquisitorial contra la familia de Luis Vives*, Madrid, 1964. *El carácter judeoconverso del Gran Capitán Roth*, pág. 37. Y tampoco parece haber duda sobre Torquemada: CARO BAROJA, I, pág. 142. La conclusión es obvia: es difícil encontrar un personaje relevante de nuestro Siglo de Oro del que no se haya demostrado que proviniese de estirpe judía.

Como no es fácil explicar la expulsión de los judíos, tampoco es fácil explicar la de duración durante más de tres siglos de esta segregación y persecución de los judeoconversos. Las mismas razones aducidas por los autores para explicar la expulsión de los judíos se suelen reiterar para explicar la segregación de los conversos: defensa de la fe, la justificación y prolongación de una estructura de poder, etc., ... (25). Parece interesante aducir aquí que la Iglesia, frente a la tesis oficial de la culpa y salvación individual, parece mantener secretamente la noción de culpa de la estirpe, que sustenta la propia noción secular de nobleza y la noción eclesial de tradición (si la dignidad eclesial se hereda por la tradición, parece lógico inferir a *contrario sensu* que se hereda el pecado y la nobleza). Sin duda estas nociones parecen confirmarse, desde la perspectiva romana, con el efectivo comportamiento de algunas estirpes criptojudías (26). Otra manifestación de la noción de culpa del linaje se manifiesta en el Antiguo Régimen en el tramiento de los expósitos "de ambos sexos" (VII, XXXVII, IV); Carlos IV, en la época final del Antiguo Régimen y sin duda azuzado por mentes ilustradas y progresistas, afirma, en cédula de 1794, que la condición de expósito no debe servir de nota de infamia, mandando no se les imponga "vergüenza pública, ni azotes, ni horca"; pero lo más interesante es la justificación de la norma, "pues pudiendo suceder que el expósito castigado sea de familia ilustre...".

(25) Véase la opinión de SARAIVA, *Inquisisao e Christaos novos*, 1969; PAULO, *os Criptojudes*, Porto, 1970; RIBEIRO SANCHES, *Christaos novos e christiaos velhos em Portugal*, Porto, 1973. Según estos autores, la organización inquisitorial servía para garantizar la conservación de la estructura de poder. A mí esa explicación no me parece convincente. ¿Qué es antes el huevo o la gallina?, ¿la Inquisición o la estructura del poder?, ¿la ideología o la estructura de poder?, ¿la ideología o la legislación?, ¿la propiedad o la ideología?, etc. Lo interesante es que, una vez expulsados los judíos y depurados absolutamente los criptojudíos de la Iglesia y el Estado, el sistema pervive, pero ahora dirigido contra la propia sociedad e Iglesia que lo creó. Los judíos se fueron con mayor o menor fortuna, pero en España quedaron los católicos españoles con la Inquisición y sin judíos a los que perseguir. A partir de 1525 la función principal de la Inquisición es mantener la ortodoxia de la Iglesia frente a herejes y alumbrados (que ya hemos visto que la Inquisición los considera, en todo caso, meros brotes sucedáneos de la hidra judía); es decir, control de ortodoxia doctrinal, "control de espirituales" y disciplina de costumbres dentro de la Iglesia (cfr. en detalle las competencias inquisitoriales de la Inquisición española en el trabajo de CONTRERAS, "Adecuaciones estructurales en la Península", dentro de la obra colectiva ya citada de PÉREZ VILLANUEVA y otros, pág. 744); en la sociedad española, el terror generalizado por la limpieza de sangre, parece ser el eco mediante el cual resuena la terrible pregunta: ¿Dónde está tu hermano? (Gn 4,9)

(26) Según la tesis oficial de la Iglesia se heredan las taras de los progenitores y ser judío era la peor lacra, SICROFF, pág. 261.

3. NOBLEZA, HIDALGUÍA Y LIMPIEZA DE SANGRE

Si en el reinado de Enrique IV se acentúa la crisis, ya iniciada en reinados anteriores, de los títulos nobiliarios, el triunfo de los Reyes Católicos supuso un renacimiento social y formal de la Nobleza Castellana. Así, la reacción católica es también una reacción nobiliaria. En el reinado de Enrique IV podemos situar, pues, *a priori*, la compra generalizada de títulos que se inició tímidamente en reinados anteriores y la corrupción de la garantía del linaje de las estirpes nobles; ello, obviamente, coincide con el ascenso de la preeminencia de los conversos dentro de la Corte. La reacción católica y nobiliaria del reinado de Isabel, denominada la católica, pretende restaurar la ortodoxia y el brillo del linaje de nobles e hidalgos, lo que significa obviamente resaltar la condición de cristiano viejo (27).

Sin embargo, es obvio que el término nobleza no tiene un significado unívoco. La nobleza en su sentido más amplio tiene grados: la nobleza titulada, la hidalguía y la limpieza de sangre (cristianos viejos). La sucesión troncal reservaba normalmente el título al varón primogénito; los demás hijos del noble eran hidalgos. La hidalguía se define como todos aquellos que provenían de linaje noble y limpio sin tener título de nobleza. Frente a la generalización de títulos de nobleza en la época de Enrique IV (véase Ley IV, y también Ley VIII, título II, libro VI), en el reinado de Isabel se instaura un sistema riguroso de prueba de la hidalguía, por tres generaciones, excluyéndose las ejecutorias de nobleza e hidalguía posteriores a 1464 (Ley IV).

Es curioso que en el mismo libro (XI) y título (XVII), donde se trata de la prueba de la hidalguía, se recoge también el sistema instaurado por Felipe IV de prueba de limpieza de sangre (Ley XII) (28). La razón estriba en que la nobleza e hidalguía eran por definición católicas, e implicaban necesariamente (aunque, de hecho, sólo teóricamente) garantía de limpieza de sangre (29). Es indudable que la exaltación de la nobleza, el honor y la

(27) Los privilegios de nobles e hidalgos de no ser encarcelados por deudas, no ser puesto a tormento, estar libre de pechos y servicios, se regulan en detalle en el título II, del libro VI de la Novísima Recopilación.

(28) Véase esta pragmática en detalle por SICROFF, pág. 216; LEA, IV, pág. 307.

(29) Aunque está claro que las principales familias de la nobleza arruinadas, unían sus blasones con la riqueza de las familias pudientes y por ello estaban mezcladas con estirpes judeoconversas, como lo demostró el famoso libro verde *Tizón de la nobleza de Castilla*, redactado hacia 1560 por el cardenal Mendoza, y también el famoso libro verde de Aragón (cfr. ROTH, *Los judíos secretos, historia de los marranos*. Madrid, 1979, pág. 29). El *Tizón de la nobleza de Castilla* se publica recientemente por CARO BAROJA como apéndice documental a su libro *Los judíos en la España moderna*, III, Madrid, 1962. MENÉDEZ Y PELAYO dice: "Ricos e influyentes, los conversos mezclaron su sangre con la de nobilísimas familias de uno y otro Reino" (I, pág. 638).

honra en la España del Antiguo Régimen está ligada estrechamente a la obsesión de la limpieza de sangre. La limpieza era presupuesto de nobleza e hidalguía; la limpieza es fundamentación de la nobleza y su instauración institucional. En la Ley XXII puede observarse que los actos positivos de limpieza se obtenían del Tribunal de la Inquisición. Tribunales de órdenes militares, catedral de Toledo y Colegios Mayores universitarios (Salamanca, Alcalá y Valladolid). lo que muestra el especial rigor con el que se pretendió excluir de los estudios universitarios a los judeoconversos. En tiempos posteriores (Ley XXIV), las ejecutorias de limpieza se podían obtener también en el colegio de los españoles de Bolonia y en los nuevos Colegios Mayores fundados con posterioridad. Esta Ley parece mostrar la decisiva importancia que a la Universidad naciente se le otorgaba para el control ideológico de la sociedad del Antiguo Régimen.

Teóricamente la clase dirigente del Antiguo Régimen es la nobleza titulada. El brillo y blasón económico de la nobleza se garantiza por los mayorazgos que se regulan, como derecho particular, en las Leyes de Toro (título XVII, libro X de la Novísima Recopilación). Los mayorazgos surgen al reconocerse la indisponibilidad de la propiedad familiar vinculada. Los mayorazgos son el medio de financiación de la nobleza. La adscripción permanente de la tierra a un linaje es el mecanismo mediante el cual se consigue identificación y permanencia de un blasón nobiliario. El linaje "se planta" en la propiedad de la tierra, de la misma forma que la fe se había plantado en la sangre, más allá de los avatares siempre caprichosos de la naturaleza. Las Leyes de Toro deben interpretarse como la reacción patrimonial de la nobleza feudal católica frente al espíritu burgués, mercantil y tolerante de la baja edad media. La clase dirigente es siempre la manifestación real del sistema, la instauración de la nobleza (y el mayorazgo como su instrumento patrimonial) significan el triunfo de la reacción católica en Castilla.

La nobleza es un estamento social cerrado y separado del resto de la sociedad; por ello la nobleza, hidalguía y limpieza se garantizan por la exigencia de consentimiento paterno y Real al matrimonio (título II, libro X de la Novísima Recopilación); los matrimonios sin consentimiento son privados de efectos civiles, y los contrayentes privados, del goce y sucesión respectiva, y los nobles, de sus títulos, honras y prerrogativas. El matrimonio indisoluble (garantía de la identidad del linaje) aparece, pues, como el segundo e imprescindible instrumento de inamovilidad de la propiedad. El libro VI, título XII, regula el tratamiento de palabra y por escrito, que resulta secularización del paradigma de tratamiento en el seno de la Iglesia Católica, cuyas dignidades encabezan las regulaciones sobre el tratamiento (el inquisidor general recibía el tratamiento de señoría ilustrísima, catego-

ría de cardenal y superior al de señor, originalmente tratamiento de los grandes de España).

Los nobles e hidalgos están rigurosamente excluidos de la enseñanza universitaria en Colegios Mayores, pues el estudio es un oficio propio de clases bajas. Por otra parte, el Derecho del Antiguo Régimen considera bajos todos los oficios manuales y artesanos. El libro VIII, título XXIII, Ley VIII, de la Novísima Recopilación, recoge Cédula de Carlos III de 1783, que declara honrados por primera vez los oficios “bajos, viles y mecánicos”, aunque la Real Orden de 4 de septiembre de 1803 la considera tal declaración “doctrina errónea y perjudicial para las órdenes militares y nobleza española”. Los nobles, pues, no pueden estudiar ni ejercer oficios artesanales o manuales (propios de profesiones agremiados) (30). La nobleza es un estamento social cerrado e improductivo, que sólo puede vivir gracias a las rentas que le procura la propiedad territorial vinculada (mayorazgo). Nobles e hidalgos excluidos de la enseñanza y de cualquier medio ordinario de ganarse la vida encontraban en el oficio de las armas su único empleo digno.

Considerar la nobleza una “clase dirigente” contrasta con su falta de formación intelectual, y con su falta de integración en el proceso productivo. Los nobles son propiamente los ejecutores armados de una ideología cuyos presupuestos dogmáticos no comprenden. La degradación humana y economía de la nobleza es evidente y se acentúa conforme transcurre el Antiguo Régimen. Esa degradación produce la corrupción generalizada que fue el mal del Antiguo Régimen. La nobleza, como estamento distinguido, elevado y apartado del resto de la sociedad, significa que la sociedad está sustentada por una ideología para la que la distinción del hombre no está en su sabiduría o en su mérito, sino en ser el hijo mayor de su padre. La división de la sociedad en clases o estamentos cerrados e incommunicados es un mecanismo de sostenimiento de un sistema autoritario privilegiado

(30) En las nuevas poblaciones de Sierra Morena se prohíben estudios de gramática (aprender a leer y escribir), Real Cédula de Carlos III, de 5 de julio de 1767, libro VII, título XXII, de la Novísima Recopilación, “cuyos moradores deberán estar destinados a la labranza, cría de ganados y las artes mecánicas, como nervio de la fuerza de un Estado”. Todo se repite de acuerdo a un paradigma. Los privilegios de la Mesta conducen a que las ovejas esquimen los bosques castellanos. La oveja es degradada a la condición de vegetal y transforma Castilla en un desierto de piedras. Castilla: curas, ovejas y piedras. Los privilegios de la Mesta impiden el desarrollo de la agricultura para garantizar la exportación de lana con que se financia la parasitaria Administración real. Sobre las ovejas y Castilla es lúcida la exposición de JOVELLANOS en el informe sobre la Ley Agraria. También de JOVELLANOS a Carlos IV (1789). Sobre lo que era el Tribunal de la Inquisición. La clase dirigente es siempre expresión real de la ideología del sistema, educada en los libros de caballería como héroe cristiano por antonomasia, sería ridiculizado por CERVANTES en el Quijote, cuya figura errante se liga al carácter errante del pueblo judío.

social y económicamente a una clase como mecanismo de formación de la conciencia colectiva. Porque... ¿en qué orden ideológico se funda la nobleza del noble?, ¿por qué se considera que el noble tiene una dignidad o cualidad humanas distintas del resto? La verdad es que la fundamentación de estaseudodivinización de una clase social (la nobleza) sólo se puede encontrar en la noción eclesial de tradición, paradigma de la dignidad eterna del linaje noble. La dignidad de la nobleza se traduce en el plano patrimonial en la vinculación de la propiedad. Ni que decir tiene que la vinculación de la propiedad impidió la formación de capitales y limitó las posibilidades de desarrollo económico de la sociedad. La idolatría del sistema (la dignidad del noble, la vinculación de la propiedad, la humillación autoritaria del pensamiento) condenaba al propio sistema al atraso económico y social.

La nobleza nunca podría sostenerse como clase dirigente por sí misma, necesitaba de una fuerza externa que le legitimase y sostuviese. La legitimidad de la nobleza proviene de significar el paradigma secular de la Iglesia, como dignidad formal definida por la tradición. Como estructura jurídica el aparato coactivo se sustenta desde el Tribunal de la Inquisición, que es la máxima expresión consciente del sistema. El Tribunal de la Inquisición es la piedra angular que sostiene el edificio, pues es el que garantiza la pureza ideológica que explica y define el sistema mismo, y, por otra parte, ejerce una coacción precisa e inteligente contra cualquier alteración del sistema. Pero ¿cómo se evita que se corrompa la sal y luz del sistema?, ¿quién garantiza la pureza ideológica de los inquisidores?, ¿quién vigila al vigilante? La extracción social de los inquisidores no son las órdenes de franciscanos y dominicos, como se ha pretendido; es cierto que dominicos y franciscanos llevaron el estandarte de la denuncia de la perfidia judía en los siglos XIII y siguientes, pero no es cierto que alentasen o sostuviesen el aparato inquisitorial; es más, la Iglesia misma es la que principalmente sufrió los rigores del aparato inquisitorial (los tiempos recios que lamentaba Teresa de Jesús). ¿Quiénes son, pues, los inquisidores?, ¿de dónde provienen?, ¿qué los mueve? Los inquisidores son clérigos-juristas, educados preferentemente en Salamanca y Valladolid. La Iglesia fue en el Antiguo Régimen el único mecanismo efectivo de desclase social; los clérigos formados en Salamanca y Valladolid son de extracción social baja, que acceden a través de la Inquisición al más alto rango social y eclesial en un sistema social cerrado que no admitía desclase alguno (31).

(31) Cfr. BENASSAR, *Inquisición española: poder político y control social*, trad. esp., Barcelona, 1981, pág. 75. La Inquisición era parte de la carrera de honores eclesiásticos, y nutría de inquisidores la provisión de canongías y obispados, se nutría preferentemente de letrados y doctores de San Bartolomé de Salamanca y Santa Cruz de

La Inquisición no fue un Tribunal específicamente eclesial, sino regido preferentemente por clérigos-juristas de primerísima categoría, que actuó en todo tiempo y lugar con una precisión y eficacia notables, y que se nutría de clérigos que a través de la Inquisición hacían carrera eclesiástica. Los juristas son especialmente útiles, pues sumidos en los problemas técnicos y procesales de la aplicación del Derecho carecen también de visión del horizonte ideológico que sustenta el sistema.

4. JESUITAS Y EDUCACIÓN DE LA NOBLEZA

La única institución del Antiguo Régimen que parece haber escapado del estricto control inquisitorial son los jesuitas. Cabe la sospecha de si su cuarto voto y disponibilidad absoluta del papado no fue sino un medio de sentar su autonomía efectiva en el agobiante autoritarismo de la sociedad española. La Ley I, título III, del libro VIII, recoge una disposición de Felipe V, de 1725, sobre creación del Real Seminario de Nobles de Madrid, cuya regencia se encomienda a la Compañía de Jesús. Un colegio de nobles supone romper la prohibición absoluta para nobles y ricos de ingresar en los Colegios Mayores universitarios. Esta fue una de las medidas más subversivas del Antiguo Régimen; de hecho, en los colegios de jesuitas se forman las mentes ilustradas que promoverían la reforma de España en los siglos XVIII y XIX.

Ignacio de Loyola profesaba una gran admiración por los judíos, y llegó a declarar que desearía ser de tal raza para estar más cerca de Jesucristo. Por ello se negó expresamente a establecer estatutos de limpieza de sangre en la Compañía. La realidad es que los conversos afluyen en masa a la Compañía (32), y judeoconversos fueron los más cercanos y leales colaboradores del fundador, como Lainez, Polanco, Ribadeneira (33), etc. La mera solicitud de entrar en la Compañía hacía al candidato sospechoso de ser judeoconverso (34). Los jesuitas recibieron fuertes presiones de Sílceco y el nuncio Poggio para imponer estatuto de limpieza, y

Valladolid (sobre la Inquisición como carrera de honores, véase también LEA, V, págs. 415 y sigs.). Aunque es evidente que dominicos y franciscanos tuvieron una influencia decisiva en la creación del ambiente, exigencia de implantación y primeros tiempos de funcionamiento, sin embargo, no es cierto que participen de manera decisiva después de 1525.

(32) REY, "San Ignacio de Loyola y el problema de los cristianos nuevos", *Razón y Fe*, enero-febrero 1956, págs. 173 y sigs.

(33) Cfr. CARRETE PARRONDO-FRAILE CONDE, *Genealogía del padre Lainez, Fontes iudeorum regni castelae*, Salamanca, 1987, pág. 135, GÓMEZ MENOR, *La progenie hebrea del padre Ribadeneira*, Sefarad, 1976, págs. 307 y sigs.

(34) SICROF: "Todos los jesuitas tenían reputación de judeoconversos" (pág. 279).

cuando éste se establece a fines del xvi (1593), un siglo después que en las demás órdenes religiosas, hay pruebas tanto de poco rigor en la aplicación como de que los jesuitas recibían a los judeconversos españoles en la provincia romana. Las tensiones entre la Compañía y la Inquisición de los primeros tiempos (p. ej., proceso a Francisco Borja) dieron paso luego a una distante ignorancia y a un odio recíproco (35). Era designio jesuítico suprimir la Inquisición, y, de hecho, está demostrada su decisiva participación en la efímera supresión de la Inquisición en Portugal en 1674 (36). Los jesuitas nunca participaron activamente en procesos inquisitoriales, aunque sí, con el incremento de su poder, en la censura de libros (37). A fines del xvii detentaban importantes claves de poder dentro de la Iglesia. La historia del asalto al poder dentro de la Iglesia por los jesuitas es uno de los episodios más apasionantes de la historia moderna de España.

La expulsión de los jesuitas cierra la primera fase del Antiguo Régimen y merece una consideración particular. Como había sucedido antes con

(35) En los primeros tiempos era clásica la acusación de los dominicos de "iluminados" a los ejercicios espirituales de San Ignacio. Sin embargo, conforme se incrementa el poder de los jesuitas, sostener dicha acusación se hace extremadamente peligroso. Un ejemplo es el del dominico fray Alonso de la Fuente (que hacía campaña contra los ejercicios en Portugal hacia 1576). fue obligado a retractarse e internado por vida en un convento (LEA, VIII, pág. 19).

(36) Sobre la resistencia de los jesuitas a la Inquisición: LEA, II, pág. 33, los jesuitas llegaron a conseguir estar exentos de la jurisdicción inquisitorial (Gregorio XIII, en un *vivae vocis oraculo*). Los jesuitas eran recalcitrantes a entregar a sus padres a la jurisdicción inquisitorial, y ocultan casos dentro de la orden (LEA, II, pág. 36). Para la decisiva participación de la Compañía en la efímera supresión de la Inquisición en Portugal en 1674, ROTH, pág. 235.

(37) En particular, la prohibición de obras jansenistas, y en el establecimiento de una rígida moral sexual, por su influencia, por ejemplo, se llega en el xviii a la prohibición de *La Celestina* (DEFURNEAUX, *Inquisición y censura de libros en España del siglo XVIII*, trad. esp., Madrid, 1973, págs. 33 y 34). El rigorismo sexual, la exaltación de la sabiduría y la importancia atribuida al estudio dentro de los jesuitas les acerca también a la tradición hebrea. También en su voluntad de asaltar la Iglesia por la astucia. Sobre los diversos índices inquisitoriales puede verse también el trabajo de PINTO CRESPO (PÉREZ VILLANUEVA y otros, cit., pág. 763).

Resulta interesante destacar que los jansenistas promovían el reforzamiento de la autoridad episcopal territorial, parece obvio que en el objetivo de socavar la autoridad episcopal hacían frente común, frente a jansenistas y agustinos, los jesuitas y la Inquisición. El Santo Oficio presenta siempre el problema teológico de su autonomía de la jurisdicción episcopal: si la Iglesia no es la sucesión apostólica, ¿qué es la Iglesia? Los jansenistas, acusados de calvinismo, querían, sin embargo, restaurar una Iglesia con unas sanas estructuras territoriales presididas por el obispo, y no por instancias secretas, cuyo fin último y significado permanece inescrutable, y por ser secretas sin control social ni eclesial. La llamada abstracta a una autoridad distante legitimadora, que tutela efectivamente una autogestión independiente, es un punto común entre jesuitas y Santo Oficio. En esta época da la impresión de que el papado romano es un invento de la Iglesia española para socavar la autoridad episcopal; en la autoridad papal se apoya la autonomía del Santo Oficio y de los jesuitas.

los judíos, el ascenso en el poder de los jesuitas ponía en peligro las claves de la detentación eclesial del poder en el Antiguo Régimen. Hoy ya ha sido demostrado que la expulsión fue promovida desde la propia Iglesia (38). Como se lee en el Decreto de expulsión, a Carlos III le preocupaba especialmente las doctrinas jesuíticas sobre el tiranicidio; Carlos III estaba convencido que esa subversiva doctrina alentaba los desórdenes sociales que precedieron la expulsión. El tiranicidio, murmuraban en los oídos de Carlos III, es la supremacía de la República. La doctrina del tiranicidio había sido la piedra de escándalo durante todo el Antiguo Régimen, pues dominicos y agustinos tendían a interpretar dicha doctrina jesuítica como una versión secular de las doctrinas medievales conciliaristas del Papa hereje, así como una resonancia de las condenadas doctrinas humanistas. Pero había una segunda razón teológica profunda en el conflicto de los jesuitas con la Iglesia institucional: la defensa cerrada por los jesuitas del libre albedrío, contradictorio con el pesimista predestinacionismo, de raíz agustiniana, que preside la teología oficial cristiana desde San Agustín. Los jesuitas defienden el libre albedrío a través de su condena del "jansenismo", y declaran inescrutable la contradicción entre predestinacionismo y libre albedrío. Pero ¿qué es el jansenismo?, ¿en qué se diferencia el jansenismo de la doctrina de San Agustín?, ¿ha existido alguna vez algún jansenista? Para mí, el jansenismo es una herejía misteriosa, que ni siquiera los propios jesuitas saben definir, y que sólo los jesuitas están interesados en condenar; se desvela aquí las raíces conversas del carisma de la Compañía, pues en el libre albedrío se ha asentado el humanismo y la tradición judía frente al predestinacionismo pesimista (naturaleza caída) del cristianismo (39). En mi opinión, la "conversión", fin último del aparato espiritual de los ejercicios espirituales, es inseparable de una experiencia cristológica, que adquiere un tono dialéctico con la Iglesia institucional y promueve la iniciativa y "pelagiana" responsabilidad individual. No es coincidencia que fueran jesuitas —Diego Cetina y Francisco de Borja— quienes alentaron la mística humanista, también de raíz judía, de Teresa de Jesús.

(38) Véase el tema estudiado en detalle por T. EGIDO, *Historia de la Iglesia en España*, tomo IV, Madrid, 1979, epígrafe: "La expulsión de los jesuitas de España", págs. 746 y sigs. Todos los obispados fueron consultados y se mostraron de acuerdo con la expulsión (pág. 773, "La reacción del episcopado") (pág. 777, "Enemistad de jesuitas con agustinos y dominicos"). Hicieron creer a Carlos III que la doctrina del tiranicidio era un grave peligro para la monarquía, y que los disturbios sociales de su reinado eran promovidos por los jesuitas.

(39) La afirmación también puede hacerse a la contraria. Así, BEAR atribuye la conversión de Pablo de Santamaría y de gran número de judíos ilustrados, al averroísmo predestinacionista, que casaba perfectamente con la doctrina de San Pablo, de "Salvación por la Fe" (CAER, II, pág. 241).

La historia de España constata que casi todas las personalidades ilustradas y reformadoras de los siglos XVIII y XIX habían estudiado en los colegios de la Compañía, que, por cierto, son los únicos que admitían nobles y judeoconversos (40).

5. CONTROL DE UNIVERSIDADES Y CENSURA DE LIBROS

Dos identidades aparecen claras ante el Tribunal de la Santa Inquisición: la identidad entre libro y persona y la identidad entre Universidad y sociedad. Las personas son libros, los libros son personas; los procedimientos inquisitoriales contra los libros son idénticos a los procesos contra las personas, y la hoguera es también el destino del libro hereje; los familiares de la Inquisición ejercían una particular vigilancia sobre los conversos y sobre las librerías; los familiares vigilaban las estirpes judeoconversas, bibliotecas de conventos y monasterios y libros entrados en barcos extranjeros. La sociedad es la Universidad, la Universidad es la sociedad; el control de acceso a la Universidad y la "ortodoxia" de los colegiales fue el instrumento que garantizó durante tres siglos un sano cuerpo de inquisidores. Las más dura batalla de los jesuitas contra el sistema fue el intento de detentar cátedras en la Universidad "oficial", y los jesuitas fueron expulsados cuando consiguieron efectivamente introducirse. De aquí el control radical del Antiguo Régimen sobre los libros y sobre la Universidad (41).

La Ley III, título XVI, del libro VIII, recoge la pragmática de Felipe II, de 1558, sobre censura de libros. Al control real *a priori*, censura previa a la impresión, le sigue el control inquisitorial *a posteriori* (42). La censura inquisitorial se ejerce por autoridad delegada de la papal, con autonomía respecto de la jurisdicción real, y la Inquisición autoriza también la impresión, con licencia del inquisidor general, sin censura previa real. El primer despacho inquisitorial de retirada de libros data de 1521, para censurar las obras de Lutero; y a partir de entonces se publican y renuevan periódicamente índices y edictos de expurgación y prohibición, a la vez que en el edicto de fe se instaba la obligación de denuncia de poseedores y lectores de libros prohibidos. El índice inquisitorial era autónomo del índice romano, y en la prohibición, expurgación y retirada de

(40) DE LERA GARCÍA, pág. 108. También los carmelitas y agustinos se negaron repetidas veces a establecer estatuto de limpieza.

(41) La más pequeña mancha, en el más remoto grado de parentesco, excluía de los colegios universitarios (LEA, V, págs. 415 y sigs., con cita de JUAN ESCOBAR DE CORRO).

(42) DEFOURNEAUX, pág. 26.

libros la Inquisición española defendió con gran rigor su independencia de las consignas romanas (43).

La Ley VI, del mismo título XVI, libro VIII, recoge las disposiciones de Carlos III, para arreglo de los “decadentes” Colegios Mayores. Su católica Majestad, en una concepción bien española, achaca la decadencia a la falta de disciplina y no a la mediocridad creciente de los profesores, que no es sino manifestación de la decadencia generalizada de la sociedad española. Mientras, recuerda la Ley VII para la provisión de vacantes de Colegios Mayores, que no se admita a los que tengan más de 30 ducados de renta anual, reiterando “la Ley de Pobreza, tan altamente recomendada por fundadores para ingreso en los Colegios”. Ya hemos dicho que los estudios eran propios de gente baja, lo cual es coherente con una nobleza exclusivamente del título; pero los jesuitas fomentaban el ingreso aun de los estudiantes nobles, no en vano Ignacio de Loyola y Francisco de Javier eran nobles y vascos que se habían escapado a estudiar a París, la Ley VIII instituye las visitas ordinarias a los Colegios Mayores y prohíbe que se hagan al visitador “pruebas de limpieza de sangre”, “con ruina de las visitas ordinarias”. La Ley I, del título IV, del libro VIII, recoge la Ley de Felipe II, de 1559, de prohibición de los naturales de estos Reinos de estudiar en Universidades extranjeras (excepto al Colegio de los españoles de Bolonia).

7. LOS TRIBUNALES DE LA INQUISICIÓN, SUS MINISTROS Y FAMILIARES

El título VII, del libro II, de la Novísima Recopilación, que trata de los *Los Tribunales de la Inquisición; sus ministros y familiares*, inicia su Ley I “del número y calidades de los familiares” (cédula de Felipe II, 1545/1553), esta llamada, en primer lugar, a tratar de limitar el número de familiares, y, en segundo lugar, a terminar con su pretendida independencia de los Tribunales Reales. Conforme se incrementaba el ejercicio laico del Santo Oficio se hace necesario limitar su número y la extensión de sus privilegios, so pena de desaparecer la propia identidad de la sociedad secular. Los familiares se pretendían a sí mismos exentos de la jurisdicción real y sometidos exclusivamente a la jurisdicción inquisitorial (44). Los intentos de procesar a familiares por delitos comunes se terminaban co-

(43) La independencia de la Inquisición española respecto de Roma en la cuestión de censura es objeto de examen detallado por DEFOURNEAUX (en el tema de las regalías, véase estudio también por LEA, VIII, pág. 533).

(44) La Inquisición reclamaba fuero para sus familiares (en detalle, véase PÉREZ VILLANUEVA y otros, cit., págs. 745 y sigs.; LEA, II, págs. 367 y sigs. y 434 y sigs.).

múnmente —como detalla la Novísima Recopilación— con el entredicho y excomunión de las osadas autoridades reales. Felipe II se ve en la obligación de limitar tajantemente la jurisdicción inquisitorial sobre los familiares. Su preeminencia y orgullo les hacían particularmente antipáticos a las autoridades civiles: Felipe V les llega a prohibir tener asiento preeminente en la Iglesia (Ley VI).

Como instrumento de control social merece que situemos en un lugar muy destacado los familiares de la Inquisición. Los familiares son una peculiaridad específica de la Inquisición española; en ningún país europeo los familiares han tenido la importancia y trascendencia social que llegaron a disfrutar en España. Yo creo que su presencia durante tres siglos ha quedado gravada no sólo en el idioma, sino también profundamente en el alma española. Su presencia llena toda la vida del Antiguo Régimen y constituyen una casta especial que todo lo ve, todo lo oye y todo lo conoce. Ya sabemos que la Inquisición era una familia. Los familiares tenían consigna expresa de amarse y protegerse entre sí, y desde luego eran amados y protegidos del Santo Oficio (45). Los familiares no se seleccionan entre la nobleza o burguesía, sino que se reclutan en las clases populares entre los oficios considerados bajos (46); la condición familiar estaba rodeada de una aureola de seudonobleza, por lo cual era un estado generalmente apetecido. Como la Inquisición no puede pagar su ejército laico con dinero, les paga con inmunidades, privilegios y matrimonios ventajosos. A fines del xvi el cargo de familiar tiende a hacerse hereditario, y los familiares se convierten en una casta en la burguesía rural española (47). Los familiares eran conocidos como los “tíos”, mientras que los penitenciados eran los “primos”. ¡Qué tío!, ¡el tío ése!, son expresiones del idioma que rememoran la grandeza y poder de los servidores laicos del Santo Oficio (48). Por medio de los familiares se consigue no dejar al azar ningún suceso relevante de la vida española. Su secreta escucha, la propa-

(45) Como explica en detalle FREUD en su obra *La psicología de las masas*, la razón de cohesión de este tipo de grupos o sectas son fuertes lazos libidinosos de dependencia afectiva entre los miembros, que son especialmente fuertes entre aquellos que creen realizar la voluntad de Dios.

(46) BENNASSAR, pág. 76. En el siglo xviii había más de 20.000 familiares en España (CARO BAROJA, I, pág. 307). Sobre familiares: CONTRERAS, “Infraestructura social de la Inquisición: comisarios y familiares”, en *Inquisición española y mentalidad inquisitorial*, cit., Barcelona, 1984. El número de familiares fue aumentando con el paso del tiempo, se agruparon en una congregación llamada “San Pedro mártir”. Zaragoza tenía 1.215 familiares y Santiago, 1.009. Cfr. BEYNON, *Teoría y práctica de la Inquisición*, trad. esp., Barcelona, 1982, págs. 101 y sigs.).

(47) LEA, II, págs. 273 y sigs. 37. El carácter hereditario supone una cierta degradación cualitativa de la institución que augura la exigencia efectiva de preeminencia social.

(48) SHEPARD, *Lost lexicon*, cit., pág. 43.

gación de rumores, exaltación de personas, etc. El control de los libros y Universidades es preferente, pero también se controlan los viajes de comerciantes, discretamente las juderías extranjeras, las bibliotecas, comunidades religiosas, conversaciones, etc. Los familiares sirven para conocerlo todo y una vez conocido pueden interferir en la marcha social, propalar rumores o crear leyendas, hilar intrigas matrimoniales, deponer políticos incómodos, etc. Los familiares rigen y controlan todos los lugares donde se forma la conciencia colectiva; así las fiestas populares, mercados y casas de prostitución (que la Inquisición siempre toleró, aún se regula en la Novísima Recopilación el amplio escote que se permite lucir a las prostitutas). Los familiares son algo más que servidores laicos del Santo Oficio, son un modo de ser la sociedad española (49).

La Novísima Recopilación no trata de la organización y funcionamiento del Santo Oficio, pues como Tribunal eclesial su organización y funcionamiento está excluido de la autoridad real, pero es evidente que si pretendemos hacer un cuadro fidedigno del Antiguo Régimen, debemos, aunque sea brevemente, detenernos en sus modos y formas de actuación. La primera y principal idea que merece destacarse en relación con el Santo Oficio es que se equivoca de plano quien lo considere como un instrumento de persecución y condena de herejes y criptojudíos. Muy por el contrario, la función de la Inquisición pretende ser pedagógica. El proceso, tortura, condena y ejecución son el arma última, la más extrema y rigurosa, que se emplea sólo en la medida estrictamente necesaria. La violencia no se persigue en sí misma, su fin es, como el de la Inquisición misma, con boato y escándalo, desprestigiar la herejía y elevar la gloria de la fe católica (50).

(49) Según la opinión más generalizada la función de los familiares era espiar y delatar (cfr. BEYNON, pág. 101). Sin embargo, se ha observado reiteradamente que pocos procesos de la Inquisición se inician por denuncias familiares, en general se inician por denuncias de la propia familia, vecinos, amigos o católicos, en general. Yo creo que la función primordial de los familiares no es espiar, sino el control social, eran más "confidentes" que "espías" (así son denominados en el libro de PÉREZ VILLANUEVA y otros, pág. 744).

(50) El auto de fe, único en su género en Europa (BEYNON, pág. 150), tiene como finalidad esencial el boato y el escándalo. Hay muestras reiteradas de una gran benevolencia cuando había arrepentimiento sincero y no era reincidente (así, la familia de Santa Teresa). La forma de castigo más común era la penitencia pública (azote, etc., BEYNON, pág. 143) El castigo nunca se quería en sí, sino para inducir al arrepentimiento o al escándalo público. Toda actuación inquisitorial se iniciaba con el edicto de gracia que ofrecía el perdón al arrepentido y fomentaba la delación (BEINART, *Los conversos...*, pág. 106) La tortura siempre era científicamente medida; era necesario que el torturado no sufriera riesgo de muerte o de deformación, y debía existir previamente la certeza moral sobre su culpabilidad (BEYNON, pág. 123). Era necesario que el torturado ratificara su confesión sin tortura y en estado de "paz espiritual"; la Inquisición tenía prohibido juzgar al acusado basándose en su propia confesión (BEINART, pág. 156). No había ninguna crueldad en la tortura, pues la tortura se hacía siempre con un fin preciso, y

Ello se debe a que el fin de la Inquisición es la *salus animarum*. El modo de actuación más determinante del Santo Oficio consiste en ver sin ser visto, oír sin ser oído. Si traducimos la terminología canónica a terminología moderna, diremos que el fin último de la Inquisición es el control social y la formación de la conciencia colectiva, de la que la violencia es sólo un medio extremo, probablemente no deseado, que aunque empleado con todo el rigor necesario para extirpar y desprestigiar la herejía, se utiliza siempre con repugnancia, mesura y prudencia. El cuadro de medida de intervención e influencia social del Santo Oficio es mucho más rico y variado que el proceso penal... No es aventurado decir que la Inquisición inicia las técnicas modernas de control de masas por la propaganda y el terror. Cuatro son las claves del control social del Santo Oficio: la información, el secreto, el prestigio y el terror.

El principal medio de obtener información es la escucha permanente de los familiares en todos los rincones y recovecos de la vida social española. Pero la información también se obtiene de muchos otros modos; de los registros parroquiales (sobre los cuales se elaboran los libros verdes para no perder memoria de las estirpes de judeoconversos), de los mecanismos de la dirección espiritual cristiana, que potencian y favorecen las denuncias, etc. La majestad de la Iglesia de Cristo promueve las delaciones; una institución que parece haber tenido especial eficacia en fomentar las denuncias y que merece una atención especial es el edicto de fe: el edicto de fe se publicaba por el Santo Oficio anualmente, incluía los delitos objeto de denuncia forzosa (aun de padres a hijos), y la falta de delación de un delito conocido implicaba la excomunión *ipso facto* que sólo podía ser levantada por el Papa (51).

El secreto sacraliza, encarece el manual de inquisidores, y este es el paradigma de actuación de la Inquisición, tanto en la vida social como en el proceso propiamente dicho. Los procesos de la Inquisición se han convertido en los principales medios para conocer sus modos de actuación. El proceso se inicia con el juramento de secreto que prestan todos los intervinientes (52). El propio acusado era obligado a prestar juramento de

siempre con la mayor moderación posible atendido la preeminencia del fin y la culpabilidad del torturado (LEA, VI, pág. 495). Según el inquisidor Páramo —instrucciones de 1561—, la santidad del proceso inquisitorial es tan grande que no hay lugar para el odio, el favor, la subordinación, el amor, la intercesión o cualquier otro motivo humano (LEA, pág. 483). Finalmente, la condena a cárcel perpetua, de hecho, jamás superaba tres años si había garantía de la sinceridad del arrepentimiento (BEYRON, pág. 123).

(51) LEA, II, pág. 91.

(52) El secreto es la característica esencial de todo el procedimiento inquisitorial (LEA, VI, pág. 470). El juramento de secreto de todos los intervinientes se inicia en 1498. En el edicto de fe, cláusulas especiales velaban por el secreto del procedimiento inquisitorial (VI, pág. 474).

secreto de todo cuanto vio y escuchó aunque fuese absuelto (53); en el edicto de fe, especiales cláusulas protegían el secreto del proceso y la incomunicación de los detenidos. El acusado no es informado formalmente de la acusación y por ello comúnmente no conoce la denuncia, ni quién es el denunciante, ni los testigos, ni las pruebas con que cuenta el Tribunal. Las cárceles de la Inquisición son secretas, y generalmente el encarcelado, indefinidamente incomunicado, no sabe dónde se encuentra. Una vez iniciado el proceso inquisitorial se encarece la importancia de la tortura como especialmente necesaria para obtener la declaración de testigos y la confesión del denunciado (pero sin que el torturado sepa de qué se le acusa) (54). El torturador era un cargo estable, profesional en los Tribunales inquisitoriales, que recibía un sueldo (55). Los interrogatorios y la tortura se hacen sin que el encarcelado conozca la acusación, en espera de una confesión voluntaria. Por cierto, que la Inquisición se financia exclusivamente de las confiscaciones, y el detenido, aun antes de la condena formal, durante la indefinida duración de su proceso, debe pagar los gastos de su encarcelamiento (56).

La Inquisición sólo se muestra en todo su esplendor el día del auto de fe. El auto de fe debemos considerarlo también como mecanismo de formación de la conciencia colectiva. El condenado era quemado en el auto de fe; era muerto previamente por estrangulamiento si era confeso y reconciliado, era quemado vivo si no había confesado, pues la hoguera quería significar las penas del infierno, según el Evangelio de San Juan "sarmiento seco que se hecha al fuego y arde" (15,6). Si el condenado había huido se le quemaba en efigie, si había muerto se desenterraba y se quemaban sus restos. Rodeado de un gran boato social, la noche anterior

(53) Bajo pena de excomunión, multa y arresto, el propio detenido está obligado por el juramento de secreto, no sólo de su causa, sino también de todo lo que vea u oiga (LEA, VI, pág. 473).

(54) Véase el *Manual de inquisidores* del dominico EIMERICH, recientemente traducido y publicado (1983), donde se encarece la importancia de la tortura. Sobre métodos de tortura, ROTH, pág. 86. Sobre tratados de Derecho inquisitorial, PÉREZ VILLANUEVA y otros, pág. 881 (LEA, VI, pág. 475). Sin embargo, el sistema de aplicación de la tortura fue siempre científico y preciso, no se trataba de hacer daño, sino de conseguir la declaración o confesión del procesado. Como hemos dicho, la tortura se empleaba sólo cuando había previa certeza moral de la culpabilidad del acusado. El propio ROTH afirma: "La organización y minuciosidad de la Inquisición no dejan de causar admiración" (pág. 100). Las Cortes de Castilla solicitan a la Inquisición que no innove en materia de tortura (BENNASSAR pág. 99). Una precisa exposición de los métodos inquisitoriales de tortura: BEINART, *Records of the trials of the Spanish Inquisition in Ciudad Real*, I, 1974; II, 1977, III, 1981, The israeli academy of sciencies and humanities, Jerusalem.

(55) LEA, II, pág. 209.

(56) MARTÍNEZ MILLÁN, *La hacienda de la Inquisición*, Madrid, 1984 LEA, IV, pág. 527. El arresto implicaba el inmediato secuestro de los bienes

al auto se organizaba la procesión de la Cruz Verde. El auto en sí, presidido por todas las autoridades, se celebraba normalmente con ocasión de una gran festividad. La última manifestación pedagógica del proceso inquisitorial es el sambenito. Los sambenitos serán luego colocados para siempre en el umbral de la parroquia del penitenciado. En el más famoso auto de fe, inmortalizado en el cuadro de Ricci del Museo del Prado, duró catorce horas; fue presidido por Carlos II, el 30 de junio de 1680, y 51 personas fueron quemadas. Después de los más importantes autos de fe se hacía un cuadro conmemorativo para que su función pedagógica perdurase en el tiempo. Todo en el auto de fe está encaminado a impactar el alma, como espectáculo ritual y festivo, terrible pero estético, terrorífico pero lúdico, conformador de la conciencia colectiva.

El secreto, la tortura, el boato de procesión y auto de fe, y la majestad propia de la Iglesia de Cristo, forman parte del terror que la Inquisición despertaba entre los acusados y la población en general, a la vez que favorecía un inmenso prestigio social. Es un hecho que un plazo breve desarraigó completamente el criptojudasmo, y evitó la herejía en España. Los famosos procesos del siglo xvii a criptojudíos, no son a estirpes que sobreviviesen, sino a nuevos judíos inmigrados de Holanda. El Tribunal actuaba con rigor, pero también con extrema prudencia. El número de quemados y penitenciados es objeto de un encendido debate entre especialistas (57). A mí me parece que su número no importa. Lo cierto es que serían quemados todos los necesarios, aunque, desde luego, sólo los imprescindibles. Porque ya decimos que el fin último de la Inquisición era siempre pedagógico.

8. A MODO DE EPÍLOGO

Esto completa el paradigma histórico del fascismo: el control social absoluto por una ideología. Un Tribunal servido por juristas de extracción baja, llamados a hacer carrera eclesiástica-política y a desclasarse en una sociedad estamental; servido por un ejército de familiares laicos, también de extracción baja, que se pretenden con ello parte de una nobleza de la fe y que son pagados con las ventajas sociales que ofrece la preminencia de la institución; una nobleza propietaria, halagada en su vanidad, pero empobrecida, excluida de la enseñanza y cuyo único medio ordinario de ganarse la vida es el servicio de la fe católica con las armas; un control de las masas mediante la propaganda y la utilización de todos los mecanismos modernos de formación de la conciencia colectiva; finalmente un terror

(57) Véase *Los debates sobre estadísticas de víctimas*, en LEA, IX, pág. 516.

total y absoluto, pero siempre dirigido contra los disidentes, y siempre limitado científicamente sin anarquía, nunca vengativo ni irracional. La violencia siempre se compensa con un brazo fraternal abierto al pecador arrepentido.

Pero... ¿a quién sirve el sistema?, ¿por qué se originó? La verdad es que todo parecen ser servidos: la Iglesia, en conservar la pureza de la fe; los nobles, en la conservación de su propiedad y en su dignidad formal reconocida; los familiares, en su preeminencia social; los inquisidores, en su carrera eclesiástica; los reyes, en el establecimiento y conservación de la monarquía absoluta, y las masas iletradas participan con gusto en el espectáculo y escarnio que se les ofrece. Es decir, el sistema a todos retribuye según su mérito y deseo. Sin embargo, la duración y perfección del sistema es un gran enigma. No es cierto, como se pretende desde sectores criptocristianos, que la Inquisición española sea asimilable a la europea. Por el contrario, en ningún país se arrasó completamente el judaísmo y la herejía, aun a costa del atraso y destrucción total del país, y en ningún país la limpieza de sangre tuvo la importancia y trascendencia que en España. En los mismísimos Estados papales los judíos vivieron en paz y armonía relativa con las autoridades cristianas. En la época moderna en ningún país protestante los Tribunales inquisitoriales duraron más de una generación, y los intentos de organizar sistemas inquisitoriales bajo el modelo español —que se hicieron varios en Europa— siempre fracasaron. Cabe la duda de si imponiendo un aparato de terror el catolicismo romano se condenaba a sí mismo, y no es casualidad que en 1520, casi coetáneo a la expulsión, la explosión luterana sustentase muchas de las tesis sobre el sacerdocio universal, la autoridad eclesial y la perversión ontológica del celibato que se había sustentado históricamente por el judaísmo: la decisiva; no es aventurado decir que fueron los judíos expulsados de España los que edificaron la Europa de la Reforma. Un aparato de terror sólo puede mantenerse temporal y ocasionalmente acudiendo a la guerra. ¿Cómo dura en España más de tres siglos?, ¿cómo se conserva sin cambios ni revoluciones en su simplícisima estructura desde el principio? Era algo más que un sistema de poder, remodelaba el alma hasta lo más profundo de la personalidad. Era un sistema perfecto, nadie fue capaz de destruirlo, ni siquiera nadie se opuso seriamente al mismo; sólo se destruyó a sí mismo con la sociedad que lo sustentaba. La experiencia histórica enseña que los aparatos represivos organizados por las autoridades seculares o religiosas se desmoronan rápidamente, porque imponerse por la violencia es siempre autodestructor, ¿cómo dura en España más de tres siglos? La respuesta a esta pregunta no es fácil y merece meditarse en detalle. Yo creo que la respuesta se encuentra en que sólo en España tuvo necesidad de mostrarse el espíritu secreto del gran abismo. En España se constituyó su

Sede y edificó su Tribunal, porque sólo en España se produjo con carácter generalizado el asalto a las estructuras de la Iglesia por los judíos. El porqué de este asalto, del que ambas religiones salieron mal paradas, es una historia apasionante que prometo abordar en detalle en un momento posterior.

JOSÉ A. ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ

Profesor titular.

Magistrado del Tribunal Superior
de Justicia de Navarra

ACTUALIDAD JURIDICA

I. INFORMACION LEGISLATIVA

A) TRATADOS INTERNACIONALES Y NORMAS COMUNITARIAS

1. *Directiva del Consejo (90/88/CEE) de 22 de febrero de 1990.*—Modifica la Directiva 87/102/CEE, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo.

Su texto es el siguiente:

Visto el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea y, en particular, el artículo 100 A.

Vista la propuesta de la Comisión,

En cooperación con el Parlamento Europeo,

Visto el dictamen del Comité Económico y Social,

Considerando que el artículo 5 de la Directiva 87/192/CEE prevé la introducción de uno o de varios métodos comunitarios de cálculo del porcentaje anual de cargas financieras del crédito al consumo;

Considerando que conviene, con el fin de favorecer el establecimiento y funcionamiento del mercado interior y proteger en alto grado al consumidor, que se utilice un método de cálculo del porcentaje anual de cargas financieras en toda la Comunidad;

Considerando que conviene, a fin de establecer dicho método, y de conformidad con la definición del coste total del crédito al consumo, elaborar una fórmula matemática única para el cálculo del porcentaje anual de cargas financieras y determinar los elementos del coste del crédito que deban tenerse en cuenta en dicho cálculo indicando los costes que no hayan de tomarse en consideración;

Considerando que, durante un período transitorio, los Estados miembros que con anterioridad a la fecha de notificación de la presente Directiva aplicasen una normativa que permitía el uso de otra fórmula matemática para el cálculo del porcentaje anual de cargas financieras podrán seguir aplicándola;

Considerando que antes de la expiración del período transitorio y a la luz de la experiencia adquirida, el Consejo adoptará una decisión, sobre la

base de una propuesta de la Comisión, que hará posible la aplicación de una fórmula matemática comunitaria única;

Considerando que conviene, siempre que sea necesario, considerar determinadas hipótesis para calcular el porcentaje anual de cargas financieras;

Considerando que, en virtud del carácter específico de los créditos con garantía de hipoteca inmobiliaria conviene mantener la exclusión parcial de los mismos en la presente Directiva;

Considerando que debería ampliarse la información que con carácter obligatorio ha de comunicarse al consumidor en el contrato escrito.

Ha adoptado la presente Directiva:

Artículo 1

La Directiva 87/102/CEE queda modificada como sigue:

1) En el apartado 2 del artículo 1, las letras *d)* y *e)* se sustituyen por el texto siguiente:

“*d)* ‘Coste total del crédito al consumo’; todos los gastos, incluidos los intereses y demás cargas, que el consumidor esté obligado a pagar para el crédito;

c) ‘Porcentaje anual de cargas financieras’; el coste total del crédito al consumo, expresado en un porcentaje anual sobre la cuantía del crédito concedido y calculado con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1 bis.”

2) Se añade el artículo siguiente:

Artículo 1 bis.

1. *a)* El porcentaje anual de cargas financieras que es aquel que iguala, sobre una base anual, el valor actual de todos los compromisos (préstamos, reembolsos y gastos) existentes o futuros, asumidos por el prestamista y el consumidor, se calculará de acuerdo con la fórmula matemática que figura en el anexo II.

b) En el anexo III se dan cuatro ejemplos de cálculo, con carácter indicativo.

2. Para calcular el porcentaje anual de cargas financieras se determinará el coste total del crédito al consumo, tal como se define en la letra *d)* del apartado 2 del artículo 1; exceptuando los siguientes gastos:

- i) cantidades a pagar por el consumidor por incumplimiento de alguna de sus obligaciones recogidas en el contrato de crédito;
- ii) los gastos distintos del precio de compra que corran por cuenta

del consumidor en las compras de bienes y servicios, tanto si se efectúan al contado como a crédito;

iii) los gastos de transferencia de fondos, así como los gastos de mantenimiento de una cuenta destinada a recibir los importes abonados en concepto de reembolso del crédito, para el pago de los intereses y otras cargas, excepto si el consumidor no dispusiera de libertad de elección razonable en la materia y si dichos gastos fueran anormalmente elevados; no obstante, la presente disposición no se aplicará a los gastos de cobranza de dichos reembolsos o pagos, tanto si se abonan en efectivo como de otro modo;

iv) las cuotas cargadas en concepto de inscripción en asociaciones o grupos, que resulten de acuerdos distintos del contrato de crédito, aunque tengan una incidencia sobre las condiciones del crédito;

v) los gastos por seguros o garantías; están incluidos, no obstante, los que tengan por objeto garantizar el reembolso al prestamista en caso de fallecimiento, invalidez, enfermedad o desempleo del consumidor, de una suma igual o inferior al total de crédito más sus intereses y otros gastos y que sean exigidos por el prestamista como condición para la concesión del crédito.

3. a) En caso de que las operaciones de crédito contempladas en la presente Directiva estuvieran sujetas a disposiciones legales nacionales vigentes el 1 de marzo de 1990, que impongan límites máximos al porcentaje anual de cargas financieras de las citadas operaciones y que permitan no tener en cuenta, con respecto a dichos límites máximos, gastos a tanto alzado distintos de los indicados en las letras i) y v) del apartado 2, los Estados miembros podrán, exclusivamente a efectos de dichas operaciones y en los que se refiere a los gastos señalados, no tomarlos en cuenta en el cálculo del porcentaje anual de cargas financieras, siempre que, en los casos contemplados en el artículo 3 y en el contrato de crédito, se exija que se informe al consumidor de su importe, así como de su inclusión en los pagos que hayan de realizarse.

b) Los Estados miembros no podrán aplicar lo dispuesto en la letra a) a partir de la entrada en vigor de la fórmula matemática única para el cálculo del porcentaje anual de cargas financieras en la Comunidad de conformidad con lo dispuesto en la letra c) del apartado 5.

4. a) El porcentaje anual de cargas financieras se calculará al firmarse el contrato de crédito, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 3 en relación con los anuncios y ofertas publicitarias.

b) El cálculo se realizará partiendo de la hipótesis de que el contrato de crédito tendrá vigencia por el período de tiempo acordado y que el

prestamista y el consumidor cumplirá sus obligaciones en los plazos y en las fechas acordadas.

5. *a)* No obstante lo dispuesto en el letra *a)* del apartado 1, y con carácter transitorio, los Estados miembros que antes del 1 de marzo de 1990 apliquen disposiciones legales que permitan el uso de una fórmula matemática para el cálculo del porcentaje anual de cargas financieras diferente a la establecida en el anexo II podrán seguir aplicándose en su territorio por un período de tres años a partir de 1 de enero de 1993.

Los Estados miembros tomarán las medidas oportunas para garantizar que, dentro de su territorio, se utilice una fórmula matemática única para el cálculo del porcentaje anual de cargas financieras.

b) La Comisión presentará al Consejo, seis meses antes de que finalice el plazo fijado en la letra *a)*, un informe con una propuesta que permita, a la vista de la experiencia, aplicar una fórmula matemática comunitaria única para el cálculo del porcentaje anual de cargas financieras.

c) El Consejo, por mayoría cualificada y basándose en la propuesta de la Comisión, decidirá antes de 1 de enero de 1996.

6. En los contratos de crédito en los que figuren cláusulas que permitan modificar el tipo de interés y la cuantía o el nivel de otros gastos incluidos en el porcentaje anual de cargas financieras pero que no se puedan cuantificar al calcularlo, el porcentaje anual de cargas financieras se calculará partiendo de la hipótesis de que el tipo y los demás gastos se manifiesten fijos al nivel fijado inicialmente y se aplican hasta el término del contrato crédito.

7. Si fuere necesario, el porcentaje anual de cargas financieras se podrá calcular tomando como base las siguientes hipótesis:

- que si en el contrato de crédito no se estableciere límite al crédito, el importe del crédito concedido será igual al montante fijado por el Estado miembro correspondiente, sin exceder de una cifra equivalente a 2.000 ECUs;
- que si no se hubiere fijado un cuadro de amortización, y éste tampoco puede deducirse de las cláusulas del contrato ni de la forma de pago del crédito concedido, la duración del crédito es de un año;
- que salvo indicación en contrario, cuando el contrato estipule varias fechas de reembolso, el crédito se concederá y los reembolsos se efectuarán en la fecha más próxima de las previstas en el contrato."

3) El apartado 3 del artículo 2 se sustituye por el siguiente texto:

"3. Las disposiciones del artículo 1 bis y de los artículos 4 a 12 no se aplicarán a los contratos de crédito o de promesa de crédito con garantía

de hipoteca inmobiliaria, si éstos no están ya excluidos del ámbito de aplicación de la presente Directiva en virtud de la letra a) del apartado 1.”

4) Las siguientes letras se añaden en el apartado 2 del artículo 4:

“c) Una relación del importe, el número y la periodicidad o las fechas de los pagos que deba realizar el consumidor para el reembolso del crédito y el pago de los intereses y los demás gastos, así como el importe total de esos pagos, cuando sea posible.

d) Una relación de los elementos de coste que figuran en el apartado 2 del artículo 1 bis, excepto los gastos a que dé lugar el incumplimiento de las obligaciones contractuales, que no hayan sido incluidos en el cálculo del porcentaje anual de cargas financieras pero que deban ser pagados por el consumidor en determinadas circunstancias, así como una lista que precise las condiciones. Cuando se conozca el importe exacto de esos elementos, se indicará; en caso contrario, y cuando sea posible, se facilitará un método de cálculo o una estimación lo más realista posible.”

5) Se suprime el artículo 5.

6) El anexo pasa a llamarse anexo I y en su apartado I se añade el siguiente punto:

“ix) La indicación de la obligación eventual del consumidor de constituir un ahorro de una cuantía determinada, en una cuenta especial.”

7) Se añaden como anexos II y III los que con dichos números figuran en el anexo de la presente Directiva.

Artículo 2

1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en la presente Directiva, a más tardar, el 31 de diciembre de 1992. Informarán de ello inmediatamente a la Comisión.

2. Los Estados miembros comunicarán a la Comisión de textos de las disposiciones básicas de Derecho interno que adopten en el ámbito regulado por la presente Directiva.

Artículo 3

Los destinatarios de la presente Directiva son los Estados miembros.

Hecho en Bruselas, el 22 de febrero de 1990.—Por el Consejo, el Presidente, *D. J. O'Malley*.

2. *Canje de Cartas constitutivo de Acuerdo sobre supresión de visados entre España y la República de Hungría, realizado en Madrid el 12 de*

julio de 1990.—En las Cartas cruzadas entre los Ministros respectivos se acuerda que los ciudadanos de ambos países portadores de pasaporte que viajen con fines privados o de negocios y no vayan a ejercer ninguna actividad lucrativa, podrán entrar y salir de los territorios respectivos sin necesidad de visado para estancias de hasta noventa días. Se publica en el *BOE* de 15 de septiembre.

3. *Adhesión de España al Convenio de Atenas sobre transporte de pasajeros y sus equipajes por mar.*—El *BOE* del día 9 de octubre publica el Instrumento de adhesión a dicho convenio de Atenas de 1974, hecho en Londres el 19 de noviembre de 1976.

Por este Protocolo las Partes del citado Convenio acuerdan:

Artículo II

1) Se sustituye el párrafo 1 del artículo 7 del Convenio por el texto siguiente:

“1. La responsabilidad derivada para el transportista de la muerte o las lesiones corporales de un pasajero no excederá en ningún caso de 46.666 unidades de cuenta por transporte. Si, conforme a la Ley del Tribunal que entienda en el asunto, se adjudica una indemnización en forma de renta, el importe del capital constitutivo de la renta no excederá de dicho límite.”

2) Se sustituye el artículo 8 del Convenio por el texto siguiente:

“1. La responsabilidad derivada para el transportista de la pérdida o los daños sufridos por el equipaje de camarote no excederá en ningún caso de 833 unidades de cuenta por pasajero, por transporte.

2. La responsabilidad derivada para el transportista de la pérdida o los daños sufridos por vehículos, incluyendo aquí los equipajes transportados en el interior de éstos o sobre ellos, no excederá en ningún caso de 3.333 unidades de cuenta por vehículo, por transporte.

3. La responsabilidad derivada para el transportista de la pérdida o los daños sufridos por equipajes que no sean los mencionados en los párrafos 1 y 2 del presente artículo no excederá en ningún caso de 1.200 unidades de cuenta por pasajero, por transporte.

4. El transportista y el pasajero podrán acordar que la responsabilidad del transportista esté sujeta a una deducción no superior a 117 unidades de cuenta en caso de daño experimentado por el vehículo, y no superior a 13 unidades de cuenta por pasajero en caso de pérdida o daños sufridos por otros artículos de equipaje. Esta suma será deducida del importe a que asciendan la pérdida o los daños sufridos.”

3) Se sustituye el artículo 9 del Convenio y su título por el texto siguiente:

“Unidad de cuenta o unidad monetaria y conversión

1. La unidad de cuenta que se hace referencia en el presente Convenio es el Derecho Especial de Giro tal como éste ha sido definido por el Fondo Monetario Internacional. Las cuantías a que se hace referencia en los artículos 7 y 8 se convertirán en moneda nacional del Estado a que pertenezca el Tribunal que entienda en el asunto, utilizando como base el valor oficial que tenga esa moneda en la fecha del fallo o en la fecha que hayan convenido las Partes. Con respecto al Derecho Especial de Giro, el valor de la moneda nacional de un Estado que sea miembro del Fondo Monetario Internacional se calculará por el método de evaluación efectivamente aplicado en la fecha de que se trate por el Fondo Monetario Internacional a sus operaciones y transacciones. Con respecto al Derecho Especial de Giro, el valor de la moneda nacional de un Estado que no sea miembro del Fondo Monetario Internacional se calculará del modo que determine dicho Estado.

2. No obstante, un Estado que no sea miembro del Fondo Monetario Internacional y cuya ley no permita aplicar las disposiciones del párrafo 1 del presente artículo podrá, cuando se produzcan la ratificación o la adhesión o en cualquier momento posterior, declarar que los límites de responsabilidad estipulados en el presente Convenio aplicables en su territorio se fijarán del modo siguiente:

- a) Respecto del artículo 7, párrafo 1, en 700.000 unidades monetarias.
- b) Respecto del artículo 8, párrafo 1, en 12.500 unidades monetarias.
- c) Respecto del artículo 8, párrafo 2, en 50.000 unidades monetarias.
- d) Respecto del artículo 8, párrafo 3, en 18.000 unidades monetarias.
- e) Respecto del artículo 8, párrafo 4, la cuantía de la suma deducible no excederá de 1.750 unidades monetarias en caso de daños sufridos por el vehículo, y no excederá de 200 unidades monetarias por pasajero en caso de pérdida o daños sufridos por otros artículos de equipaje.

La unidad monetaria a que se hace referencia en el presente párrafo corresponde a 65 miligramos y medio de oro de 900 milésimas. La conversión de las cuantías fijadas en el presente párrafo a la moneda nacional se efectuará de acuerdo con la legislación del Estado interesado.

3. El cálculo a que se hace referencia en la última frase del párrafo 1 y la conversión mencionada en el párrafo 2 se efectuarán de modo que, en la medida de lo posible, expresen en la moneda nacional del Estado las

cuantías a que se hace referencia en los artículos 7 y 8, dándoles el mismo valor real que en dichos artículos se expresa en unidades de cuenta. Los Estados conformarán al depositario de cual fue el método de cálculo seguido de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 o bien el resultado de la conversión establecida en el párrafo 2, según sea el caso, al depositar el Instrumento a que hace referencia el artículo III y cuando se registre un cambio en el método de cálculo o en las características de la conversión."

4. *Convenio-marco europeo sobre cooperación transfronteriza entre comunidades o autoridades territoriales (Madrid, 21 de mayo de 1980).*

PREÁMBULO

Los Estados miembros del Consejo de Europa, signatarios del presente Convenio,

Considerando que la finalidad del Consejo de Europa es lograr una unión más estrecha entre sus miembros y promover su mutua cooperación;

Considerando que, de acuerdo con el artículo 1.º del Estatuto del Consejo de Europa, ese fin tratará de alcanzarse especialmente por medio de la conclusión de acuerdos en el ámbito administrativo;

Considerando que el Consejo de Europa pretende asegurar la participación de las comunidades o autoridades territoriales de Europa en la consecución de esa finalidad;

Considerando la importancia que, para la consecución de tal objetivo, puede revestir la cooperación de las comunidades o autoridades territoriales fronterizas en materias tales como el desarrollo regional, urbano y rural, la protección del medio ambiente, la mejora de las infraestructuras y de los servicios ofrecidos a los ciudadanos y la ayuda mutua en caso de siniestro;

Considerando que la experiencia adquirida muestra que la cooperación entre los poderes locales y regionales de Europa facilita de suyo el mejor desempeño de su misión, y que es particularmente capaz de contribuir a la revalorización y al desarrollo de las regiones fronterizas;

Resueltos a favorecer esta cooperación en cuanto sea posible y a contribuir de ese modo al progreso económico y social de las regiones fronterizas y a la solidaridad que une a los pueblos europeos.

Conviene en lo que sigue:

Artículo 1

Cada Parte Contratante se compromete a facilitar y a promover la cooperación transfronteriza entre las comunidades o autoridades territo-

riales pertenecientes a su jurisdicción y las comunidades o autoridades territoriales dependientes de la competencia de otras Partes Contratantes. Asimismo, se esforzará en promover la conclusión de los acuerdos y arreglos que resulten necesarios a tal fin, respetando las disposiciones constitucionales propias de cada parte.

Artículo 2

1. A los efectos del presente Convenio se considera como cooperación transfronteriza toda acción concertada tendente a reforzar y a desarrollar las relaciones de vecindad entre comunidades o autoridades territoriales pertenecientes a dos o varias Partes Contratantes, así como la conclusión de los acuerdos y de los arreglos convenientes a tal fin. La cooperación transfronteriza se ejercerá en el marco de las competencias de las comunidades o autoridades territoriales, tal como esas competencias se definen en el Derecho interno. La extensión y la naturaleza de dichas competencias no quedan afectadas por el presente Convenio.

2. A los fines del presente Convenio, por “comunidades o autoridades territoriales” se entienden las comunidades o autoridad u organismos que ejercen funciones locales o regionales y que son consideradas como tales en el Derecho interno de cada Estado. Sin embargo, cada Parte Contratante puede, en el momento de la firma del presente Convenio o por medio de comunicación ulterior al Secretario general del Consejo de Europa, designar las comunidades o autoridades u organismos, así como las materias y las formas a los cuales se propone limitar el campo de aplicación del presente Convenio o a los que desea excluir de dicho ámbito.

Artículo 3

1. A los fines del presente Convenio, y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 2.º, párrafo 2, las Partes Contratantes favorecerán las iniciativas de las comunidades o autoridades territoriales que tomen en consideración los esquemas de arreglos entre las mismas elaborados dentro del Consejo de Europa; podrán, asimismo, si lo estiman necesario, tomar en consideración los modelos de acuerdos interestatales, bilaterales o multilaterales, elaborados por el Consejo de Europa y destinados a facilitar la cooperación entre las comunidades o autoridades territoriales.

Los arreglos y los acuerdos que hayan de concluirse podrán inspirarse especialmente en los modelos y esquemas de acuerdos, de estatutos y de contratos anejos al presente Convenio, numerados del 1.1 al 1.5 y del 2.1 al 2.6, previas las adaptaciones que la particular situación de cada Parte

Contratante haga necesarias. Estos modelos y esquemas de acuerdos, de estatutos y de contratos, por ser de naturaleza indicativa, no tienen valor de tratado.

2. En el caso de que las Partes Contratantes estimen necesario concluir acuerdos interestatales, éstos podrán, concretamente, señalar el marco, las formas y los límites dentro de los cuales puedan actuar las comunidades o autoridades territoriales interesadas en la cooperación transfronteriza. Cada acuerdo puede determinar, asimismo, las comunidades u organismos a que se aplica.

3. Las disposiciones que preceden no menoscaban la facultad de las Partes Contratantes de recurrir, de común acuerdo, a otras formas de cooperación transfronteriza; de igual modo, las disposiciones del presente Convenio en ningún caso podrán interpretarse como invalidantes de los acuerdos de cooperación ya existentes.

4. Los acuerdos y arreglos serán concluidos respetando las competencias previstas por el Derecho interno de cada Parte Contratante en materia de relaciones internacionales y de orientación política general, y respetando asimismo las normas de control o de tutela a que estén sometidas las comunidades o autoridades territoriales.

5. A tales efectos, cada Parte Contratante puede, en el momento de la firma del presente Convenio o por vía de comunicación ulterior al Secretario general del Consejo de Europa, indicar las autoridades que, según su Derecho interno, son competentes para ejercer el control o la tutela con respecto a las comunidades o autoridades territoriales afectadas.

Artículo 4

Cada Parte Contratante se esforzará en resolver las dificultades de orden jurídico, administrativo o técnico que puedan dificultar el desarrollo y buen funcionamiento de la cooperación transfronteriza, y consultará cuantas veces sea necesario con la o las otras Partes Contratantes interesadas.

Artículo 5

En caso de una cooperación transfronteriza emprendida conforme a las disposiciones del presente Convenio, las Partes Contratantes considerarán la conveniencia de conceder, a las comunidades o autoridades territoriales que participen en aquélla, las mismas facilidades que se otorgarían en el caso de que la cooperación se ejerciera en el plano interno.

Artículo 6

Toda Parte Contratante suministrará, en cuanto le sea posible, las informaciones que le sean solicitadas por otra Parte Contratante al objeto de facilitar la ejecución por ésta de las obligaciones que le incumben en virtud del presente Convenio.

Se publica este Convenio-marco en el *BOE* de 16 de octubre de 1990.

B) LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

1. *Ley del Deporte*.—Tiene fecha 15 de octubre y se publica en el *BOE* dos días después. El título III regula las asociaciones deportivas, estableciendo el artículo 19 que los clubes que participen en competiciones profesionales de ámbito nacional adoptarán la forma de sociedades anónimas, sujetas al régimen general de la legislación de sociedades de esta forma, y, por tanto, inscribirse en el Registro Mercantil. En los artículos siguientes se determinan reglas especiales de estas sociedades, que deberán tenerse en cuenta por su interés. En la disposición transitoria primera se detalla el proceso para las transformaciones de los clubes ya existentes en sociedades anónimas.

2. *Reforma del Código Civil*.—La Ley 11/1990, de 15 de octubre, publicada en el *BOE* el día 18 siguiente, contiene la reforma de varios artículos del Código en aplicación del principio de no discriminación por razón del sexo, para cumplir la regla de igualdad proclamada en los artículos 14 y 32 de la Constitución.

Así, se reforman los artículos 9, 14, 16, 159, 1.066 y 1.267 del Código, para eliminar las discriminaciones que por razón de sexo aún perduraban en dicho texto legal.

3. *Reglamento de Transportes Terrestres*.—Por Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, se aprueba este Reglamento para la aplicación de la Ley de 30 de julio de 1987.

Contiene normas sobre el cumplimiento del contrato de transportes en sus diversas modalidades por carretera y ferrocarril. Tienen especial interés profesional los artículos 280 a 291, donde se delimitan los terrenos ocupados por el ferrocarril y se señalan las limitaciones impuestas a los terrenos inmediatos.

C) NORMAS AUTONÓMICAS

Entre las últimamente publicadas señalamos las siguientes:

Baleares.—Ley de 28 de junio de 1990, publicada en el *BOE* de 14 de agosto, en la que bajo el título de “Compilación del Derecho Civil de Baleares” se adopta e integra en el ordenamiento jurídico balear el texto normativo de la Ley 5/1961, de 19 de abril, con las modificaciones que se señalan.

La Ley 9/1990, que se publicó en el *Boletín de Baleares* de 24 de julio de 1990, atribuye competencias a los Consejos Insulares en materia de urbanismo y habitabilidad.

Por Decreto legislativo de 6 de septiembre de 1990, que se publica en el *Boletín Oficial de Baleares* de 2 de octubre, se aprueba el texto refundido de la Compilación del Derecho Civil de las Islas Baleares, incluyendo toda la normativa civil de estas islas.

Canarias.—La Ley de Aguas de 26 de julio de 1990, publicada en el *Boletín de la Comunidad* el día siguiente, que recoge las especialidades que rigen esta materia y que ya se dejaron a salvo en las Ley de Aguas de ámbito nacional de 2 de agosto de 1985.

Cataluña.—Ley de 13 de julio de 1990, publicada en el *BOE* de 14 de agosto, recoge el régimen especial del Valle de Arán.

II. INFORMACION DE ACTIVIDADES

1. *Seminario de Estudios Empresariales Europeos.*—Se ha celebrado en Jaca en los días 3 a 14 de septiembre pasado, bajo la dirección técnica de don EFRÉN BORRAJO DACRUZ, Catedrático de la Universidad Complutense de Madrid.

Las ponencias y temas estuvieron agrupados en dos cursos:

- Curso A: “Criterios jurisprudenciales sobre la negociación colectiva de trabajo en España y experiencias europeas”.
- Curso B: “Los administradores ante el nuevo Derecho de las sociedades de capital: experiencias españolas y perspectivas europeas”.

2. *Encuentro de los Registradores de Brasil.*—En la ciudad minera de Caxambu se ha celebrado del 17 al 21 de septiembre un Encuentro de los Registradores de Inmuebles de Brasil.

El temario estudiado y debatido tuvo los siguientes puntos:

1. Incorporação e condomínios.
2. Cancelamento de registro.

3. Imóveis rurais.
4. Loteamentos urbanos.

3. *XIV Congreso del Derecho Europeo*.—Del 27 al 29 de septiembre se ha celebrado este Congreso en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid.

El acto inaugural estuvo presidido por Su Majestad el Rey y al mismo. Asistieron también, entre otras personalidades, el Ministro de Justicia, don ENRIQUE MÚGICA; el Rector de la Universidad Complutense, don GUSTAVO VILLAPALOS; el Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, don CLEMENTE AUGER; el Presidente del Consejo General de la Abogacía, don ANTONIO PEDROL RIUS, y el Presidente del XIV Congreso de la FIDE, don EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA.

Tres han sido los temas sobre los que ha versado el Congreso:

- “La aplicación en los Estados miembros de las Directivas sobre contratos públicos”.
- “La armonización fiscal: el desafío de 1993”.
- “Control de las concentraciones de empresas”.

Los Directores de estos cursos son, respectivamente, WALTER VAN GERVEN, Abogado general en el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas; P. RYZIGER, Abogado del Consejo de Estado y el Tribunal de Casación, y R. H. LAUWAARS, Profesor de la Universidad de Amsterdam y Director del Instituto Europeo con sede en la misma ciudad. En las sesiones, que tuvieron lugar en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, participaron autoridades de reconocido prestigio en el campo del Derecho internacional.

4. *Seminario sobre la nueva Ley de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo*.—Organizado por el Instituto de Estudios Superiores de la Fundación Universitaria San Pablo (CEU) se ha celebrado en Madrid del 1 al 5 de octubre, con el temario y profesorado que siguen:

Temario:

1. “La nueva política del suelo y las competencias de las CC.AA.”.
2. “Las facultades urbanísticas de la propiedad del suelo”.
3. “El nuevo régimen de valoraciones del suelo.”
4. “Las nuevas clases de suelo.
5. “La competencia legislativa de las CC.AA.”.
6. “Repercusiones en el mercado del suelo”.
7. “La expropiación-sanción en la nueva Ley de Reforma”.

8. "Las expropiaciones urbanísticas en la nueva Ley".
9. "Los sistemas de actuación".
10. "El nuevo régimen urbanístico y el Registro de la Propiedad".
11. "La gestión de transferencia".
12. "La nueva configuración de los patrimonios municipales del suelo.
13. "Principios y objetivos de la nueva Ley del Suelo".
14. "Aspectos constitucionales de la nueva Ley de Reforma".

Profesorado:

Don FERNANDO GARRIDO FALLA, Catedrático Emérito de Derecho Administrativo y Letrado de las Cortes.

Don MARTÍN BASSOLS COMA, Catedrático de Derecho Administrativo y Letrado de las Cortes.

Don RAFAEL GÓMEZ FERRER, Catedrático de Derecho Administrativo y ex Magistrado del TC.

Don ÓSCAR BERGASA PARDOMO, Profesor Titular de Economía Aplicada y Diputado a Cortes Generales.

Don TOMÁS-R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ Catedrático de Derecho Administrativo.

Don LUCIANO PAREJO ALFONSO, Catedrático de Derecho Administrativo y ex Presidente del INAP e IEAL.

Don PABLO PÉREZ JIMÉNEZ, Economista del Estado y Letrado de las Cortes.

Don JOSÉ SUSAY RINCÓN, Profesor Titular de Derecho Administrativo.

Don RAMÓN PARADA VÁZQUEZ, Catedrático de Derecho Administrativo.

Don MARIO CORELLA MONEDERO, ex Profesor de Derecho Administrativo y Secretario general del Ayuntamiento de Madrid.

Don JOSÉ MARÍA CHICO ORTIZ, Registrador de la Propiedad.

Don JAVIER GARCÍA-BELLIDO, Doctor Arquitecto y Subdirector general del INAP.

Don ANTONIO JIMÉNEZ BLANCO, Catedrático de Derecho Administrativo y Letrado de las Cortes.

Don ÁNGEL MENÉNDEZ REIXACH, Profesor Titular de Derecho Administrativo y Director general del Instituto del Territorio y Urbanismo (MOPU).

Don JOSÉ MARÍA QUIROGA DE ABARCA, Profesor de Derecho Administrativo del CEU y ex Director general del Grupo de Empresas Urbanísticas.

Director del Curso:

DON MARTÍN BASSOLS COMA.

5. *VI Congreso Internacional sobre Derecho de Familia.*—Ha tenido lugar en San Juan de Puerto Rico del 14 al 20 de octubre, organizado por el Instituto de Derecho Civil de la Universidad Interamericana de Puerto Rico.

Bajo el título general de “Tendencias modernas del Derecho Familiar” se han estudiado los siguientes temas:

- Tema I: “Derecho, bioética y procreación”:
 1. Conflicto entre los derechos individuales y los patrones sociales en los casos del aborto, la contracepción y la esterilización.
 2. Efectos de la nueva tecnología reproductiva en los casos de manipulación de embriones, consejería genética y pruebas prenatales.
 3. Controversias relativas a la cesión, traspaso y negociabilidad de la prole.
 4. Determinación e impugnación de paternidad.
- Tema II: “Disolución vincular del matrimonio”:
 1. Divorcio extrajudicial.
 2. La mediación frente al proceso tradicional de divorcio.
 3. Divorcio no culposos.
 4. Nulidad del matrimonio: aspectos civiles y canónicos.
- Tema III: “Nuevos patrones económicos en la disolución del matrimonio”:
 1. Habilitación económica del ex cónyuge: pensiones alimenticias a corto plazo.
 2. Derechos de un ex cónyuge sobre la propiedad intelectual o industrial del otro adquirida durante el matrimonio.
 3. Sanciones económicas del cónyuge culpable en los casos de divorcio.
 4. La distribución patrimonial en las uniones de hecho.
- Tema IV: “Violencia doméstica”:
 1. Patrones culturales y jurídicos de la violencia doméstica.
 2. La ley de la fuerza y la fuerza de la ley en las relaciones conyugales.
 3. La sanción institucional a la violencia doméstica.
 4. Leyes protectoras de menores.

6. *Seminario sobre la Reforma de la Ley Urbanística*.—Dada la actualidad y el interés de esta Ley, es normal que se prodiguen seminarios sobre este tema. Este ha sido organizado por el Instituto de Empresa y ha tenido lugar en Madrid en los días 17 y 18 de octubre.

Los aspectos de dicha Ley que han sido estudiados son los siguientes:

Miércoles 17 de octubre:

- “Los principios generales de la nueva legislación”, por don EUGENIO SORIANO, Catedrático de Derecho Administrativo.
- “Régimen urbanístico de la propiedad del suelo”, por don FRANCISCO PERALES, Despacho de Abogados Francisco Perales Madueño.
- “Cargas, beneficios y unidades de ejecución”, por don JAVIER GARCÍA BELLIDO, Subdirector general del Centro de Estudios Urbanos para la Administración Local del INAP.
- “Una figura por descubrir: los derechos de superficie”, por don RAFAEL ZORRILLA, Universidad Carlos III.

Jueves 18 de octubre:

- “El nuevo sistema de valoraciones inmobiliarias”, por don LUCIANO PAREJO, Catedrático de Derecho Administrativo.
- “Supuestos y mecánica de las expropiaciones y transferencias forzadas”, por don ANTONIO JIMÉNEZ BLANCO, Catedrático de Derecho Administrativo.
- “La amenaza de los titulares: los derechos de tanteo y retracto”.
- “La lesión a las expectativas urbanísticas: supuestos indemnizatorios”, por don JESÚS GONZÁLEZ SALINAS, Registrador de la Propiedad.
- “Incidencia de la Ley del Suelo en el mercado hipotecario”, por don LUIS SANCHO, Subdirector general del Banco Hipotecario.
- “Aspectos fiscales derivados de la nueva normativa”, por don CLEMENTE CHECA, Catedrático de Derecho Financiero y Tributario.

7. *Jornadas sobre arbitraje*.—Han sido organizadas por la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje y se han celebrado en Madrid los días 25 y 26 de octubre. Se han expuesto y debatido las siguientes ponencias:

- Introducción: Por don SANTIAGO FONCILLAS CASAUS, Presidente de CIMA.
- Primera ponencia: “Arbitraje, equidad y Constitución”.

Ponente nacional: Don CARLOS DE LA VEGA BENAYAS, Magistrado del Tribunal Constitucional.

Ponente de EE.UU.: JAY D. SEID, Presidente de JIDICATE.

Ponente de Francia: YVES CAPRON, Abogado del Consejo de Estado y miembro de ARCAM.

- Segunda ponencia: “La adopción y efectividad de medidas cautelares en el procedimiento arbitral”.

Ponente nacional: Don JOSÉ LUIS ALBACAR LÓPEZ, Magistrado de la Sala Primera del Tribunal Supremo.

Ponente de EE.UU.: JAY D. SEID.

Ponente de Francia: YVES CAPRON.

- Tercera ponencia: “La ejecución del laudo arbitral”.

Ponente nacional: Don RAFAEL DE MENDIZÁBAL Y ALLENDE, Presidente de la Sala Tercera del Tribunal Supremo.

Ponente de EE.UU.: JAY D. SEID.

Ponente de Francia: YVES CAPRON.

- Presentación de conclusiones y cierre de las Jornadas: Don RODRIGO URÍA Y GONZÁLEZ, Catedrático de Derecho Mercantil.

LA REDACCIÓN

JURISPRUDENCIA

I. Sentencias del Tribunal Constitucional

Por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

1. *Sentencia de 26 de febrero de 1990.*—DIAS INHABILES PARA INTERPOSICION DE RECURSOS.—Sala 2.^a.—Ponente: Sr. Díaz Eimil.

En la vía judicial previa a este proceso constitucional de amparo, el aquí demandante interpuso recurso de casación contra Sentencia de 16 de junio de 1987 de la Sala de lo Civil de la AT de Albacete, que fue declarado inadmisble por Auto de la Sala 1.^a TS por dos motivos: "Haberse presentado el escrito de preparación fuera del plazo concedido en el artículo 1.694" LEC y "ser extemporánea la habilitación confenda al amparo de la Ley de 8 de julio de 1980".

Frente a esta última resolución judicial, el solicitante de amparo denuncia vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, garantizado por el artículo 24.1 CE, alegando en su fundamento respecto al primero de dichos motivos de inadmisión, que el TS incurrió en el error de no excluir del cómputo del plazo previsto en el artículo 1.694 LEC citada el día 24 de junio, inhábil a todos los efectos en Albacete por ser el santo patrón de la capital y ser declarado, por ello, día de la fiesta local y, en relación con el segundo, que la habilitación exigida por la Ley de 8 de julio de 1980 fue solicitada al Colegio de Abogados de Madrid dentro del plazo de interposición del recurso de casación, para Letrado que había intervenido en las dos instancias anteriores, y, además, la extemporaneidad es declarada sin haberse previamente concedido plazo de subsanación.

Considera el demandante, en postura procesal con la cual coincide el MF, que en ambos supuestos se le ha causado indefensión por privación indebida del derecho a acceder a un recurso legalmente previsto, el error notorio en que ha incurrido el TS priva de fundamento razonable a su declaración de extemporaneidad del escrito de preparación del recurso y, en el segundo, se utiliza un criterio de interpretación formalista del requisito de la habilitación colegial, que ha sido desautorizado por la doctrina de este TC.

Se plantea, por lo tanto, en este recurso de amparo un problema de amparo consistente en determinar si la inadmisión del recurso de casación, declarada en el Auto impugnado con base en esas dos apreciaciones de extemporaneidad, es o no vulneradora del derecho a la tutela judicial efectiva.

Fallo.—En atención a lo expuesto, el TC, por la Autoridad que le confiere la CE.

Ha decidido

- 1.º Reconocer el derecho a la tutela judicial efectiva del solicitante de amparo.
- 2.º Anular el Auto de 4 de diciembre de 1987 de la Sala 1.ª del TS.
- 3.º Restablecer al demandante en la integridad de dicho derecho y, a tal efecto, retrotraer las actuaciones judiciales al momento procesal de la admisión del recurso de casación, para que resuelva la Sala sobre éste, teniendo en cuenta el carácter festivo del día 24 de junio en Albacete, y considerando subsanado el defecto de habilitación del Letrado.
- 4.º Denegar el amparo en todo lo demás.

El precedente fallo se basa en los siguientes

Fundamentos jurídicos. Segundo.—Para pronunciarse sobre la extemporaneidad del escrito de formalización del recurso de casación es preciso partir de las siguientes consideraciones de orden general, reiteradamente establecidas por la doctrina de este TC en numerosas resoluciones, cuya abundancia excusa de citas concretas:

A) El derecho a la tutela judicial efectiva, consagrada en el artículo 24.1 CE, por ser un derecho de configuración legal ejercitable por los cauces formales que el legislador establezca, comprende el derecho a utilizar los recursos previstos en la Ley, incluso el de casación en materia civil, en los supuestos y con los requisitos que las leyes determinen, pero tal derecho no se conculca cuando el recurso interpuesto se inadmite por el órgano judicial en atención a la concurrencia de un motivo legal de inadmisión, siempre que su interpretación y aplicación al caso concreto, no sean injustificadas o arbitrarias.

En virtud de ello, compete a los órganos judiciales aplicar las causas de inadmisión de los recursos, y entre ellas las que procedan según las reglas de la caducidad procesal, no correspondiendo a este TC, en la medida en que tal aplicación constituye una cuestión de legalidad ordinaria, revisar dicha aplicación, ni entrar en la apreciación de los hechos o en los errores que en ésta pudieran haberse producido, pero ello no empece a que, en protección del derecho a la tutela judicial efectiva desde cuya perspectiva la cuestión adquiere relevancia constitucional en cuanto que dicho derecho requiere respuestas judiciales fundadas en criterios jurídicos razonables, deba examinar si la causa de inadmisión declarada por el órgano judicial viene apoyada en una interpretación formalista incompatible con el principio de solución más favorable a la efectividad del derecho fundamental o carece de fundamentación razonable, y en este último punto, es indudable que la inadmisión acordada con error notorio y manifiesto, que sea apreciable en sí mismo como tal, sin más análisis o razonamiento, es calificable de infundada y no razonable y, en su consecuencia, vulneradora del derecho a la tutela judicial, sin que tal conclusión pueda entenderse como ruptura de la prohibición de conocer de los hechos que a este Tribunal impone el artículo 44,1 b) LOTC, dado que, por regla general, la constatación de un error material notorio y patente no entraña clase alguna de juicio valorativo de los hechos.

B) La prohibición constitucional de la indefensión —a la cual, en último término, es reconducible la privación injustificada de los recursos legalmente establecidos— sólo se quebranta cuando, siendo efectivamente material, es imputable al órgano judicial, careciendo de tal alcance los supuestos de indefensión que hayan sido originados por la inactividad, desinterés, impericia o negligencia de las partes o de los profesionales que las defiendan o representen.

De acuerdo con las antecedentes consideraciones doctrinales se hace preciso, en el primer motivo de inadmisión, decidir si el TS ha o no incurrido en el error notorio que le imputan el demandante y el MF, o si, aun sin error, ha hecho una interpretación y aplicación constitucionalmente inadecuada de las normas procesales.

El artículo 1.694 LEC establece el plazo de diez días para presentar el escrito de preparación del recurso de casación, a contar desde el día siguiente a la notificación de la resolución recurrida. Comprobado por el TS, en el trámite establecido al efecto, que dicho escrito había sido presentado al día siguiente de haber finalizado el indicado plazo, declara la inadmisión del recurso de aplicación de la causa prevista en el artículo 1.710 en relación con el 1.697, que a su vez se remite el cumplimiento de lo previsto en el 1.694 para la preparación del recurso.

Es claro que el control judicial de los plazos procesales no requiere, ni por regla general admite, otra motivación razonable que la determinación de las fechas inicial y final y la realización del correspondiente cómputo, excluyendo del mismo, para establecer la fecha final, aquellos días inhábiles de los que el órgano judicial tenga obligación legal de conocer. En el caso del recurso de casación civil, el control de la concurrencia de los requisitos procesales y, en concreto, de la tempestividad, tiene lugar en dos momentos distintos, el de la presentación del escrito de interposición y del de la personación ante el TS siendo la decisión que en el primero de ellos se adopta revisable en el segundo, bien sea por vía de recurso, bien sea, como en el presente caso ha ocurrido, mediante la actuación de oficio del órgano competente para conocer de la casación. Es dualidad de momentos, que es también dualidad de lugares y de órganos, no puede ser olvidada en el análisis del presente caso.

El escrito de interposición del recurso de casación fue presentado por el recurrente, en efecto, ante un órgano, la AT Albacete, ante la no resultaba necesario alegar ni probar una circunstancia jurídica (el carácter festivo e inhábil a efectos judiciales del día 24 de junio de la localidad sede del Tribunal) que el Tribunal receptor del escrito sobre cuya admisibilidad deba resolver, estaba obligado a conocer. La omisión de esta precisión innecesaria no puede ser censurada, en consecuencia, como falta de pericia o diligencia de la parte, que no está obligada en modo alguno a proporcionar al órgano judicial datos que, por estar conectados con su propia actuación, éste ha de conocer de oficio. Entendiéndolo así, sin duda, la AT admitió el escrito a trámite y lo remitió al TS, sin hacer tampoco en la remisión indicación alguna sobre el carácter festivo del día 24 de junio, una indicación tampoco en rigor necesaria, pues no requieren motivación detallada las resoluciones judiciales de esta naturaleza.

Esta ausencia de indicaciones de la parte o del órgano inferior de la que hace posible que el TS declare la extemporaneidad del recurso, una declaración que sería constitucionalmente inobjetable si tales indicaciones o precisiones hubieran sido obligadas, pero que, evidentemente, ha de entenderse contraria al derecho constitucionalmente garantizado a la tutela judicial efectiva, dado que, como acabamos de señalar, no existía tal obligación.

Al resolver como resolvió la Sala 1.^a del TS no incurrió, frente a lo que dice el MF, en error alguno. A partir de los datos de que disponía su decisión no puede ser considerada en modo alguno de errónea. Lo que sucede es que esta decisión, lógica y jurídicamente correcta, se construye sobre un supuesto inexacto, sea éste el de que no hay otros días inhábiles que los que lo son a escala nacional, sea que lo son los que, además de aquéllos, son inhábiles en la ese del propio TS. Este supuesto implícito, en virtud del cual se alcanza una decisión que priva al recu-

rente de un recurso a que tenía derecho y que preparó con la diligencia debida, denota una interpretación y aplicación constitucionalmente incorrecta, en cuanto que indebidamente restrictiva del acceso a los recursos, de las normas procesales que facultan a la Sala de lo Civil del TS para revisar las resoluciones de las AA.TT. mediante las que se tiene por interpuesto en plazo el recurso de casación, pues esas normas no pueden ser interpretadas y aplicadas haciendo caso omiso del resto del ordenamiento y, en especial, de la gran diversidad en el régimen de los días festivos e inhábiles que es hoy posible. Esta diversidad potencial impide invalidar la decisión del Tribunal inferior, suponiéndola incorrecta, sin haber la más indagación sobre el régimen aplicable en la sede del Tribunal que la adoptó.

Por esto también ha de ser rechazada la fórmula que nos propone el MF. La Sala de lo Civil no estaba obligada a conocer al recurrente plazo alguno de subsanación, porque no pueden subsanarse defectos inexistentes. Lo requerido era una actividad de indagación propia, cuya omisión ha hecho posible una decisión lesiva del derecho del recurrente.

Cuarto.—La segunda causa de inadmisión del recurso de casación incluida en el Auto impugnado es la de extemporaneidad de la habilitación colegial exigida por la Ley de 8 de julio de 1980, afirmándose en la demanda que la interpretación del precepto supone una lesión del derecho fundamental reconocido en el artículo 24.1 CE.

Sobre este particular la STC 139/1987, de 22 de julio, ha afirmado que dada la finalidad de aquella Ley —permitir la intervención en los recursos, que hayan de proseguir en sedes jurisdiccionales distintas a las de la demarcación de su Colegio, por los Abogados colegiados que hayan intervenido en las diversas instancias—, el requisito de la habilitación cuya concesión se configura además como reglada, no es tanto una exigencia procesal sino un incidente circunstancial en el orden procesal que ha de entenderse en todo caso como subsanable en este caso a los efectos del artículo 1.710.1 LEC. Ello significa que tal defecto no puede ser aplicado como causa de inadmisión sin haber concedido el plazo previsto en el artículo 1.710.1 IFC para que se proceda a su subsanación, siempre y cuando no sea apreciable negligencia o mala fe en el recurrente, pues así lo imponen en el plano de la constitucionalidad, la interpretación más favorable a la efectividad del derecho a la tutela judicial, garantizado por el artículo 24.1 CE y, desde la perspectiva de la legalidad ordinaria, el artículo 11.3 LOPJ y el propio artículo 1.710.1 LEC.

En el presente caso se solicitó del Colegio de Abogados de Madrid la habilitación del Letrado para intervenir en el correspondiente recurso de casación, si bien tal habilitación no fue concedida dentro del plazo de formalización del recurso. Este retraso, que tiene su origen en la tardanza del Colegio de Abogados de Madrid, institución ajena a las partes, en proveer tal habilitación, no puede ser motivo de inadmisión de la demanda, sin haber concedido el órgano judicial el plazo legalmente previsto para la subsanación de defectos, siendo a tal efecto relevante ese plazo de subsanación, incluso, como puntualiza la Sentencia de 29 de enero de 1990, en el caso de que esa subsanación se realizase fuera del plazo de formalización del recurso.

En consecuencia, ha de estimarse que el Auto recurrido ha vulnerado también el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión del artículo 24.1 CE, por haber acordado la inadmisión del recurso de casación por extemporaneidad de la habilitación, sin haber concedido un plazo para aportar tal habilitación que había sido solicitada del Colegio de Abogados de Madrid dentro del plazo de

formalización del recurso, lo cual, a falta de otros datos, excluye la idea de negligencia o mala fe.

Procede, en su virtud, otorgar el amparo solicitado anulando el Auto de inadmisión de la Sala 1.^a del TS en cuanto que inadmite el recurso de las causas aplicadas en el mismo. No nos corresponde, sin embargo, ordenar la admisión a trámite del recurso de casación, que se solicita en la demanda, puesto que corresponde a la Sala 1.^a del TS decidir sobre la admisión y su alcance.

F. C. D.

2. *Sentencia de 3 de noviembre de 1989.*—LIBERTAD DE ASOCIACION.—El artículo 22 de la Constitución comprende no sólo el derecho a asociarse, sino también su faceta negativa, el derecho de no asociarse.—Sala 1.^a.—Ponente: Sr. Leguina Villa.

1. *Antecedentes.*—Por escrito que tuvo entrada en este Tribunal el 23 de octubre de 1987, la Procuradora doña Montserrat Sorribes Calle, en nombre de doña Willy Elisabeth Van der Heine (por matrimonio Van de Ven), interpuso recurso de amparo sobre la base de las siguientes alegaciones:

a) La "Asociación de Propietarios y Vecinos de la Costa d'en Blanes" (Calviá) interpuso demanda contra don Henricus Franciscus Van de Ven y su esposa, hoy recurrente, como propietarios de un apartamento radicado en dicha barriada o urbanización, argumentando que estaban obligados a inscribirse en la meritada Asociación en virtud de lo dispuesto en sus Estatutos y en las condiciones generales de la urbanización, y suplicando se le condenara al pago de 29.000 pesetas en concepto de cuotas de inscripción y anuales de 1984 y 1985, más las costas del juicio. Los demandados opusieron que habían adquirido el apartamento en 1984, de persona que no era el promotor originario de la urbanización o barriada, sin que en la escritura de compraventa ni en las condiciones generales de la urbanización se imponga semejante obligación que, en su caso, sería contraria al artículo 22 de la Constitución. El Juzgado de Distrito número 6 de Palma dictó Sentencia desestimatoria de la demanda. Pero, apelada ésta, ha sido revocada por otra del Juzgado de Primera Instancia número 2 de la misma capital de 29 de septiembre de 1987, que condena a la hoy recurrente y a su esposo a todos los pedimentos de la demanda inicial, considerando que la compraventa del apartamento sometía a los adquirentes a las condiciones generales de urbanización de la finca original, aunque no figuren en su escritura, sin que a tal pronunciamiento sea óbice la libertad constitucional de asociación.

b) Aduce la recurrente que la Sentencia que impugna vulnera el artículo 22 de la Constitución, que incluye como firma negativa el derecho a no asociarse. A este respecto señala que dicha Sentencia parte de una mala interpretación de las condiciones generales de urbanización originarias de la finca que hoy es un barrio de Calviá y que, caso de que así no fuera, dichas condiciones, redactadas en 1971, deben considerarse derogadas por la Constitución.

En consecuencia solicita que se declare la nulidad de la Sentencia recurrida y se reconozca su derecho y el de su esposo a no afiliarse a la mencionada Asociación, restableciendo las actuaciones judiciales al momento anterior a dictarse la Sentencia que se declare nula.

2. Por providencia de 10 de noviembre de 1987, la Sección Tercera de este Tribunal acordó admitir a trámite la demanda de amparo y, conforme a lo

dispuesto en el artículo 51 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, requerir a los Juzgados de Primera Instancia número 2 y de Distrito número 6 de Palma de Mallorca la remisión de las correspondientes actuaciones procesales y el emplazamiento de quienes fueron parte en ellas para que pudieran comparecer ante este Tribunal.

Recibidas las actuaciones y habiendo comparecido la Asociación de Propietarios de Vecinos de la Costa d'en Blanes, representada por el Procurador don Ricardo Domínguez Maycas, la Sección, por providencia de 20 de enero de 1988, acordó dar vista de todas las actuaciones del presente recurso al Ministerio Fiscal y a los representantes de las partes recurrente y recurrida, para que pudieran formular alegaciones en un plazo común de veinte días.

3. La representación de doña Willy Elisabeth Van der Heide presentó, en primer lugar, las siguientes alegaciones. En la década de los sesenta, una compañía inmobiliaria acometió la urbanización de un polígono que después ha llegado a ser la actual barriada Costa d'en Blanes, del municipio de Calviá. En los contratos de compraventa a los primeros adquirentes, la inmobiliaria incluyó unas llamadas "condiciones generales", que, referidas en su mayor parte a los requisitos y modalidades urbanísticas de las futuras construcciones para guardar homogeneidad, incluían también unas cláusulas por las que la compañía vendedora se reservaba la facultad de exigir en cualquier tiempo la constitución de una Asociación de propietarios afectados por el proyecto de urbanización, con funciones de inspección, vigilancia y policía en salvaguarda de los intereses urbanísticos generales, de manera que los titulares de parcelas y apartamentos se comprometían a aceptar el Reglamento de la Asociación y a darse de alta en ella, otorgando los documentos que fueran menester. La Asociación de Propietarios y Vecinos de la Costa d'en Blanes se constituyó en 1971, conforme a la Ley de Asociaciones de 24 de diciembre de 1964. En sus Estatutos, visados por la autoridad gubernativa, se establece (art. 2) que su objeto es el de "fomentar el mejoramiento del lugar de Costa d'en Blanes en todos los aspectos y primordialmente turísticos y urbanos, a través de una estrecha colaboración con el Ayuntamiento de Calviá", añadiéndose una serie de aplicaciones concretas (conservación de viales, saneamiento y alcantarillado, lucha contra plagas, cuidado del alumbrado público, recogida de basuras, etc.), señalándose que la Asociación "llevará a ejecución aquellos acuerdos que no impliquen invasión de la esfera administrativa". En dichos Estatutos desaparece la obligatoriedad de pertenecer a la Asociación que figuraba en las "cláusulas generales". Según su artículo 24, "podrán pertenecer a la Asociación... aquellas personas... que sean propietarios de fincas...". Según el artículo 25, sólo adquieren la condición de asociado quienes "reunido algunas de las condiciones señaladas en el artículo anterior hayan solicitado su ingreso... y que siendo aceptada su petición, sea posteriormente aprobada y ratificada por la Junta Gestora". Además, se regulan unas causas de expulsión de la Asociación. Por consiguiente, de acuerdo con estos Estatutos, la Asociación de Propietarios y Vecinos de la Costa d'en Blanes es una Asociación privada, de utilidad privada, que no desempeña función social que permita trascender su naturaleza. Pues bien, la obligatoriedad de pertenecer a la Asociación, que era ya contraria a las Leyes vigentes en el momento en que se constituyó, resulta incompatible con lo dispuesto en el artículo 22.1 de la Constitución, que protege en su forma negativa la libertad de no asociarse. Por eso, unas "condiciones generales" establecidas unilateral y adhesivamente por un ciudadano no pueden dar lugar a una carga que prevalezca sobre un derecho fundamental.

Termina la parte recurrente solicitando que se conceda el amparo en los términos expresados en el escrito de demanda.

4. El Ministerio Fiscal expuso sus alegaciones, señalando en primer término que el artículo 22 de la Constitución, interpretado conforme a la Declaración Universal de Derechos Humanos, comprende tanto la libertad positiva de asociación como la negativa de no asociarse. Sin embargo, entiende que la Sentencia impugnada no infringió el derecho de asociación. El apartamento que adquirió la actora estaba afecto a una serie de cargas reales y personales, entre ellas la obligación de darse de alta en la Asociación, según las “condiciones generales” por las que había de regirse la zona residencial de la urbanización Costa d'en Blanes. Por otra parte, los Estatutos de la Asociación establecen en su artículo 32 que si cualquier persona que pudiendo asociarse por haber contraído los vínculos mencionados en el artículo 24 no lo hiciere, por ser éste su deseo, o siéndolo cesare por su propia voluntad o por acuerdo de la Asamblea general, estará obligada a cumplir las obligaciones consignadas en el artículo 30, apartados c), d) y e), es decir, podrá hacérseles un señalamiento de cuotas que les correspondería pagar de haber sido miembro de la Asociación. La actora venía obligada, porque así lo quiso cuando adquirió el apartamento, a darse de alta en la Asociación, sin que pueda alegar ignorancia de las condiciones generales anexas a la compraventa, puesto que constan en el Registro. Pero, si no se asocia, asume también voluntariamente el pago de las cuotas que se le señalan por los servicios que presta la Asociación a la urbanización en las funciones que le asignan las “condiciones generales”. La libertad negativa de asociarse no tiene nada que ver con el supuesto que contemplamos, pues el problema no es constitucional, sino obligacional, y consiste en el cumplimiento de unas cargas asumidas por la actora en el momento de adquirir la finca. El órgano judicial, mediante una Sentencia razonada, se limita a declarar una obligación negada por la demandada, que es clara porque nace de la libre voluntad de comprar el apartamento y porque la recurrente no puede ir contra sus propios actos. Por eso no existe violación del artículo 22 de la Constitución. Concluye el Ministerio Fiscal interesando la desestimación de la demanda de amparo.

5. La Asociación de Propietarios y Vecinos de la Costa d'en Blanes, por medio de su representante, expone las alegaciones siguientes. Niega que en la demanda que formuló contra la hoy recurrente mencionase la “obligatoriedad de inscribirse en la Asociación” y añade que la Costa d'en Blanes no es una barriada, sino una urbanización de lujo. Se refiere a las “condiciones generales” de la urbanización, inscritas en el Registro de la Propiedad, que, según su número 23, vincula a los terceros adquirentes de parcelas y apartamentos, entre ellas el compromiso de sus titulares por cualquier título de darse de alta en la Asociación y aceptar su Reglamento, con todos los derechos y obligaciones que ello comporta. Alude también a los Estatutos de la Asociación, subrayando que, según su artículo 32, quienes pudiendo asociarse no lo hicieren, o cesen por su propia voluntad, estarán obligados a cumplir las obligaciones consignadas en el artículo 30, apartados c), d) y e), y, por lo tanto, “podrá hacérsele un señalamiento de las cuotas que les corresponden satisfacer de haber sido miembros de la Asociación, las cuales podrán comunicarse al Ayuntamiento a los efectos oportunos...”. Según el artículo 38 si los sujetos pasivos de la obligación no atendiesen voluntariamente al pago de las cuotas, la Junta Gestora podrá optar entre ceder al Ayuntamiento los derechos que les corresponden a la Asociación por tal concepto o hacerlos efectivos por conducto de los órganos judiciales. Alega, como corolario de lo

expuesto, que la cuestión que se debate no se concreta en infracción de preceptos de la Constitución española, sino en un hecho irrefutable, que es la aceptación por la recurrente de la carga que gravaba su apartamento y que consta en la propia escritura de compraventa. En consecuencia, solicita que se desestime el recurso de amparo con imposición de costas a la parte actora.

II. *Fallo.*—El Tribunal Constitucional, aun reconociendo la libertad de no asociarse, aclara que es distinta la obligación de asumir la parte de cargas de los dueños y por ello desestima el amparo solicitado, según se explica en los siguientes

III. *Fundamentos jurídicos.*—1. La actora pretende que este Tribunal anule la Sentencia de 29 de septiembre de 1987, dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Palma de Mallorca, en el rollo de apelación número 13/87, instado por la Asociación de Propietarios y Vecinos de la Costa d'en Blanes, retrotrayendo las actuaciones al momento procesal inmediatamente anterior a dicha Sentencia, previo reconocimiento del derecho de la recurrente y de su cónyuge a no afiliarse ni pertenecer a la citada Asociación. La resolución contra la que se dirige la queja no, es, pues, otra que la Sentencia recurrida, que condena a la solicitante del amparo y a su esposo a abonar a la Asociación referida la cantidad de 29.000 pesetas. A juicio de la recurrente, esta resolución judicial vulnera su derecho de asociación, pues el artículo 22.1 de la Constitución incluye también la manifestación o variante negativa de tal derecho fundamental como derecho a no asociarse. El Ministerio Fiscal y la Asociación de Propietarios y Vecinos de la Costa d'en Blanes sostienen que no ha existido tal vulneración constitucional.

2. Antes de examinar la queja que se nos formula por la actora, es preciso hacer una sucinta referencia a los hechos de los que aquella trae causa. Del texto de la Sentencia recurrida, de las actuaciones procesales recibidas y de las alegaciones de las partes se desprende que en el año 1971 la entidad "Blanes Nouvillas, S. A.", procedió a inscribir en el Registro de la Propiedad las Condiciones Generales por las que había de regirse la Zona Residencial e Intensiva de la Urbanización de la Costa d'en Blanes, constituida sobre finca de su propiedad, estableciendo un régimen particular de dominio, posesión, disfrute y utilización de las parcelas, zonas y servicios de la citada urbanización. Entre esas Condiciones Generales se prevé la constitución de una Asociación de Propietarios y Vecinos de la Costa d'en Blanes, con "funciones de inspección, vigilancia y policía en orden al estricto cumplimiento de estas condiciones y a la salvaguarda de los intereses urbanísticos generales". Según la cláusula vigésima, "los titulares por cualquier título de parcelas o apartamentos se comprometen a aceptar el Reglamento de la Asociación y a darse de alta en ella con todos los derechos y obligaciones que ello comporta, comprometiéndose a otorgar cuantos documentos públicos o privados fueren menester a los fines expresados. Si, requerido al efecto para tales otorgamientos, no los llevara a efecto en el plazo de sesenta días hábiles, «Blanes Nouvillas, S. A.», podrá optar por exigir el cumplimiento o dar por resuelto el contrato de compraventa de la propiedad"; y, con arreglo a la cláusula vigésima tercera, "las precedentes cláusulas tendrán el carácter de cargas reales y, en lo que no se puedan conceptuar como tal, como cargas y obligaciones personales y los adquirentes de parcelas por compraventa o cualquier otro título de la entidad urbanizadora vendrán obligados a hacerlas constar expresamente al transmitir a terceros el dominio, por cualquier título, tanto en documento público como en documento privado".

La mencionada Asociación quedó inscrita en el Registro Provincial de Asociaciones el día 26 de octubre de 1971, de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Asociaciones de 24 de diciembre de 1964. Según sus Estatutos, "tiene carácter civil y administrativo" y su objeto es el de "fomentar el mejoramiento del lugar de Costa d'en Blanes en todos sus aspectos y primordialmente en los turísticos y urbanos, a través de una estrecha colaboración con el Ayuntamiento de la Villa de Calviá". El artículo 24 de dichos Estatutos establece que podrán pertenecer a la Asociación, con carácter de socio, todas aquellas personas que tengan su domicilio o centro de actividades en el ámbito territorial de la Asociación o sean propietarios o arrendatarios de fincas o negocios comerciales ubicados en el citado lugar. Según el artículo 25, las personas que reúnan tales condiciones adquirirán la cualidad de socios cuando hayan solicitado su ingreso verbalmente o por escrito al Presidente de la Asociación, si su petición es aceptada por éste y aprobada por la Junta Gestora. Desde entonces, el eventual socio está obligado al cumplimiento de los Estatutos y del orden general de la Asociación y, en especial, a satisfacer las cuotas de entrada y anuales que establezca la Asamblea General. El artículo 30, c), de los Estatutos precisa que los socios vendrán obligados especialmente a aportar las cantidades que les correspondan al levantamiento de los gastos comunes, de acuerdo con los índices que se les asignen. En virtud del artículo 31, "los miembros de la Asociación se comprometen, en caso de transmisión del vínculo en virtud del cual se procedió a integrarles como socios, a incluir una cláusula contractual, en virtud de la cual el nuevo aspirante se compromete a solicitar su admisión en la Asociación y a responder de las obligaciones que para con la misma tuvo contraídas su causante". Según el artículo 32, si las personas que pudieran asociarse no lo hicieran, por ser ése su deseo, o cesaren por su propia voluntad o por acuerdo de la Asamblea General, estarán obligadas a cumplir, entre otras, las obligaciones consignadas en el citado artículo 30, e), y "podrá hacerseles un señalamiento de las cuotas que les correspondería satisfacer de haber sido miembros de la Asociación, las cuales podrán comunicarse al Ayuntamiento a los efectos oportunos". Estos "no socios", como expresamente los califican los Estatutos, sólo tienen derecho a disfrutar y utilizar los "elementos comunes", que en el artículo 3 de definen como "aquellas superficies, instalaciones, construcciones y servicios anexos y complementarios a las viviendas, industrias y comercios, necesarios para su adecuado uso y disfrute y que pueden ser utilizadas por todos sus moradores en cuanto posibiliten la normal coexistencia humana o favorezcan y mejoren las condiciones de vida y los asentamientos colectivos"; citándose a título de ejemplo, en el artículo 2, los viales, accesos y zonas verdes. En cambio, los "no socios" no tienen derecho a disfrutar y utilizar los "elementos privativos", que son "las construcciones, instalaciones y servicios realizados por la Asociación, de acuerdo con los planes aprobados por la Asamblea General y que conforme con su objeto sirvan para mejorar las condiciones generales del lugar de Costa d'en Blanes", tales como aparcamientos, parques infantiles, piscinas, zonas polideportivas, bibliotecas, etc. Según el artículo 36 de los Estatutos, la Asociación, aparte de las cuotas anuales, procederá al levantamiento de los gastos comunes, distribuyéndolos equitativamente entre todos sus "miembros, estén o no asociados". En virtud del artículo 38, "si los sujetos pasivos de la obligación no atendiesen voluntariamente al pago de las cuotas que les hayan sido asignadas, la Junta Gestora podrá optar entre ceder al Ayuntamiento los derechos que le correspondan a la Asociación por tal concepto, o hacerlos efectivos por conducto de los órganos jurisdiccionales competentes".

Los esposos don Henricus Franciscus Van de Ven y doña Willy Elisabeth Van

der Heide (por matrimonio Van de Ven) adquirieron en 1984 un apartamento de la urbanización Costa d'en Blanes, sometiéndose a las normas y condiciones de la misma, como declara la Sentencia recurrida. Sin embargo, según señala la Sentencia de primera instancia, no existe prueba alguna que acredite que se haya afiliado a la Asociación de Propietarios y Vecinos de la Costa d'en Blanes, ni que esta última haya ejercitado acción alguna para que sea declarada la obligación de aquéllos de asociarse.

La referida Asociación interpuso demanda contra la hoy recurrente de amparo y su esposo, en reclamación de 29.000 pesetas, por el concepto de cuotas correspondientes a los años 1984 y 1985. Es esta demanda la que, en grado de apelación, fue estimada por la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Palma de Mallorca que ahora se impugna; Sentencia que funda su decisión, en sustancia, en el argumento de que "a nadie le es permitido ir en contra de sus propios actos, y si los demandados aceptaron en su día, libre y plenamente, la carga que gravaba el apartamento de autos, a la hora de su compra, ahora no pueden desconocerla y, prescindiendo de ella, basar su defensa en fundamentos inaplicables a la reclamación que se les formula".

3. Como admiten sin disputa los comparecidos en este proceso constitucional, el derecho de asociación reconocido a todos en el artículo 22 de la Constitución comprende no sólo el derecho a asociarse, sino también, en su faceta negativa, el derecho a no asociarse (SSTC 5/1981, 45/1982 y 67/1985). Por otra parte, pese a la ambigüedad de lagunas de sus cláusulas estatutarias, no hay duda de que, por su forma de constitución e inscripción y por su objeto social, tal y como se define en los Estatutos, la Asociación de Propietarios y Vecinos de la Costa d'en Blanes es una entidad asociativa *stricto sensu*, a la que alcanza por entero el artículo 22 de la Constitución. Ello significa no sólo que la actora y su esposo tienen derecho, derivado de ese precepto constitucional, a no pertenecer a la mencionada Asociación, sino también que, por tratarse de un derecho fundamental de carácter irrenunciable, cualquier cláusula obligacional que lo desconozca es nula y carece de eficacia (art. 1.255 del Código Civil), por infracción del artículo 22 de la Constitución, ya que tal derecho fundamental no puede quedar condicionado o impedido por cargas reales o personales de ningún tipo, sin perjuicio, claro está, de las consecuencias que en el ámbito meramente contractual pueda tener la libre decisión personal de integrarse o no en una determinada Asociación y la de dejar de pertenecer a ella.

Pero una cosa es la obligación contractual de darse de alta y de permanecer en una Asociación y otra muy distinta la de asumir ciertas cargas económicas en favor de una Asociación constituida, se pertenezca o no a ella. Es del todo claro que esta última obligación ninguna relación guarda con el derecho constitucional de asociación, pues sólo una obligación civil constituida entre personas distintas, que no trae causa ni depende de la existencia de un vínculo asociativo entre las mismas. En consecuencia, el derecho de la demandante y de su esposo a no pertenecer a la Asociación de Propietarios y Vecinos de Costa d'en Blanes no les exime del cumplimiento de las obligaciones contractuales de naturaleza primordial que, en su condición de titulares de un inmueble sito en la urbanización, hayan asumido en beneficio de aquella Asociación, siempre que tal cumplimiento no implique la pertenencia o integración en la misma como socios.

Según se declara en la Sentencia impugnada, la recurrente y su esposo se obligaron al cumplimiento de las condiciones generales de la urbanización o zona residencial en virtud del contrato de compraventa que suscribieron; apre-

ciación ésta que, siendo de la exclusiva competencia del órgano judicial ordinario, no puede ser discutida ni revisada en este proceso de amparo constitucional. Es cierto que tales condiciones generales prescribían dos tipos de deberes de los interesados; consistente el primero en darse de alta en la referida Asociación y referido el segundo a la aceptación del Reglamento o Estatutos de la misma. Pero tales deberes carece de toda significación e importancia el primero, pues es manifiesto que la recurrente y su esposo no han formado parte de la Asociación en cuestión, ni nadie ha reclamado su incorporación a la misma ni tal pertenencia como socio fue objeto del pleito *a quo* en el que se les demandó la entrega de cantidad por impago de cuotas adeudadas a la Asociación, ni por lo mismo la Sentencia que aquí se impugna hizo declaración alguna al respecto. Y por lo que concierne al deber de cumplimiento de los Estatutos de la Asociación, es también claro, según se ha visto, que tales Estatutos no imponen realmente el deber o la obligación de asociarse; antes bien, prevén expresamente la opción contraria y establecen consecuentemente un "régimen especial de los no socios". De donde se infiere que el deber de aceptar y cumplir los Estatutos no vulnera en sí mismo el artículo 22 de la Constitución, ni es posible tampoco entender infringido dicho precepto constitucional por el hecho de que el artículo 32 de aquellos Estatutos imponga a los "no socios" la obligación de satisfacer determinadas cuotas o cantidades periódicas a la Asociación, obligación ésta que ni siquiera *de facto* puede considerarse como una imposición de la condición de socio, ya que tiene su causa y justificación en el "levantamiento de los gastos comunes" de la urbanización o zona residencial de la Costa d'en Blanes, según señala el artículo 30, e), de los mencionados Estatutos, al que se remite el artículo 32. Por consiguiente, el cumplimiento de esta última obligación económica es independiente de la libertad de la recurrente y su esposo de asociarse o no a la entidad ahora demandada, tratándose, en suma, de una cuestión por completo ajena al ejercicio del derecho fundamental de asociación.

4. La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Mallorca impugnada en amparo se limita a condenar a la solicitante de amparo y a su esposo al pago de la cantidad de 29.000 pesetas que le reclamaba la Asociación entonces demandante, en concepto de cuotas insatisfechas en los años 1984 y 1985, aparte de imponerles los costas de la primera instancia. Funda esta decisión en el principio general de que a nadie es permitido ir contra sus propios actos y en la libre y plena aceptación por los demandados de la carga que gravaba el apartamiento que adquirieron por compraventa, sin pronunciamiento alguno sobre el derecho de los recurrentes a no afiliarse a la citada Asociación. No hay, por tanto, en la condena impuesta a los interesados lesión alguna del derecho de asociación; dado que tal condena no se vincula directa o indirectamente a la exigencia de que éstos sean socios de la entidad demandante, a la vista de los Estatutos de la Asociación que la propia Sentencia recoge. Podría, tal vez, discutirse si, en el caso concreto, las cuotas o cantidades reclamadas por la Asociación eran las correspondientes a la demandante de amparo y su esposo en concepto de socios o de "no socios"; es decir, en este último caso, como cargas comunes de propietarios o residentes, a tenor de lo dispuesto en el artículo 32 de los Estatutos de la Asociación. Pero esta cuestión, según ya se ha dicho, no ha sido planteada en el proceso judicial previo, ni ha sido objeto de razonamiento alguno en la presente queja de amparo. Sea como fuere, lo cierto es que, puesto que la obligación de satisfacer ciertas cantidades periódicas a la Asociación de Propietarios y Vecinos de Costa d'en Blanes por la recurrente y su esposo, como propietarios de un apartamento situado en dicha zona residencial, resulta inde-

pendiente de su derecho a pertenecer o no a la citada Asociación, la demanda de amparo no puede ser estimada. Corresponde, en cambio, a los órganos de la jurisdicción ordinaria determinar, en su caso, el importe de las cantidades que los propietarios del apartamento están obligados a pagar a la Asociación en su calidad de "no socios".

F. C. D.

II. Resoluciones de la Dirección General

POR FERNANDO ACEDO-RICO HENNING y
JUAN MANUEL REY PORTOLÉS

EL REGISTRADOR TIENE FACULTADES, SEGUN EL ARTICULO 18 DE LA LEY HIPOTECARIA, PARA CALIFICAR LA EXTINCION DE UNA CONDICION RESOLUTORIA POR CADUCIDAD. (RESOLUCIÓN DE 20 DE ABRIL DE 1988. BOE DE 19 DE JUNIO.)

A) *Hechos.*—Por escritura pública otorgada ante el Notario de Alcalá de Guadaira el 3 de abril de 1978, los hermanos Díaz Martín y "Díazlez, Sociedad de Responsabilidad Limitada" vendieron a don Jesús Ydoate y Ortiz de Villajos dos locales comerciales, cuatro pisos, y previa segregación, una parcela de terreno. El precio global de la venta no distributivo entre las fincas vendidas fue 1.500.000 pesetas los dos locales comerciales y 4.500.000 pesetas los cuatro pisos y la parcela segregada, luego el precio total fue de 6.000.000 de pesetas. Dicho precio fue aplazado en su totalidad por un plazo máximo de seis años y quedó representado por seis letras de cambio de 1.000.000 cada una, aceptadas por el comprador y quedando perfectamente identificadas en la escritura así como su vencimiento.

En la estipulación cuarta de la escritura se estableció que la falta de pago de cualquiera de las letras de cambio daría lugar a la resolución de la compraventa pero dicha condición resolutoria quedará extinguida automáticamente por caducidad al cumplirse siete años desde la fecha de la escritura y el comprador podrá obtener su cancelación con sólo presentar en el Registro de la Propiedad su mismo título de compra acompañado de las seis letras originales anteriormente reseñadas.

Con fecha de 29 de abril de 1983 ante el Notario de Sevilla don José Cavero Núñez, los cónyuges don Jesús de Ydoate y Ortiz de Villajos y doña Gloria Muñoz Melero reconocieron adeudar solidariamente al Banco Hispano Americano 18.059.126 pesetas. Para garantizar el pago de dicho importe constituyeron hipoteca sobre diversas fincas pero al no haber inscrito los citados cónyuges la escritura de segregación y compraventa por la que adquirieron alguna de las fincas hipotecadas no se pudo inscribir la hipotecaba que las gravaba.

Posteriormente al incumplir los cónyuges sus obligaciones de pago y no poder ejercitar la acción hipotecaria por los motivos anteriormente expuestos, el Banco Hispano Americano inició juicio ejecutivo en reclamación de cantidad ante el

Juzgado número 8 de los de Sevilla en el que se embargaban entre otros bienes los adquiridos en escritura de 3 de abril de 1978 anteriormente descrita, para lo cual se dictó mandamiento de fecha 23 de enero de 1987 al Notario de Alcalá de Guadaira para que expidiese copia de la misma a fin de subsanar las inscripciones omitidas por los cónyuges deudores.

El 12 de marzo de 1987 se dictó por el Juzgado mandamiento al Registrador de la Propiedad al que se acompañaba copia de la escritura para que una vez inscrita ésta, se anotase preventivamente las fincas embargadas relacionadas en la escritura.

El Registrador de la Propiedad no inscribió la escritura presentada al entender que de acuerdo con el artículo 11 de la Ley Hipotecaria no se determina la parte del precio correspondiente a cada una de las fincas transmitidas aplazado en su totalidad y garantizado su pago con condición resolutoria.

El Banco Hispano Americano interpuso recurso gubernativo alegando: Que en dicha escritura se contiene una compraventa totalmente válida desde un punto de vista civil e hipotecario y la garantía del precio aplazado es civilmente válida pero defectuosa desde un punto de vista registral al no determinarse la parte de precio aplazado correspondiente a cada una de las fincas. Que de acuerdo con el principio de autonomía de la voluntad de las partes pueden determinar el contenido y límites de los derechos y garantías que tienen su origen en la voluntad negocial dentro de los cuales se puede prefijar la duración de los mismos. Que de la cláusula cuarta de la escritura se desprenden dos procedimientos cancelatorios paralelos, uno por caducidad transcurridos los siete años fijados en la escritura y otro presentando en el Registro el título de compra con las seis letras de cambio reseñadas en la escritura aunque no hayan pasado los siete años.

El Registrador de la Propiedad en defensa de su nota alegó el carácter esencial y no accidental, que tenía la condición en este caso apoyándose en los artículos 9 en su párrafo segundo y 10 de la Ley Hipotecaria, así como en el artículo 59, regla sexta, del Reglamento. Resaltó la importancia del artículo 11 de la Ley Hipotecaria como una consecuencia del principio de especialidad y entendió que el camino para que el vendedor quede garantizado no es inscribir la compraventa sin la garantía, sino presentar la escritura de compra y una vez suspendida la inscripción requerir al comprador para distribuir la responsabilidad y si éste no se presta a ello demandarlo al amparo del artículo 1.279 del Código Civil y anotar preventivamente dicha demanda. Que el Registrador no puede apreciar que hubiese transcurrido el plazo de prescripción, aunque más adelante entiende que el plazo de los siete años no es caducidad sino preclusión. Que en la escritura se recoge un único medio cancelatorio que debe cumplir los siguientes requisitos: Transcurso del plazo fijado, acta o escritura, inexistencia de asiento contradictorio y pago en su caso del Impuesto correspondiente.

El Presidente de la Audiencia Territorial de Sevilla revocó la nota del Registrador entendiendo que aunque el pacto *lex comisoria* debe cumplir lo establecido en el artículo 11 de la Ley Hipotecaria, estamos ante una compraventa perfectamente válida al cumplir todos los requisitos exigidos por nuestro ordenamiento jurídico siendo viable su posibilidad de acceso al Registro marginando la condición resolutoria que ha quedado sin viabilidad en virtud de lo establecido en el último párrafo de la estipulación cuarta de la escritura.

B) *Doctrina*.—La Dirección General de los Registros y del Notariado entendió que agotada la eficacia de la garantía real por el transcurso del plazo de vigencia que las partes le asignaron su registración era no sólo irrelevante sino

incluso improcedente, ya que extinguida dicha garantía no puede intentarse resolución alguna.

Por otra parte, al no haber perjuicio para terceros por la no inscripción de esa garantía ya extinguida, distinguiendo que en ningún caso la condición de terceros corresponde a los tenedores de las letras dado que la garantía se establece en beneficio de la obligación causal y no de la cambiaria, y no consta la transmisión de aquella al acreedor cambiario, nada impide que el comprador pueda solicitar ahora su registración. Debe el Registrador apreciar la extinción de la condición resolutoria de conformidad con el artículo 18 de la Ley Hipotecaria.

C) *Comentario.*—Deben distinguirse en esta resolución tres apartados: 1. Validez de la compra-venta. 2. La condición resolutoria como garantía del pago del precio aplazado. 3. La caducidad, la prescripción y el Registro de la Propiedad.

1. Validez de la compra-venta. El supuesto de hecho que determina la posterior Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante DGRN) es la celebración de un contrato de compra-venta el 3 de abril de 1978 entre los cónyuges don Jesús de Ydoate y Ortiz de Villajos y doña Gloria Muñoz Melero y los hermanos Díaz Martín y "Díazlez, Sociedad de Responsabilidad Limitada" por el cual los primeros compran dos locales comerciales, cuatro pisos y previa segregación, una parcela de terreno. Sin perjuicio de los problemas que se plantean en los números dos y tres de este comentario y que analizaremos posteriormente, la compra-venta es perfectamente válida al cumplirse los requisitos señalados por nuestro Código Civil (art. 1.261), para la validez de los contratos:

a) Existencia de consentimiento válido y eficaz por parte de comprador y vendedor.

b) Objeto cierto y determinado. Dos locales comerciales, cuatro pisos y una parcela de terreno.

c) Causa onerosa, en virtud de la cual los cónyuges adquieren la propiedad del objeto del contrato a cambio de un precio cierto y determinado, aunque no distribuido entre las fincas vendidas.

2. La condición resolutoria como garantía del precio aplazado.

a) La condición resolutoria constituye un elemento accidental del contrato de compra-venta o, por el contrario, se transforma en elemento esencial del mismo.

ENNECERUS y NIPPERDEY son partidarios de entender la condición resolutoria como un elemento integrado dentro del negocio jurídico principal formando un todo inseparable que "no puede descomponerse en una determinación principal y en una determinación accesoria y por ello prefieren calificar a la condición de limitación añadida a una declaración de voluntad". Por otra parte, y siguiendo a ROCA SASTRE "La condición es una modalidad que como elemento ACCIDENTAL o ACCESORIO se interfiere por voluntad de las partes o del disponente a la estructura propia de un negocio jurídico." Entiende el citado autor que es precisamente la accidentalidad el carácter que distingue a la condición resolutoria de la *conditio iuris*.

En mi opinión, el artículo 9 de la Ley Hipotecaria en su párrafo segundo ("Naturaleza, extensión y condiciones suspensivas o resolutorias, si las hubiere, del derecho que se inscriba, y su valor cuando constare en el título") únicamente nos indica cuáles son las circunstancias de un derecho que deben inscribirse en

el Registro de la Propiedad para una mejor identificación registral del mismo. El artículo 10 de la misma Ley ("En la inscripción de los contratos en que haya mediado precio o entrega en metálico, se hará constar el que resulte del título así como la forma en que se hubiese hecho o convenido el pago") desarrolla este artículo la forma de hacer constar en el Registro de la Propiedad uno de los elementos esenciales del contrato oneroso: el precio y sus vicisitudes. El artículo 51 del Reglamento Hipotecario, en su regla sexta ("Para dar a conocer la extensión del derecho que se inscriba se hará expresión circunstanciada de todo lo que, según el título, determine el mismo derecho o limite las facultades del adquirente, copiándose literalmente las condiciones suspensivas o resolutorias, o de otro orden, establecidas en aquel, no es expresarán, en ningún caso, las estipulaciones, cláusulas o pactos que carezcan de trascendencia real") al ser un desarrollo reglamentario del artículo 9 de la Ley, me remito a lo expuesto anteriormente.

b) Falta de distribución del precio entre las fincas transmitidas, aplazado en su totalidad y garantizado con condición resolutoria.

Según el artículo 11 de la Ley Hipotecaria "La expresión del aplazamiento del pago, conforme al artículo anterior, no surtirá efecto en perjuicios de terceros, a menos que se garantice aquél con hipoteca o se de a la falta de pago el carácter de condición resolutoria explícita. En ambos casos, si el precio aplazado se refiere a la transmisión de dos o más fincas se determinará el correspondiente a cada una de ellas...". Creo que desde un punto de vista abstracto son correctas las alegaciones hechas por el Registrador en el sentido que no se ha determinado la parte del precio correspondiente a cada una de las fincas transmitidas, aunque debido a particularidades concretas y específicas que analizaremos en el punto tercero de nuestro comentario, no hubiese sido necesario exigir las al haber transcurrido nueve años desde el otorgamiento de la escritura. Entiendo que no es necesario hacer mayores comentarios en relación a la falta de distribución del precio aplazado al no ser este punto el objeto de la controversia.

3. La caducidad, la prescripción y el Registro de la Propiedad.

Aunque ambas figuras (la prescripción y la caducidad), son manifestaciones de la influencia del tiempo en las relaciones jurídicas se diferencian en varios puntos:

A) En la caducidad de la ley o las partes fijan la duración de un determinado derecho a partir de determinada fecha. En la prescripción es la ley quien determina, y no las partes, la duración de un derecho.

B) La prescripción puede ser interrumpida (arts. 1.973 y 1.943 del Código Civil). La caducidad no puede ser interrumpida.

C) Consecuencia de lo anteriormente expuesto, la prescripción no puede ser apreciada por el Registrador (podría haber sido interrumpida en algún momento anterior). La caducidad debe apreciarla el Registrador, así lo entiende la DGRN en los fundamentos de derecho de la Resolución.

La escritura pública de 3 de abril de 1978 en su estipulación cuarta contiene dos procedimientos cancelatorios alternativos de la condición resolutoria:

a) Por una parte dicha condición resolutoria quedará extinguida por caducidad al cumplirse siete años desde el otorgamiento de la escritura y podrá cancelarse al amparo del principio de coordinación y exactitud registral y de acuerdo con los artículos 98 de la Ley Hipotecaria y 353 del Reglamento ("... o

cualesquiera otros derechos que deban cancelarse o hayan CADUCADO ... se entenderá también solicitada la cancelación que proceda...").

b) Podrá igualmente el comprador obtener la cancelación de la condición resolutoria con sólo presentar en el Registro de la Propiedad su título de compra acompañado de las seis letras de cambio originales reseñadas en la escritura. Siempre que en el Registro no aparezca ningún asiento contradictorio.

D) *Conclusión.*—Parece correcta la solución adoptada por la DGRN ya que no resulta práctico tener que distribuir entre los bienes objeto del contrato el precio aplazado y garantizado con condición resolutoria, teniendo en cuenta que aquella condición resolutoria había caducado al haber transcurrido el plazo fijado por las partes, luego no debía existir ningún obstáculo para que la escritura de compra-venta pudiese acceder al Registro sin la condición resolutoria ya extinguida por caducidad.

FERNANDO ACEDO-RICO HENNING

ANOTACION DE EMBARGO SOBRE FINCAS "EX-GANANCIALES".—EL PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO Y LOS ARTICULOS 38 DE LA LEY HIPOTECARIA Y 140 DEL REGLAMENTO IMPIDEN ANOTAR RESTRICCIONES ACORDADAS EN PROCEDIMIENTOS EN QUE NO HA SIDO PARTE EL TITULAR REGISTRAL. (RESOLUCIÓN DE 29 DE MAYO DE 1989; BOE DE 11 DE JULIO DE 1989.)

I. Hechos.—El "Banco Atlántico, Sociedad Anónima" promovió ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de los de La Coruña, juicio ejecutivo número 146/1987, contra don Ramón Carrá Andreu y otra Entidad, en base a un título ejecutivo consistente en una letra de cambio, librada el 1 de octubre de 1986, resultado de un negocio subyacente anterior a tal fecha. Tramitado dicho juicio ejecutivo se dictó Sentencia de remate, mandando seguir adelante la ejecución, en fecha 5 de mayo de 1987. En dicho proceso se instó, dado el recurso de apelación interpuesto, la ejecución provisional de dicha Sentencia.

En el expresado juicio ejecutivo se procedió al embargo de dos fincas urbanas, sitas en la calle Méjico, número 4, de La Coruña, y a tal efecto se libró mandamiento por el Juzgado de Primera Instancia número 1 de los de dicha capital, al señor Registrador de la Propiedad número 1 de la misma ciudad, en fecha 27 de junio de 1988, haciéndose constar en el mismo que de la existencia del procedimiento y del embargo practicado se dio conocimiento a la esposa del demandado, doña Amparo Abad Pérez.

Anteriormente, la esposa del demandado había adquirido los citados bienes inmuebles por adjudicación que se le hizo en escritura de capitulaciones matrimoniales, otorgada el día 4 de noviembre de 1986 ante el Notario de La Coruña don Luis Santiago Gil Carnicer, inscrita en el Registro de la Propiedad el 27 de noviembre del mismo año.

II. Presentado el citado mandamiento judicial en el Registro de la Propiedad número 1 de los de La Coruña, fue calificado con la siguiente nota: "Denegada la anotación que se ordena en el mandamiento precedente, en cuanto a la totalidad de la primera finca y a la participación de 19/362 avas partes de la segunda finca, por aparecer inscritas con carácter privativo a nombre de tercera persona,

o sea, la esposa del demandado doña Amparo Abad Pérez, que las adquirió por adjudicación que se le hizo en escritura de capitulaciones matrimoniales otorgada el 4 de noviembre de 1986, ante el Notario de esta capital don Luis Santiago Gil Carnicer, inscrita el 27 de noviembre del mismo año; sin que del mandamiento resulte ser deudora ni demandada en el procedimiento ejecutivo de embargo, seguido exclusivamente contra don Ramón Carrá Andreu, cuyo defecto impide tomar anotación de suspensión. Las 343/362 avas partes restantes de la segunda finca, constan inscritas a nombre de personas distintas del demandado. Archivo el duplicado. La Coruña, 16 de julio de 1988.—El Registrador.—Firmado, *Ramón de la Rica y Maritorena*.

III. El Procurador de los Tribunales don Valerio López López, en representación del "Banco Atlántico, Sociedad Anónima", interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: Que se hace constar, como figura en el mandamiento, que a la esposa del demandado se le dio conocimiento de la existencia del procedimiento ejecutivo del embargo practicado, en base a lo establecido en el artículo 144 del Reglamento Hipotecario. Que existe una deuda contraída por don Ramón Carrá Andreu, de carácter ganancial, anterior al libramiento de la letra (1 de octubre de 1986), consecuencia de un negocio subyacente anterior y, en todo caso, aun fundamentándose solamente en la fecha de libramiento de la letra, es anterior a las fechas 4 y 27 de noviembre de 1986 en que se otorgaron capitulaciones matrimoniales y se inscribieron en el Registro de la Propiedad. Que hay que tener en cuenta lo establecido en las Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de julio y 17 de noviembre de 1987. Que, en resumen, la deuda era ganancial, pues es anterior a la separación de bienes y, por la doctrina expuesta, los bienes pueden ser embargados, aunque con posterioridad y a virtud de capitulaciones matrimoniales, hubieren pasado a ser privativos de uno de los cónyuges. Por ello, se considerará que la denegación de la anotación preventiva por el señor Registrador de la Propiedad no se ajusta a derecho.

IV. El Registrador de la Propiedad, en defensa de su nota, informó: Que es preciso hacer constar, a todos los efectos legales, que el testimonio de la Sentencia de 5 de mayo de 1987, así como cualquier otra clase de documentos, no fueron presentados juntamente con el mandamiento, en tiempo y forma hábil y, por tanto, no ha sido objeto de calificación, debiéndose tener en cuenta lo establecido en el artículo 117 del Reglamento Hipotecario y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 3 de diciembre de 1938, 10 de enero de 1939, 9 de febrero de 1943, 24 de agosto de 1983 y 16 de diciembre de 1985. Que el problema que se plantea en este recurso es si es anotable un embargo que dimana de un juicio ejecutivo promovido en el año 1987, y cuya providencia decretando la anotación preventiva es de fecha 27 de junio de 1988, sobre fincas que se dicen propiedad del deudor, por deudas y obligaciones cuya naturaleza no consta, así como tampoco la fecha de la diligencia de la traba, cuando dichas fincas figuran inscritas a favor de la esposa con carácter privativo, en virtud de escritura de disolución de gananciales, separación de bienes y adjudicación, de 4 de noviembre de 1986 e inscrita con fecha 27 de noviembre siguiente. Que si los Registradores anotaran embargos trabados sobre fincas inscritas a favor de personas distintas de los deudores, pero que pertenecieron a su sociedad conyugal, disuelta antes de la fecha de la diligencia de embargo, incumpliendo los postulados y principios del sistema, terminaría por desaparecer el edificio hipotecario, construido pacientemente a través de más de un siglo de vigencia. Que como fundamento de derecho hay que citar: Los artículos 140-1.º del Reglamento Hipotecario; 1, 17, 20, 38, 44 y 98 de la Ley Hipotecaria y 1.317,

1.365, 1.368, 1.369, 1.371, 1.373 y 1.923 y siguientes del Código Civil; las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 6 de noviembre de 1981, 5 de marzo de 1982, 16 de febrero, 29 de mayo y 18 y 24 de septiembre y 6 y 12 de noviembre de 1987 y 25 de mayo y 6 de septiembre de 1988. Por dichas Resoluciones se comprueba que la fecha crucial para que los bienes inscritos a nombre del cónyuge no demandado respondan de obligaciones contraídas por el otro esposo, es la fecha de la diligencia del embargo, que debe ser anterior a la fecha de la inscripción. Las dos Sentencias del Tribunal Supremo alegadas por el recurrente sirven para apoyar la calificación recurrida. Que sólo queda por tratar las siguientes cuestiones nacidas de toda la jurisprudencia citada: a) Juego de fechas: Como se ha dicho, de todas las fechas que tiene el juicio ejecutivo y procedimiento de apremio, la que, según la Dirección General, imprime a los inmuebles la responsabilidad del embargo, es la de la diligencia de embargo, ya que hasta ese momento no hay traba sobre el inmueble de que se trata y su embargo tendrá lugar a falta de otros bienes, a tenor de lo que dispone el artículo 1.447 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En el caso contemplado, la diligencia de embargo tuvo que practicarse dentro del año 1987 y las fincas están inscritas como privativas del titular no demandado el 27 de noviembre del año anterior; b) naturaleza de la deuda y obligación: La Resolución de 28 de marzo de 1983 ha diferenciado y la doctrina ha estudiado las clases de obligaciones de las que responde el patrimonio común frente a terceros: 1.º Las que se refiere el artículo 1.367 del Código Civil; 2.º Las obligaciones de los artículos 1.365, 1.366, 1.368 y 1.386 de dicho texto legal, y 3.º La que regula el artículo 1.373 del mismo. En el caso objeto de este recurso, se debe presumir que la deuda es de esta última clase al no expresar nada el mandamiento a este respecto; así pues, el embargo debe trabarse sobre bienes privativos del deudor y no sobre gananciales que, en este caso, ya no existían, puesto que los inmuebles se inscribieron mucho antes que la diligencia de embargo. Que anotar este embargo denegado sería peligroso para el propio juicio ejecutivo, ya que la posible escritura de venta al rematante de la subasta no sería inscribible, a tenor de lo dispuesto en el número 3 del artículo 144 del Reglamento Hipotecario, que ordena la aplicación de lo dispuesto en el número 2 del artículo 92 de dicho Reglamento; y también sería peligroso para el Registrador, ya que en un posible juicio de tercería de dominio interpuesto por el cónyuge no demandado podrá acarrearle responsabilidad por ignorancia. Que se llega a la conclusión de que no es posible demandar únicamente al cónyuge deudor, por deudas propias, y pretender que se embarguen bienes adjudicados e inscritos anteriormente al otro cónyuge.

V. El ilustrísimo señor Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 1 de los de La Coruña informó, compartiendo plenamente el criterio mantenido en su informe por el señor Registrador, que considera acertado, naturalmente a los puros efectos registrales que se contemplan y sin perjuicio de las acciones que en vía civil puedan asistir, en su caso, a la Entidad acreedora.

VI. El Presidente de la Audiencia Territorial de La Coruña confirmó la nota del Registrador fundándose en los artículos 392, 403, 1.083, 1.317 y 1.373 del Código Civil; 20 y 38 de la Ley Hipotecaria, 140-1.ª de su Reglamento, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de febrero y 6 y 12 de noviembre de 1987; en que la deuda contraída por el marido mediante la aceptación de una letra de cambio no cabe presumir que sea una deuda de la sociedad de gananciales, mientras no conste tal extremo; en que lo

anterior no supone desconocer los derechos que, en su caso, pueda ostentar el "Banco Atlántico, Sociedad Anónima".

VII. El Procurador recurrente apeló el auto presidencial, manteniéndose en sus alegaciones, y añadió: Que en el juicio ejecutivo número 146/1987, que se tramita en el Juzgado de Primera Instancia número 1 de los de La Coruña, figura documentación más que suficiente acreditativa de que el negocio subyacente que motivó la titulación cambiaria deriva de una deuda ganancial. Que se opina que el auto apelado infringe toda la doctrina jurisprudencial que se citó en el escrito de interposición del recurso, que se considera está por encima de las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, que son de rango inferior a la indicada doctrina de nuestro Tribunal Supremo.

B) *Doctrina de la Dirección General.*—Vistos los artículos 20 y 38-III de la Ley Hipotecaria y 140-1.ª y 144 del Reglamento Hipotecario.

1. Por el presente recurso se pretende que sobre las fincas que según el Registro fueron adjudicadas a la mujer casada se practique la anotación de un embargo, acordado en juicio ejecutivo entablado sólo contra el marido. En el supuesto concurren las circunstancias siguientes: 1.ª La inscripción de la adjudicación por disolución y liquidación de la sociedad de gananciales fue practicada en 27 de noviembre de 1986. 2.ª El embargo fue acordado en 1987 (el mandamiento lleva fecha de 27 de junio de 1988) en juicio ejecutivo entablado sólo contra el marido.

2. Los principios de tracto sucesivo (cfr. art. 20 de la Ley Hipotecaria) y, en particular, lo dispuesto en los artículos 38-III de la Ley Hipotecaria y 140-1.ª del Reglamento Hipotecario impiden que pueda hacerse constar en el Registro ninguna restricción del dominio inscrito acordada en procedimiento en que no es parte el titular registral.

Esta Dirección General ha acordado confirmar el auto apelado.

C) *Comentario.*—Esta Resolución ha abordado una vez más el frecuente supuesto de mandamiento de anotación preventiva de embargo que "se estrella" frente a la titularidad privativa que sobre el inmueble en cuestión ostenta registrada previamente el cónyuge no deudor en virtud de adjudicación a su favor en escritura de liquidación de comunidad matrimonial preexistente.

Es este un tema del que ya me he ocupado dos veces en la Revista *Lunes* 4,30 (núms. 2 y 8) a través de sendos artículos que merecieron el honor de ser reproducidos luego en el *Boletín* del Colegio (núm. 245, correspondiente a mayo de 1988, págs. 957 a 981, con corrección de errores en el núm. 248, págs. 1895-6) y del que creía haber captado casi todos los matices y distinciones que nuestro Centro Directivo entiende necesario hacer, hasta que las escueta Resolución del encabezamiento me ha hecho dudar acerca de cuál sea hoy el último criterio de la suprema instancia registral. Por eso vuelvo someramente sobre él para exponer públicamente mis perplejidades.

Por lo pronto llama la atención el que los Vistos no citen ni una sola Resolución o Sentencia sobre un supuesto de hecho que en modo alguno cabe calificar de inédito en el foro. ¿Pretensión de hacer "tabla rasa" de la doctrina anterior a instar un ciego seguimiento del sencillo principio de tracto sucesivo registral? Aún así, el Centro unificador de las interpretaciones hipotecarias está moralmente obligado a advertir su apartamiento de precedentes que hasta ahora eso es oportuno citar.

Además se da la casualidad de que en el mismo número del *Boletín* colegial en que aparecieron refundidos mis dos anteriores trabajos se publicó a renglón seguido otra más breve ("Nota argumental sobre publicidad registral de las

capitulaciones matrimoniales”) debido a la fina pluma de nuestro compañero CÉSAR GARCÍA-ARANGO Y DÍAZ-SAAVEDRA. Pues bien, mientras en mis opúsculos adoptaba una actitud de sumiso acatamiento a las Resoluciones de la Dirección General que los motivaron, en especial, a la de 25 de marzo de 1988, intentando tan sólo colmar sus silencios o a lo sumo matizar sus claroscuros GARCÍA-ARANGO defendió paladinamente una postura crítica acerca de la doctrina de involucrar en la calificación registral datos extratabulares (como las fechas de la traba y de la indicación capitular en el Registro Civil). ¿Por ventura ha hecho mella la Dirección General la ardorosa apología que de aplicar sólo la sencilla mecánica registral del tracto hizo entonces el prestigioso registrador astur?

Recapitulando someramente las conclusiones prácticas a que cabía llegar tras mis citadas reflexiones del año pasado, se podía afirmar que la postura inevitable de un calificador que se enfrentaba a un mandamiento de embargo derivado de procedimiento dingido sólo (notificación aparte) contra el cónyuge del que a la sazón aparecía como titular privativo por adjudicación ganancial previa, ERA LA DE SUSPENDER SIEMPRE.

Y suspender normalmente por un doble motivo:

1.º Por no constar que la fecha del embargo (que no se suministra de primeras en el ciento por ciento de los casos) sea anterior a la fecha de la indicación en el Registro Civil de la escritura de capitulaciones matrimoniales otorgada por el cónyuge demandado y el cónyuge ahora titular exclusivo (fecha esta última que en aquellos escritos míos recomendé que se consignara oficiosamente en el asiento al tiempo de cumplir con el art. 266 reformado del Reglamento del Registro Civil, pero que en otro caso habría que solicitar también), y

2.º Por no constar que, cualquiera que fuese el resultado de la anterior confrontación de datas, la deuda perseguida se había considerado por el Juzgado ejecutor, en trámite oportuno y con audiencia del actual titular registral, tomó una de aquellas de las que sustantivamente debe responder la sociedad de gananciales, incluso una vez disuelta la misma y en función de las alternativas que contempla el artículo 1.401, I, del Código Civil.

Doble objeción, pues, a oponer subsidiariamente y por ese orden: NO CONSTAR determinadas fechas clave que pueden permitir como modalización del tracto que el mandamiento de embargo penetre en el entonces poroso folio del cónyuge adjudicatario, y NO CONSTAR, en otro caso, que este último haya sido batido en un trámite procesal adecuado que le impela a sobrellevar, en cuanto ganancial siquiera *ad extra*, la responsabilidad de la deuda perseguida.

Cierto que esas matizaciones obligan a unas notas farragosas que pueden hasta extrañar a quienes no hubieran seguido municiosamente todos los pliegues de la doctrina jurisprudencial que en aquellos trabajos míos pienso haber sintetizado. Pero se me antoja que era (y sigue siendo) la única postura respetuosa con las pautas marcadas no sólo por nuestra Dirección General sino también por la jurisprudencia del Tribunal Supremo que en modo alguno hay que perder de vista.

En efecto, la Sala Primera de este último en fallos que ya reseñé en mi trabajo (pág. 973 de la versión del Boletín), a los que cabe añadir todavía la Sentencia de 17 de noviembre de 1987 —*Aranzadi* marginal 8406— viene negando una y otra vez que el acreedor frustrado por la maniobra de adjudicación ganancial cuente con el remedio extremo de la rescisión del fraude de la escritura capitular, precisamente por la condición de subsidiaria de esta acción (art. 1.295 del Código Civil). Es así —razona el Alto Tribunal— que el acreedor tiene a su favor la

declaración de ileción del artículo 1.317 del Código Civil (actuable sólo como quiere RAGEL SÁNCHEZ en juicio declarativo instado contra ambos esposos, o también, como me empeño yo, dentro del propio juicio ejecutivo dirigido asimismo contra ambos, uno como deudor y otro como responsable), ergo no procede, y es verdad, el remedio rescisorio legalmente articulado sólo como *ultima ratio* de un acreedor inerme.

Piénsese entonces en el desacato de esa jurisprudencia que supondría una actitud registral cómoda cual la que patrocina GARCÍA-ARANGO, únicamente atenta al tracto rígido, sin admitir las modalizaciones del mismo que hasta ahora había marcado nuestro Centro Directivo.

Y piénsese en la incómoda posición en que se encontraría un acreedor que no apurase la ejecución para tropezar con el valladar, gubernativamente infranqueable, de la denegación registral de la anotación de embargo y que decidiendo entonces desviarse hacia la vía revocatoria o pauliana se le cierre también esa puerta (por ejemplo, por última vez en la Sentencia de 24 de noviembre de 1988 —*Aranzadi* 8705) por “no agotarse la vía de apremio en el juicio ejecutivo promovido” previamente.

Quiero decir que la suspensión de la anotación de embargo hasta apurar el juego de fechas traba-indicación, o hasta que se declare frente al cónyuge adjudicatario —incluso en la vía ejecutiva— la ganancialidad de la deuda perseguida, es una actitud inevitable si se desea servir a los dos señores respecto de los que estamos obligados; a la Dirección General que partía acertadamente de la inexistencia de una presunción de ganancialidad pasiva y que, a la vez, pretende salvaguardar con celo encomiable la intangibilidad del asiento del titular, inaudito éste sobre aquella ganancialidad, y al Tribunal Supremo, empecinado, también con tino, en extraer todas sus posibilidades a la acción de ileción del artículo 1.317 en relación con el 1.401, ambos del Código Civil; y que en cambio secundar tajantemente la consigna que con una lectura precipitada se podría extraer del fundamento 2 de la Resolución que motiva este comentario, parece que nos situaría en una posición de rebeldía descarada contra los reiterados pronunciamientos de la Sala Primera.

Descendamos ahora, por un momento, al análisis pormenorizado de la Resolución y comprobemos si es tan iconoclasta como a primera vista pudiera parecer:

- La nota del Registrador se decantó severamente por la denegación en base a la falta de tracto “*SIN QUE EL MANDAMIENTO RESULTE SER (la titular registral) DEUDORA NI DEMANDADA EN EL PROCEDIMIENTO EJECUTIVO... cuyo defecto impide tomar anotación de suspensión*”.
- La entidad recurrente pone el énfasis entonces en dos consideraciones: 1.^a que a la esposa del demandado SE LE DIO CONOCIMIENTO DE LA EXISTENCIA DEL PROCEDIMIENTO EJECUTIVO (y) DEL EMBARGO PRACTICADO, en base a lo establecido en el artículo 144 del Reglamento Hipotecario, y 2.^a que la deuda perseguida era ganancial (lo que resultaba de mera alegación suya no contrastada frente a nadie y ahí radicaba su talón de Aquiles) y se había contraído antes del otorgamiento de la escritura de liquidación ganancial.
- El informante centra muy bien los términos del debate cuando afirma que: “*el problema que se plantea en este recurso es si es notable un embargo que dimanara de un juicio ejecutivo promovido en el año 1987 y cuya providencia decretando la anotación preventiva de fecha 27 de junio de 1988*”.

sobre fincas que se dicen propiedad del deudor, por deudas y obligaciones cuya naturaleza no consta, así como tampoco la fecha de la diligencia de la traba, cuando dichas fincas figuran inscritas a favor de la esposa con carácter privativo en virtud de escritura de disolución de gananciales, separación de bienes y adjudicación de 4 de noviembre de 1986 e inscrita con fecha 27 de noviembre siguiente". Comprobamos aquí que el calificador, como no podía ser menos, tiene muy claro los dos resquicios por donde, según doctrina del Centro Directivo, se le habría podido "colar" el mandamiento de embargo; por vía de la anterioridad de la traba y por vía de la ganancialidad, plurilateralmente declarada, de la deuda. La primera eventualidad que no la consideró siquiera la nota, se descubre ahora que la había descartado implícitamente a la vista del número de los autos en la estadística anual del Juzgado. Si a los mismos se les asignó el número 146/1987 era prácticamente imposible. ni aunque se tratara de embargo preventivo (cfr. el art. 1.411 de la LEC) que la traba se hubiera practicado antes de ...¿antes de qué? "Antes de la fecha de la inscripción" (sc. de la escritura liquidatoria en el Registro de la Propiedad) da por sentado el informante. Hago observar aquí que se silencia en el recurso toda referencia a la indicación de la escritura de capitulaciones en el Registro Civil correspondiente, que es según la Resolución de 25 de marzo de 1988 el otro polo temporal a confrontar, probablemente porque, al igual que sucedía con el número de la estadística judicial, resultaba implícito (y explícito para el custodio del Archivo) del hecho de su inscripción en el Registro de la Propiedad. En efecto, el 10 de octubre de 1986 entró en vigor la reforma del artículo 266 del Reglamento del Registro Civil, y no cabe la menor duda de que se debió exigir la previa indicación en dicho Registro a una escritura de capitulaciones otorgada el día 4 de noviembre siguiente, que consigue obtener la inscripción (¿o la mera presentación?) en el de la Propiedad el día 27 de noviembre ulterior. Habría sido un problema curioso el que, por descuido, se hubiese omitido exigir, entonces, con la reforma tan reciente, aquella previa indicación en el Registro Civil y que ésta se hubiese efectuado o se efectúe una vez practicada la traba. Con todo parece que la solución hubiese sido la misma merced a desenterrar la doctrina de la especificidad de las publicidades; tratándose de una controversia relativa a la anotabilidad de un bien inmueble, las capitulaciones habrían sido oponibles a un acreedor que tal instase, con sólo su publicidad a través del Registro de la Propiedad, siendo aplicable entonces el mandato de inoponibilidad del artículo 77, II, de la LRCivil únicamente a esferas extrahipotecarias.

La segunda eventualidad que habría viabilizado la anotación de nuestro caso, la de la ganancialidad, judicialmente proclamada, de la deuda, sí que se descartó en la nota al objetar que la titular registral no resultaba ser deudora ni demandada, y aún con más claridad en el informe al concluir *"que se debe presumir que la deuda es de esta última clase —de las privativas contempladas por el artículo 1.373 del CC— al no expresar nada el mandamiento a este respecto"*.

- Por último, tanto el Informe del Magistrado-Juez, como el Auto del Presidente de la Audiencia se muestran conformes con la calificación denegatoria, si bien con ciertas reservas; el Magistrado considera acertado el criterio mantenido en su informe por el señor Registrador *"NATURAL-*

MENTE, A LOS PUROS EFECTOS REGISTRALES QUE SE CONTEMPLAN" y el Presidente le da la razón también, con base en que *"la deuda contraída por el marido mediante la aceptación de una letra de cambio no cabe presumir que sea deuda de la sociedad de gananciales mientras no conste tal extremo"*, aunque *"lo anterior NO SUPONE DESCONOCER LOS DERECHOS QUE, EN SU CASO, PUEDA OSTENTAR el Banco Atlántico, Sociedad Anónima"* (¡qué vis atractiva tienen los Bancos que aun siendo jurídicamente hembras, en cuanto sociedades, consiguen que se les masculinize merced a la anteposición del artículo determinado "el", que yo, por lo menos, contrario a los excesivos privilegios del dinero, persiguió con saña las minutas de asientos que solicito revisar!).

Como vemos a lo largo de las diversas fases del Recurso salieron en alguna medida a relucir, aunque fuera para descartarlas, todas las matizaciones que hasta la fecha había marcado la jurisprudencia civil e hipotecaria en relación con nuestro tema. Y por eso mismo, como antes avancé, sorprende que el Centro Directivo, tan agradablemente prolijo en otras ocasiones (una de las últimas, que ojalá tuviera tiempo de glosar en otro momento, en la Resolución de 12 de junio de 1989 —BOE del 22 de julio siguiente—, reiteradora de la de 6 de septiembre de 1988 tan injustamente denostada por Pablo Vidal Francés en el núm. 592 de la RCD), despache la controversia mediante dos escuetos fundamentos jurídicos, uno de ellos, por si fuera poco dedicado fundamentalmente a centrar el *dubio o quaestio*.

Ahora bien, si se examina detenidamente el texto del fallo comprobaremos que el fundamento 1 da por sentado (sin duda porque lo han corroborado los partícipes, no porque resulte expícito del documento calificado) que la fecha del embargo fue indisputablemente posterior a la inscripción de la adjudicación por disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, con lo cual parece que se sigue considerando anotable la eventualidad contraria, y que la despreocupación por la fecha de la indicación del cambio de régimen en el Registro Civil obedece sólo a que en el caso también debió regularmente obtenerse antes de la traba material.

Y en cuanto a no dar beligerancia tampoco a la eventual ganancialidad de la deuda, con buena voluntad podemos también considerarlo descartado en la sobria fase final del fundamento 2, según la que no es posible hacer *"constar en el Registro ninguna restricción del dominio inscrito acordada en PROCEDIMIENTO EN QUE NO ES PARTE EL TITULAR REGISTRAL"*.

Desde esta relectura salvífica de la Resolución podemos concluir contestando al interrogante que rotula este trabajo que su doctrina no supone un truncamiento, ni siquiera un endurecimiento; de la consagrada en las otras que analicé en mis trabajos anteriores. A lo más, se trasluce en ella un deseo de extremar la prudencia, y de ahí la parquedad de sus razonamientos, en una problemática en la que aparentemente, muy aparentemente, su postura colisiona con pronunciamientos del Tribunal Supremo.

Yo, por mi parte, pienso, en tesitura como la ahora resuelta, seguir SUSPENDIENDO (no denegando, como aquí confirma la Dirección) el despacho de los mandamientos análogos que me lleguen, en tanto no se abran paso por alguna de las dos espinas que antes analicé (juego de fechas o ganancialidad declarada). Lástima que, en relación con la segunda de ellas, ni Juzgado, ni Audiencia, ni Centro Directivo, hayan sugerido cuál sea ese procedimiento adecuado para imponerle al titular registral la ganancialidad de la deuda reclamada. Y como

también es este punto sigiendo de ideas fijas, me alegraría ver consagrado en la práctica (el TS de la DG con sus posturas firmes están cegando cualquier otra salida) no sólo el cauce evidente del juicio declarativo seguido contra ambos cónyuges, el deudor y el adjudicatario, sino igualmente el del juicio ejecutivo entablado también contra ambos, en el segundo caso sólo por razón de su responsabilidad. Es más, a veces considero que si se permite al cónyuge no deudor entrometerse en una ejecución en marcha tan solo para pretender la privatividad de la deuda y la sustitución del objeto de la traba (cfr. art. 1.373 del Código Civil) la justicia conmutativa exige que también el acreedor cuente con la posibilidad de extender subjetivamente su inicial pretensión para postular precisamente lo contrario (esto es, que la deuda es ganancial) frente a un cónyuge que acaso no podía imaginar que debiera ser litisconsorte pasivo al entablar la demanda. En otras palabras, o se demanda en todo juicio ejecutivo a los dos esposos, el no deudor sólo como corresponsable y *ad cautelam* de la aparición de unas capitulaciones celéreas, o ha de arbitrarse ese cuasi incidente de que vengo hablando una y otra vez (y que en cuanto favorece al acreedor no conculca el espíritu del artículo 1.480 de la LEC), que permita, a instancia del actor si es el caso, elucidar frente al cónyuge adjudicatario si la deuda por la que se embarga es o no ganancial. Supérese por los procesalistas todas las objeciones que pudieran derivarse de las reminiscencias actuales de la vieja idea de *litis contestatio*, que yo modestamente desde mi cómodo parcial papel de espectador *ex libris*, procuraré dar margen temporal para esa atrevida aventura jurídico-procesal, SUSPENDIENDO Y NO DENEGANDO, como dije, los mandamientos dirigidos contra el cónyuge que se cree ya seguro tras el burladero de su asiento.

P.S. La relectura de la R. de 11 de mayo de 1989, que reitera doctrina de la de 15 de julio de 1988, en el sentido de que, en caso de venta judicial de un bien ganancial, el Juez no necesita intervenir en nombre de los ejecutados rebeldes, y que el dato a verificar por el Registrador en ese caso es, fundamentalmente, si consta que las actuaciones judiciales quedaron entabladas debidamente contra el titular registral, me deja la duda de si no existe una cierta incongruencia respecto de la solución que con la máxima sobriedad se proclama una vez más en la Resolución que comento en el texto. En efecto, se afirma en esa R. de 11 de mayo último que *"tratándose del embargo de un bien ganancial por deuda que se reclama solo al marido, si la esposa... fue debidamente notificada del embargo (cfr. arts. 1.373 del Código Civil y 144-1 del Reglamento Hipotecario) tuvo ya la oportunidad legalmente prevista para defenderse en relación con el embargo, ateniéndose, en otro caso, a las consecuencias del mismo, las cuales, en el desenvolvimiento natural del procedimiento, conducen a la enajenación por un acto de autoridad; es decir, sin necesidad especial de que los dueños presten en ese momento su consentimiento"*. Pues bien, si se estima que la cotitular ganancial de un inmueble (que pudo ser incluso la que lo ingresó en su día en el patrimonio común) ha tenido bastante oportunidad legal de defenderse con sólo la notificación a la misma del embargo trabado (con independencia de que se anote o no, repárese en ello), llegándose a la consecuencia de expropiarle, sin más audiencia, su cotitularidad, ¿por qué no se estima que esta misma notificación es también suficiente trámite defensivo respecto no ya de una cotitular ganancial, sino de una titular exclusiva que lo ha devenido en virtud de un negocio capitular que en precepto legal y la más alta jurisprudencia declaran inoperante frente a acreedores anteriores? Es que ser cotitular, no necesariamente reflejo, implica una mayor vulnerabilidad (por mediación de una mera notificación de embargo)

que ser titular único, con una titularidad que además debe dejar indemnes a aquellos acreedores frente a los que se opone? Si soy comunero se me expropia con solo notificármese la traba; si soy dueño único pero relativo (art. 1.317 CC), la misma notificación es trámite defensivo insuficiente. Me resulta difícil no apreciar una cierta incongruencia entre esas dos líneas temáticas de nuestra jurisprudencia hipotecaria, que si alguna vez se desvaneciese en favor de la que traigo a colación en esta nota extemporánea, haría innecesaria la introducción de cualquier incidente, o cuasi incidente, a entablar contra el cónyuge adjudicatario, y también la otra alternativa la de *demandarle* como litigante principal. Pero claro, eso supondría un giro tan radical en las Resoluciones en que me vengo especializando que nuestro Centro Directivo preferirá, sin duda, esquivarlo, argumentando que no es igual (?) una cotitularidad constante la sociedad gananciales que una titularidad resultante de la liquidación de esta última (y a fe que el contraste entre el art. 144 I,I —interpretado atenuadamente desde la R. de 28 de marzo de 1983— y II, por un lado, y el artículo 144,4 —cuya interpretación también podría “atenuarse”, empero, para deudas preliquidatorias— ambos del Reglamento Hipotecario, por otro, la de pie para sostener la distinción).

JUAN MANUEL REY PORTOLÉS
Registrador de Valencia número 12

BIBLIOGRAFIA

Como notas de actualización a la reseñada en los anteriores trabajos cabe añadir:

- CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio: “Comentario a la Sentencia de 13 de junio de 1986”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 11, págs. 3759 a 3766.
— “Comentario a la Sentencia de 17 de noviembre de 1987”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 15, págs. 5161 a 5173.
RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe: “Comentario a la Sentencia de 3 de junio de 1988”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 17, págs. 573 a 588.
— “Comentarios a la Sentencia de 26 de septiembre de 1988”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 18, págs. 863 a 873.
PASCUAU LIAÑO, Miguel: “Comentario a la Sentencia de 24 de noviembre de 1988”, en el mismo ejemplar de los *Cuadernos* acabados de citar, págs. 1021 a 1031.

JURISPRUDENCIA

Aparte de la reseñada en el texto acerca de la improcedencia de la acción pauliana por existir el remedio del artículo 1.317 del Código Civil, cabe añadir a las dos recogidas en mis trabajos anteriores (pág. 977 en la versión del *Boletín*) las siguientes Sentencias en punto al tema complementario de que el cónyuge adjudicatario no está legitimado para interponer tercera de dominio a través de la que levantar un embargo (anotado o no) ya trabado por deuda que se aprovecha para declarar ganancial (todas son de la Sala Primera del Tribunal Supremo):

- S. de 23 de enero de 1987, Aranzadi 348, *a contrario sensu*.
- S. de 14 de abril de 1987, Aranzadi 2.708
- S. de 21 de julio de 1987, Aranzadi 5.806.
- S. de 21 de noviembre de 1987, Aranzadi 8.638.
- S. de 29 de diciembre de 1987, Aranzadi 9.656 (versa sobre acciones).
- S. de 28 de abril de 1988, Aranzadi 3.299, y
- S. de 18 de noviembre de 1988, Aranzadi 8.609.

III. Sentencias del Tribunal Supremo

1. DERECHO CIVIL

B) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

Por JOSÉ QUESADA SEGURA

NO ES DE APRECIAR LA EXISTENCIA DE LITISCONSORCIO CUANDO LOS EFECTOS A TERCEROS SE PRODUCEN CON CARACTER REFLEJO.—NATURALEZA DEL "IUS RETENTIONIS". (SENTENCIA DE 4 DE OCTUBRE DE 1989.)

Doctrina de la Sentencia.—Como ya tiene declarado esta Sala no es de apreciar la situación de litisconsorcio pasivo necesario cuando los posibles efectos hacia terceros se producen con carácter reflejo, bien por una lejana o mediata conexión, bien porque la relación material sobre que se produce la declaración, les afecta con carácter perjudicial o indirecto, ya que ello podría en todo caso originar una intervención adhesiva mas no litisconsorcial (Sentencia de 22 de abril de 1987).

El *ius retentionis*, discutida y poco estudiada figura en nuestro ámbito jurídico y sobre cuya naturaleza jurídica las posiciones no son precisamente pacíficas, viene a constituir en términos generales y un tanto abstractos a manera de un especial derecho de garantía dirigido principalmente a potenciar en cierta medida la protección de aquellos acreedores que tengan en su poder la cosa o el bien de su deudor, autorizándole a dilatar en orden al tiempo su devolución o entrega.

LA DACION EN PAGO CONSISTE EN LA ENTREGA, CON CONSENTIMIENTO DEL ACREEDOR, DE UNA PRESTACION DISTINTA A LA CONSTITUIDA.—EL INCUMPLIMIENTO DE LEYES FISCALES NO LIMITA LA EFICACIA DE LOS CONTRATOS. (SENTENCIA DE 4 DE OCTUBRE DE 1989.)

Doctrina de la Sentencia.—Como explica la mejor doctrina, la dación en pago se produce cuando el acreedor acepta, para cumplimiento de una obligación

anteriormente constituida, la entrega de unos bienes distintos de aquellos en que la prestación consiste; dicho en otras palabras, dación en pago es todo acto de cumplimiento de una obligación que, con el consentimiento del acreedor, se lleva a cabo mediante la realización de una prestación distinta a la que inicialmente se había establecido. Como enseña esa misma doctrina, el elemento fundamental de la dación en pago consiste en que la prestación que se ejecuta constituye un *alius* respecto de la prestación prefigurada, es decir, algo distinto de lo inicialmente previsto.

Se argumenta que al haber conseguido el señor Serrano introducir en su ramo de prueba el documento en que el mismo basa su demanda, sin haberse pasado por la Delegación de Hacienda, con infracción de lo preceptuado en el artículo 72 del Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, se ha producido una nulidad de actuaciones, pero al razonar así se desconoce que, según reiterada jurisprudencia, la vulneración de las leyes de carácter fiscal no limitan ni restringen los efectos jurídicos de los actos y contratos en los que a sus efectos civiles se refieren, pues no puede enervarse los derechos de quienes litigan por normas de esa naturaleza, en un recurso que, como el de casación por infracción de ley y de doctrina legal, viene referido a la infracción de normas de derecho privado, y esto sin perjuicio de las sanciones que quien tenga competencia para ello pueda acordar por razón de tales supuestas infracciones.

NO ESTAN VINCULADOS EL ORDEN CIVIL Y EL PENAL. (SENTENCIA DE 9 DE OCTUBRE DE 1989.)

Doctrina de la Sentencia.—Una constante línea jurisprudencial, Sentencias entre otras de 31 de enero de 1985 y 4 de febrero de 1987, proclaman la independencia del orden civil y el penal en el enjuiciamiento de hechos en los que, si bien el segundo ya ha resuelto con la aplicación de su normativa el aspecto estrictamente punitivo, las consecuencias civiles derivadas han quedado pendientes de su ulterior valoración judicial, cuando se ha declarado la reserva de acciones a favor de los perjudicados.

Esa doctrina se apoya en un elemental juego de las instituciones implicadas: en el orden penal, se está enjuiciando un ilícito típico propio del Derecho penal, en su dualidad delito o falta, mientras que en el civil, se está enjuiciando un ilícito civil, cuyos componentes o elementos significativos, sobre conducta, imputabilidad, culpabilidad, en pos de la responsabilidad exigida, difieren, hasta metodológicamente, de los del otro orden por completo. Esa doctrina desvinculante ha de explicarse cuando en el proceso penal haya recaído una sentencia absolutoria, por cuanto es posible que los hechos enjuiciados, si bien no hayan comportado un ilícito penal, sí pueden luego ser calificados por el Tribunal de lo civil como constitutivos de un ilícito civil, causante de la responsabilidad extracontractual declarada; mas, cuando la sentencia firme de lo penal ha sido condenatoria si ha de tenerse en consideración en cuanto de ello se puede derivar una imputación de responsabilidad, ahora de tipo civil, al mismo autor que en aquel otro proceso también lo fue penalmente, por el elemental juego de las dos instituciones implicadas: responsabilidad civil derivada de delito o falta y reserva de acciones civiles.

ES NECESARIA UNA VOLUNTAD REBELDE AL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACION PARA RESOLVER EL CONTRATO. (SENTENCIA DE 13 DE OCTUBRE DE 1989.)

Doctrina de la Sentencia.—Una constante doctrina de esta Sala, viene exigiendo como requisito necesario para acordar la resolución contractual, la constancia de una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de la obligación por parte del contratante a quien se demanda, y si bien la doctrina jurisprudencial reciente ha venido a matizar tal concepto, aclarando que no es preciso que el contratante incumplidor actúe con el ánimo deliberado de causar tal incumplimiento, bastando con que puede atribuírsele una conducta voluntaria y no sanada por una justa causa que la origine, obstativa al cumplimiento del contrato en los términos en que se pactó, es lo cierto que si partimos de la base de que el repetido comprador demandado abonó en su momento una gran parte del precio y pretendió además, aunque de manera no ajustada a la ley, abonar el resto adeudado, una vez que fue demandado, no habrá de extrañar que la sala de instancia aprecie que tal conducta del comprador recurrido no puede racionalmente ser calificada como voluntariamente obstativa al cumplimiento del contrato.

NO ES APLICABLE LA PRESUNCION DE INOCENCIA FUERA DEL AMBITO PENAL. (SENTENCIA DE 13 DE OCTUBRE DE 1989.)

Doctrina de la Sentencia.—La existencia probada de uno de los vicios que invalidan el consentimiento, cual el dolo, no es contraria al artículo 24 de la Constitución, pues esta supernorma no establece más que una “presunción de inocencia”, susceptible de prueba en contrario, que en esta litis se ha logrado cumplidamente, según se deja expuesto en el apartado anterior. Ello con independencia de la fuerte corriente doctrinal que estima no aplicable la presunción de inocencia declarada en el artículo 24 de la Constitución fuera del ámbito penal o del derecho sancionador administrativo y extraño al ámbito de los derechos puramente privados o civiles.

REQUISITOS PARA QUE PUEDA SER APLICADA LA CLAUSULA “REBUS SIC STANTIBUS”. (SENTENCIA DE 16 DE OCTUBRE DE 1989.)

Doctrina de la Sentencia.—En relación con el artículo 1.184, la doctrina ha examinado la equiparación a efectos de la extinción de las obligaciones de hacer, a la imposibilidad legal o física, la dificultad extraordinaria sobrevenida en el cumplimiento de la obligación, al igual que lo ha hecho la jurisprudencia, al tratar de la posibilidad de construir dentro de nuestro derecho vigente, la cláusula *rebus sic stantibus*, como medio de restablecer equitativamente el equilibrio de las prestaciones; con cita de las Sentencias del 14 de diciembre de 1940, 17 de mayo de 1941 y 5 de junio de 1945, la de 17 de mayo de 1957 establece las siguientes conclusiones en relación con la aplicación de la citada cláusula: “a) que la cláusula *rebus sic stantibus* no está legalmente reconocida; b) que sin

embargo, dada su elaboración doctrinal y los principios de equidad a que puede servir, existe una posibilidad de ser elaborada y admitida por los tribunales; *c)* que es una cláusula peligrosa y, en su caso, debe admitirse cautelosamente; *d)* su admisión requiere como premisas fundamentales: A) alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración; B) una desproporción exorbitante feura de todo cálculo, entre las pretensiones de las partes contratantes que verdaderamente derrumben el contrato por aniquilación del equilibrio de las prestaciones; C) que todo ello acontezca por la sobrevenencia de circunstancias radicalmente imprevisibles, y D) en cuanto a sus efectos hasta el presente, le ha negado los rescisorios, resolutorios o extintivos del contrato, otorgándole solamente las modificaciones del mismo, encaminados a compensar el desequilibrio de las prestaciones.

NO EXISTE "NUMERUS CLAUSUS" PARA LA "TRADITIO FICTA". (SENTENCIA DE 20 DE OCTUBRE DE 1989.)

Doctrina de la Sentencia.—Si bien es cierto que, de acuerdo con la llamada "teoría del título y del modo", imperante en nuestro ordenamiento jurídico, para la adquisición dominical por contrato no basta la mera existencia o perfección del negocio jurídico contractual (título), que sólo genera obligaciones para los contratantes sino que el mismo ha de ser inexcusablemente acompañado o seguido de la tradición o entrega de la cosa (modo), no lo es menos que este segundo requisito constitutivo o consumidor de la transmisión dominical, se entiende cumplido no sólo cuando se produce una entrega física o material de la cosa (tradición real), sino también a virtud del progresivo proceso de espiritualización experimentado por las formas de tradición, cuando medien cualesquiera otros actos jurídicos que de manera patente entrañen las mismas significaciones de entrega, cuyos actos, integradores de la llamada *traditio ficta*, no son sólo los que aparecen relacionados en los artículos 1462-2.º a 1.464 del Código Civil, al no estar estas formas espiritualizadas de tradición o entrega regidos por el principio de *numerus clausus*, sino todos aquellos, de variada índole o naturaleza que de manera contundente e inequívoca revelen que *tradens* (vendedor) ha puesto real y actualmente la cosa a la plena, absoluta y púnica disposición del *accipiens* (comprador), con evidente intención por ambas partes de hacerlo así (*animus transferendi et accipiendi domini*).

LA RESPONSABILIDAD CULPOSA POR ACCIDENTE DE CIRCULACION HA SIDO ATENUADA POR LA JURISPRUDENCIA. (SENTENCIA DE 27 DE OCTUBRE DE 1989.)

Doctrina de la Sentencia.—La responsabilidad civil derivada de accidente de circulación requiere para que pueda declararse en nuestro vigente ordenamiento jurídico, la concurrencia de los requisitos que señala el artículo 1.902 del Código Civil, siendo esencial para que pueda apoyarse en el artículo 1.903 que para la condena del principal o empresario se acredite previamente la culpabilidad y

demás requisitos en contra del autor material del hecho causante de los daños; es sabido que dicha responsabilidad culposa ha sido atenuada en virtud de una evolución del concepto de culpable civil que añade a la omisión de la diligencia que exige el artículo 1.104 del propio cuerpo legal, el dato de la antijuricidad de la conducta, determinada por el menosprecio de éste hacia el ordenamiento jurídico, y este aspecto sustantivo de la responsabilidad civil que exige la culpabilidad del presunto responsable, no puede verse eliminado por la concertación de seguros obligatorios o voluntarios. Denegada la existencia de culpa en el expresado demandado, no es posible estimar que existe en su principal, propietario del vehículo, ni en la compañía aseguradora, toda vez que inexistente la imputabilidad del accidente en ninguno de ambos demandados y no pudiendo derivar, por tanto, de suposición jurídica en cuanto al mismo accidente responsabilidad alguna para ellos, es totalmente improcedente hacer declaración de una presunta obligación de resarcimiento de daños y perjuicios a tenor del artículo 1.902.

TRANSACCION: DEBEN ENTENDERSE RESUELTAS CUANTAS CUESTIONES TENGAN RELACION CON EL OBJETO TRANSIGIDO. (SENTENCIA DE 30 DE OCTUBRE DE 1989.)

Doctrina de la Sentencia.—En toda transacción deben entenderse resueltas y terminadas cuantas gestiones tengan relación directa con el objeto transigido, en tanto no exista excepción expresa (S. de 11 de noviembre de 1904), y si tiende a evitar la prosecución de un pleito o a poner término al ya comenzado, como dice la Sentencia de 30 de marzo de 1950, no garantiza el evento de que uno de los contratantes lo incumpla y haga precisa la intervención judicial para vencer la voluntad rebelde y procurar que la transición rinda su finalidad esencial de dirimir divergencias en la forma convenida por los propios contratantes, no constituye requisito esencial de la transacción la entrega recíproca de prestaciones, ya que en ocasiones pueden los contratantes aceptar acuerdos sin iguales alcance y paridad de concesiones.

NO HAY COMPRAVENTA DE COSA FUTURA SI EL VENDEDOR SE EXIME DE LA OBLIGACION DE ENTREGA. (SENTENCIA DE 30 DE OCTUBRE DE 1989.)

Doctrina de la Sentencia.—La compraventa de cosa futura (en su modalidad de *emptio rei speratae*), como contrato conmutativo que es (a diferencia de la modalidad llamada *emptio spei*, que es un contrato aleatorio), presupone ineludiblemente en el vendedor la obligación esencial y constitutiva de entregar al comprador la cosa vendida, una vez que ésta haya alcanzado su existencia real y física, aparte de desplegar la actividad necesaria para que dicha existencia llegue a tener lugar, de manera que el contrato quede plenamente desnaturalizado como tal venta de cosa futura, si el supuesto vendedor no contrae o se desvincula de la expresada obligación esencial de entrega, por lo que, así como no hay inconveniente legal ni jurisprudencial (SS. de esta Sala de 17 de febrero de 1967 y 3 de junio de 1970, entre otras) en calificar de venta de una cosa futura

a la de una vivienda todavía en construcción, que el comprador adquiere exclusivamente en función de su terminación como tal vivienda habitable y en la que el vendedor asume la obligación de entregarle al comprador una vez que la ha terminado, no puede, en cambio, corresponder tal calificación de venta de cosa inmueble futura a aquella relación contractual en la que, actuando el comprador con el mismo designio antes expresado de adquirir una vivienda ya terminada, aunque al celebrar el contrato se halle todavía en fase de construcción, el vendedor se exime en absoluto de su obligación de entrega, y se desliga de todo lo atinente a su terminación final.

PUEDE Oponerla el Tercerista aunque su finca no coincida con la extensión de la embargada. (SENTENCIA DE 31 DE OCTUBRE DE 1989.)

Doctrina de la Sentencia.—Si bien es cierto que una reiterada doctrina de esta Sala exige para la prosperabilidad de la acción de tercería de dominio que el tercerista acredite el dominio pleno y excluyente, obviamente ello se refiere a la finca reclamada, sin que pueda extenderse a toda la embargada, toda vez que si no pudiera entablarse con éxito la acción de tercería de dominio en aquellos supuestos en los que el bien embargado no coincidiera exactamente en su extensión con el de propiedad del tercerista, bien sea por incluir otros bienes, segregados o sin segregar del mismo, o bien porque lo embargado fuera tan sólo una parte de la correspondiente al tercerista, quedaría el dominio del mismo huérfano de un importante medio procesal de protección, como es la acción de tercería de dominio, que no puede serle denegada por el hecho de que el despojo en que cristaliza el embargo por parte de un tercero, no coincida exactamente con la extensión del bien que se reclama, por ser ésta mayor o menor que la embargada.

EL DERECHO DE OPCION TIENE NATURALEZA PERSONAL. (SENTENCIA DE 6 DE NOVIEMBRE DE 1989.)

Doctrina de la Sentencia.—El derecho de opción no pierde su naturaleza personal por la circunstancia de permitirse su inscripción en el artículo 14 del Reglamento Hipotecario, ello sólo representa el reconocimiento de su aspecto registral para el caso de que accediera al Registro, lo que en el caso de autos, además, no tuvo lugar, por ello la Sentencia de 30 de noviembre de 1988, citada en la Vista del Recurso, no cabe que incida respecto a la dicha naturaleza, toda vez que el derecho de opción, de categoría intermedia entre los derechos personales y reales, entraría en la de estos en el caso de tener acceso al Registro. El recurrente configura la opción como un derecho real, estimación inexacta pues, como se dijo antes, la posibilidad de su inscripción registral no desvirtúa su naturaleza personal.

LA INSCRIPCION NO AMPARA CIRCUNSTANCIAS DE MERO HECHO.
(SENTENCIA DE 8 DE NOVIEMBRE DE 1989.)

Doctrina de la Sentencia.—Todo lo que no sea referente al propio derecho real inmobiliario queda excluido del valor legitimador de la inscripción y por tanto ésta no ampara circunstancias de mero hecho, como son las relativas a los datos descriptivos de las fincas y muy particularmente los que hacen referencia a nombres con los que son conocidos los parajes en los que las fincas se encuentran, puesto que como queda indicado, el Registro de la Propiedad sólo protege con valor probatorio lo estrictamente jurídico y como aquellas denominaciones no lo son, no tienen o carecen de valor alguno.

ES LA INTENCION DE LOS CONTRATANTES LO QUE CUENTA PARA CALIFICAR DE MERCANTIL UNA COMPRAVENTA. (SENTENCIA DE 10 DE NOVIEMBRE DE 1989.)

Doctrina de la Sentencia.—En nuestro Código de Comercio el concepto de compraventa mercantil no descansa, conforme a la letra del artículo 325 de dicho cuerpo legal, sobre la profesionalidad de los intervinientes en el contrato, sino que es el destino —reventa— de lo comprado, y ánimo de lucro lo decisivo a la hora de la naturaleza mercantil de la compraventa, de suerte que es la intención la que se toma en cuenta y no la profesión del que compra o vende o de ambos, la cual, de *lege data*, es irrelevante.

LOS DOCUMENTOS NO PRESENTADOS A LIQUIDACION TIENEN VALOR PROBATORIO. (SENTENCIA DE 10 DE NOVIEMBRE DE 1989.)

Doctrina de la Sentencia.—El primer motivo se articula por infracción del artículo 139 de la Ley de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, al no haberse presentado el documento privado de transmisión a la liquidación de dicho impuesto, lo que le impediría surtir efecto en juicio. Tal conclusión pugna con una reiterada jurisprudencia de esta Sala (p. e., Sentencia de 21 de abril de 1987), ratificada por el Tribunal Constitucional en Sentencia 141/1988, de 12 de julio, al contravenir tales normas el artículo 24 de la Constitución Española, apartados 1 y 2, por lo que los documentos no presentados a liquidación tienen valor probatorio y no originan sino el deber de los Tribunales de comunicar esta situación a la Administración Tributaria para su sanción económica.

HA DE INTERPRETARSE CON AMPLITUD LA DISPOSICION QUE ORDENA LA CITA DE LEYES EN LAS SENTENCIAS. (SENTENCIA DE 10 DE NOVIEMBRE DE 1989.)

Doctrina de la Sentencia.—El primer motivo denuncia “quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras que

rigen los actos y garantías procesales, siempre que se haya producido indefensión”, denunciándose infracción del artículo 372,3.º de la Ley Procesal por no citarse las Leyes o Doctrinas aplicables al caso, en relación con los 9.3, 17.1 y 120.3 de la Constitución; y hay que señalar que las disposiciones prevenidas en orden a la citación de Leyes o doctrinas en las Sentencias no es tan rigorista que impida una interpretación amplia en cuanto a su alcance y significado ya que de lo que se trata es de evitar aquellas resoluciones que por su parquedad y obscuridad no permitan desentrañar cuál fuere la motivación jurídica causante del fallo, pues de no ser así se podría producir la indefensión y la inseguridad jurídica de que hablan, de modo respectivo, el ordinal 3.º del artículo 372 y el artículo 9 de la Constitución, pero tal supuesto no cabe equipararle al de aquellas otras resoluciones que a través de los argumentos y razones que contienen sus fundamentos de derecho, se evidencia la concurrencia de las citas legales acordes con ellos y con la parte dispositiva, supuestos estos en los que no es dable apreciar indefensión que ha de existir para poder prosperar un recurso de casación.

J. Q. S.

C) ARRENDAMIENTOS

POR CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO DE LOCAL.—ESTABAN AUTORIZADAS LAS OBRAS PARA COMUNICAR EL LOCAL ARRENDADO CON OTRO, PROPIEDAD DEL DEMANDADO, AUNQUE SE EXCEDIERA ALGO DEL PLAZO FIJADO EN EL CONTRATO. (SENTENCIA DE 26 DE ENERO DE 1987.)

El Juzgado número 2 de Lérida desestimó la demanda de resolución de arrendamiento de local, lo que confirmó la Audiencia de Barcelona.

No ha lugar a la casación. La diferencia entre las partes radica en la autorización de las obras, que aparece en el documento de 1977, referida a un año a partir de la fecha del documento, en el que se consentía la apertura de una puerta entre el local arrendado y otro, propiedad del demandado, habiendo abonado el arrendatario dos millones de pesetas con anterioridad y, autorizado el propietario el diseño de las obras de decoración, siendo evidente que estaba en la común intención la idea de que el arrendatario hiciese un único establecimiento, comprendiendo todas las obras que han sido ejecutadas en un plazo algo superior al establecido, circunstancia a la que no se puede atribuir una consecuencia resolutoria del contrato. Los hechos no se reducen a la existencia y términos del documento sino que abarcan el percibo de la importante cantidad de dos millones y la suscripción del diseño dentro del contexto de la conducta del demandante. La Audiencia señala la evidencia de la autorización de la realización de obras, consistentes en hacer uno de los dos locales existentes, el arrendado y el que es propiedad del arrendatario, mientras se mantiene el arrendamiento, finado el cual y, aparte de ceder lo obrado en beneficio de la finca, está obligado el arrendatario a cerrar la comunicación. La estimación de la pretensión

resolutoria se hallaría incurso o muy próxima al supuesto de abuso de derecho a que se refiere el artículo 9.º LAU por lo que debería rechazarse si no claudicara por las razones expuestas.

REVISION DE RENTA.—EL DOCUMENTO PRIVADO NO RECONOCIDO NO CARECE DE TODO VALOR PROBATORIO.—LA REVISION SE HA DE HACER SOBRE LA RENTA ACTUALIZADA Y NO SOBRE LA INICIAL DEL CONTRATO. (SENTENCIA DE 27 DE ENERO DE 1987.)

Tanto el Juzgado número 2 de Sabadell como la Audiencia de Barcelona admitieron la demanda.

No tiene éxito la casación. El documento privado no reconocido legalmente no carece de todo valor probatorio, ya que ello supondría dejar al arbitrio del perjudicado la eficacia probatoria del mismo. El artículo 1.225 del Código lo que dice es que se necesita el reconocimiento legal para que el documento privado tenga la misma fuerza que la escritura pública entre los que lo suscriben y sus causahabientes, pero sin que ello suponga negar todo valor al documento no reconocido. La revisión de renta del local se ha de hacer sobre la renta actualizada y no sobre la inicial del contrato, ya que éste dice que la renta estipulada en el mismo se acomodará cada dos años a las variaciones del coste de la vida, de acuerdo con los índices que fije la Dirección General de Estadística, tomando como base el existente en la fecha de este contrato, es decir la que se fija como base el índice del coste de la vida en la fecha del contrato y no la renta convenida en tal momento, como pretende el demandado, cumpliéndose así el designio de desbloquear cada dos años el precio del arrendamiento, mediante la acomodación de la renta prevista por las partes, permaneciendo a cubierto del insistente y progresivo deterioro del poder adquisitivo del dinero.

DESAHUCIO DE INDUSTRIA.—PROCEDE EL DESAHUCIO YA QUE LO ARRENDADO FUE UNA INDUSTRIA DE ASERRAR MADERA, SIENDO ACCESORIO EL ARRENDAMIENTO DEL INMUEBLE. (SENTENCIA DE 31 DE ENERO DE 1987.)

Tanto el Juzgado de Cuenca como la Audiencia de Albacete admitieron el desahucio.

No prospera la casación. Lo arrendado fue una industria de aserrar madera, montada sobre una finca, propiedad de la esposa del arrendador, siendo imposible utilizar la industria sin el uso de la indicada finca, pactándose una duración para los dos contratos de cinco años prorrogables por voluntad de ambas partes, siendo notificado al arrendatario en 1980 la voluntad de concluir el arrendamiento, por lo que la sentencia recurrida decretó el desahucio, por tratarse de un arrendamiento de industria. Ambos contratos tienen una finalidad común cual fue la industria de aserrar madera, sin que tuviese sentido el arrendamiento del inmueble sin la locación conjunta de la industria de la que era accesorio. El conjunto contractual con la finalidad de explotación de industria obliga a seguir un tratamiento unitario de la relación con la unidad de vínculo y fines, debiendo entenderse preponderante el arrendamiento de industria sobre el del inmueble

en que la misma se instaló, como en casos análogos estableció esta Sala en Sentencias de 9 de febrero y 5 de septiembre de 1982 reuniendo el arrendamiento los requisitos del artículo 3, ap. 1 LAU, es decir, que el objeto de ambos es una unidad patrimonial destinada a la explotación de una unidad organizada con vida propia y susceptible de ser inmediatamente explotada, como se acredita por el hecho de continuar en la misma los trabajadores que operaban para el arrendador.

INCREMENTO DE RENTA.—EL PLAZO DE TRES MESES QUE FIJA EL ARTICULO 106 LAU SE REFIERE A LOS CASOS DEL ARTICULO 99 Y NO A LOS PACTADOS POR LAS PARTES EN EL CONTRATO. (SENTENCIA DE 4 DE FEBRERO DE 1987.)

Tanto el Juzgado número 1 de Burgos como la Audiencia de la misma capital desestimaron la demanda.

Triunfa el recurso de casación. Existe una cláusula de estabilización consistente en el índice fijado por el Instituto Nacional de Estadística, que se ejercitaría cada dos años, según una cláusula adicional del contrato fijada en 1980, con motivo del traspaso del local a favor del actual arrendatario, rechazando las sentencias de instancia la demandada por entender había caducado el derecho del arrendador a solicitar el incremento. Pero el plazo de tres meses que se fija por el artículo 106 LAU para los incrementos de renta se refiere a los casos establecidos en la Ley, según el artículo 99 LAU y no a los pactados en el contrato para los cuales rige el plazo de prescripción de quince años del artículo 1.964 CC y así lo reconoce esta Sala en Sentencias de 19 de junio de 1985, 13 de mayo y 27 de octubre de 1986. En estos supuestos no se da efecto retroactivo al aumento de rentas sino desde la fecha del acto de conciliación por entender que si ha transcurrido mucho tiempo desde la fecha en que procede la elevación, podría suponer para el deudor una prestación excesiva y sumamente gravosa para el arrendatario. Es procedente, por tanto, la aplicación del artículo 106 LAU que se refiere a los supuestos del artículo 101 de la misma Ley.

DECLARACION DE DERECHOS.—SE RECONOCE LA OBLIGACION DEL PROPIETARIO DE HACER LO PERTINENTE PARA QUE EL HALL DE ENTRADA PUEDA SER USADO ADECUADAMENTE Y PARA CERRAR LOS HUECOS, DE MODO QUE EL ARRENDATARIO TENGA EL GOCE PACIFICO DE LA COSA TODO EL TIEMPO DEL ARRENDAMIENTO. (SENTENCIA DE 4 DE FEBRERO DE 1987.)

Tanto el Juzgado número 1 de San Sebastián como la Audiencia de Pamplona estimaron la demanda, obligando al demandado a realizar lo necesario para que se pueda usar el hall de entrada así como al cierre de huecos de los pisos primero y segundo del inmueble.

No tiene éxito la casación. El demandado, propietario del local arrendado ha puesto todo su interés en liberarlos del arrendamiento existente, presionando a los arrendatarios para que lo abandonen, causando un sin fin de molestias, lo

que supone una vulneración del derecho de los arrendatarios al goce del arrendamiento por todo el tiempo del contrato, tal como dispone el artículo 1.554 CC así como, de modo más genérico, el artículo 446 del mismo Cuerpo legal. No procede la rescisión del contrato que, además de no haber sido solicitada, vendría a beneficiar paradójicamente al autor de las molestias y perturbaciones denunciadas. Tampoco cabe apreciar abuso de derecho por parte del arrendatario que se ha limitado a exigir el respeto de sus derechos arrendaticios.

DESAHUCIO.—AUNQUE SE HICIERA OTRA DESIGNACION EN EL CONTRATO, ESTE TUVO POR OBJETO UNA SERIE DE ELEMENTOS FISICOS PERO NO LOS BASTANTES PARA CONSTITUIR EL SOPORTE DE UN NEGOCIO EN MARCHA O LISTO PARA SU INMEDIATO FUNCIONAMIENTO. (SENTENCIA DE 19 DE FEBRERO DE 1987.)

Desestimada la demanda por el Juzgado de Igualada, la Audiencia revocó la anterior resolución.

Ha lugar al recurso. La cuestión radicaba en si el arrendamiento es de local o de industria. A tenor de los elementos materiales aportados por el arrendatario y reseñados en los contratos, objeto de interpretación y que se han puesto de manifiesto en la sentencia recurrida, queda patente que, por su importancia y número son imprescindibles para el funcionamiento y normal desarrollo del bar-restaurant, lo que ha de llevar a la consideración de que, aunque otra designación se hiciera en el contrato de arrendamiento, este tuvo por objeto una serie de elementos físicos como el local y los enunciados pero no los bastantes para constituir el soporte de un negocio en marcha o listo para su inmediato funcionamiento, ya que fue precisa la aportación de los útiles que, de pertenencia del arrendatario, hacían posible tal apertura y funcionamiento, por lo que ha habido error de interpretación de los contratos que constituyen arrendamiento de local y no de industria, en vista de la definición del artículo 3-1 LAU.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO DE LOCAL.—EN VIRTUD DE LA CLÁUSULA 4.ª DEL CONTRATO SE AUTORIZABA LA CONSTITUCION DE UNA SOCIEDAD PARA CONTINUAR EL DISFRUTE DEL ARRENDAMIENTO POR LO QUE NO ERA NECESARIO UN NUEVO CONSENTIMIENTO DEL ARRENDADOR, SIENDO UN HECHO NOTORIO Y TOLERADO POR LA PROPIETARIA DURANTE MUCHOS AÑOS. (SENTENCIA DE 21 DE FEBRERO DE 1987.)

Tanto el Juzgado número 14 de Madrid como la Audiencia desestimaron la demanda.

No prospera la casación. Los demandantes afirman que, al fallecer el arrendatario se subrogó su esposa, que lo comunicó a la propiedad, pero que, después se introdujo un tercero en el goce de la finca arrendada. Los demandados alegaron que, en el plazo de seis meses que autorizaba la cláusula 4.ª del contrato de arrendamiento se constituyó una sociedad entre el esposo y el ahora demandado para la explotación de un garaje-taller, continuando ahora la viuda y el otro socio, por lo que es irrelevante la naturaleza, civil o mercantil, de la sociedad y,

al no establecer la cláusula 4.^a la forma de hacer la transferencia de la cualidad del arrendatario, la ocupación del local se hace legalmente. La expresión de la carta de la arrendataria al hablar de subrogación y continuadora del negocio, en singular no implican que se destruya la existencia de la sociedad admitida como hecho por la Sala de instancia, ya que tal subrogación no podía privar de sus derechos a un tercero de forma que la viuda continúe en la sociedad y en el arrendamiento en idéntica situación que su esposo, no revelando las cartas el ingreso del otro demandado en la relación arrendaticia con posterioridad a la muerte del arrendatario primitivo. No era necesario el consentimiento del arrendador, teniendo en cuenta la cláusula 4.^a del contrato, siendo un hecho notorio y consentido por la propietaria durante muchos años, revelándolo la apertura de una cuenta corriente a nombre de ambos socios y los pagos realizados, que demuestran la existencia de una gestión colectiva, al amparo de la permisibilidad de la cláusula 4.^a del contrato.

DESAHUCIO DE ESTABLECIMIENTO.—NO CONSTITUYENDO EL ARRENDAMIENTO LA CESION DE UNA INDUSTRIA EN MARCHA SINO DE LOCAL, DEBIO SEGUIRSE EL PROCEDIMIENTO DE LA LAU Y NO EL DE LA L. E. CIVIL. (SENTENCIA DE 24 DE FEBRERO DE 1987.)

El Juzgado número 1 de Las Palmas declaró resuelto el contrato por conclusión del término, pero la Audiencia Territorial estimó la excepción de inadecuación de procedimiento y revocó la anterior.

No triunfa la casación. El contrato era de arrendamiento de local y no de industria, ya que lo que se cedió fue un local con unas estanterías y mostrador sin que se cediera industria en funcionamiento, cuya explotación continuará el arrendatario. Se debió cursar el procedimiento por las normas de la LAU y no las de la LEC. Ha de mantenerse las conclusión de que el arrendatario nunca continuó la industria preexistente sino que creó otra distinta en el mismo local, que no ha de devolver el término del contrato. No aparece en el arrendamiento el concepto clave de continuar en la explotación de la empresa, de una vida propia, del conjunto de bienes que siguen con distinto titular. Al no haber recibido el arrendatario ese conjunto, funcionaba la interpretación del contrato como arrendamiento de local, sujeto a la LAU.

C. R. R.

INFORMACION BIBLIOGRAFICA

ATTALI, JACQUES: *Historia de la propiedad*, Editorial Planeta, Colección Documentos, Barcelona, 1989.

Hay libros que desde que uno los compra o adquiere son prometedores. Responden a la necesidad que siente el que los está examinando para ver su contenido a través del sumario y de esas frases que, como puntas de lanza, le están incitando a la adquisición. Adquirí este libro para la Biblioteca del Colegio en mi etapa en la que una de mis ocupaciones era "seleccionar libros" para engrosar con los adecuados el fondo disponible para los lectores. Labor ésta callada, que lleva su tiempo, que exige oportunidades, insistencias, persecuciones, llamadas, presencias y conocimientos. Es una labor "deliciosa", divertida, pero no valorada, salvo por aquellos que tienen amor a los libros y que se sirven de ellos para adquirir sus conocimientos. Este libro nada más tenerlo en las manos convirtió su posesión en dominio. Hay en él unas llamadas al lector —al lector que sabe leer— que doblegan cualquier resistencia que se alegue para evitar su compra. Hay en su índice unos títulos de capítulos que cualquier espíritu sensible cae en la seducción de ellos. Sirvan de ejemplo el de "Mujeres y guerras", "Cuando la propiedad quema los dedos", "Tierras, don de los Dioses", "La ciudad de los vivos", "Vida privada, derecho a sí mismo", "El anonimato, la marca y el monopolio", "Hacia las estrellas", "Sólo se muere tres veces"..., etc. Diréis: este "seleccionador" de libros está en las nubes de la poesía y del ensueño. Quizá por eso el autor —magistralmente traducido por Enrique Sordo— reproduce —a modo de prólogo— un fragmento del "Diálogo sobre el comercio de los trigos", de 1770 (Ferdinand Galiani), donde se compara el trabajo de marquetería del "metafísico" y el del "poeta". El del primero es reunir infinidad de pequeños trozos para formar un mosaico. El del segundo es un fundidor de estatuas. Por eso el poeta no encuentra nada que admirar en el metafísico, ni éste en aquél. El poeta le dirá siempre: no has imaginado nada, y el metafísico le contestará: tú no has demostrado nada.

Así como el hombre ha repetido durante siglos las mismas preguntas que se hace sobre sí mismo (identidad, sentido de la vida, dolor, muerte, etc.), así también ocurre con la propiedad: ¿cuál será la mejor manera de organizarla, la más justa, la más libre? Y así ha surgido la teoría de la propiedad comunitaria, la que tiene un sentido contrario, y la que ha soñado con una sociedad sin propiedad, ni privada ni colectiva. Ante todo ello yo me pregunto: ¿había alguna razón que impidiera comprar este libro? Si alguna había quedó en la penumbra, ya que derribado el muro de Berlín, aplastado materialmente el sistema comunista, se abre ante esos pueblos tiranizados por una opresión de años el auténtico debate sobre "la propiedad privada". Estamos, como apuntó hace poco Torcuato Luca de Tena, en que ha llegado para la dogmática marxista irreversiblemente el punto final.

El ensayo que contiene el libro subyuga al lector desde sus primeras páginas

y el autor en su introducción se recrea en llevar al lector por ese camino que él va abriendo. Y así dice que para comprender lo que la propiedad significa lo que oculta y lo que revela, e intentar aprehender su porvenir, hay que relatar su historia que, si se desea exhaustiva, debería ser una historia de la ciencia y del amor, de las lenguas y del poder, del derecho y de la familia.

La capacidad de síntesis y la precisión de calificativos hace que en esta introducción adelante la esencia del ensayo y así, tomando por ejemplo la historia francesa de la propiedad, dice que al lado de grandes historias y de soberbias rebeliones, algunos han confiscado la propiedad y el poder sobre la tierra y, luego, sobre lo esencial de las empresas y hoy, en una irónica permanencia, tratan de nuevo repartirse, como los despojos de un vencido, algunas propiedades del Estado y de la nación. En determinados siglos la propiedad privada de las cosas ha sido como la condición esencial para la expansión de la libertad y de los derechos del hombre, mientras que en otros posteriores se ha pensado que la propiedad privada destruye la libertad y se destruye a sí misma.

La primera ambición de los hombres, la que los guía antes que cualquier otra cosa, es la de ser, durar, retrasar la muerte. Y para durar, emplear siempre la misma astucia bajo múltiples formas: apropiarse de los bienes de los demás, que son sus fuerzas y su vida, y emplearlos de una manera que corresponda lo más exactamente posible a la idea que nos hacemos, en una época dada, de la muerte. Y de esta forma señala tres grupos de códigos: 1) En los comienzos del hombre, el primer orden está caracterizado por el canibalismo. La primera propiedad es la vida. El primer desprovisto es el muerto. 2) Cuando el tamaño de las sociedades aumenta, la vida prevalece poco a poco sobre la muerte y los muertos ya no llevan a los vivos a sus tumbas. 3) Finalmente viene el orden mercantil. La muerte parte con la ambición de dejar un recuerdo, o un nombre, por herencia. El dinero es el bien fértil, el tributo se convierte en ahorro, y el desprovisto es el que no puede ganarlo. El hombre se apropia poco a poco de todo lo que vive y lo transforma en objeto o artefacto. Todo objeto para ser vendible, se define según un criterio único: el dinero. Muy pronto, los sonidos, las imágenes, las ideas, la misma muerte se convertirán en mercancías. Y termina: el hombre que hasta aquí sólo ha sido lo que posee ¿dejará mañana de ser a fuerza de tener demasiado?

Y al llegar a este punto, con el que termina la introducción, el recensionista tiene que remitir al lector al texto: resulta imposible resumir las ideas, las expresiones y la belleza del relato. Intentar un acercamiento, sería disminuir la esencia. Por ello nos vamos a limitar a exponer cómo la obra tiene cuatro grandes partes:

I. "Las cosas de la vida". Donde se relata esa historia de la propiedad a través de unas imágenes que van desde los cazadores en armas a los dones del jefe, pasando por pastores y rebaños, campesinos y semillas, nacimiento del esclavo y el hijo dueño, para terminar con la idea del cada uno para sí.

II. "La fuerza de las cosas". Recorre otra etapa histórica examinando temas tremendamente sugerentes como son las estatuas de los muertos y la ciudad de los vivos, para terminar abriendo el camino hacia el orden mercantil.

III. "El tener para sí". Ya estamos en la fase histórica del siglo *xi* para culminar en el *xix* y aquí se mezclan ese conjunto de ideas que mantienen la evolución del instituto de la propiedad: la bolsa y la vida, de la memoria al escrito, cercados y propiedades, los códigos de los mercaderes, vida y muerte burguesas, el urbano infatigable, matrimonio y herencia, etc.

IV. "Lo propio del hombre". El gran capítulo en el que se tocan temas trans-

cendentes como el monopolio y la metrópoli, la propiedad de los objetos, producir y consumir la deuda, propiedad y ciudadanía, tener y saber, etc. culmina con lo que el autor considera propio del hombre: el derecho a la creación de sí mismo.

Y aquí finaliza la recensión. El que quiera puede acercarse a la Biblioteca del Colegio y leer el libro de este autor que podría pasar —físicamente hablando— por un Registrador de la Propiedad, ya que guarda semejanza con algún compañero que me es asiduo en el trato. Y cuando termine de leerlo me diga: la vaerdad es que tú te acercas más al poeta que el metafísico. Ambas cosas es difícil serlo, pues se incurriría en grandes contradicciones.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

GAYA SICILIA, REGINA: *El principio de irretroactividad de las leyes en la jurisprudencia constitucional*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1987.

El presente trabajo, que constituye la tesis doctoral de la autora del mismo, lo utilicé no hace poco para elaborar una de las Comunicaciones que presenté en el último Congreso Internacional de Derecho Registral celebrado en Buenos Aires, 1989. Tocaba el gran tema de la "seguridad jurídica" y era fundamental abordar uno de los puntos que sostienen la misma: el principio de irretroactividad que en este trabajo se lleva hasta unos límites insospechados hablándose, como veremos, de una inconstitucionalidad de normas anteriores a la Constitución incompatibles con ella.

Hay un "slogan" publicitario que debe moverse con cierta habilidad cuando ronda el día de los enamorados, allá por el mes de febrero: "*hoy te quiero más que ayer y menos que mañana*". Este es el tema de la irretroactividad: el cariño no es retroactivo, sino que mira siempre hacia un futuro, promete una seguridad aumentativa, pero crea una especie de desilusión nostálgica. Aquel primer amor, aquel gran juramento, aquella promesa ritual de querer con toda el alma, queda arrinconada por la consolidación y el aumento del cariño actual. ¿Se querrá más o se querrá de otra forma? Dejemos aparcado el problema, aunque la cita que hago tenía una intencionada relación entre el amor y el Derecho y, quien tenga memoria, deberá recordar la recensión que en estas páginas hice en su día del discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Luis LEGAZ Y LACAMBRA bajo el título "El Derecho y el amor".

La obra va prologada por el Profesor LUIS IGNACIO ARECHEDERRA ARANZADI —conodico Catedrático de Derecho Civil y miembro de un Tribunal de oposiciones a Notarías que sufrió el ataque, pistola en mano, de un opositor— el cual centra el tema de la interpretación del artículo 9,3 de la Constitución, sugiere a su autora el mismo, forma parte del Tribunal que juzga la tesis y elogia la altura, el tino y la seriedad con que el tema es abordado por su autora. La obra se estructura en cuatro partes a las que ajustamos la recensión y se completa con un índice sumarial y una abundante bibliografía.

I. EL PRINCIPIO EN EL CODIGO Y EN LA CONSTITUCION

Sin perjuicio del examen que la autora hace del principio de irretroactividad a través de su concepto, rasgos históricos, caracteres, configuración fundamental

del mismo y formulación en el Código Civil y en la Constitución, abre una síntesis del mismo al decir que la Constitución sienta una prohibición al dictar leyes con efecto retroactivo en las materias sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, lo cual supone una garantía para el ciudadano, aunque el precepto legal esté lleno de ambigüedades e indeterminaciones.

El punto medio que idealmente trata de lograrse entre la necesaria evolución del derecho y el gran atentado a la seguridad del mismo, resulta difícil de lograr y en él deben jugar más factores políticos, sociales y económicos, que jurídicos. La autora recorre la Constitución y señala cómo el principio de irretroactividad —por primera vez establecido en la Constitución, fuera de la normativa penal—, está recogido en el texto en dos artículos: el 9,3 y el 25,1. De todos es conocido el contenido de ambos, el primero referido al principio en general para las disposiciones sancionadoras o no favorables o restrictivas de derechos individuales y, el segundo, referido a la inmunidad de quien comete una acción u omisión que no sea delito, falta o infracción administrativa conforme a la legislación vigente en ese momento. Respecto del primer artículo la autora se plantea una serie de preguntas:

- a) Qué se entiende por irretroactividad o retroactividad.
- b) Qué acepción tiene la palabra “disposiciones”: ley, reglamento...
- c) Las disposiciones sancionadoras son “restrictivas de los derechos individuales”.
- d) Cómo se delimitan los conceptos de “no favorables” y su posible aplicación a los “favorables”.
- e) Cuáles son los “derechos individuales”.
- f) Relación de preferencia o subordinación del principio con todos los demás del mismo artículo.

II. RETROACTIVIDAD EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

Después de estudiar con singular agudeza si el Tribunal Constitucional es o no un órgano productor de jurisprudencia, el sentido de la expresión jurisprudencia constitucional y la posible fuerza vinculante de la misma, pasa revista minuciosa a un conjunto de Sentencias que van desde la de 31 de marzo de 1981 a la 23 del mismo mes de 1984. De todas ellas saca las siguientes conclusiones: 1) El Tribunal Constitucional es un órgano productor de jurisprudencia. 2) Se deduce la dificultad de resolver el derecho intertemporal. 3) No hay una línea clara y bien determinada en la jurisprudencia. 4) Parece prevalecer la seguridad jurídica al señalarse que la misma “impone el límite a la reversibilidad del pasado”. 5) Al tratarse de jurisprudencia de problemas y no de conceptos, domina el casuismo. 6) La jurisprudencia aporta la idea de la retroactividad para aplicar en este sentido la Constitución, y de otras normas. 7) Son valores superiores los de “justicia” e “igualdad”, etc.

III. EL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD JURISPRUDENCIAL

También aquí se sigue por la autora el sistema de exponer el panorama de la jurisprudencia abarcando desde la de 30 de marzo de 1981 a 10 de abril de 1986. Resume en sus conclusiones la esencia de estas decisiones y, de entre ellas, quiero aquí destacar la afirmación de que el principio de seguridad jurídica

aparece como eje o punto de referencia constante alrededor del cual giran todos los demás. Tesis que mantuve ya hace tiempo y, por lo que, agradezco a la autora la cita de uno de mis artículos en los que sostuve esta teoría. Se repudia la teoría de los "derechos adquiridos" en sede constitucional y legislativa, admitiéndola en cambio para la Administración. Por último —y que quede claro que con ello no intento resumir las treinta conclusiones que la autora ofrece— considera que toda acción legislativa sobre el pasado es constitucional. El límite constitucional se reduce y, con él, el ámbito material protegido por la garantía de la Constitución. La intervención retroactiva en materia social y económica queda así legitimada, sea cual sea su extensión y profundidad. Es decir, juega no sólo el artículo 9,3, sino el 1,1 y el 9,2 con los conceptos de Estado social y democrático.

IV. LA IRRETROACTIVIDAD EN EL DERECHO COMPARADO

El estudio monográfico comprende una exposición de la situación frente al problema de las legislaciones de Italia y Alemania. En el primer país todo gira en torno a las normas tributarias y la negación del carácter retroactivo de las mismas sobre la base del principio de capacidad contributiva. En el segundo los límites constitucionales a la retroactividad de las normas —dejando a un lado las penales— se deducen del principio de Estado de Derecho y de sus colorarios: seguridad jurídica, certeza del Derecho y protección en la confianza.

Me hubiera gustado hacer un resumen de las conclusiones finales que la autora brinda al lector, pero como yo me he convertido en recensionista, cedo gustoso al que leyere el disfrute de leer, discrepar o aceptar, las mismas. Yo bastante tengo con estar citado entre la "doctrina", lo cual me proporciona tumbos emocionales.

JOSÉ MARIA CHICO Y ORTIZ

REAL ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN: *Anales número 21*. Número especial dedicado al segundo ciclo de conferencias del centenario del Código Civil. Un tomo de 449 páginas. Madrid, 1989.

La "Docta Casa", para conmemorar el siglo de la promulgación del Código organizó dos ciclos de conferencias que se desarrollaron con toda solemnidad en el adecuado marco de su salón que, aparte de sapiencia jurídica, rezuma ambiente y perfume casi a épocas codificadoras.

En este tomo de sus Anales se recogen las conferencias del segundo ciclo, muy interesantes como vamos a ver, por englobar una visión panorámica de nuestro Cuerpo legal, con el poso del siglo transcurrido. Porque ya es argumento manido y hasta pasado de moda la costumbre de algunos tratadistas que tiraron chinitas contra el Código por afán de notoriedad; al cabo de un siglo, va siendo hora de revisar esas posturas y reconocer que científica y prácticamente, el Código ha supuesto un valiosísimo paso adelante en nuestro Derecho civil nacional. Ahora que los regionalismos se agudizan y asistimos a una catarata desatada de disposiciones autonómicas, recordamos más la postura del Profesor De CASTRO que defendía el lugar importantísimo del Código en la articulación del Derecho patrio frente a los soplos particularistas que lo atacaron.

Vamos, pues, a resumir el contenido de las conferencias desarrolladas en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.

1. *El Derecho de sucesiones en el Código Civil*, por JUAN VALLET DE GOYTISOLO.—Comienza diciendo que la conmemoración del centenario del Código español permite observarlo con una distancia cronológica suficiente para que, quien contemple la labor codificadora que implicó, obtenga una panorámica global de cuanto significó de continuidad y cambio con respecto al Derecho entonces vigente en los territorios del Derecho común; éste estaba constituido por el Derecho Real de Castilla, complementado por las Partidas y la labor interpretativa de los autores y la jurisprudencia de los tribunales, con lo que se integró en una unidad orgánica.

Repasa la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888 que en sus bases 15 y 16 se refería de modo especial al régimen sucesorio y a continuación examina con su conocida maestría las instituciones más fundamentales del Derecho sucesorio, según se plasmaron en el Código. Así, analiza los conceptos de sucesión y herencia, examina la voluntad del testador como auténtica ley de la sucesión, aunque con algunas limitaciones que repasa extensamente, para terminar con los principios básicos del Derecho sucesorio, de los cuales hace lo que llama un examen radiográfico, poniéndolos en cotejo: los del Derecho Romano clásico con los recogidos por el Código civil.

2. *El Derecho de los bienes en el Código Civil*, por JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS DE LOS MOZOS.—Si un día tuve ocasión de escuchar “en vivo” esta conferencia, ahora leyendo despacio su texto, le saco mayor sentido. El Profesor De los Mozos se introduce en el tema empezando por la dualidad terminológica “cosas-bienes”, para entrar después en los criterios clasificatorios, para ver si los establecidos en las “Instituta” se han recibido en el Código. De aquí viene el escalón siguiente que supone el paso del Derecho de los bienes al llamado sistema de los derechos reales, que no es lo mismo, aunque lo parezca.

Análisis detenido merece el autor la consolidación en el Código de la teoría romanista del título y el modo, que se ha consolidado como principio sistemático. Lo mismo hace al contemplar los tipos existentes de derechos reales, con la cuestión de si es posible su *numerus apertus* o si deben tasarse, con derivación a la teoría de la *obligatio propter rem*.

Especialmente estudia la cuestión de la posesión y su entronque con el sistema de la publicidad registral. Nos dice el Profesor De los Mozos que la necesidad de proteger el tráfico jurídico se halla tan metida en la mentalidad de la época de la codificación que origina el abandono de la tradición romanista, cambiando todo el sistema de la adquisición de la propiedad y de los derechos reales y así se ve en el Code civil francés que se desentiende de la vieja teoría del título y el modo. En cambio, la Ley Hipotecaria y el Código españoles aceptan el reto de hacer compatibles ambas cosas mediante el establecimiento de un sistema de publicidad que, perfeccionado a través de sucesivas reformas, ha rendido espléndidos frutos, contribuyendo a la modernización del país de manera eminente, a través de un “Derecho de juristas” que constituye un legítimo orgullo para todos.

Concluye que, al menos por lo que se refiere al Derecho de bienes, el Código Civil merece un juicio altamente favorable. No sólo respeta y acoge la tradición jurídica nacional, como debe hacer una obra perdurable que es un código, sino que lo hace en el doble sentido de seguir la obra codificadora europea y a la vez

permanece fiel a la tradición del Derecho común y del *usus modernus Pandectarum*, como se muestra en el trascendente tema de la teoría del título y el modo.

3. *El matrimonio en el Código Civil*, por AMADEO DE FUENMAYOR.—El tema de si el matrimonio debía ser canónico o secularizado fue uno de los mayores obstáculos en el proceso de elaboración del Código. Estuvo presente en los sucesivos proyectos hasta llegar a la fórmula conciliadora de ALONSO MARTÍNEZ, fruto de laboriosas negociaciones con la Santa Sede.

El conferenciante recoge toda una larga serie de posturas tan pendulares como lo eran los abundantes cambios políticos de la época. Por fin, tras las reservadas y delicadas negociaciones dichas, se redacta la Base 3.^a que pasará casi literalmente a los artículos 43, 75 y 78 del Código Civil.

Tres ese apunte histórico, FUENMAYOR estudia la concepción liberal del matrimonio que quiere distinguir el sacramento del contrato y por ello postula que sean las leyes civiles las que deban regular de modo exclusivo esta figura. Sobre esta base, los liberales españoles del siglo XIX, aun respetando las líneas esenciales del matrimonio, con la indisolubilidad, tratan de negar toda jurisdicción de la Iglesia en la materia. Con todo, el autor señala una constante en el itinerario que han seguido en nuestro Derecho los sistemas matrimoniales, a partir de la Ley de 1870, y es el influjo que, con distintos matices, han ejercido unos sistemas sobre otros y cuyas fuentes inspiradoras respectivas han sido la Constitución y el Concordato en las diversas épocas.

Termina contemplando el momento actual de la regulación matrimonial y lo resume diciendo que existen dos concepciones jurídicas distintas: ambas coinciden en que el matrimonio es un vínculo jurídico entre varón y mujer causado por el consentimiento de los contrayentes, que constituye la base de la familia legítima; discrepan en cuanto a la estabilidad de la unión, pues para unos es indisoluble y para otros debe existir la posibilidad de ser disuelta por el divorcio. En todo caso, dice, se concibe el matrimonio como una realidad jurídica de doble vertiente: contractual e institucional y son los contrayentes quienes crean esta relación jurídica conyugal; y esta unión tiene un núcleo esencial cuyo contenido concreto depende de la concepción matrimonial en la que se haya inspirado el legislador.

4. *Las obligaciones en el Código Civil*, por LUIS DíEZ PICAZO.—Empieza su trabajo diciendo que a la hora de conmemorar el centenario del Código civil y calibrar lo que éste ha representado y representa, el balance es positivo y esta es la oportunidad de proclamar el puesto central que significa el Código en nuestro Ordenamiento jurídico. A los cien años no sólo queda la letra del Código, sino que también se ha hecho patente su capacidad para suscitar el incesante trabajo de las instituciones de aplicación y de los intérpretes. En este sentido, dice DíEZ PICAZO, hoy es un Código enriquecido y con aptitud para seguir siéndolo.

Al entrar ya en la materia del Derecho de obligaciones, el conferenciante señala una primera característica que es la falta de conflictividad en su elaboración, hasta el punto de que en la Ley de Bases esta materia brilla por su ausencia y la Comisión codificadora sólo dedicó al tema de las obligaciones y contratos sus dos últimas sesiones, que además no plantearon problemas. Y en la discusión parlamentaria posterior a la publicación del Código, la referente a esta materia se caracteriza por su parquedad: en un volumen de 830 páginas, apenas pueden encontrarse unas cuantas líneas.

Con todo, DíEZ PICAZO resalta la novedad de que el Código dedique un libro especial a la materia de obligaciones y contratos, independizándola del conjunto

de los modos de adquirir la propiedad y cobrando vida propia. Nos dice que presenta su propia dinámica y cumple su función como vehículo del tráfico económico y del intercambio de bienes y servicios. El Código nos presenta una idea simplificadora de la obligación como la situación en que se encuentran dos personas, una de las cuales tiene derecho a exigir una prestación y la otra se encuentra sometida al deber jurídico de llevarla a cabo. Es también característico que el Código construya la teoría general descansando en las obligaciones pecuniarias y en las de dar y, dentro de ellas, en las de dar cosas específicas. Termina haciendo una loa de la regulación de la materia en el Código, basada en el principio general de la libertad de contratación.

5. *Normas procesales en el Código Civil*, por LEONARDO PRIETO-CASTRO FERRÁNDIZ.—Nos dice que, salvo error u omisión, el número de esas normas procesales asciende a 290, de las cuales un elevado porcentaje regulan materias de negocios de jurisdicción voluntaria.

Las razones de que el Código regule materias procesales pueden ser varias: la oportunidad legislativa, la necesidad de regular una institución nueva y el deseo de que la norma procesal figurase junto a la disposición material.

A continuación, siguiendo el orden del articulado, el Profesor PRIETO-CASTRO hace una enumeración exhaustiva de esas normas procesales, con breves y acertados comentarios y puntualizaciones.

Resalta la importancia que para el juzgador pueden tener estas disposiciones en cuanto suponen a veces el hallazgo de "normas de experiencia", tales como "causa razonable", "moral", "consecuencias del contrato", "diligencia de un buen padre de familia", "buenas costumbres", "fuerza irresistible", etc.

En todos estos casos, nos dice PRIETO-CASTRO, lo que se atribuye al Juez es una facultad normativa, la creación de la premisa mayor o jurídica del silogismo, para el discurso de la sentencia.

6. *El documento en el Código Civil*, por ANTONIO RODRÍGUEZ ADRADOS.—El conferenciante, prestigioso Notario de Madrid, presenta una completísima exposición del documento en general y de los títulos notariales en especial.

Comienza encuadrando los documentos en la sistemática del Código, que los sitúa en su libro IV "De las obligaciones y contratos"; por un lado, en los artículos 1.216 a 1.230 en cuanto a la prueba de las obligaciones y, por otro, en los artículos 1.278 a 1.280 en cuanto a la eficacia de los contratos; trata de una clase especial de documentos que son los testamentos en los artículos 662 a 743. Además, el Código se refiere a los documentos con una dispersión absoluta a todo lo largo de su articulado.

Tras recoger los antecedentes en la Ley de Bases, RODRÍGUEZ ADRADOS hace un estudio muy completo del concepto y clases de documentos, entrando a fondo en los requisitos de los documentos notariales *inter vivos* y de los distintos testamentos, ya en la regulación del Código.

La eficacia de los documentos constituye otro apartado que trata con cuidado, distinguiendo primero entre forma y eficacia, para entrar después en un análisis detallado del artículo 1.218 del Código Civil: hasta donde hacen fe los documentos notariales en cuanto al contenido, en cuanto a los intervinientes o terceros y al hecho que motiva el otorgamiento. Repasa después la eficacia de los documentos privados y los testamentos, para terminar con el sistema de libertad de forma en la contratación que parece presidir el Código, aunque con las excepciones conocidas, que RODRÍGUEZ ADRADOS desmenuza.

7. *El régimen económico del matrimonio*, por MANUEL DE LA CÁMARA ALVAREZ.—El conferenciante presenta su perplejidad al encontrarse ante el dilema de exponer el régimen matrimonial, que se reguló en el Código inicial, o el actual, que derogó al antiguo sustituyéndolo por otro diferente. Opta por un sistema intermedio, examinando los principios fundamentales de la versión primigenia del Código, para aceptar la evolución posterior hasta llegar al punto en que nos encontramos hoy.

La organización familiar en 1889 descansaba en tres pilares básicos: La subordinación de la mujer al marido, que se manifestaba en la licencia marital y la administración por el varón de los bienes matrimoniales; la preferencia por el sistema de gananciales y división de los bienes de la mujer en dotales y parafernales; finalmente, la inmutabilidad del régimen económico después de celebrado el matrimonio. Sólo subsiste el segundo principio o sea la preferencia de trato hacia los gananciales, pues los otros dos principios han sido derogados.

La trascendental reforma de las leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981 era necesaria y hasta urgente, porque el Código había quedado desbordado por la realidad social, contra la que no puede luchar el legislador.

MANUEL DE LA CÁMARA, Notario y especialista en temas familiares, expone magistralmente los temas apuntados, bajo ese doble prisma de la regulación inicial y la del momento actual.

8. *Las raíces del contrato de trabajo*, por MANUEL ALONSO OLEA.—Nos dice que los artículos 1.583 a 1.587 que forman la sección 1.ª, capítulo III, título IV del libro IV del Código Civil, con toda seguridad, eran en buena medida ya anacrónicos cuando se dictaron. Hoy, dice, se tienen por irrelevantes y derogados.

Hace un estudio histórico y comparativo de aquellos preceptos y termina con estas tres ideas adicionales:

1.ª Los servicios de una persona son distintos de la persona misma y por tanto el compromiso sobre aquéllos no implica de suyo compromisos sobre ésta.

2.ª La persona queda comprometida cuando los servicios se pactan por toda la vida o por tiempo indefinido, porque en esta cesión hay un menoscabo profundo de la personalidad que es invalidante del contrato.

3.ª Tampoco se puede ceder "toda la actividad", sino sólo la limitada al tipo de servicio concreto que contractualmente se compromete. Lo característico del contrato de trabajo es su limitación paulatina.

9. *Representación y mandato en el Código Civil*, por FRANCISCO BONET RAMÓN.—Comienza diciendo que admitida la representación como un fenómeno natural en la vida moderna, el mayor obstáculo al reconocimiento de la autonomía, de la individualidad de la procura, fue la pertinaz confusión entre representación y mandato.

Hace primero un estudio de Derecho comparado para entrar después en el Código civil español, resaltando que el Código regula separadas ambas figuras. La representación en el artículo 1.259 y el mandato en los artículos 1.709 y siguientes.

Analiza la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la Dirección General de los Registros y del Notariado y termina asegurando que la nueva redacción del título preliminar del Código confirma la doctrina de la separación entre representación y mandato en los artículos referentes al Derecho internacional privado y el interregional.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

IRTI NATALINO: *La cultura del Diritto Civile*, Torino, 1990.

La obra, excelentemente impresa, es una recopilación de ensayos recientes —el más importante todavía inédito—, momentos de una proyectada historia del Derecho Civil Italiano. El autor es un veterano titular de la cátedra de Derecho Privado en la romana "La Sapienza" y finísimo escritor cuyas páginas, impregnadas de ciencia y nostalgia, recuerdan aquellos mosaicos bizantinos en que cada pieza está tallada, medida y coloreada individualmente.

El civilista, nos dice inicialmente, ha tenido a su disposición un excelente patrimonio de categorías y conceptos, la dogmática, producto destilado de innúmeras generaciones que la deban seguridad y estabilidad. La clase media, como explicaba Hegel, en especial la de raíces agrícolas, constituía la aristocracia intelectual de la consciencia jurídica y liberal de un pueblo que ni la política ni la sociología han podido corromper. Cuando en estos últimos decenios aparece la "Política del Derecho" la tradición se hace impura y pecaminosa: la ley capitula ante mil presiones; se enseñorea el desorden; la ética pasa a pieza de museo y lo que se llama democracia resulta ser una simple manifestación de verbosidad. Jamás el privado se había sentido más desilusionado y desamparado, casi un extraño ante un Estado cuyo valor moral, vacilante, no parece hallarse al servicio de la sociedad.

En los primeros estudios de la obra se resume ampliamente la historia del citado Derecho a partir de 1865 en el que coronando la unidad política aparece el primer Código para toda Italia. Es de corte napoleónico, burgués, laico y, como en Francia, aparece la escuela de la exégesis cuya metodología resumió BUGNET: "Yo no explico el Derecho civil sino el Código de Napoleón." Pero ya en 1881 con Gianturco se inicia la masiva importación de doctrina germánica, Serafini funda el "Archivi Giuridico", Scialoja traduce a Savigny y Fadda y Bensa el Winscheid al que acotan con célebres "Notas"; Filomusi-Güelfi, discípulo de Spaventa, De Filippis, Chironi, Segrè, Venezian y otros muchos aceptan la recepción que alcanza a Kantorowitz y Kelsen que separa el problema del valor, la justicia de la norma, del de la validez, la existencia.

Lentamente Italia se industrializa, con más acento con motivo de la I guerra en la que ya aparecen disposiciones excepcionales que si en ocasiones son transitorias en otras contienen el germen de un derecho nuevo. Son el precedente de futuras leyes especiales, nuevos microsistemas que no han de conseguir eliminar las referencias del Código al procedimiento analógico.

En 1921 aparece el "Trattato" de Ferrara y aunque sigue las líneas del de Coviello ya se advierte en él el valor y trascendencia de la legislación especial. Son los preludios del fascismo cuya doctrina político-social se centra más en ésta que en el andar civilista. Su Código, de 1942, aunque adopta como eje la empresa, el régimen del que "hace", superior al del que "posee", siempre dentro de la naturaleza empírica y relatividad histórica conceptual, se limita a concordar la normativa con las exigencias sociales, las dimanantes de la industrialización. Por ello, al desaparecer el sistema, a pesar de las agrias excomuniones de Lorenzo Mossa, el Código apenas si sufre algunas alteraciones formalistas.

En 1948 entre en vigor la Constitución republicana, síntesis más formal que sustantiva ("concordia en palabras") de ideologías tan dispersas como la católica, la liberal y la socialista. Pretende fundar una nueva sociedad; es casi un manifiesto ideológico en el que familia y autonomía privada, junto con la consabida propiedad, son las más destacadas víctimas y, mientras declina el idealismo de

Croce y Gentile, en 1950 Bobbio sienta que la ciencia del derecho se resuelve en un análisis del lenguaje, el del legislador, distinguiendo la teoría formal del derecho y la de la justicia: se abre el camino al método experimental. Un amplio movimiento filosófico intenta dialogar con el derecho.

El raro fenómeno del Mayo francés de 1968, con su "horda de oro", tiene repercusiones amplias y profundas. Considerando la verdad objetiva como un fraude capitalista; proclama la teoría de la "política integral" con más apasionamiento que los regímenes totalitarios. No cuenta el texto de la norma sino su alcance implícito y origina dos líneas de pensamiento, la que puede encarnarse en Cotta que profundiza en la voluntad del legislador no exteriorizada en la letra y la que capitanea Pietro Barcellona, el "uso alternativo del derecho", que invierte la ley para tutelar los intereses opuestos a los que dieron lugar a su nacimiento. Se puede decir que nace en 1972 y muere en 1976.

A partir de 1963 los temas industriales adquieren preponderancia: poder y responsabilidad de la empresa, condiciones generales del contrato, control de la actividad económica, revisión del concepto de persona jurídica, protección del consumo y hasta se recibe por Trimarchi, el "análisis económico del derecho", mientras que en 1970 se inicia la publicación del *Politica del Diritto*.

Por un momento, y al amparo de prestigiosa doctrina, parece perderse el equilibrio civilista; se intensifican las leyes especiales, el poli-sistema con sus neo-exégetas, dentro del diálogo entre cultura jurídica y riesgo empresarial. Pero el reflujó no evita reformas profundas en el derecho familiar y su economía: el 230 bis, nuevo artículo del Código, es el mejor ejemplo.

La era tecnológica de nuestros días no sólo ofrece instrumental y cibernética increíbles sino también nuevos planteamientos jurídicos que hacen vacilar hasta la distinción entre Derecho público y privado. Ecología, eutanasia, ingeniería genética... parecen presentar otra tabla de valores y tratar de imponer silencio a los civilistas, defensores de derechos fundamentales que sobreviven a fenómenos aparentemente eternos e irreversibles que, a veces, son sólo transitorios en forma más o menos dilatada. La ética siempre acaba emergiendo desde cauces profundos e inagotables.

Uno de los estudios está dedicado a la técnica de la legislación civil. Carnelutti ya hablaba de las "Leyes de Leyes", fundadas en la naturaleza, la razón o la ética de las que las leyes positivas sólo pueden ser reflejo fiel. Ripert había concretado los requisitos de generalidad, abstracción y subjetividad. Pero, como observa IRTI, las leyes son leyes aunque carezcan de todas las cualidades que sería de desear.

Su lenguaje debe ser sobrio, imperativo; los proemios que intentan persuadir parecen expresiones de impotencia. Y hay leyes cuya técnica deja fuera de su alcance a los no especialistas: las urbanísticas, alimentarias, de energía o motorización y aún las fiscales con su enorme complejidad. Dedicamos un recuerdo a Mauro Barbaris que ve en ello un paralelo a las viejas ciudades cuyo centro es un laberinto de plazuelas y callejas con modernos suburbios planificados y programados.

Los párrafos de IRTI nos recuerdan otros de FRONDISI aparecidos en la *R. di Do. Civile* en 1980 sobre la legística o "giuritecnica", que consideraba extensibles a la técnica legislativa los instrumentos modernos aplicados con tanto éxito a la jurisprudencia. Nos habla del "Ministerialkomissar" de la Cancillería de Viena que revisa proyectos de ley para que su texto pueda ser fácilmente introducido al ordenador o banco de datos, imponiéndole un lenguaje fácilmente asimilable por éste; de los ensayos en Lombardía del programa "Pert" (Program Evaluation

Research Task") adoptado en 1958 por la marina americana, ensayo que dirigió Mario Losano. Sin duda en nuestra sociedad tan industrializada son necesarios nuevo instrumental y funcionarios con distinta preparación.

Su penúltima parte efectúa una incursión al Corporativismo, tema que se mantiene en la opacidad. Se remonta al Congreso de 1932 al que concurrió lo más destacado de la intelectualidad jurídica italiana, con nombres como los de Ugo Spirito, Arnaldo Volpicelli y Cesarini-Sforza bajo el patrocinio de Bottai. Sus posiciones fueron discrepantes, aunque el propósito común fuere el de integrar la ciencia, no proceder a su demolición. Individuo, Estado y Empresa fueron los temas favoritos. El tiempo, que aporta serenidad, revisará el idealismo de la cultura de aquellos años que todavía deben permanecer silenciosas como las ciudades sepultadas por la arena del desierto.

La última aportación es un homenaje a Carnelutti con motivo de la realización de su maravillosa *Metodología Jurídica*. Para el gran Maestro el Derecho natural no es un orden físico, sino ético. El jurista, como el astrónomo, escruta el firmamento para descubrir las leyes del eterno movimiento sobre las que han de basarse las normas positivas. Ciaini pudo hablar de la "mística carneluttiana". Sus influencias permanecen y se introducen incluso en las posiciones críticas de alguno de sus discípulos, como Guido Calogero. Los problemas de ayer son también los de hoy. Una continuidad cultural obliga al jurista a interrogarse sobre cuestiones fundamentales. La ciencia, cuando se refleja sobre sí misma, pasa a ser metaciencia.

JOSÉ M. PIÑOL AGUADÉ

AGÚNDEZ FERNÁNDEZ, ANTONIO: *El Impuesto Municipal sobre Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana*, Editorial Comares, Granada, 1990. Un tomo de 189 páginas.

El entramado fiscal español, supongo que como todos, aunque algo más, es una selva inextricable que pocos conocen. Entre esos pocos, por deber ineludible, están los Magistrados de lo Contencioso-Administrativo, una de cuyas misiones consiste en revisar los actos que no pocas veces originan desfases y que comete la Administración tributaria en sus diversos grados.

En estas materias tanto da que sea el Estado como sus hijuelas autonómicas o municipales; la sed recaudatoria se suele mostrar insaciable y parece como si la aspiración de casi todos los órganos fiscales se centrara en el prurito de ver quién consigue enflaquecer más la bolsa del sufrido contribuyente.

Por ello, el estudio que presentamos de nuestro querido amigo ANTONIO AGÚNDEZ, Magistrado recién jubilado de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo, que ha presidido con tino y acierto durante bastante tiempo, se torna de una utilidad y actualidad evidentes. Lo primero porque nos alecciona de modo insuperable sobre las normas existentes y lo otro porque nos pone al día de los últimos retoques.

Es ANTONIO AGÚNDEZ hombre estudioso y enteradísimo, prototipo del buen Juez, autor de otros libros que hemos comentado en estas páginas y agrarista de prestigio, que es algo así como andar quijoteando en estos tiempos tan materialistas. Largas son las contiendas que hemos compartido sobre temas fiscales en defensa del trato favorable que merecen las sociedades agrarias de transforma-

ción y con pronóstico adverso según los últimos proyectos legislativos, todo hay que decirlo.

Decíamos que este estudio es utilísimo. Para quienes vivimos a diario el pulso del tráfico de los bienes urbanos no pueden pasar desapercibidos el agobio de los contribuyentes ante la creciente presión fiscal. Se avecina una subida catastral importante, la Ley de Tasas y Precios Públicos anatematiza con las penas del infierno para los que no declaren precios reales y a todo esto, los tipos de los impuestos son exagerados a todas luces. Al 6 por 100 de las transmisiones hay que añadir la plusvalía municipal; por eso el pobre comprador, al hacer cálculos, ha de sumar los dos impuestos, los intereses del crédito, impuestos y gastos de la hipoteca; hay que concluir que es más valiente que el mítico Amadís de Gaula si de decide a meterse en tales berengenas, ineludibles si quiere adquirir un modesto piso.

Parece como si los autores de las normas fiscales no se dieran cuenta de que pueden estar matando la gallina de los huevos de oro a cada vuelta de tornillo y que llegará un momento en que la gente renuncie a comprar o busque desesperadamente encontrar alguna salida a esta retahíla de gabelas.

Para el ciudadano normal, que es el cumplidor de la ley, y para los profesionales, este libro será de gran utilidad para saber a fondo de qué va el tradicionalmente conocido "Plus Valía" y que ahora, tras la Ley de Haciendas Locales de 28 de diciembre de 1988, se rotula con el pomposo nombre, más largo y difícil de retener, de Impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana.

Se inicia el libro con una introducción breve sobre el sistema tributario español en general, recogiendo los principios de legalidad, justicia distributiva, potestad tributaria y autonomía, que encuentran su apoyo en los correspondientes preceptos constitucionales y que se reflejan en la Ley General Tributaria, así como en los paralelos mandatos del sistema tributario local, especialmente en los artículos 105 a 111 de la antes citada Ley de Haciendas Locales.

En el capítulo II, dedicado a las nociones delimitadoras de este Impuesto, el autor contempla su fundamento y caracteres, recogiendo después la normativa que se atribuye a las corporaciones locales en el ejercicio de esta potestad tributaria.

En el capítulo III, que se refiere al hecho imponible, se detallan cuáles son los actos transmisivos que determinan su aplicación concretando el concepto del aumento de valor y aportando diversas sentencias del Tribunal Supremo aclaratorias.

Los casos de exención objetivos o subjetivos y las posibles bonificaciones son objeto del capítulo IV, explicándonos cómo se pueden ejercitar estos derechos, también con interesante aportación de jurisprudencia.

En todo Impuesto hay un sujeto pasivo, que en este caso es el adquirente en las transmisiones hereditarias y el transmitente en las onerosas. Todos sabemos que lo normal, hasta haberse hecho ya la cláusula de estilo, fija en todas las escrituras, es que se traslade la carga al comprador, pacto perfectamente permitido en el artículo 1.455 del Código Civil. El autor hace un detenido examen de este punto.

En el capítulo VI se entra a estudiar la base imponible, constituida, según el artículo 108 de la Ley de Haciendas Locales por el incremento real del valor de los terrenos urbanos manifestado en el momento del devengo y que dichos bienes hayan experimentado a lo largo del período entre dos transmisiones; este incremento se calcula con arreglo a unos porcentajes señalados en los cuadros

pertinentes. Para mayor claridad, AGÚNDEZ recoge varios supuestos obtenidos de diversas ordenanzas municipales a título indicativo, para terminar explicando la distinción entre la base imponible y la liquidable, cuando haya posibilidad de aplicar reducciones.

La cuota, que es variable según el número de habitantes de cada municipio, es analizada por el autor en el capítulo VII, exponiendo las reglas para determinarla entre los topes máximo y mínimo señalados para cada período. Es quizá uno de los puntos más oscuros y complicados de este tributo, motivando a veces extralimitaciones y por tanto mayores reclamaciones, hasta llegar al Tribunal Constitucional. AGÚNDEZ recoge varias sentencias.

El devengo y la gestión del Impuesto son objeto de los capítulos VIII y IX del libro, donde se detallan los avatares procedimentales de su liquidación, dedicando el capítulo X a la deuda tributaria, su fijación, notificaciones y diversos modos de pago, voluntario o en período ejecutivo, con sus detalles correspondientes.

Y en el último capítulo el autor entra por extenso en el estudio de las garantías jurídicas. En primer lugar examina los medios de los Ayuntamientos para hacer efectiva y ejercitar su potestad tributaria, concedidos por el artículo 5 de la Ley de Bases de Régimen Local y los artículos 146 a 150 del Reglamento de Régimen Jurídico de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre. Todos sabemos que antaño la plus valía municipal estaba garantizada en cuanto a la obligación de presentar la escritura en las oficinas municipales por la cobertura que suponían los artículos 254 y 255 de la Ley Hipotecaria; como requisito previo se exigía antes de despachar los documentos en el Registro de la Propiedad; además originaba una nota de afección fiscal al margen de la inscripción de la finca. Al derogarse por la Ley de Haciendas Locales el título VIII del Decreto Legislativo 781/1986, ya no existen estas garantías. Así se dice claramente en el escrito de la Dirección General de Coordinación de las Haciendas Territoriales a consulta del Colegio de Registradores, que todos conocemos y que el autor reproduce en este libro.

En cuanto a las garantías de los administradores, que AGÚNDEZ conoce muy bien por profesión, los artículos 14 y 19 de la Ley de Haciendas Locales contienen las normas reguladoras de las reclamaciones y recursos que pueden interponerse. El autor analiza estas defensas, tanto en el procedimiento puramente administrativo como en el jurisdiccional.

El libro acaba con un apéndice de textos legislativos y de formularios de gran utilidad.

En definitiva es una obra completa sobre este impuesto que sirve de guía imprescindible para los profesionales y para todos aquellos afectados por esta cada vez más importante faceta de la tributación municipal.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

DÍAZ DE ENTRE-SOTOS FORNS, MARÍA: *El autocontrato*, Editorial Tecnos, Madrid, 1990. Un tomo de 207 páginas.

En el mundo del Derecho, al igual que en el de la Música, abundan las "variaciones sobre un mismo tema". Existen unas relaciones contractuales básicas de las que van surgiendo constantes innovaciones, de acuerdo con los usos,

necesidades y circunstancias de las partes que en ellas intervienen, ofreciéndonos así un panorama jurídico permanentemente evolutivo. Son incontables las situaciones que producen como resultado la creación de nuevas instituciones jurídicas o la adaptación o combinación de las ya existentes a las nuevas circunstancias.

Tal es el caso del autocontrato, que es objeto de estudio en el libro que con éste título nos presenta MARÍA DÍAZ DE ENTRE-SOTOS FORNS, Doctora en Derecho y Profesora de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Madrid.

La figura del autocontrato nace de la combinación de dos elementos fundamentales: por un lado la bilateralidad que debe darse en toda relación contractual y, por otro, la aplicación de las reglas generales de la representación. La entrada en juego de ambos da lugar a una situación en principio paradójica. En palabras de la propia autora, "la hipótesis de formación del contrato por obra de una sola persona representa, bajo este punto de vista, una anomalía". Si bien hay sectores doctrinales que consideran inaceptable la existencia de esta figura, no es menos cierto que de hecho está presente, aunque, como antes dijimos, adaptándose a las circunstancias y con la condición de que no surja un conflicto de intereses como resultado de la convergencia en una misma persona (la del representante) de dos o más esferas jurídicas (las de los representados). Se trata de evitar "el riesgo de desequilibrio en beneficio del que actúa y en perjuicio de la esfera jurídica ajena sobre la que dispone". Además, como hay diferentes clases de representación (legal, voluntaria y orgánica) la naturaleza del autocontrato variará según los casos. Por otra parte, no sólo una persona puede actuar como titular de un patrimonio y representante de otro, sino también como representante simultáneo de dos patrimonios distintos.

Presentándonos una instantánea de sus ventajas (necesidad práctica de la figura, rapidez) y de sus inconvenientes (el ya mencionado conflicto de intereses que pone en peligro la autonomía de voluntades enfrentadas) la Profesora DÍAZ DE ENTRE-SOTOS nos muestra un estudio detallado de esta figura que ella misma califica de "singular pero indescartable".

Comienza este estudio con un rápido análisis histórico de la figura. El autocontrato era inconcebible en tiempos del Derecho Romano, y si bien no aparece como institución a tener en cuenta hasta 1873 (año en que ROMER admite la posibilidad del contrato consigo mismo), no es menos cierto que el Derecho histórico español no ha dejado de ocuparse de esta figura. Así, ya encontramos referencias en las partidas y en la Novísima Recopilación sobre casos concretos de actos que pueden o no realizar los padres respecto de los hijos, los tutores de sus pupilos y los mandatarios de sus mandantes. En general se establecía la prohibición de autocontratar, salvo con autorización judicial.

Deteniéndose en los precedentes inmediatos del Código Civil, observamos cómo el proyecto de GARCÍA GOYENA de 1851 se ocupa del autocontrato en tres materias concretas. En materia de patria potestad, establece que si el padre tiene un interés opuesto al de sus hijos menores, éstos serán representados por un procurador judicialmente nombrado. En cuanto a la tutela, alude a diferentes casos, tales como el del tutor que no puede comprar la finca subastada sin autorización del tribunal, y el del protutor que está obligado a defender los derechos del menor en juicio y fuera de él, siempre que estén en oposición con los del tutor. Por lo que se refiere a la compraventa, se prohíbe que los tutores y curadores compren bienes del tutelado, que los mandatarios adquieran por compra los bienes cuya administración se les hubiere encargado, y que los albaceas adquieran a título oneroso los bienes confiados a su cargo. Finalmente hace

referencia al tratamiento que recibe la figura en el anteproyecto de Código Civil de 1882-1888.

A continuación pasa la autora a estudiar la regulación positiva del autocontrato, que en nuestro Código Civil, a diferencia del alemán, portugués e italiano, no es contemplado con carácter general, sin perjuicio de que aparezcan regulados diferentes supuestos concretos de autocontratación. Así, los tres primeros apartados del artículo 1.459 sobre prohibiciones de comprar y vender, referidos a los supuestos más arriba mencionados; el artículo 163, que contempla el nombramiento de defensor judicial cuando uno o ambos padres tengan intereses contrapuestos a sus hijos no emancipados; el artículo 221 prohíbe al tutor recibir liberalidades del tutelado, representarle cuando en el mismo acto intervenga en nombre propio o de un tercero, comprar bienes del tutelado o venderlos...

El artículo 237 bis resuelve el conflicto de intereses entre varios tutores; el 299 establece el nombramiento de un defensor judicial si hay conflicto de intereses entre los menores o incapacitados y sus representantes legales o curador. Si la tutela es ejercida conjuntamente por ambos padres y el conflicto existe solamente con uno de ellos, al otro corresponde por ley, y sin necesidad de especial nombramiento, representar y amparar al menor o incapacitado.

También encontramos referencias en la legislación mercantil. Así, en el Código de Comercio vemos cómo el comisionista no puede comprar para sí ni para otro lo que se le ordenó vender, ni viceversa, sin licencia del comitente. En sucesivos preceptos se contemplan casos más generales de conflicto de intereses. Según el artículo 1.089 del Código de Comercio de SAINZ DE ANDINO, los Síndicos no pueden comprar bienes de la quiebra, y si lo hicieran se confiscarán a beneficio de la quiebra los efectos que hubiesen adquirido de ella. Encontramos normas similares en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y en la de Sociedades Anónimas, así como en la Ley de 26 de diciembre de 1984 y el Real Decreto de 17 de julio de 1985, reguladores de las Instituciones de Inversión Colectiva.

Una vez visto el tratamiento que el Derecho positivo hace de la figura, pasamos a examinar la controversia que el autocontrato ha suscitado en el terreno doctrinal. La "liebre" saltó en el año 1873, cuando ROMER planteó la admisibilidad o no del negocio jurídico del representante consigo mismo. Desde entonces y hasta hoy hay posturas para todos los gustos, empezando por quienes lo consideran como algo inadmisibles jurídicamente, continuando con los que lo admiten como acto que reúne los requisitos de un contrato, y terminando con aquellos que los admiten pero como acto de naturaleza no contractual.

Los que no lo admiten vienen a decir en líneas generales que en un contrato no sólo son necesarias dos personas, sino también dos voluntades, caso que no se produce en el autocontrato al tratarse de la voluntad de una sola persona, la del representante, aunque en ella se produzca la relación económica de dos patrimonios distintos. Además, según los defensores de esta postura, el acuerdo de voluntades debe exteriorizarse, no bastando, por tanto, con la decisión interna que tome el sujeto que contrata consigo mismo.

En contra de esta corriente de pensamiento, y como postura doctrinal más extendida, se encuentra la que admite la autocontratación como acto que reúne los requisitos de un contrato. Quienes apoyan este criterio mantienen que para que haya contrato, "no es necesario que concurren dos personas, sino dos partes, ni que haya dos voluntades, sino dos direcciones de la voluntad". Por lo tanto, aunque haya una sola persona, la del representante, eso no significa que no se dé

el elemento esencial de todo contrato: la bilateralidad. No importa que emanen de la misma persona si lo que emana son dos declaraciones de voluntad.

La tercera postura es la que afirma la existencia del autocontrato pero como acto de naturaleza extracontractual. Más bien lo conciben como acto unilateral de voluntad. Podría definirse ésta como una postura ecléctica, ya que de la primera corriente toma la idea de que no hay dos personas ni dos voluntades, y de la segunda toma el hecho de producir unos efectos iguales o equivalentes al contrato. Representantes de la doctrina española, tales como DE CASTRO y DIEZ-PICAZO, sostienen esta postura, si bien afirman que se trata de un acto unilateral de carácter especial que necesita el reconocimiento de los ordenamientos positivos.

Concluye este capítulo con unas consideraciones críticas de la autora, la cual defiende no sólo la admisión del autocontrato en nuestro Ordenamiento, sino también la armonización de esta figura con la del contrato. Para ello parte del tratamiento que le dan nuestros textos legales, a los que añade un análisis de los diferentes elementos del contrato, en combinación con el concepto de representación, que es el que hace que esta figura sea tan particular.

Precisamente al análisis de este último elemento dedica la autora un capítulo en el que nos hace ver cómo los ordenamientos que se ocupan del autocontrato lo vinculan a la representación, si bien nos muestra, además, cómo según algunos autores, en ciertos actos en los que falta la representación, aparece también la figura del autocontrato. (Entre otros ejemplos nos muestra el caso de la relación de dos patrimonios distintos: el del heredero y el de la herencia aceptada a beneficio de inventario.) Sin embargo, estos casos de vinculación de dos patrimonios especiales no terminan de encuadrar dentro del ámbito del autocontrato, ya que en palabras de la propia autora, "la dualidad patrimonial no se corresponde con la dualidad de centros de intereses: el núcleo de interés es único en la medida en que ambos patrimonios pertenecen al mismo titular".

Una vez circunscrita la figura del autocontrato dentro de la esfera de la representación, pasamos al análisis de sus variaciones en función de las diferentes modalidades de la misma: la legal, la voluntaria y la orgánica. Por lo que se refiere a la representación legal parece claro que se puede producir el autocontrato, a pesar de haber quienes opinen que en este caso el representado es una persona incapacitada para prestar el consentimiento. Sin embargo el representante puede prestarlo en su nombre, por lo cual se sigue dando la bilateralidad requerida. Al haber en este caso una mayor indefensión del representado, el ámbito del conflicto de intereses es diferente al de la representación voluntaria. Las tres modalidades de representación tienen muy poca y muy difusa regulación.

Otra distinción que se puede hacer dentro de la figura de la representación es la existente entre la simple y la doble. En la primera, el sujeto actúa como titular de un patrimonio y representante de otro, mientras que en la doble persona actúa como representante de dos patrimonios distintos. Cabe destacar la conclusión a la que llega la autora sobre las mayores posibilidades de que se produzca un conflicto de intereses en la representación simple que en la doble, ya que en ésta última no hay un interés personal del sujeto. Esto no significa que no se pueda dar el caso, ya que existe la posibilidad de que las partes ofrezcan al representante ciertas comisiones por servir mejor a sus respectivos intereses, circunstancia que le haría decantarse por uno o por otro.

Para que la autocontratación sea válida es necesaria la autorización del representado. Si bien la legislación mercantil si prevé la autorización del comitente,

en el Código Civil no encontramos una regulación expresa. Aunque del artículo 1.459.2 parece deducirse que no cabe autorización alguna para que el mandatario adquiera los bienes de cuya administración está encargado, la autora deja abierta la posibilidad de que exista, al afirmar que el hecho de que la ley no la permita no significa que esté prohibida, y que al tratar la figura del autocontrato hay que fijarse más en los principios generales, concretamente en el principio de autonomía de voluntad.

Llegamos así al concepto en el que parece encontrarse el "meollo" de todo este estudio: el conflicto de intereses. La jurisprudencia tanto del Tribunal Supremo como de la Dirección General de Registros y del Notariado no es precisa a la hora de establecer un concepto concreto, sin embargo en líneas generales se puede definir el conflicto de intereses como aquél en que la satisfacción de uno implica el sacrificio de otro, definición en la que parece coincidir gran parte de la doctrina y que la autora ilustra con abundante jurisprudencia.

Cuando no surge el mencionado conflicto de intereses se puede decir que el autocontrato es válido, pero, ¿cuáles son los efectos del mismo si no concurren sus requisitos esenciales? El Código Civil italiano prevé la anulabilidad del contrato consigo mismo, siempre que el representado no lo hubiera autorizado expresamente o en cualquier caso en que varios intereses entren en conflicto. El representado es el legitimado para impugnar y su acción prescribe a los cinco años. Por lo que se refiere al Derecho positivo español, al no haber una regulación general de la materia (como ya hemos tenido ocasión de ver), los efectos del autocontrato deben ser examinados en cada uno de los casos aislados que contempla nuestra legislación. Así, la infracción del artículo 1.459.2 del Código Civil conllevaría la sanción de nulidad radical, y lo mismo para los números 4 y 5 del mismo precepto, si bien parte de la doctrina es partidaria de suavizar esta medida, dejándola en mera anulabilidad y evitando así sanciones más radicales. En materia de patria potestad la infracción del artículo 163.2 es sancionada con la nulidad absoluta, y en este punto sí que coinciden doctrina y jurisprudencia. En cuanto a la tutela, idéntica sanción se establece para el caso de infracción del artículo 221.2, cuyo contenido ya fue anteriormente enunciado. La poca y heterogénea regulación del autocontrato conlleva la subsiguiente dificultad para establecer una sanción general de las infracciones que el mismo pueda producir. Para una mayor seguridad del tráfico jurídico es conveniente la exteriorización del autocontrato, sin que ello signifique que sea exigible con carácter general una forma concreta, sino, más bien en forma que esté de acuerdo con la naturaleza del negocio jurídico de que se trate.

Llegamos así al final de una visión panorámica que la Profesora DÍAZ DE ENTRE-SOTOS nos ha ofrecido con una gran claridad de ideas, en un estudio muy bien estructurado que analiza a fondo tanto el Derecho positivo como las variadas posiciones doctrinales en torno al autocontrato, sin olvidar las Sentencias y Resoluciones en las que ha basado su punto de vista. En la Introducción del libro la autora dice que no pretende descubrir el Mediterráneo, pero nos atrevemos a añadir que al menos nos lo hace más navegable.

JOSÉ MARÍA CORRAL GUJÓN
Licenciado en Derecho

MASSAGUER JOSÉ: *Los dividendos a cuenta en la Sociedad Anónima. Un estudio de los artículos 216 y 217 LSA*, Editorial Civitas: 240 páginas.

A pesar del poco tiempo transcurrido desde la entrada en vigor de lo que se ha dado en llamar "reforma mercantil", comienzan a aparecer obras y monografías que abordan temas introducidos por dicha reforma. Junto a la inevitable publicación de obras menores (coyunturales las llamaría yo), aparece ya alguna de indudable profundidad. E incluso alguna de una gran calidad, como es la que ahora comento. A pesar de su juventud no es la primera obra del autor, Profesor titular de Derecho Mercantil. El tema es de una gran trascendencia práctica, especialmente para las grandes sociedades, y, además, de gran novedad, pues en la Ley 1951 carecía de regulación, a pesar de lo cual las sociedades solían emplear con frecuencia el pago de dividendos a cuenta, sin mucho o ningún apoyo legal, como demuestra el autor a lo largo de su obra.

El libro se divide en tres capítulos perfectamente delimitados.

El capítulo I estudia la distribución de dividendos a cuenta. Comienza con unas consideraciones generales y los antecedentes de esta regulación, que no son otros que la 2.^a Directiva comunitaria de sociedades, y en concreto su artículo 15. La nueva regulación encuentra pues su origen en la adaptación de nuestro Derecho a las Directivas comunitarias. Por otro lado, resalta el autor cómo los artículos comentados se encuadran sistemáticamente dentro de las normas relativas a la tutela de la estabilidad del capital social. Ambas circunstancias deben presidir su análisis e interpretación, pues no puede olvidarse como una materia comprendida en el ámbito de una Directiva debe interpretarse a la ley del contenido y fin de dicha norma comunitaria. Por otra parte al ser la regulación de los pagos de dividendos a cuenta una excepción que introduce un criterio flexible en el sistema de protección de terceros, ha de *interpretarse restrictivamente*.

Explica el autor cómo el régimen es aplicable a toda Sociedad Anónima e incluso a la Sociedad de Responsabilidad Limitada y la Sociedad Comanditaria por Acciones, pero no a las personalistas. Al estudiar su ámbito objetivo precisa el concepto de dividendo a cuenta, diferenciándola de las figuras afines como la distribución extraordinaria de reservas o beneficios de ejercicios anteriores. Sólo encaja en la figura regulada por el artículo 216 de la LSA, la distribución de dividendos a cuenta con cargo al resultado del ejercicio en curso. No obstante entiende el artículo 217 aplicable supletoriamente a la distribución de reservas y del rematante a cuenta nueva (no el art. 216, por el contrario).

Al estudiar la naturaleza jurídica de esta figura, para el autor no ofrece duda que se trata de *auténticos dividendos*. De ahí que se adquieran con carácter definitivo como los dividendos propiamente dichos. Consecuencia lógica es la aplicación de las normas que regulan el reparto de dividendos en lo no regulado por el artículo 216.

Se estudia a continuación el órgano competente para distribuir dividendos a cuenta. El propio artículo 216 lo confía a la Junta General o a los Administradores. El autor se muestra tajante en cuanto a la imposibilidad de confiar dicha facultad al Consejero delegado o a una Comisión Ejecutiva, por impedirlo el artículo 141.1.2.º par LSA. Si los Estatutos no dicen lo contrario, cualquiera de ambos órganos (Junta o Administradores) puede acordar la distribución.

Al estudiar los presupuestos de aplicación del artículo 216 el autor analiza brillantemente qué ha de entenderse por "liquidez suficiente para la distribución", y por estado contable. Este último documento contable que es, ha de

respetar lo dispuesto en los artículos 25 y siguientes del Código de Comercio y ha de ser redactado especialmente a los efectos de la distribución de dividendos a cuenta. El autor, demostrando no sólo sus profundos conocimientos jurídicos, sino también contables, analiza brillantemente este documento, de gran trascendencia para la correcta comprensión de la figura.

Analiza a continuación cómo ha de tratarse de resultados obtenidos desde el cierre del ejercicio anterior, señalando cómo la sociedad sólo podrá distribuir dividendos a cuenta con cargo a un ejercicio todavía no cerrado, y no podrá distribuir durante su primer ejercicio, pues las cuentas del ejercicio que ya han debido ser elaboradas y aprobadas por la correspondiente Junta ordinaria. Tiene, además, el límite cuantitativo fijado por el artículo 216, b). Precisa el autor que la expresión "reservas obligatorias" que emplea dicho precepto, debe incluirse no sólo la legal, sino también la reserva para acciones propias (art. 79-3 LSA), la reserva para revalorización (partida A, III del párrafo según el esquema del art. 175 LSA) y cualquier otra reserva exigida por la Ley para Sociedades Anónimas especiales. Cada una de estas cantidades (y la correspondiente a estimación del impuesto) deben tener su correspondiente reflejo contable.

Termina el capítulo I con el estudio de la distribución extraordinaria de reservas de libre disposición y de remanente a cuenta en el marco del acuerdo de distribución de dividendos a cuenta, que caso de producirse, se acumularán a los dividendos a cuenta repartidos.

El capítulo II aborda el derecho al dividendo en cuenta.

El autor califica el acuerdo de distribución de dividendos a cuenta, que hace surgir el derecho a su percepción, como un negocio jurídico de naturaleza corporativa, incluido en la categoría de las decisiones. El derecho a su percepción, a su vez, es un derecho de crédito autónomo y de naturaleza mercantil que corresponde a todos los accionista frente a la Sociedad. (No cabe duda pues la exclusión de accionista alguno.) Estudia a continuación los supuestos de copropiedad, existencia de prenda o embargo de acciones, usufructuarios, así como la situación especial de fundadores y promotores.

El objeto del derecho es una suma de dinero, sin que pueda ser una cosa distinta. Especial atención dedica el autor a la situación de los accionistas privilegiados, llegando a la conclusión que en principio la preferencia no opera en la distribución de dividendos a cuenta, pues, a falta de disposición estatutaria, el privilegio ha de esperar a la distribución del beneficio del ejercicio arrojado por el balance anual.

El derecho al dividendo, como derecho de crédito autónomo, determina que sea transmisible. Se estudia a continuación el complejo problema de las excepciones que puede oponer la Sociedad frente al adquirente de este derecho.

La legitimación activa corresponde, lógicamente, al titular del derecho. Dificiles problemas plantean en este punto los supuestos de cotitularidad, prenda, embargo, compraventa y depósito administrado de acciones, todas ellas brillantemente resueltos por el autor.

Termina este capítulo con el análisis de la extinción del derecho (que se produce por cualquiera de las causas del art. 1.156 del Código Civil) y los efectos del pago, con el examen no sólo del Derecho de Sociedades y Derecho Fiscal, sino también, y de modo especialmente brillante, del Derecho del mercado de valores.

El III y último capítulo de la obra está dedicado a la restitución de los dividendos a cuenta indebidamente percibidos, cuestión de gran trascendencia, pues como pone de relieve el autor, la contravención de las condiciones legales en esta

materia implica una agresión contra el patrimonio indisponible de la sociedad.

El autor, demostrando una vez más su profundo conocimiento del Derecho Comunitario, explica cómo los trabajos de preparación del artículo 16 de la 2.^a Directiva, llevan a la conclusión de que la sanción de los dividendos a cuenta indebidamente percibidos es un mecanismo de tutela tanto de los intereses de la Sociedad como de los accionistas, y así debe interpretarse el artículo 217.

Precisamente la comparación entre el artículo 15 de la 2.^a Directiva y el artículo 217 del TRLSA y las diferencias entre ambos preceptos, constituyen una de las páginas más lúcidas de todo el libro. La conclusión, tras un detallado estudio, es que la irregularidad relevante a los efectos de la repetición del artículo 217 en toda aquella que derive del incumplimiento del régimen jurídico de la distribución de dividendos a cuenta. Sin embargo, el acuerdo puede ser confirmado con efectos retroactivos.

Especial consideración merece el supuesto de pérdidas sobrevenidas y la revocación del acuerdo de distribución de dividendos a cuenta. La conclusión es clara. La aparición de posteriores pérdidas no obligan a restituir los dividendos a cuenta válidamente percibidos.

La irregularidad de la percepción es analizada a continuación, con especial examen de las circunstancias del conocimiento de la irregularidad por parte del accionista, donde la Ley, a juicio del autor, establece implícitamente un deber de diligencia a cargo del accionista en relación con la legalidad de la distribución. Consecuencia de esta afirmación es que la interpretación del artículo 217 en este punto deberá hacerse caso por caso.

Termina la obra con el estudio de la obligación del accionista y consiguiente derecho de la sociedad, a la restitución de los dividendos a cuenta indebidamente percibidos, y de la responsabilidad de los administradores por la irregular distribución de éstos.

Estamos ante una obra que analiza con gran profundidad el pago de dividendos a cuenta. El libro está lleno de ideas sugerentes tanto desde un punto de vista teórico como práctico. Su autor merece el reconocimiento a su profundo estudio del tema, que servirá indudablemente para el mejor conocimiento de esta figura.

MANUEL CASERO MEJÍAS

REVISTA DE REVISTAS

REVISTA GENERAL DE DERECHO

Núm. 549 (Junio 1990)

- “Concepto y naturaleza jurídica del buque”, por JOSÉ MIGUEL BLAS ORBAN, pág. 4027.
- “La gestión bancaria de patrimonios mobiliarios en Italia”, por JUAN ANTONIO ROCA FERNÁNDEZ-CASTANYS, pág. 4045.
- “El derecho a la objeción de conciencia al servicio militar”, por ARTEMI RALLO LAMBARTE, pág. 4129.
- “El juicio público con todas las garantías en la Segunda Instancia penal”, por ANTONIO GISBERT GISBERT, pág. 4489.
- “Propiedad Industrial y libre circulación de mercancías en el mercado interior y en el comercio con terceros Estados”, por FRIEDRICH KARL BEJER, pág. 4507.
- “Función y actividades del Registro de la Propiedad Industrial de España”, por JESÚS GÓMEZ MONTERO, pág. 4537.
- “Reflexión sobre algunas cuestiones suscitadas por el nuevo Derecho español de marcas”, por FÉLIX LÓPEZ DE MEDRANO, pág. 4567.

Números 550-51 (Julio-Agosto 1990)

- “El dictamen pericial en materias derivadas de obligaciones y contratos. Especial referencia al dictamen pericial en el contrato de seguros”, por JAIME MAIRATA LAVIÑA, pág. 5165.
- “La evolución de la noción de la legítima defensa hasta la sentencia del Tribunal Internacional de Justicia de 1986: Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua (Nicaragua c. Estados Unidos)”, por AMPARO SANJOSÉ GIL, pág. 5199.
- “Algunas observaciones acerca del concepto de persona y de los derechos que le son inherentes (art. 10.1 Constitución española), desde la óptica del Derecho Civil”, por JAIME VIDAL MARTÍNEZ, pág. 5297.
- “Configuración estatutaria de las acciones (en torno a los artículos 9, g) y k) de la Ley de Sociedades Anónimas y 122-123 del Reglamento del Registro Mercantil”, por FRANCISCO JOSÉ ALONSO ESPINOSA, pág. 5517.
- “El capital nominal. Un estudio del capital de la Sociedad Anónima como mención estatutaria”, por JOSÉ MASSAGER FUENTES, pág. 5547.
- “En torno a la nulidad de la fusión y de la escisión en la nueva Ley de Sociedades Anónimas”, por JOSÉ MIGUEL EMBID IRUJO, pág. 5605.
- “Sobre la pretendida obligación de inscribir la forma y el plazo máximo en que han de satisfacerse los dividendos pasivos”, por RAFAEL GARCÍA VILLAVERDE, pág. 5619.
- “La elevación a público de los acuerdos sociales”, por ISIDORO LORA TAMAYO, pág. 5625.

"Massa o Masitur, SA: ésta es la cuestión. (Comentario a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 21 de junio de 1990)", por FRANCISCO VICENT CHULIA, pág. 5641.

REVISTA DE DERECHO PRIVADO (Julio-Agosto 1990)

- "El plazo de la acción para recobrar la posesión, ¿es de prescripción o de caducidad?", por MANUEL ALBALADEJO, págs. 551 a 560.
- "Acerca de la posible inconstitucionalidad del artículo 159 del Código Civil", por M.^a ASUNCIÓN LINACERO DE LA FUENTE, págs. 561 a 562.
- "Anotaciones en torno a las ventas de aquello que es costumbre gustar o probar, según el artículo 1.453 del Código Civil", por LUIS MARTÍN-BALLESTERO HERNÁNDEZ, págs. 583 a 596.

(Septiembre 1990)

- "La recepción de la doctrina del mandato en Las Partidas", por FRANCISCO LUIS PACHECO CABALLERO, págs. 655 a 670.
- "Notas sobre la eficacia jurídica de la inscripción de la sentencia de incapacitación en el Registro Civil (o anulabilidad de los contratos celebrados por un incapacitado en contra de lo dispuesto en sentencia de incapacitación no inscrita en el Registro Civil)", por ANTONIO MONSERRAT VALERO, págs. 671 a 679.

BOLETIN DEL ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE MADRID Núm. 3 (Mayo-Junio 1990)

- "Por qué los comunicados tienen derecho a nombrar abogado", por ANTONIO PEDROL RIUS, pág. 9.
- "Importante acuerdo del Consejo General de la Abogacía (del 4 de mayo) sobre la misma cuestión", pág. 11.
- "Comentario urgente al proyecto de Ley sobre derechos de información en materia de contratación", por J. A. SAGARDOY y J. L. GIL Y GIL, pág. 13.
- "La influencia de la Constitución en la Jurisprudencia sobre suspensión de los actos administrativos", por JOSÉ M.^a FERNÁNDEZ PASTRANA, pág. 27.
- "La nueva Ley de Sociedades Anónimas", por JOSÉ M.^a NEILA, pág. 45.
- "La adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la CEE", por MIGUEL ANGEL BOTIJA ROLDÁN, pág. 59.
- "Novedades y diferencias entre SA y SRL tras la Ley 19/1989", por GABINETE DÍAZ-ARIAS, pág. 69.
- "Algunas implicaciones fiscales de la normativa 1989 de Sociedades Anónimas", por ALFONSO RODRÍGUEZ SAINZ, pág. 75.
- "Angel Ossorio y Gallardo", por JOSÉ M.^a MARTÍNEZ VAL, pág. 93.
- "Código de Deontología jurídica de la CEE", pág. 105.

REVISTA DE DERECHO URBANISTICO

Núm. 119 (Julio-Agosto-Septiembre 1990)

- "El postulado constitucional de la promoción y conservación del patrimonio histórico artístico", por ALFONSO PÉREZ MORENO, pág. 13.
- "Suelo urbanizable no programado. programas de actuación urbanística y unidades urbanísticas integradas", por JOAQUÍN LLIDO SILVESTRE, pág. 43.
- "Obras, construcciones e instalaciones en suelo no urbanizable y urbanizable no programado", por TOMÁS COBO OLVERA, pág. 61.
- "La responsabilidad de la Administración con ocasión de los daños al medio ambiente", por JESÚS JORDANO FRAGA, pág. 79.
- "Dictamen sobre el problema de los gastos de conservación en las urbanizaciones privadas", por JOSÉ LUIS GONZÁLEZ-BERENGUER URRUTIA, pág. 117.
- "La Ley 12/1986, de 1 de abril, de atribuciones profesionales de los arquitectos e ingenieros técnicos. Su alcance, contenido y breve sinopsis jurisprudencial", por JOSÉ PASCUAL POZO GÓMEZ, pág. 125.

**REVISTA DE ESTUDIOS DE LA ADMINISTRACION
LOCAL Y AUTONOMICA**

Núm. 246 (Abril-Junio 1990)

- "Los Ayuntamientos y la defensa de los usuarios y consumidores ante las compañías de servicios", por MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN, pág. 183.
- "Algunos aspectos de la descripción y análisis de una Hacienda Local", por MANUEL TORIBIO LEMES, pág. 203.
- "La autorización administrativa previa para procesar a los funcionarios públicos", por JUAN MANUEL OLARIETA ALBERDI, pág. 227.

Núm. 247 (Julio-Septiembre 1990)

- "La moción de censura al Alcalde", por JOSÉ A. LÓPEZ PELLICER, pág. 433.
- "La reforma de la Función Pública", por EMILIANO CASADO IGLESIAS, pág. 449.
- "Garantías jurídicas de las haciendas locales", por ALFONSO PÉREZ MORENO, pág. 485.
- "Espacios naturales y medio ambiente", por JUAN NAVARRO BARTOLL, pág. 515.
- "La designación del Alcalde Mayor y el funcionamiento Concejal en los lugares de señorío en el siglo XVII", por ANTONIO HERRERA GARCÍA, pág. 543.
- "La división territorial en España 1825-1833", por MANUEL MORÁN, pág. 567.

REVISTA DE ESTUDIOS POLITICOS

Núm. 68 (Abril-Junio 1990)

- "El orden normativista puro (Supuestos culturales y políticos en la obra de Hans Kelsen)", por PABLO LUCAS VERDÚ, pág. 7.
- "La subversión institucional (II y III)", por JUAN BENEYTO, pág. 95.
- "Una alternativa al socialismo real: corporatismo para la Europa del Este", por EDWARD TARNAWSKI, pág. 153.

- "Del absolutismo a la democracia: génesis y desarrollo de la teoría moderna del Estado", por ANTONIO HERMOSA ANDÚJAR, pág. 181.
- "Cooperación y competencia: relaciones entre Gran Bretaña y los Estados Unidos durante la guerra fría", por JAN MELISSEN, pág. 227.
- "La cláusula extraordinaria y urgente necesidad del decreto-ley en la jurisprudencia constitucional española", por AGUSTÍN S. DE VEGA GARCÍA, pág. 251.
- "El partido como grupo social", por FRANCESCO LEONI, pág. 283.
- "La idea mussoliniana de poder en la concepción fascista de la política exterior y de las relaciones internacionales", por GUSTAVO PALOMARES LERMA, pág. 297.
- "Henrion de Pensey, municipalista doctrinario", por JAVIER GARCÍA FERNÁNDEZ, pág. 321.

REVISTA DE DERECHO PUERTORRIQUEÑO

Núm. 103 (Julio-Octubre 1988)

- "Comentarios e impresiones de algunas instituciones y normas jurídicas de la República de Cuba", por FERNANDO L. TORRES RAMÍREZ, pág. 2.
- "The Role of the US District Court in the Commonwealth of Puerto Rico", por HÉCTOR M. LAFFITTE, pág. 33.
- "Left-Handed Compliment: De la Torre v. Bolger and the Rehabilitation Act of 1973", por SHARLENE A. MCEVOY, pág. 37.
- "An Inquiry into Moral Basis of Contract", por LIANA FIOL MATA, pág. 59.

REVISTA DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE CONCEPCION

Núm. 185 (Enero-Junio 1989)

- "La reforma del Código Civil", por DANIEL PEÑAILILLO A., pág. 7.
- "Aspectos doctrinarios del Impuesto al Valor Agregado chileno", por ELIZABETH EMILFORK S., pág. 19.
- "Composición del Senado en Chile. Institución de los senadores designados", por SERGIO CARRASCO D., pág. 29.
- "Efectos de la quiebra en los actos y contratos pendientes del fallido", por RICARDO SANDOVAL L., pág. 39.
- "La formulación de peticiones concretas como requisitos de admisibilidad de la apelación", por JULIO SALAS V., pág. 55.
- "Análisis doctrinario e histórico en torno a la necesidad del régimen presidencial en Chile", por JOSÉ BIDART y SERGIO CARRASCO D., pág. 61.
- "Características del Código Procesal Civil modelo para Iberoamérica", por CARLOS PECCHI C. y ELIODORO ORTIZ S., pág. 75.
- "Referéndum de reforma constitucional obligatorio", por HERNÁN MOLINA G., pág. 95.
- "Nostalgias del Elogio de los jueces", por RAÚL TAVOLARI O., pág. 103.
- "Aspectos contemporáneos de la responsabilidad civil", por RAMÓN DOMÍNGUEZ A., pág. 107.

REVISTA NOTARIAL DEL COLEGIO DE ESCRIBANOS DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES Núm. 902 (1989)

- "Los shopping centers en el llamado Código Unico Civil y Comercial de la República Argentina", por JORGE HORACIO ALTERINI, pág. 19.
- "Las registraciones personales en las XII Jornadas Nacionales del Derecho Civil", por LUIS ORLANDO ANDORNO, pág. 33.
- "La igualdad de los cónyuges y la organización y ejercicio de las potestades domésticas", por JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS, pág. 49.
- "Intervención del escribano público en las asambleas de las sociedades anónimas", por JUAN M. FARINA, pág. 65.
- "Cuestiones democráticas", por PEDRO J. FRÍAS, pág. 71.
- "La función notarial, el registro, el justo título y el justo modo", por FERNANDO J. LÓPEZ DE ZAVALIA, pág. 83.
- "El documento notarial: forma y prueba", por ANGEL MARTÍNEZ SARRIÓN, página 121.
- "La contratación en moneda extranjera. Enfoque práctico notarial", por FRANCISCO MARTÍNEZ SEGOVIA, pág. 137.
- "Necesaria adecuación del régimen de bienes a la actual disciplina del matrimonio civil", por JORGE ADOLFO MAZZINGHI, pág. 177.
- "La cláusula de estilo en los contratos y otros actos jurídicos", por JUAN CARLOS REZZONICO, pág. 191.
- "En torno a la personalidad jurídica de las sociedades", por EFRAÍN HUGO RICHARD, pág. 207.
- "La representación legal en las sociedades anónimas y la inconveniente Disposición General 71/88 de la Dirección Provincial de Personas Jurídicas", por OSVALDO S. SOLARI, pág. 225.
- "Redargución de falsedad instrumental", por FÉLIX A. TRIGO REPRESAS, pág. 233.

ANUARIO DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE PANAMA Núms. 17 y 18 (1988-1989)

- "Necesidad de una policía judicial científica e independiente en Panamá", por CARLOS H. CUESTAS G., pág. 7.
- "El hambre como instrumento de control social", por ROSARIO I. GRANDA DE BRANDAO, pág. 30.
- "Consideraciones en torno al Proceso de Quiebra y a la naturaleza de la misión que debe cumplir el Curador", por JORGE ISAAC IGLESIAS, pág. 47.
- "La suspensión de garantías constitucionales en Panamá durante las últimas tres décadas", por ROGELIO CRUZ RÍOS, pág. 60.
- "Alternativas para el establecimiento del Ombudsman en América Latina", por JORGE LUIS MAIORANO, pág. 97.
- "El sistema americano de protección de los derechos humanos", por VIRGINIA ARANGO DE MUÑOZ, pág. 122.
- "La neutralidad de Bynkershock y Valtel", por LLM. TULIA M. PARDO R., página 138.

- "Existe realmente un sistema de reconocimiento y de ejecución de sentencia extranjera en contra de la Nación-Estado", por GILBERTO BOUTIN, pág. 151.
- "Fundamentos para la vigencia del *jus variandi* en el Derecho del Trabajo panameño", por CECILIO A. CEDALISE R., pág. 158.
- "La administración de justicia penal en Panamá y el respeto a las garantías fundamentales", por AURORA GUERRA DE VILLALAZ, pág. 183.
- "Los principios de la prueba y las resoluciones judiciales en el nuevo Código Judicial", por NELSON CARREYO COLLAZOS, pág. 196.
- "Independencia y responsabilidad del Juez: dos valores enfrentados. El reciente debate italiano", por MIGUEL REVENGA SÁNCHEZ, pág. 219.
- "Aspectos médicos legales sobre el SIDA en Panamá", por VÍCTOR LEONEL BENAVIDES PINILLA, pág. 234.
- "Antecedentes de la Legislación Indigenista de Panamá desde el siglo XVI hasta 1903", por FREDDY E. BLANCO M., pág. 275.

REVISTA DE DERECHO Y REFORMA AGRARIA DE LA UNIVERSIDAD DE LOS ANDES

Núm. 18 (1988)

- "Un nuevo perfil de la función social de la Propiedad de la Tierra", por RAMÓN VICENTE CASANOVA, pág. 11.
- "Especialidades del usufructo agrario por razón del objeto (Usufructos de plantaciones, de Montes, de ganados)", por LUIS AMAT ESCANDELL, pág. 25.
- "Una propuesta para la creación de la Caja Agraria de Mucuchíes", por LUIS AMAT ESCANDELL, pág. 49.
- "Reforma agraria y medio ambiente", por ADOLFO GELSI BIDART, pág. 67.
- "Comercialização Agrícola especialmente no Brasil", por JOSE MOTTA MAIA, pág. 77.
- "El proceso regulador de la Comunidad Económica Europea en orden a la política de Mejora de las Estructuras de las Explotaciones Agrarias", por DESAMPARADOS HOMBART BOSCH, pág. 87.
- "La función social de la Propiedad en la Constitución y en la Ley", por GUILLERMO BENAVIDES MELO, pág. 101.

Núm. 20 (1989)

- "El derecho agrario en la Argentina y sus corrientes doctrinales", por ANTONIO VIVANCO, pág. 17.
- "Aporte para una revisión de la Crítica a los Derechos Agrarios Bolivianos", por GUILLERMO FIGALLO, pág. 27.
- "O Direito Agrario como Fator Integracao Iberoamericana", por OCTAVIO MELLO ALVARENGA, pág. 37.
- "El derecho agrario en el último decenio", por RODOLFO RICARDO CABRERA, pág. 43.
- "Función social de la propiedad agraria", por ADOLFO GELSI BIDART, pág. 57.
- "Retrato fundiario do Brasil", por RAIMUNDO LARANJEIRA, pág. 65.
- "La Institución Cooperativa y el nuevo Derecho Cooperativo", por JUAN JOSÉ SANZ JARQUE, pág. 163.

- “Las economías campesinas”, por BLANCA NIEVES PORTOCARRERO, pág. 127.
“El Problema y el Derecho Agrario en el México Colonial”, por CARLOS DURAND ALCÁNTARA, pág. 133.
“Las Cooperativas, protagonistas de la Economía Social”, por FRANCISCO ALONSO SOTO, pág. 157.

NOTICIAS CEE

Núms. 67-68 (Agosto-Septiembre 1990)

- “El IVA español, ¿un impuesto armonizado? Reflexiones críticas”, por JUAN ZURDORUIZ-AYÚCAR, pág. 11.
“Disposiciones preliminares. Ambito de aplicación y territorialidad”, por GABRIEL CASADO OLLERO, pág. 19.
“La entrega de bienes en el IVA”, por MANUEL GONZÁLEZ SÁNCHEZ, pág. 45.
“El lugar de realización del hecho imponible en el IVA y la Sexta Directiva Comunitaria”, por JOSÉ ANTONIO SÁNCHEZ GALIANA, pág. 57.
“Exenciones en el IVA”, por ISAAC MERINO JARA, pág. 77.
“La base imponible del IVA a la luz de la Sexta Directiva CEE”, por FERNANDO CASANA MERINO, pág. 83.
“La deducción en el IVA español y su adecuación a la Sexta Directiva”, por PILAR ALGUACIL MARI y GERMÁN ORÓN MORATAL, pág. 93.
“Los regímenes especiales en el Impuesto sobre el Valor Añadido en la Comunidad Económica Europea”, por ANTONIO APARICIO PÉREZ, pág. 107.

Núm. 69 (Octubre 1990)

- “La disciplina comunitaria de las subvenciones llega al sector del automóvil”, por JOSÉ LUIS MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, pág. 11.
“La política ambiental y de consumidores en las Comunidades Europeas”, por DOMINGO JIMÉNEZ BELTRÁN, pág. 37.
“Los grandes retos de la economía española en las Comunidades Europeas”, por DONATO FERNÁNDEZ NAVARRETE, pág. 51.
“Aduanas y gravámenes sobre el comercio exterior”, por MIQUEL FORASTER SERRA, pág. 57.
“Los regímenes especiales en la Sexta Directiva de la CEE”, por ANTONIO M. CUBERO TRUYO, pág. 65.
“Lugar de realización de los hechos imposables”, por JOSÉ ANTONIO LARRAZ ESCOBAR, pág. 83.

