

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LXXI • Marzo-Abril 1995 • Núm. 627

CONSEJO DE REDACCION

PRESIDENTE:

D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León.

CONSEJEROS:

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

COMISIÓN EJECUTIVA:

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

CONSEJERO-SECRETARIO DE LA REVISTA:

D. Francisco Corral Dueñas.

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

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

I.S.S.N.: 0210-0444

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

Depósito legal: M. 968-1958

S U M A R I O

Págs.

ESTUDIOS

«Los privilegios crediticios en la jurisprudencia civil», por JOSÉ A. ALVAREZ CAPEROCHIPÍ	291
«Consideraciones sobre los tratados internacionales», por JOSÉ ANTONIO MIQUEL CALATAYUD	359
«Tendencias del Derecho hacia el arbitraje institucional mercantil», por JOSÉ DíEZ CLAVERO	545
«La aportación registral al urbanismo», por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	561

DICTAMENES Y NOTAS

«El carácter personal o real del pacto de indivisión», por LUIS A. GODOY DOMÍNGUEZ	605
--	-----

ACTUALIDAD JURIDICA

Información legislativa y de actividades, por LA REDACCIÓN	619
--	-----

JURISPRUDENCIA

I. Sentencias del Tribunal Constitucional, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	627
II. Resoluciones de la Dirección General, por JOSÉ S. RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, JOSÉ M. ^a CHICO Y ORTIZ y GALO RODRÍGUEZ TEJADA	635

III. Sentencias del Tribunal Supremo:

1. Derecho Civil:

b) Obligaciones y contratos, por JOSÉ QUESADA SEGURA	675
c) Arrendamientos, por CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ	681

2. Derecho mercantil, por R. SÁNCHEZ DE FRUTOS	686
--	-----

4. Jurisprudencia procesal, por ERNESTO CALMARZA CUENCAS	701
--	-----

INFORMACION BIBLIOGRAFICA

«Sociedades Anónimas Deportivas», de LUIS MANUEL SELVA SÁNCHEZ, por ELENA MÚGICA ALCORTA	711
«Jornadas sobre nacionalidad y extranjería», de VARIOS AUTORES, por JOSÉ M. ^a CHICO Y ORTIZ	715
«Contratos y mercados de futuros y opciones», de A. MADRID PARRA, por JOSÉ M. ^a CHICO Y ORTIZ	717
«El procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria», de J. M. GARCÍA GARCÍA, por JOSÉ M. ^a CHICO Y ORTIZ	719
«Las obras públicas y el urbanismo. Los actos de uso del suelo y la ejecución de obras por la Administración del Estado», de M. BASSOLS COMA, por JOSÉ M. ^a CHICO Y ORTIZ	723

REVISTA DE REVISTAS, por LA REDACCIÓN	727
---	-----

ESTUDIOS

Los privilegios crediticios en la jurisprudencia civil

1. LA PREFERENCIA DE LOS CREDITOS

1.1. CRÉDITO Y PROPIEDAD: FORMACIÓN HISTÓRICA DEL SISTEMA CREDITICIO NAPOLEÓNICO

El sistema de la preferencia y prelación de créditos está ligado inseparablemente al problema de la naturaleza y fundamento de la propiedad, y por ello la regulación codificada de los privilegios tiene que situarse en el contexto de una revolución metodológica del derecho que hace de la propiedad y no del privilegio el eje o centro del sistema jurídico. La reforma del derecho patrimonial es una consecuencia inmediata de las aspiraciones a la libertad de comercio y la libertad de la propiedad que informan la revolución liberal.

En el Antiguo régimen los privilegios crediticios se otorgan en razón de las personas (identidad del acreedor), en razón de la causa del crédito (el porque se debe) y en razón de su origen (preferencia de los más antiguos, etc.). Así son privilegiados por razón de la persona los créditos en favor del fisco y de la esposa de dote prometida; y por razón de causa en ocasiones créditos señoriales como la pecha, la fonsadera, censos, etc., por razón de su origen se gradúa el rango de las hipotecas judiciales, voluntarias o tácitas, y también los créditos escriturarios y quirográficos, y finalmente se reconoce también el privilegio de los créditos por alimentos, gastos funerarios, acreedores del trabajo, etc. El crédito fundamenta y origina la responsabilidad no sólo de la persona sino también y principalmente de los bienes del deudor. Todos los bienes, no sólo los presentes y futuros sino también presentes y pasados, responden de los créditos privilegiados no meramente personales, que son frecuentemente generales o universales (se constituyen como hipoteca general tácita sobre el patrimonio del deudor) y que persiguen las cosas en su transmisión o afectación crediticia.

Un libro especialmente característico de los privilegios crediticios en el Antiguo Régimen es el de NONIO ACOSTA. Publicado en Ginebra en 1739, seguramente tiene afán polémico frente a calvinistas e iusnaturalistas (1). Distingue el siguiente rango de los privilegios: primero, *ex iure* divino (causa funeraria, redención de presos y cautivos, diezmos y primicias) (2); segundo, de utilidad pública (primaria: el fisco y dote prometida; secundaria, dote *causa religionis*; terciaria, restitución de la dote y *causa studii*); estos privilegios siguen todos los bienes del deudor aun en poder de terceros y aun tras su venta forzosa (la venta no les es oponible). Tercero, privilegios de utilidad privada que revierten a utilidad pública, gozan de preferencia frente a todos los demás y derecho de separación en el concurso pero no llegan a poder perseguir frente a terceros adquirentes los bienes del deudor; créditos por reparación de naves y edificios, *laboriis personalis*, *pupillum pro res empta ex pecunia sua*, el que prestó contratando expresamente una garantía, y el que prestó *ad emendam miliciam u officium*. Cuarto, privilegios de utilidad privada: hipotecas y prendas, que pueden ser expresas o convencionales, tácitas y legales (el pupilo sobre bienes del tutor, el hijo por su peculio adventicio, y por bienes reservables en caso de segundo matrimonio de la madre), y judicial (cauciones y embargos). Todas las hipotecas y sólo ellas se rigen por el principio de prioridad aunque se admite la preferencia de la hipoteca constituida en instrumento público (judicial o escrituraria) sobre las convencionales. Finalmente, el resto de los créditos se distribuyen a prorrata.

Se trata de un libro fundado en la tradición del derecho común que recoge en detalle la doctrina de glosadores y posglosadores en el comentario y desarrollo de los textos del Digesto (especialmente BARTOLO y ACCURSIO) y también recoge exhaustivamente la doctrina española de la época. Obsérvese que con su concepción de los privilegios crediticios la propiedad queda

(1) *De privilegiis creditorum*, 4.^a ed., Ginebra, 1739.

(2) Se asimilan también los diezmos y primicias para la sustentación del culto y clero, en especie y sólo en caso de necesidad y con el límite de la vida digna. Y en ello la Iglesia debe ser preferida a todos los acreedores aun el fisco (*vide* NONIO, *De privilegiis creditorum*, 4.^a ed., Ginebra, 1739, pág. 140 y sigs.). Los diezmos y primicias, una vez garantizada la sustentación del culto y clero, y con el mismo carácter preferente se deben emplear en pobres y necesitados.

El libro de NONIO, publicado en Ginebra, se escribe probablemente con afán polémico frente a los calvinistas, en los años que hacía furor la discusión entre católicos y protestantes sobre el derecho a cobrar intereses. NONIO es un lusitano afincado en Sevilla, y su libro denota una profunda formación escolástica. Se muestra progresista y ya no incorpora como parte de los privilegios de derecho divino los tributos e impuestos de derecho papal o episcopal, que sin embargo se desarrollan en detalle en los libros anteriores a la Guerra de Secesión (véase GIRONDA, *Tractatus de explicatione privilegiorum*, Matriti, 1617). El libro de NONIO responde a los principios del despotismo ilustrado y doctrina regalista.

afecta no sólo a los defectos de título de la cadena de transmitentes sino aun a los privilegios crediticios concebidos de derecho divino o de utilidad pública, que tienen la virtualidad de poder perseguir hasta cumplirse el plazo de prescripción las cosas del deudor aún en poder de terceros. El régimen de los privilegios se constituye en realidad como estatuto de la propiedad inmobiliaria, que queda afectada a la sustentación de culto y clero, al pago de las cargas públicas, y respeto a una estructura inmutable de la familia (crédito dotal). La inamovilidad de la propiedad hace de la misma un señorío, el propietario un gestor de algo público, y condenaba a la sociedad a la distinción tajante entre propietarios y no propietarios. Y a estos privilegios generales del derecho común habría que añadir los territoriales propios del señorío dividido (censos, enfiteusis), en favor de los señores territoriales o eclesiásticos del lugar.

Desde una perspectiva teórica podemos decir que en el Antiguo Régimen el sistema crediticio se funda en la tutela jurisdiccional de la propiedad, lo cual es la concepción jurídica del problema jurídico de los orígenes: la propiedad privada se define e identifica en su origen. A partir del origen se define la transmisión válida (tradición), como acto de renuncia formal (consentimiento), y (pública) toma de posesión del propietario. El origen y la tradición definen la propiedad desde un punto de vista jurídico privado, pero la propiedad es algo mucho más que una relación subjetiva de una persona con la cosa (definición liberal), la propiedad es sobre todo una situación estamental de pertenencia a la tierra de la persona, que define un régimen de derechos y obligaciones de carácter religioso, privado y público. La concepción subjetivista de la propiedad es propia de los tratadistas napoleónicos y pandectistas, la concepción romana y medieval identifica la propiedad con la tierra misma, y en ella la afectación de las cargas (religiosas, políticas y sociales, familiares y privadas) antecede en rango e importancia a la posición misma del propietario y a su poder individual de disposición. El propietario es sólo el detentador de una posición subjetiva de preeminencia y majestad, en el marco restringido de las facultades y competencias que el derecho reconoce a lo privado. En caso de conflicto es preferido el comprador anterior, pero esta preferencia está delimitada al conflicto entre adquirentes privados, pero sea cual sea el propietario preferido, el estatuto de la propiedad permanece inalterado, y este estatuto es definido por los privilegios crediticios expresos o tácitos. El poder de disposición del propietario transmite la propiedad, pero sólo transmite lo que el propietario tiene; por otra parte, como nadie da lo que no tiene, y sólo se da lo que se tiene, el comprador adquiere la cosa con todas las cargas (privilegios) que la afectaban en el patrimonio del transmitente. Las cargas reales manifiestas (servidumbres) o debidas en razón de persona o de causa (privilegios crediticios de derecho divino y de utilidad pública, censos,

enfiteusis, etc.) se transmiten con la cosa. La propiedad se define como relación estamental; sólo entre particulares los conflictos se resuelven preferentemente acudiendo al origen: el descubrimiento y determinación del origen, es el que clarifica el propietario (la preferencia en caso de doble venta) y el crédito privilegiado preferente en caso de conflicto de preferencias del mismo rango (*prior tempore*) (así STS de 8 de marzo de 1879: entre acreedores comunes de igual clase se prefiere el primero en el tiempo).

En el Antiguo Régimen la búsqueda de los orígenes, en el conflicto de preferencias o privilegios, es limitada. El propietario privado no puede pretender ascender hasta Adán, para determinar el mejor derecho de propiedad; los conflictos originales son propios de la teología, pero entre particulares el tiempo lava los pecados de las titulaciones; en realidad la investigación de los orígenes se limita porque los particulares no tienen acceso al origen, y por ello su titularidad es siempre derivativa y secundaria. Se afirma con reiteración que el origen si no es indeterminado es indeterminable (*probatio diabolica*), e inconfesable (expoliación violenta), pero sin embargo esa es una explicación propia de libros de derecho, en los tratados escolásticos late la concepción originaria de la propiedad como algo esencialmente religioso de la que las titularidades privadas son una mera consecuencia, y en esa noción estriba la razón de simplificación en la investigación de los orígenes (prescripción). En los libros de teología se asiste claramente a la identificación del pueblo con sus dioses, y la tierra como donación de los dioses a sus elegidos; Dios da la propiedad a los pueblos virtuosos y la retira a los pecadores. La propiedad es esencialmente un lugar de convivencia que hace posible la vida colectiva, y en el que el propietario privado detenta una posición de preeminencia esencialmente formal, potestad circunstancial y delegada, de la donación de Dios de la tierra a su pueblo; a esta perspectiva responde el régimen de los privilegios en el Antiguo Régimen que garantizan el cumplimiento de los fines sociales y públicos de la propiedad. Sin embargo una propiedad estamental que hace del propietario un servidor del monje, es posible que responda a grandes ideales de justicia, y a coherentes tratados de teología política, y a la defensa de huérfanos y viudas, pero es muy poco funcional en su aplicación práctica. No fomenta la iniciativa económica y el comercio sino más bien ahoga la creatividad e innovación tecnológica, resulta en el predominio social de una casta quizá santa, pero improductiva (los señores); la adoración pasiva de los dioses a la espera de la donación de la tierra sólo produce campos yermos y castas indolentes de señores corrompidos, leguleyos, funcionarios y burócratas. La consecuencia es la vinculación de la propiedad inmobiliaria, y también la inseguridad del crédito territorial (régimen señorial). El comprador y de igual modo el acreedor quedan vinculados a sufrir, a pagar, a responsabilizarse, de todas las cargas reales o crediticias de la

propiedad definidas en su origen. La nueva teología de la modernidad es que Dios ama al varón virtuoso y no al señor indolente, y que la tierra fructifica por el trabajo del hombre y no por la adoración pasiva de los dioses. Los liberales veían en el origen no la donación de Dios, sino el señor improductivo rodeado de beatas, querían sustituir los monasterios por carreteras y ferrocarriles; este fue el espíritu de la ilustración.

La propiedad definida por su origen condena el sistema jurídico a la inamovilidad del patrimonio inmobiliario, impide la formación de capitales necesarios para la revolución industrial, y dificulta el comercio mismo. Y es que el origen es algo misterioso, distante, oculto y secreto. En el Antiguo Régimen era repetida la afirmación de que las cosas se adquieren con sus causas, y el principio nadie da lo que no tiene se interpretaba como aceptación del adquirente con las mismas cargas que la cosa tenía en el patrimonio del transmitente. La propiedad se convierte en un régimen de afectación en responsabilidad de la cosa determinado por su origen. Así una venta anterior válida de cualquiera de los propietarios de la cadena de la tradición hacía irregular la titularidad del comprador y determinaba la preferencia del adquirente anterior; y también que cualquier acreedor privilegiado podía dirigirse contra todos los sucesivos subadquirentes en la cadena de la tradición de la cosa, porque en razón del privilegio la cosa quedaba afectada en responsabilidad. El origen era así una carga demasiado pesada para la propiedad. En la realidad, fomenta igualmente la concentración de la propiedad, pues el latifundio simplifica y facilita la administración social de lo colectivo, y por otra parte la complejidad del sistema crediticio convierte al mismo en una auténtica trampa para los nuevos advenedizos que no conocen los entresijos y las dificultades «tácitas» que esconde el sistema. El liberal imaginaba que el sistema indolente escuchaba sin embargo el rumor de las piedras y del viento, y escondido detrás de las celosías destruía a quien no le adoraba. No olvidemos tampoco que el matrimonio indisoluble unido a la inamovilidad de la propiedad era un instrumento de reducción progresiva del número de propietarios, y de control social de los pocos elegidos para tan selecta clase. Las grandes revoluciones del *xix* son una llamada a lo colectivo (el pueblo) frente a lo estamental (lo oculto, lo secreto, lo complejo), lo público es una llamada a lo individual como originario (pacto social), y a lo publicado como originario; no se reconoce el origen sin publicidad o manifestación expresa. La redistribución de la propiedad (comunitaria o colectiva), desamortización, es el principio de la revolución. Se pretende hacer del origen no algo difuso, misterioso e incomprensible, sino algo individual, expreso y sencillo: la propiedad privada. Los liberales se imaginan intriga en lo más recóndito de sus tálamos nupciales, frente a ello oponen la garantía formal de la verdad manifestada públicamente: la revolución. Lo público es el espejo en el que el pueblo se reconoce.

La prescripción aparece en el derecho romano y en el derecho medieval como un paliativo al problema de los orígenes. Dado que el origen define al propietario y al crédito preferente, y la afectación preferente en responsabilidad, es necesario poner un término a la investigación de las causas (tradición), porque en derecho en cuestiones no sustanciales lo práctico debe prevalecer sobre lo fundamental. El derecho para ser funcional no se puede detener más que muy limitadamente en la investigación de los orígenes no sólo por su dificultad (*probatio diabólica*), y por la rapidez, sencillez y posibilidades de los procedimientos contenciosos, sino también —se dice comúnmente— porque la experiencia enseña que en el origen no suele haber una bucólica y paradisíaca recepción de la cosa por el varón virtuoso, sino un acto de expoliación y violencia. En el origen está la guerra, la revolución, y la apropiación de un territorio como experiencia colectiva. El derecho privado en definitiva necesita de una instancia legitimadora anterior al derecho mismo, y cierra los ojos a la injusticia de origen y desprecia lo que ignora. El propietario privado se limita a probar su titulación, como relación jurídico-privada y a discutir sus derechos frente a otros particulares, y conforme la titulación se aleja del presente la complejidad de las transmisiones (ventas y herencias), la multiplicidad de los créditos y privilegios, el cambio de las normas jurídicas y las dificultades de descripción e identificación de las cosas, hace imposibles las discusiones sobre los orígenes. La prescripción en definitiva es una limitación moral del derecho (que no se puede preguntar en cada caso concreto sobre los orígenes del sistema mismo, y quién va a pagar y cómo va a pagar los defectos originales). La Teología del Antiguo Régimen sin embargo refería la prescripción a la fundamentación religiosa del sistema en la que se encontraba el origen auténtico de las titularidades. Sin embargo, por mucho que en el Antiguo Régimen se admita la prescripción, la misma no va a otorgar seguridad suficiente al crédito; porque en el fondo la prescripción está al servicio de la conservación del régimen estamental y de los privilegios: en los largos plazos de prescripción llega a perderse la razón de identidad misma de los créditos y de la propiedad privada, y quizá esta es una razón de admisión de la prescripción más aún que la seguridad del crédito y de la venta. Por otra parte en el Antiguo Régimen la prescripción no fue un régimen universal de adquisición de la propiedad, sino limitada en razón de los bienes (patrimonio real y eclesiástico), de las familias (mayorazgos, etc.) y de las personas (fisco, incapaces, cautivos, etc.). La revolución pretende ser un nuevo hecho originario, hacer de lo público y lo real el fundamento del derecho, hacer de la prescripción un hecho universal y sencillo, el pasado olvidado que ya no se manifiesta, y de la escritura y la publicidad el único origen constatable que el derecho va a tener en cuenta. La revolución liberal es en definitiva una revolución en los orígenes que

pretende encontrar autenticidad en el derecho, librándole de su dependencia a un orden estamental de raíces teológicas.

Los humanistas parecen haber sido los que iniciaron la ruptura con la tradición. El derecho romano deja de ser considerado como una tradición jurídica de carácter universal (el sacro romano imperio), para ser considerado un derecho del pasado, aplicable con carácter supletorio en los territorios europeos. Se produce en realidad la distinción (ruptura quizá en ciertos casos) entre derecho romano y derecho nacional. En el tema que nos ocupa, el tratamiento de los textos romanos deja de considerarse un argumento de autoridad y se establece una cierta separación entre el texto y el autor, que en nombre de la ciencia permite renovar (o romper) con la tradición. Un punto, yo creo que de ruptura, es la afirmación de que un acreedor nunca puede dirigirse contra el comprador que tiene título de propiedad. El privilegio adquiere un carácter netamente concursal y personal frente al deudor; la tradición del derecho común consideraba que el interés de la República y la noción de que lo común se antepone a lo singular impone el carácter inmediato y real (anterior a la propiedad misma) de los privilegios de derecho divino o de utilidad pública; mientras que los humanistas empiezan a hacer de la propiedad privada el auténtico vértice del sistema, y del privilegio algo neta y estrictamente personal, la importancia de la escritura parece subrayarse también con los humanistas, y el valor de lo escriturario va a definir la realidad última de la organización política (las fuentes del derecho, el fin de la autoridad), como si la elevación moral de lo personal e individual fuese inseparable del valor reconocido a la palabra formalmente constatada. Los humanistas pasan a definir el privilegio en razón del concurso de los acreedores, y no de su inmediatitud sobre la propiedad. Pero... si la propiedad no la define la asunción de un sistema de cargas... ¿qué define la propiedad? Yo creo que los humanistas no se plantean así el problema porque la propiedad no es lo definido sino lo definitorio. Es en realidad algo formal que permite empezar de nuevo cada día (prescripción) olvidando el pasado y sus cargas. Los glosadores y posglosadores, así como el propio NONIO ACOSTA, están preocupados por el problema de los orígenes como definitorio del estatuto de la propiedad, porque en su origen está su legitimidad, pero los humanistas, con la secularización del derecho, hacen tabla rasa del problema de los orígenes. La búsqueda del significado trasciende a las preocupaciones de los juristas y podemos encontrarlo en la filosofía jurídica del idealismo alemán: el origen es formal y es la propiedad misma. Así, partiendo del presupuesto de que el acreedor nunca puede dirigirse contra el tercer comprador que tiene título de propiedad resulta sumamente interesante examinar el régimen de la prelación crediticia en GLUCK, que resume la tradición humanística, y la inserta en el pandec-

tismo (3). Su estructura del rango comprende: 1) las hipotecas legales generales preferentes: el fisco y la dote, cuyo rango no se determina por su origen temporal (4); 2) las demás hipotecas legales, de las que se va a discutir si son preferentes de segundo orden o tácitas (cuyo rango en el conflicto con las convencionales se va a determinar por su origen en el tiempo), propiedad es sinónimo de voluntad y me da la impresión de que los humanistas evolucionan hacia la consideración de las hipotecas legales como tácitas (su rango se determina por su origen temporal); 3) hipotecas convencionales privilegiadas, que son hipotecas especiales con derecho a separación aún frente a las hipotecas legales anteriores, así la hipoteca adquirida de un deudor anterior, el que presta dinero para adquirir una *mutua* o una cosa sobre la cosa misma, la hipoteca legal del precio sobre la cosa vendida si permanece en poder del deudor, etc.; 4) hipotecas convencionales, cuyo rango depende del momento de su constitución, aunque las constituidas en escritura pública notarial o judicial son preferentes a las meramente privadas. En definitiva, si la cuestión de los orígenes era una preocupación efectiva sobre la justicia material del sistema jurídico mismo, los humanistas parecen recoger de modo creciente los principios de prioridad y especialidad, que son meramente formales, si bien en la determinación del nuevo origen formal de las titulaciones, se plantean delicadas cuestiones de conflicto entre lo legal, judicial y voluntario.

La Revolución francesa significa un intento de simplificación absoluto del régimen de los privilegios para la identificación y definición de la libertad de la propiedad. Y ello en base a unos principios básicos sobre los que se pretende fundar la seguridad del crédito territorial, indispensable para la formación y desarrollo de la sociedad capitalista. En primer lugar se afirma tajantemente la personalidad de las deudas, es decir, *a contrario sensu*, los bienes no responden de los créditos, sino sólo las personas. La enajenación válida es oponible al acreedor y se pretenden suprimir los privilegios generales y tácitos en razón de la causa y de la persona. El comprador no queda vinculado a los orígenes como afectación de la cosa a los créditos anteriores a la venta, el vendedor no se responsabiliza de los derechos que pesan sobre el patrimonio del vendedor. En segundo lugar, la supresión de todos los privilegios debidos por razón de las personas o de la causa. El privilegio sólo se reconoce en razón de la identidad del crédito mismo (veremos después lo que significa), es excepcional y legal; en tercer

(3) GLUCK: *Commentario alle Pandette*. Trad it., Milán, 1895, las citas corresponden al comentario al libro XX del Digesto.

(4) Se discute si se extiende el rango a los bienes adquiridos con posterioridad. La mayoría de los autores se muestra contrario a la extensión, pero DERNBURG argumenta que, si se adquirió a título oneroso, el rango del precio pagado revierte sobre la cosa comprada.

lugar, la inoponibilidad de los actos privados de enajenación (preferencia del documento público en la doble venta), o de constitución del crédito (art. 1.227 CC). La igualdad de los acreedores es residual, como también lo era en el Antiguo Régimen, porque en realidad se sustituye la prioridad de origen sobre el que los humanistas edificaron el derecho del concurso, por la prioridad del otorgamiento público (art. 1.924.4 CC). En el Antiguo Régimen la prioridad prevalecía también sobre la especialidad (D. 20,4,2), y así una prenda general anterior era preferente a una especial posterior aunque pueda cobrarse su cantidad de los restantes bienes; en el Código, al sustituirse el principio de prioridad por el de prioridad formal se establece como resolutorio el principio de especialidad, lo que permite organizar la publicidad registral. Por la preferencia de la escritura pública el rango se constituye también con cierta independencia del crédito mismo. Quizá podemos ensayar la afirmación de que en el Antiguo Régimen el crédito tiene una autenticidad propia, que puede ser distinta de su rango en el concurso, mientras que la Revolución francesa pretende fundar la autenticidad exclusivamente en la forma y la publicidad, dejando en todo caso los problemas de autenticidad del crédito y de su causa al juicio plenario.

El formalismo que el derecho liberal introduce en el régimen del crédito y de la responsabilidad, no es sino un trasunto de una legislación que con el mismo problema (los orígenes) la legislación eclesiástica había desarrollado y resuelto en los siglos anteriores en la regulación del matrimonio. El problema de los dobles matrimonios y de los matrimonios clandestinos sólo se había llegado a resolver con la publicidad y publicación de los matrimonios, y restringiendo la eficacia de los acuerdos privados de constitución del vínculo matrimonial o de entrega informal de los esposos. Los liberales en la constitución del crédito parten de la misma consideración: la carga oculta como vinculación, y resolver el problema de las dobles ventas (inoponibilidad de los contratos privados de venta), erradicación del crédito clandestino (art. 1.227 CC), eficacia superior del acto de enajenación (art. 1.473 CC, ante «testigo cualificado»). Aunque se mantenga que el «origen» de la transmisión de la propiedad se encuentra en la voluntad privada (contrato), dicha voluntad sólo es oponible en el concurso si ha tenido la previa bendición de una fehaciencia pública. Pero la propia experiencia de siglos de desarrollo del derecho matrimonial mostraba que la forma y la publicidad sólo pueden organizarse con la constitución de un registro, y por ello tanto el Registro de la Propiedad como el protocolo notarial son los dos grandes pilares desarrollados en la revolución liberal que hacen posible un sistema financiero moderno.

En realidad el régimen de los derechos reales de garantía aparece con especificidad respecto del régimen general de los privilegios en la revolución francesa, y por el nuevo sentido otorgado a la forma pública y a la

inscripción como fundamento del derecho patrimonial de las garantías. Tanto en el derecho romano como en el Antiguo Régimen el privilegio no se estudia como una institución autónoma de derecho concursal sino dentro del problema que plantea el rango de los créditos y por ello comprende también el régimen de los derechos reales de garantía. El Código de Napoleón introduce sin embargo la simplificación de pretender resolver el conflicto de los acreedores por mecanismos estrictamente formales, por ello frente a las largas y complejas disquisiciones de los tratados de los privilegios en el Antiguo Régimen, donde los tratadistas hacen gala de las más profundas sutilezas dogmáticas, la simplificación total de la temática en la codificación napoleónica (5). Los derechos reales de garantía, prenda e hipoteca, adquieren especificidad y son tratados en detalles, pero los privilegios reciben un tratamiento residual; e incluso BAUDRY-LACANTINERIE, que en otros temas desarrollan en detalle los fundamentos ideológicos de las innovaciones del código, apenas dedican espacio a la profunda reforma del régimen de los privilegios crediticios. La supresión de los llamados privilegios personales y causales de los créditos, así como la supresión de los privilegios «ocultos», es decir, no constituidos formalmente, que suponía tirar por la borda largos y enjundiosos tratados del AR, apenas merece comentario. Será sólo al comentar la hipoteca y sus fundamentos donde los tratadistas desarrollan los nuevos principios de la tutela del crédito y de la seguridad del tráfico y del comercio. Pero la inserción de la propiedad como nuevo sol del sistema patrimonial ha hecho perder la perspectiva tanto del significado del privilegio crediticio, como de las discusiones sobre los orígenes a la hora de determinar la preferencia crediticia.

DOMAT Y POTHIER, precursores doctrinales del Código de Napoleón, realizaron una crítica tajante y radical contra el sistema de privilegios crediticios del Antiguo Régimen. «De todos los privilegios, aún los más pequeños, dan preferencia contra los acreedores quirográficos, hipotecarios y demás» (6). En pleno proceso revolucionario, una ley de Messidor del año 3, suprimió todos los privilegios crediticios y organizó el sistema de publicidad de las hipotecas. Sin embargo, esta simplificación radical asustó a los propios revolucionarios; GRENIER, en su ponencia ante el tribunado, afirmó que este nuevo sistema traería la ruina de las fortunas familiares, se hacía necesario incorporar los antiguos privilegios e hipotecas judiciales y tácitas al sistema

(5) El formalismo en la constitución y definición de las garantías reales: la posesión es la prenda y la inscripción la hipoteca, es coherente a su consideración como un acto de disposición, y se suele atribuir al iusnaturalista GROCIO (WOLF, *Derecho de cosas*, III, vol. 2, 3ª ed., Barcelona, 1971, pág. 180); WINDSHEID, vol. 1, parágrafo 131, BISCARDI, *Il dogma de la collizione alla luce del diritto romano*, 1935.

(6) DOMAT. *Lois civiles*, III, párrafo 3; POTHIER, *Traite de procedure civile*. X, pág. 292.

de publicidad hipotecaria y especial de las garantías reales. Una ley de 11 de Brumario estableció un sistema de hipotecas legales, cuyo rango se constituía por la inscripción registral, en favor del Estado y de la mujer casada, y también las hipotecas judiciales, constituidas por inscripción registral previo mandato judicial, para garantizar el procedimiento ejecutivo y las cauciones legales (7). Este es el sistema que recoge el Código de Napoleón, que pretende erradicar las hipotecas tácitas y los privilegios y cargas ocultas. Veremos después que, sin embargo, la práctica cotidiana mostró que era necesario establecer un sistema de aseguramiento tácito de los tributos de repartimiento durante su proceso de exacción voluntaria. Se creó así, por ley de 12 de noviembre de 1808, una hipoteca tácita en favor del Tesoro Público que estudiaremos detenidamente después.

La revolución última la pretende hacer la administración prusiana con la organización del catastro. Y es que lo que se inicia como un sistema de simplificación de la prueba (preferencia del título público de adquisición inoponibilidad de los créditos privados), se transforma en una ruptura radical con los orígenes que pretende incorporar la propiedad a un libro. Para los prusianos la búsqueda del origen para la determinación del propietario preferente ya no son la cadena de tradición definida por la publicidad (inoponibilidad del documento privado) y limitada por el tiempo (prescripción), sino la cadena de tradición como renuncia abstracta del titular registral. La transmisión de la propiedad no se funda en el contrato como voluntad concorde, sino en la propia voluntad abstracta de transmitir del propietario tabular con independencia de su causa. El idealismo alemán introduce en el derecho el origen de la propiedad en la inscripción registral. Los orígenes son un libro que el Estado crea y garantiza: el Registro de la Propiedad. Es la inscripción en el Registro como expresión de la realidad formal del Estado, y como acto formal y abstracto de renuncia del propietario (no contractual) el que transmite la propiedad inmobiliaria. El derecho prusiano parece haber llevado hasta sus últimas consecuencias la identidad formal de las garantías. Se asimila en primer lugar tradición germánica y formalismo, culpando a la recepción del derecho romano en Alemania de la generalización de las hipotecas generales y tácitas; y en segundo lugar, se conciben las garantías reales, ya no como un privilegio (rango crediticio preferente en un orden concursal) sino como un acto de disposición de la cosa que otorga al acreedor el derecho de ejecución (lo que GIERKE llama una deuda real (8) y abstracta, fundada en la voluntad formal del titular

(7) SAGNAC, *La législation civile de la révolution française*, París, 1898, págs. 204 y sigs; CASANAVEITZ, *Le régime foncier et hypothécaire établi par les lois de 9 de Messidor año II, et 11 de Brumaire del año VII*, Toulouse, 1898.

(8) WOLF, cit., III, vol. 2, 3.^a ed., Barcelona: 1971, pág. 180.

inscrito en el Registro). El Estado prusiano y la revolución pandectística llevan hasta sus últimas consecuencias los principios revolucionarios franceses en el intento de resolución del problema de los orígenes; la propiedad no la definen los particulares en sus relaciones patrimoniales (tradición posesoria) sino el Estado que antecede toda contratación por medio de la majestad de un libro abierto a todos los particulares. La propiedad no se funda en la voluntad consensual sino en el otorgamiento formal escriturario e inscripción registral. El libro sustituye a la cadena privada de transmisiones (tradición) en la definición del origen jurídico de la propiedad. El libro permite hacer posible la identidad entre el Estado, la propiedad y el ciudadano. Los prusianos veían el Registro de la Propiedad como el nuevo libro que el hombre se daba a sí mismo como fruto de su racionalidad madura, tras siglos de oscurantismo y magia y egoísmo particularista del derecho. El Registro de la Propiedad y el protocolo notarial suponían la auténtica encarnación del Estado en la palabra y en la propiedad, y pretendían llegar a significar respecto de las cosas lo mismo que el dinero fiduciario respecto del crédito. El carácter abstracto de la transmisión de la propiedad (contrato real, abstracto, traslativo) está al servicio de la realidad formal de la propiedad que se otorga por el Estado a través de la inscripción. En el sistema napoleónico nunca se llega a perder la noción de identidad privada de la propiedad, en el sistema germánico la propiedad tiene un tinte primordialmente público y colectivo, una noción redistribuidora. El Estado aparece como un régimen de otorgamiento y tutela de la propiedad, abierta sin embargo a toda la colectividad en función del carácter público del Registro.

1.2. LOS PRINCIPIOS DEL SISTEMA CREDITICIO EN EL CÓDIGO CIVIL

Una obsesión perseguía a los autores liberales que construyeron el sistema crediticio del Código Civil: la erradicación de las cargas ocultas. Pero... ¿Qué es una carga oculta? En la doctrina española de la época no hay un desarrollo sistemático del concepto de carga oculta, bajo este concepto genérico se pretende la seguridad del comprador y del acreedor (frente al propietario y al sistema de privilegios crediticios del antiguo régimen). En primer lugar, ¿qué significa la tutela del comprador sobre el propietario? Dicha tutela se consigue por la inoponibilidad de los actos privados de venta (art. 1.473 CC), y por la inoponibilidad de los créditos personales del vendedor sobre la cosa. La venta libera a la propiedad de las cargas crediticias o personales directas sobre la cosa que no estén inscritas o sean manifiestas. La venta libera a la cosa de las cargas a las que estaba afecta la propiedad en razón de sus orígenes. La jurisprudencia muestra cómo la evolución de la figura pone el acento en la publicidad de la posesión por

encima de la escritura pública, tanto en lo que se refiere a la doble venta, como en la eficacia de la *traditio* instrumental, y desde luego en las ventas mobiliarias: la posesión como garantía de realidad de la titulación. En el Régimen español codificado en segundo lugar, la erradicación de las cargas ocultas preside también el sistema de los privilegios, cuya finalidad es otorgar seguridad preferente al crédito territorial por medio de la hipoteca: rango privilegiado frente a todos, por ser público y a cuyo servicio se organiza el Registro de la Propiedad. Otorgar seguridad al proceso de ejecución crediticia y a las ventas judiciales por la anotación preventiva (art. 1.923.3 y 4 CC).

Estos dos simples principios: la seguridad del adquirente y la seguridad del crédito hipotecario, son tutelados no sólo por la inscripción registral (a su servicio se crea el Registro de la Propiedad), sino también por el régimen de la preferencia de la afección singular (arts. 1.926 y 1.927 CC). Rompiendo con el régimen histórico de los privilegios, se suprimen las hipotecas generales tácitas en razón de las personas o de las causas del crédito. El sistema crediticio deja de preguntarse por las causas, y quedan sólo dos hipotecas generales en favor del Estado y de los aseguradores (art. 1.923 CC), esta última testimonial, pues yo no he encontrado desde la publicación del Código Civil ninguna sentencia referida a este tipo de privilegio (los aseguradores prefieren la resolución del seguro antes de dejar transcurrir dos años sin cobrar las cuotas).

La afección singular mobiliaria es también preferente mediante la posesión. La posesión se configura como un régimen de publicación de la titularidad mobiliaria, cuya eficacia radica en el tratamiento jurisprudencial moderno, para hacer efectivo el crédito mobiliario y la seguridad del acreedor, responde a los mismos principios que el registro para la propiedad inmobiliaria.

La afección singular se hace efectiva también en la refacción como causa del privilegio que se constituye en rango inferior de afección singular si no está inscrita. La refacción carece de conceptualización dogmática, pero está claro que la doctrina liberal cuando suprime los privilegios personales y admite sólo aquel privilegio que sea condición del crédito, su sentido es privilegiar aquel crédito cuyo valor ha quedado incorporado en una cosa concreta. En razón de su certeza y de la determinación de su origen inmediato, el privilegio refaccionario se funda en una razón de justicia distributiva. Y a esta filosofía responde el artículo 1.922 CC, que viene a definir la refacción, y que debe complementarse con el propio principio de reciprocidad del artículo 1.124 CC y el régimen de la compensación. La afección singular por refacción produce efectos sólo interpartes, y mientras el bien refaccionado se encuentra en el patrimonio del deudor; por otra parte sólo es oponible a terceros si la refacción puede probarse de modo fehaciente,

pues de lo contrario en virtud de la inoponibilidad de lo privado en el concurso (art. 1.227 CC), la refacción mobiliaria o inmobiliaria, no será oponible.

La preferencia de la afección singular hace de la afección general una afección residual tanto en el concurso como en la ejecución, pues en el concurso el crédito privilegiado con afección singular goza de derecho de abstención. La afección general se compone a su vez de dos grados: el primero excepcional y residual, de interpretación muy restrictiva por el Tribunal Supremo (art. 1.924.1 CC), es el principio general de los créditos tributarios; y el segundo cuyo signo y eficacia es ser efectivo durante la administración del concurso o intervención del patrimonio del deudor, y que se refiere a los gastos del propio concurso (art. 1.924.2.A CC) y a los débitos por oficio de piedad al concursado o sus dependientes.

La auténtica graduación de la afección general es el tercer orden de prioridad general: el principio de la prioridad en el tiempo. Preferencia de los créditos escriturarios por razón de su fecha (art. 1.924 CC), y la inoponibilidad de aquellos créditos cuya fecha no sea cierta (art. 1.227 CC). Es decir, en el concurso los créditos son habitualmente desiguales, porque el reconocimiento público de un crédito es inseparable del otorgamiento de un rango al mismo, y el principio de igualdad es residual y dentro del propio concurso.

Tanto en el derecho romano como en todo el Antiguo Régimen los créditos comunes se gradúan por su origen, es decir, que dentro de la misma clase son preferidos los más antiguos, principio que se afirma en España jurisprudencialmente aún hasta la codificación misma (así STS de 8 de marzo de 1879). En el derecho moderno la ruptura con el origen privado y causal del crédito simplifica el concurso, puesto que todos los créditos comunes son iguales cualquiera que sea su origen y causa.

Así pues, el sistema crediticio instaurado por el código es de una extrema sencillez y se puede resumir en dos principios fundamentales; el primero la preferencia de la afección singular, en la que se reconocen dos causas: la inscripción y la refacción, y el segundo la subsidiariedad de la afección general, que se funda en el principio de prioridad escrituraria, salvo la salvaguardia durante la administración del concurso de las obligaciones debidas por oficio de piedad o los gastos de administración del concurso (y veremos también la incidencia de diversas leyes especiales en el régimen de los privilegios). A mi parecer la alambicada redacción del Código Civil se debe a que sus autores básicamente copiaron los principios de los códigos civiles de la época, sin entender los principios ideológicos y económicos a los que respondía el sistema crediticio.

No se nos oculta que después de la publicación del Código Civil, el sistema de los privilegios se ha complicado notoriamente con la aparición

de nuevas categorías que muchas veces no se ajustan a los patrones esquemáticos del Código Civil. En particular los privilegios laborales (específicamente salariales) y los privilegios administrativos (especialmente tributarios). Parece indudable que los problemas de coordinación de las distintas ramas del derecho trascienden directamente al tema de los privilegios, pero vamos a examinar cómo la jurisprudencia civil ha realizado una meritoria labor de coordinación y adaptación, y manteniendo la estructura básica creada por el Código Civil, fundada en la tutela jurisdiccional de la propiedad, ha insertado los nuevos órdenes normativos privilegiados en el tronco del derecho común civil.

1.3. SIGNIFICADO DEL REGISTRO EN LA EJECUCIÓN. EL VALOR DE LA ANOTACIÓN PREVENTIVA

Hemos visto cómo la tutela jurisdiccional de la propiedad es el fundamento del sistema crediticio liberal. Una transmisión válida (normalmente venta) es oponible al acreedor aunque sea privilegiado. Porque el bien sale del patrimonio del deudor y por ello no responde de sus deudas (art. 1.911 CC). La preferencia del comprador (adquirente) sobre el acreedor es el eje del sistema crediticio; dicha preferencia sólo se suspende por la anotación preventiva, que reserva el rango del crédito al derecho publicado por la anotación (principalmente el aseguramiento del resultado del juicio ejecutivo). Respecto de los muebles la inoponibilidad la ejerce el embargo mismo.

En toda ejecución crediticia como las sentencias de remate no producen el efecto de cosa juzgada, resulta que el juicio sobre la propiedad y el juicio sobre el rango quedan reservados al juicio plenario; la universalidad de los créditos y la propiedad están presentes en toda ejecución (concursal o particular). El patrimonio es el paraíso prometido al ejecutante que se encuentra perplejo ante un evento (bienes presentes y futuros..., pero... ¿hay bienes?). La tenencia y titularidad de bienes concretos es o puede ser desconocida al acreedor a no ser que sean manifiestos o estén inscritos, por ello la entidad económica del patrimonio del deudor es aleatoria, pero además está cambiando continuamente durante la vigencia del crédito, y aun si se trata de un crédito general, la eventualidad del cobro se agrava por la preferencia de la afección singular, lo que da un carácter residual a los créditos ordinarios. Por ello la noción real de patrimonio sólo se puede comprender refiriéndola a un momento determinado en el tiempo. Y así llegamos a la clave definitoria de toda ejecución, y es que la anotación preventiva (o el embargo de muebles) define el patrimonio del deudor a un momento determinado como unidad efectiva de responsabilidad. Es al

momento de la primera anotación preventiva a la que habrá necesariamente que referirse para fijar el rango de un crédito en la universalidad de los créditos (concurso) o ante otros créditos singulares (tercería de mejor derecho). Así la noción de concurso, y la oponibilidad misma del rango de todo crédito, y aun oponibilidad de los actos de enajenación y gravamen del deudor, es sólo concebible referida a un momento concreto que no es otro que el de la anotación preventiva. El Registro define así la identidad real del patrimonio en el tiempo, y permite construir un sistema registral que consagra la preferencia de la jurisdicción civil ante la variedad y rango de los créditos y las jurisdicciones (civiles, laborales y contenciosas) que concurren en la afectación de los bienes. Sólo el rango registral resuelve a la postre los delicados problemas de pluralidad de jurisdicciones, pluralidad de embargos en distintos juzgados competentes, complejidad de graduación de los créditos, aleatoriedad del patrimonio e indeterminación de los bienes afectos al pago de deudas concretas.

Cabe discutir si la anotación preventiva otorga o no rango al crédito. Yo creo que debe otorgarlo porque es la única vía de dar coherencia y simplificar el desorden y el caos de todo el régimen crediticio de los privilegios, dando seguridad al concurso y a la ejecución concursal, en relación con la noción del Registro como sistema de inoponibilidad de títulos, pero aunque la jurisprudencia configure el valor de la anotación como algo puramente defensivo, es lo cierto que se convierte en el auténtico eje alrededor del cual gira la ejecución, como exigencia de referencia de la noción de patrimonio y de la afectación de los bienes en responsabilidad a un momento determinado. La anotación preventiva hace nacer el patrimonio a la realidad y permite la afección de bienes concretos en responsabilidad, y determinar su oponibilidad respecto de otros créditos o frente a los actos de disposición del titular. Desde la anotación se inicia además un período de sospecha respecto de los actos de disposición del deudor posteriores al embargo (art. 1.292.2 CC), y aun de anteriores en el período sospechoso (retracción de la quiebra, doctrina de la simulación y causa ilícita).

Por ejemplo, en la STS de 20 de septiembre de 1988 (6844), despachada una ejecución laboral y otorgada escritura pública de venta, se declaran vigentes los créditos de la Hacienda Pública por ser anteriores al embargo laboral y estar anotados preventivamente en el Registro. La falta de anotación preventiva hubiese convertido en ocultos dichos créditos, salvo el privilegio general tácito, y no hubiese permitido su oponibilidad al adquirente en subasta judicial; sin embargo la anotación preventiva le reservó un rango de preferencia, que refirió el patrimonio del deudor a dicho momento y que permitió constatar la preferencia del crédito ejecutante de la Hacienda Pública. Lo mismo sucede en el apremio tributario y administrativo. La

preferencia en el embargo implica la preeminencia en la competencia (Sala de conflictos, S. 9 de julio de 1986) y la venta en procedimiento puramente administrativo transmite válidamente la propiedad, por lo que sólo reservando derechos de rango anteriores y mediante su anotación registral, será posible hacerlos valer por la oportuna tercería civil o en procedimiento autónomo de ejecución.

1.4. PRIVILEGIOS CIVILES Y PRIVILEGIOS MERCANTILES

El Código de Comercio tiene vocación de regulación general del régimen de los privilegios, y algún autor ha mantenido el carácter preferente del régimen mercantil en el concurso y en la quiebra (9). Sin embargo, es lo cierto que las normas civiles y mercantiles en ningún modo se encuentran contrapuestas y tanto la doctrina como la jurisprudencia los tratan habitualmente como regímenes complementarios. La primera jurisprudencia se esforzó en aclarar que el Código Civil no derogó el régimen del Código de Comercio sobre los privilegios (STS 28 de abril de 1930). Posteriormente se afirma que el orden de la quiebra no tiene por qué aplicarse a la suspensión de pagos (STS 27 de octubre de 1992, 8586), cuando en realidad el régimen mercantil en ningún modo se contrapone al régimen civil, y por ello puede interpretarse como una normativa complementaria. El Código Civil parece desarrollar el régimen general de los privilegios, mientras que el Código de Comercio regula con carácter particular algunos aspectos de las obligaciones mercantiles, y como veremos parece incidir especialmente en el régimen de la refacción. El que el régimen del Código de Comercio se regule con ocasión de la quiebra, da una impronta característica a los artículos 913 y siguientes del Código Civil, pues regula la materia desde la perspectiva traumática de la insolvencia del empresario, mientras que el Código Civil regula la materia, sin que deba referirse necesariamente a una situación de insolvencia o concurso, sino como identidad del rango de los créditos, y su fundamento.

(9) RIVES Y MARTI, *Teoría y práctica del concurso de acreedores y de la quiebra*, 3.ª ed., II, Madrid, 1954, págs. 619 y sigs.; RAMÍREZ, *La quiebra*, Barcelona, 1959, pág. 882.

2. PRIVILEGIOS ESPECIALES

2.1. LOS SUPERPRIVILEGIOS

2.1.1. *El superprivilegio de la Hacienda Pública*

2.1.1.1. Antecedentes y fundamento

En el Antiguo Régimen la hipoteca fiscal es general y tácita sobre todos los bienes del contribuyente y sólo se detiene ante los vendidos realmente con anterioridad al nacimiento del débito fiscal (10). El fisco tiene derecho a perseguir las cosas enajenadas por el deudor de tributos aun en poder de terceros y hasta el término de la prescripción centenaria, pues las obligaciones tributarias son naturalmente imprescriptibles (11).

Como hemos visto, el Código de Napoleón, en relación con las doctrinas revolucionarias sobre la libertad de la propiedad e igualdad de los acreedores, transformó el sistema de hipotecas generales en favor del Estado, en hipotecas legales expresas y especiales previa inscripción. Reconociéndose sólo posteriormente, en la ley de 1808, una hipoteca tácita en favor del Estado por la última anualidad vencida de los impuestos de repartimiento sobre inmuebles. Esta hipoteca tácita, contraria a las reglas de especialidad de las garantías y excepcionalidad de los privilegios, tiene en su origen un doble fundamento: en primer lugar un fundamento refaccionario, a semejanza del privilegio que se reconocía en las leyes civiles al arrendador y dueño directo en el censo, y en la enfiteusis sobre los frutos y muebles de la finca arrendada o cedida; y en segundo lugar, y principalmente, la hipoteca ... en favor del Estado se funda en el carácter personal del procedimiento tributario, que podría fácilmente defraudarse con la constitución de hipotecas voluntarias o enajenaciones a terceros durante el período de exacción tributaria. Así, la doctrina literal entiende que una cierta y limitada preferencia de la hacienda pública se hace necesaria para la coherencia del sistema tributario, ante las insuficiencias y posibilidades defraudatorias que ofrecía la exigencia de hipotecas legales expresas para obtener privilegios tributarios.

En España la supresión de las hipotecas generales tácitas en favor de la hacienda pública, y la instauración del sistema de preferencias legales expresas, se produce en la Ley Hipotecaria de 1861, precedida por el famoso Real Decreto de 8 de agosto de 1855, que declaró las hipotecas ocultas «condenadas por la ciencia y la razón». Sin embargo, la Ley de Adminis-

(10) PEREGRINO: *De iuribus et privilegiis fisci*, en especial págs. 106 y sigs.

(11) Cit., pág. 727. También GARCÍA DE GIRONDA: *Tractatus de explicatione privilegiorum*, 1617.

tración y Contabilidad de 1870 volvió a establecer una hipoteca general y tácita 'por todos los tributos, aunque limitada a una anualidad vencida.

2.1.1.2. La distinción entre privilegio especial y general en el Código y las leyes tributarias, y su interpretación jurisprudencial

El Código Civil, como es sabido, establece en favor de la Hacienda Pública dos privilegios de distinta naturaleza y alcance: en el artículo 1.923.1 CC en favor del Estado una hipoteca especial y tácita, por la anualidad vencida pero sólo por los impuestos que graven los bienes inmuebles de los contribuyentes. Recuérdese que a lo largo del siglo XIX, el gravamen de inmuebles se pretendió configurar como el impuesto central de repartimiento sobre la propiedad, que tenía carácter real. Este superprivilegio se configura sin embargo como privilegio especial y no como privilegio general (art. 1.927.1 CC). Por otra parte, los tributos municipales y provinciales se consideran por el Código como tributos personales, y por ello se les atribuía un privilegio general (art. 1.924.1 CC), también por el cobro de una anualidad corriente, y como preferentes de primer grado entre los privilegios generales (art. 1.929.1 CC), excluyendo todos los demás privilegios generales pero pospuestos a los privilegios especiales.

Desde luego, ya en el momento de su promulgación el Código estaba desfasado y había entrado en crisis la universalidad de la contribución de inmuebles, pero la distinción entre privilegio especial y privilegio general ha permanecido en la jurisprudencia porque responde a un aspecto profundo de la posibilidad de ejercer la acción tributaria frente a terceros. En efecto, el comprador de un bien inmueble es lógico que responda (hipoteca tácita) sobre las contribuciones territoriales u otros tributos similares que gravan directamente el bien adquirido, durante el período ordinario de exacción tributaria voluntaria (anualidad corriente y vencida), pues hay un mínimo deber de diligencia y comprobación de la titulación pública referente a un inmueble. Es decir, que el adquirente de un inmueble tiene obligación de comprobar las cargas fiscales inmediatas que afectan al mismo, y por ello la ley le impone una especie de fianza legal sobre las mismas. Pero el comprador o adquirente no es lógico que responda de los impuestos que gravan con carácter general el patrimonio de su vendedor o transmitente, pues frente a ellos, el comprador o adquirente está protegido por la reciprocidad causal de la adquisición, en la que se supone (salvo fraude o simulación), que el precio sustituye a la cosa en el patrimonio del deudor tributario; y por ello sus adquisiciones quedan liberadas de las cargas que afectaban a la cosa en el patrimonio de su transmitente. Recordemos que en

el Código los privilegios generales se configuran como privilegios personales que sólo se pueden ejercitar contra el patrimonio del deudor y no frente a terceros, y que sólo tienen carácter real los privilegios especiales y mediante la inscripción. El superprivilegio por razones procedimentales está dispensado en el período del superprivilegio de la inscripción, pero siempre presupuesta su especialidad (impuestos que graven inmuebles en concreto, y sobre los mismos bienes gravados), y sólo por su especialidad se pueden hacer efectivos frente a terceros.

Así toda la legislación tributaria posterior y jurisprudencia está centrada en esta distinción fundamental: el superprivilegio es un privilegio especial que grava bienes concretos por tributos que afectan directamente a dichos bienes, y ello sin perjuicio del privilegio general sobre todos los bienes del deudor y por toda clase de tributos y que la jurisprudencia tiende a restringir y a tratar como privilegio escriturario (12).

La jurisprudencia inmediatamente posterior al Código declara que el Código Civil no derogó el privilegio general que con carácter anual establecía para todos los tributos la Ley de Contabilidad de 1870 (SSTS 3 de febrero de 1894, 7 de diciembre de 1898, 27 de febrero de 1930). Con lo que en realidad deja de tener sentido la distinción básica recogida en el Código entre privilegios estatales (art. 1.923 CC) o municipales (art. 1.924 CC), y se convierte en distinción básica la de privilegios tributarios especiales y generales, pues sólo los especiales se podían hacer efectivos frente a los terceros adquirentes como hipotecas tácitas.

Con posterioridad al Código Civil, multitud de leyes especiales tributarias establecen privilegios tributarios en favor de la Hacienda Pública (13) e igualmente la legislación sobre contabilidad pública y presupuestaria, así como la legislación hipotecaria regulan en detalle el privilegio tributario. Sus principios pueden resumirse así:

El privilegio especial no se limita a los impuestos de carácter estatal (el Código estaba pensando en el impuesto de repartimiento), sino que se extiende también a los tributos municipales y provinciales, y regionales, siempre que se refiera a inmuebles o derechos inscribibles, y se trate de un gravamen periódico (arts. 73 y 74 LGT, art. 194 LH, art. 12 LACHP, art. 40 RGR). Lo que comprende efectivamente es

(12) Sobre el carácter restrictivo del tratamiento jurisprudencial de los privilegios de la Hacienda Pública: RODRÍGUEZ BEREJO: *Comentarios a las leyes financieras y tributarias*, Madrid, 1982, pág. 634.

(13) Véase el primer fundamento de derecho en la STS de 3 de mayo de 1988 (3874) un elenco detallado de normas tributarias que establecen privilegios tributarios. También en MOLINA GARCÍA: *El privilegio de los créditos del Estado*, Madrid, 1979, págs. 135 y sigs., 185 y sigs.; SERRERA CONTRERAS: «Prelación general de los créditos tributarios», en *Estudios de derecho tributario*, II, págs. 917 y sigs.

discutido (14), sin duda la contribución territorial (SSTS 26 de febrero de 1980, 3 de mayo de 1988, 3874); impuesto municipal de solares, e impuesto de transmisiones (STS de 15 de junio de 1974), y más dudoso el impuesto de plusvalía, cuya periodicidad es dudosa y a lo sumo podría calificarse de cíclica y no anual. Declarando la jurisprudencia que es indispensable probar que los créditos que la misma garantiza corresponden a una determinada finca (SSTS 31 de diciembre de 1982, 7987; y 3 de mayo de 1988, 3874), y se exige también la liquidez de la deuda (SSTS 27 de febrero de 1930, 2 de mayo de 1963, 2460), y que la administración detalle la causa del crédito y en particular el año de devengo (STS 16 de febrero de 1976, 676). El privilegio especial no se extiende al impuesto industrial (STS de 12 de noviembre de 1960, 3473), de sociedades (STS 31 de diciembre de 1982, 7987), ni a tráfico de empresas, personas físicas o impuesto de sociedades (STS 14 de noviembre de 1992, 9404).

Constituye una carga pública que de modo directo o inmediato recae sobre el inmueble sujeto al acto imponible se haya o no dispuesto del bien con anterioridad (SSTS 29 de noviembre de 1962, 26 de febrero de 1980, 534). En principio, pues el privilegio especial es preferente a todos los créditos aún anteriores en el tiempo y aún privilegiados, pero no a los actos de disposición anteriores a la fecha de devengo del impuesto que son oponibles a la Hacienda Pública siempre que conste su realidad (SSTS 29 de noviembre de 1962, 4749; 23 de diciembre de 1983, 6998), y ello aunque la finca continúe inscrita en el Registro a favor del embargado (STS 29 de noviembre de 1962, 4749). Excepcionalmente por su carácter real, la STS de 21 de diciembre de 1979 (4448) declara también oponible y preferente una hipoteca inscrita con anterioridad al devengo del impuesto (15).

Plantea algún problema el cómputo del plazo. La anualidad corriente es aquella en que se ejercita la acción administrativa de cobro y la inmediatamente anterior (SSTS 15 de junio de 1974, 2639; 17 de marzo de 1978, 1052), pues una cosa es el vencimiento del impuesto y otra el período impositivo, aunque para computar la preferencia de actos dispositivos anteriores se toma en cuenta la fecha de devengo del impuesto (STS 31 de enero de 1974, 1351) (16).

(14) Véase en detalle qué impuestos comprende en MARTÍNEZ LAFUENTE: *Derecho tributario*, Madrid, 1985; MARTÍN TIMÓN: *Concurrencia de embargos, tercerías y procesos de ejecución general con intervención de la Hacienda Pública*, Madrid, 1978, pág. 178.

(15) Véase con anterioridad al Código en el mismo sentido. SSTS 26 de marzo de 1878, 24 de junio de 1885.

(16) Sobre el apremio tributario y su anotación en el Registro puede verse CHICO ORTIZ, II, pág. 1096.

2.1.2. *El superprivilegio de los aseguradores*

El superprivilegio de los aseguradores ni tiene tradición histórica, ni es necesario, ni tiene aplicación práctica. Yo no he encontrado sentencia alguna referida al mismo desde la promulgación del Código Civil.

Parece haber surgido en la legislación hipotecaria de 1861/69, para fomentar el aseguramiento contra incendios que entonces se consideraba de interés público (17). En la actualidad parece claro que los aseguradores prefieren resolver el contrato de seguro en caso de impago de las cuotas, que el exigir judicialmente el privilegio.

2.1.3. *El superprivilegio del crédito salarial*

«Los créditos por salarios por los últimos treinta días de trabajo, y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional, gozarán de preferencia sobre cualquier otro crédito, aunque éste se encuentre garantizado por prenda e hipoteca.» El superprivilegio es una innovación del ET de 1980, pues la legislación laboral anterior había estructurado el privilegio laboral como refaccionario. La STS de 25 de septiembre de 1985 llama a este superprivilegio un privilegio absoluto, anterior a la hipoteca tácita en favor del Estado y los aseguradores. La jurisprudencia reconoce también su preferencia sobre cualquier género de crédito tributario (SSTS de 22 de septiembre de 1987, y 11 de noviembre de 1987); la STS de 27 de octubre de 1983 aplica el privilegio con carácter retroactivo, y estima en una ejecución hipotecaria que el precio de remate se aplica directamente al pago de los salarios de los últimos treinta días sin exigir siquiera una tercería de mejor derecho (18). Recogiendo el sentir unánime de la doctrina concluye también que el superprivilegio es de rango superior a cualquier otro incluso a las hipotecas tácitas en favor del Estado y de los aseguradores.

(17) GULLÓN, pág. 2072. También se regula en el Código de Comercio desde la perspectiva del seguro de incendios (art. 913.12 y 13, y art. 403). La doctrina es unánime en destacar su falta de fundamento y su escasa aplicación práctica.

(18) Véase comentarios de ANGEL YÁGUEZ y ZORRILLA RUIZ, en *ADC*, abril-junio 1984, págs. 513 y sigs.; y otro comentario a la misma sentencia de RÍOS SALMERÓN: «La preferencia por salarios y el procedimiento judicial sumario del art. 131 LH», en *Relaciones laborales*, I, 1985, pág. 544. RÍOS SALMERÓN: *Los privilegios del crédito salarial*, Madrid, 1984, pág. 338.

2.1.4. *Otros superprivilegios*

El artículo 9.5 LPH otorga el superprivilegio a los créditos por gastos de comunidad en la propiedad horizontal. El fundamento parece ser similar al que dio origen al superprivilegio de la Hacienda Pública y es la responsabilidad del adquirente de cerciorarse, como un deber mínimo de diligencia, del estado de los pagos de comunidad que afectan al inmueble en régimen de propiedad horizontal en el momento de su adquisición. La STS de 23 de julio de 1990 (6177), declara preferentes en razón del superprivilegio, las cuotas de pago pactadas entre comuneros para adquirir un viejo edificio a los descubiertos por créditos a la SS. El argumento fundamental de la Sentencia es que «las cuotas que hacen posible la realidad física del inmueble deben gozar de preferencia», pero este no es el fundamento del superprivilegio sino del crédito refaccionario, la sentencia pudo haber llegado a la misma solución con mejor técnica jurídica declarando el crédito preferente como refaccionario y especial, a las cuotas de la seguridad social que es un privilegio general (19).

El Convenio de Bruselas de 10 de abril de 1926, ratificado por España el 2 de junio de 1930, establece el carácter preferente de los créditos por avituallamiento, reparación y contratos de servicio de capitán y tripulación en el transporte naval y es objeto de una reiterada jurisprudencia que lo interpreta como superprivilegio (SSTS 22 de junio de 1989, 3877; 5 de noviembre de 1990, 8521). Similar es el superprivilegio por gastos causados en aeronaves (Ley de navegación aérea de 21 de julio de 1960) (art. 21).

2.1.5. *Conflicto entre superprivilegios*

Rara vez se ha planteado en la jurisprudencia el conflicto entre superprivilegios. La doctrina se decanta claramente por la primacía del superprivilegio salarial (20). Yo que soy de esa misma opinión, creo que la razón de fondo estriba en el fundamento refaccionario del propio superprivilegio salarial, lo que predica —aplicando el paradigma de graduación de los privilegios generales— su carácter preferente.

El que los privilegios tributarios respondan a intereses preferentes de carácter general y público, no es argumento pues la jurisprudencia da al

(19) Véase comentario a esta sentencia de ZURILLA CARIÑANA en *CCJC*, 1990, pág. 995.

(20) RÍOS SALMERÓN: *Privilegios del crédito salarial*, Madrid, 1984, pág. 424. Y a tal impresión se llega también de pomposos razonamientos jurídicos del Tribunal Supremo (así, STS 25 de septiembre de 1985, que habla de privilegios absolutos).

privilegio tributario un carácter netamente formal y escriturario, y el privilegio salarial hace efectiva la supremacía de lo personal (alimentos y oficio de piedad) sobre lo formal en el derecho (el tributo como una deuda claramente impersonal, o despersonalizada; el Estado como sujeto sin rostro). En definitiva, la seguridad y fluidez del tráfico mercantil y económico predica no desmesurar el privilegio de la Hacienda Pública, que la jurisprudencia civil restringe notoriamente. El respeto del carácter alimenticio y personal del crédito salarial significa que goza de un estatuto preferente tanto entre los privilegios generales (véase *infra*), como entre los superprivilegios.

2.2. LA INSCRIPCIÓN REGISTRAL COMO PRIVILEGIO INMOBILIARIO

2.2.1. *La inscripción en el Registro como sistema de determinación del rango crediticio*

En el sistema codificado, los privilegios crediticios se configuran como algo excepcional, pues el principio general ha de ser el de la igualdad de condición de los acreedores: *par conditio*. El principio de especialidad implica que los privilegios especiales sobre inmuebles son preferentes a los privilegios generales (art. 1.927 CC). Abstracción hecha de los superprivilegios que también se configuran como privilegios especiales (art. 1.927.1 CC); al privilegio especial se accede por la inscripción en el Registro de la Propiedad (arts. 1.923, 3 y 4 CC), aunque excepcionalmente —introducción tardía en el anteproyecto de 1882— se reconoce también el privilegio con carácter especial a los créditos refaccionarios inmobiliarios, pero con preferencia posterior al de los créditos inscritos (art. 1.927 3 CC).

La inscripción se configura así como la razón de identidad del privilegio inmobiliario ordinario. El rango de los créditos inscritos se determina por su origen (es mejor el anterior en el tiempo: *prior tempore*) con independencia de su causa (art. 1.927, 3 CC). Se prevén tres títulos fundamentales de acceso al Registro: el contrato de hipoteca, la refacción y la anotación preventiva.

La refacción puede anotarse preventivamente mientras duran las obras, pero no parece que ese sea un límite temporal a la facultad de inscribir créditos refaccionarios, pues aunque la LH regula principalmente el crédito refaccionario desde la perspectiva de un aseguramiento mientras se realizan las obras, el Código, que ha cambiado la perspectiva de tratamiento del crédito refaccionario al configurarlo como privilegio especial, otorga claramente la facultad de inscribirlos con carácter general (art. 1.922.3 CC).

Como veremos, el anteproyecto de 1882/8 varió completamente la perspectiva de la refacción inmobiliaria respecto de la legislación hipotecaria de 1861/8, considerando que accede al rango hipotecario por la inscripción (art. 1.923.3 CC), y no sólo como medida especial de aseguramiento en el contrato de obra. Perspectiva que se muestra en las legislaciones hipotecarias más recientes (arts. 59, 64 LH), y que está presente en la facultad de convertir la anotación en inscripción (art. 93 LH).

La ciencia revolucionaria liberal quiso hacer de la hipoteca voluntaria el único privilegio, y dispuso de una radical inmediatividad (como acto de disposición de la cosa), y de un procedimiento sumario de ejecución. Pero el sistema se mostró poco funcional, por exigencias de la coherencia de la recaudación tributaria se configuró el primer superprivilegio en favor de la Hacienda Pública, y los antiguos privilegios generales (en favor del Estado y de la mujer casada, etc.), se transformaron en causa legal de una hipoteca (hipotecas legales), cuyo rango se determina también por la inscripción registral. En este libro no vamos a tratar de la hipoteca voluntaria y de su rango privilegiado por ser su rango objeto específico de otros tratados. Sólo destacar que la necesidad de fundar el crédito territorial, y la voluntad de acabar con las cargas ocultas e hipotecas tácitas y generales, fue la razón primera de la regulación de la hipoteca y de los privilegios, tanto en el proyecto de GARCÍA GOYENA como en la Ley Hipotecaria de 1861, y en el texto articulado del Código Civil. El régimen de la publicidad de la hipoteca como causa única de la garantía inmobiliaria (frente al principio de la igualdad de los acreedores) exigió una profunda reforma del régimen de los privilegios inmobiliarios que se configuran como excepciones, especiales y públicos y de inscripción necesaria. Desde el nuevo derecho liberal, todo privilegio inmobiliario comporta una doble excepción: el principio de personalidad de los créditos, y a la exclusividad de la hipoteca voluntaria como privilegio. Esta exclusividad de la hipoteca voluntaria como privilegio era sin embargo excepcionada por arriba (superprivilegios), y por abajo (créditos refaccionarios), y a su nivel (por las hipotecas legales), pero lo cierto es que aquí se puede decir que la excepción confirma la regla, pues la inscripción registral constituye el lugar originario desde el que se puede explicar todo el régimen de los privilegios inmobiliarios.

2.2.2. *La anotación preventiva y su rango*

El moderno Registro de la Propiedad como mecanismo único de determinación del rango de los créditos inmobiliarios fomenta desde su creación el crédito territorial y la seguridad de las adquisiciones, pero también aparece como instrumento eficazísimo al servicio de los procedimientos judi-

ciales de ejecución. La complejidad extrema del rango crediticio en el proceso, con la posible multiplicidad de acreedores que embargan en distintos lugares, por distintos créditos, de distintos orígenes y rango, y que entran en conflicto entre sí, y que además entran en conflicto con los actos de disposición voluntaria o forzosa del deudor, explican el caos y la confusión del acreedor ordinario en el proceso, enfrentado a atravesar un océano misterioso a la búsqueda de un bien concreto, pues el patrimonio de su deudor fallido está afecto al cumplimiento de todas las obligaciones (art. 1.911 CC) y está además en continua mutación, pues salvo declaración de concurso o quiebra, el crédito no se dirige contra bienes concretos sino contra el deudor mismo, y el deudor además no pierde el poder de disposición sobre los bienes (libertad de la propiedad).

Aparece entonces la anotación preventiva con una doble función: 1. Reserva de rango (art. 44 LH, art. 1.923, 4 CC). Esto es el reconocimiento de la ineficacia relativa de los actos de disposición o créditos constituidos con posterioridad a la anotación de la demanda judicial y ejecutiva, y aunque se traten de créditos privilegiados; 2. Preferencia crediticia. Otorga a la anotación preventiva rango crediticio, distinto del rango originario del crédito reclamado, al reconocerle, en consonancia con la eficacia de las antiguas hipotecas judiciales, una preferencia similar a la de la hipoteca en función de la fecha de su inscripción (art. 1.927.2 CC).

La jurisprudencia, sin embargo, ha realizado, desde la misma publicación del Código, una interpretación muy restrictiva de la eficacia de la anotación preventiva a la que sólo reconoce la reserva de rango, pero no los efectos ofensivos propios de la antigua hipoteca judicial (21). En ello no

(21) La jurisprudencia no es unánime, la STS de 17 de abril de 1889, interpretando el art. 44 LH, declara que la anotación de un crédito quirográfico cambia su naturaleza, y la STS de 9 de julio de 1913 afirma que la anotación preventiva otorga preferencia para graduación y pago.

Desde su origen se desgranaron los argumentos que luego serán repetidos hasta la saciedad en la jurisprudencia más reciente. La STS de 10 de marzo de 1881, casando y anulando una sentencia de la audiencia de La Habana, declara que la anotación preventiva no crea ni declara ningún derecho y debe atenderse a la antigüedad extrarregistral para fijar su preferencia. La STS de 23 de enero de 1903 declara que la naturaleza de la anotación preventiva es garantizar las consecuencias del juicio, y la STS de 5 de julio de 1917, que no modifica la naturaleza del crédito reclamado. La STS de 20 de noviembre de 1928, que no da preferencia respecto de créditos anteriores, y la STS de 20 de marzo de 1931, que la preferencia de la anotación preventiva no puede confundirse con el derecho fundamental que otorga el art. 34 LH. La STS de 16 de febrero de 1918, incidiendo en lo que a mí me parece el origen del error, afirma que «la legislación hipotecaria representa un cuerpo legal cuya única misión consiste en garantizar intereses de tercera persona, pero sin mezclarse a modificar la clasificación de los créditos que siempre fue y será propia y peculiar de nuestro derecho común». Es una visión sobre las que luego incidirán las deformadoras ideas de JERÓNIMO GONZÁLEZ y ROCA SASTRE, que hacen del Registro un instrumento al servicio de la seguridad del

hace sino seguir los planteamientos de la más prestigiosa doctrina civil e hipotecaria (22). No se trata en este momento de polemizar frente a una corriente jurisprudencial muy dudosa y que es objeto de ciertas críticas en la doctrina reciente (23). No voy a desarrollar aquí la tesis que he expuesto en detalle en otros lugares sobre la eficacia que a mi juicio debe tener la anotación preventiva, simplemente resumiendo los argumentos señalaré que la eficacia ofensiva de la anotación preventiva y su rango hipotecario se funda a mi juicio en las siguientes razones: 1. En sus orígenes históricos como heredera directa de las antiguas hipotecas judiciales. 2. En la identidad de naturaleza entre la inscripción de hipoteca voluntaria y la anotación preventiva (art. 1.927.2 CC); la identidad de naturaleza se perfila con claridad en la Ley Hipotecaria de 1861 en la que la distinción entre anotación preventiva e hipoteca se establece por razones formales: la identidad de naturaleza se muestra con especial nitidez en la anotación preventiva por créditos en favor de la Hacienda Pública o refaccionarios, pues a éstos, después de su reclamación judicial, para reconocerles preferencia habría que exigirles una doble inscripción registral: de la hipoteca legal y de la anotación preventiva (24). 3. La naturaleza del Registro como instrumento general de ordenación del crédito; evitando maniobras fraudulentas, dando seguridad a las relaciones patrimoniales, y limpiando las cargas ocultas de la titulación (sistema de inoponibilidad de títulos no inscritos: arts. 32 LH

comprador o del acreedor hipotecario y no un instrumento general de ordenación del crédito y de seguridad de los procedimientos judiciales de ejecución. En cuanto a la jurisprudencia más reciente pueden verse en detalle mis comentarios a la STS de 26 de septiembre de 1985 (CCJC, pág. 2932) y STS de 14 de junio de 1988 (CCJC, pág. 602).

(22) Véase por todos DIEZ PICAZO: «Las anotaciones preventivas», en *RCDI*, 1964, págs. 26 y sigs.; LACRUZ: *Derecho inmobiliario registral*, Madrid, 1968, pág. 264; ROCA SASTRE: *Derecho hipotecario*, 1979, IV, vol. 1, págs. 111 y sigs.; RIFA SOLER: *La anotación preventiva de embargo*, Madrid, 1983, págs. 257 y sigs., OSSORIO SERRANO: *Anotación preventiva de embargo, Aspectos civiles y registrales*, Granada, 1986, RIVAS TORRALVA: *Anotaciones de embargo*, Madrid, 1992, págs. 53 y sigs.; GULLÓN BALLESTERO: *Comentario al Código Civil*, Madrid, 1991, II, págs. 2073 y sigs.

(23) Originariamente dicha crítica fue realizada por COSSÍO: *Instituciones de derecho hipotecario*, Madrid, 1986, ed. rev., pág. 268, que yo también mantuve desde presupuestos estrictamente registrales en coherencia con la doctrina de la inoponibilidad de títulos no inscritos, que comporta toda una concepción del derecho hipotecario como instrumento preferente de ordenación del crédito y no sólo de la seguridad del adquirente, que otorga preferencia a los títulos y no sólo a las titulaciones (véase *Derecho inmobiliario registral*, Madrid, 1986), después desarrollado por FRANCO ARIAS: *El procedimiento de apremio*, Barcelona, 1987, págs. 360 y sigs., y GARCÍA GARCÍA: *El tópico de los efectos limitados de las anotaciones de embargo*, VI Congreso Internacional de Derecho Registral, Madrid, 1988.

(24) Después del remate se cancelan todas las cargas posteriores a la anotación, sean estas hipotecas o anotaciones preventivas (véase, por ejemplo, R. 28 de septiembre de 1987 (6576). Sin embargo no se cancelan las enajenaciones aún inscritas con posterioridad si su título público es de fecha anterior (*vide infra*)

y 1.473 CC). Todo lo cual está al servicio de la credibilidad y eficacia de los procedimientos judiciales de ejecución, pues un acreedor pasivo que se aprovecha de la diligencia y oficio de búsqueda de bienes, identificación procesal de los mismos y del deudor, y ordenación y autenticidad del procedimiento, no es lógico que sea pospuesto sin más a un acreedor que aparece «en el último momento» con un título escriturario anterior; y lo mismo podríamos decir del mero comprador que con un título privado de compra deja que se consuma la venta judicial del bien embargado, tras un largo y costoso procedimiento de ejecución, para luego ejercitar, por ejemplo, una acción reivindicatoria en base a su documento privado anterior al embargo o su anotación.

Además tiene una mayor verosimilitud la causa del crédito reclamado judicialmente por el acreedor diligente, pues ante la facilidad de crear titulación privada o pública entre particulares, debe preferirse al reclamante que al tercero que sin asumir los importantes gastos de la anotación y del proceso ejecutivo aparece en el momento final aprovechando la actividad procesal ajena. En definitiva yo creo que no puede privarse a las medidas de aseguramiento judicial del crédito en el proceso ejecutivo de eficacia material, pues si el deudor puede sencillamente mejorar a sus acreedores por el sencillo procedimiento de otorgar una hipoteca voluntaria (rango registral) o una escritura pública (rango escriturario), es mucho más lógico que resulte mejorado aquel que despliega una actividad procesal de ejecución y aseguramiento de su propio crédito. La realidad de la titulación es siempre formal y por ello entre los privilegios generales de igual rango, el que acude primero a la justicia merece ser preferido en el concurso. Evidentemente esta consecuencia sólo puede predicarse de los privilegios generales, que por la anotación acceden a la condición de especialidad, que es en la que se funda el régimen de los privilegios.

La propia coherencia del proceso ejecutivo se contradice si la anotación de embargo no cierra el Registro a la escritura pública anterior de venta, lo que implica que no puede inscribirse la escritura de remate después de un complejo proceso ejecutivo, pues basta que el adquirente anterior a la anotación preventiva haya inscrito su derecho en cualquier momento anterior a la inscripción de la adjudicación judicial para que se cierre el Registro a la venta judicial (R 3 de octubre de 1985). Así, sin necesidad siquiera de tercería, toda la larga y costosa actividad procesal de ejecución merece ser arrojada a la basura (25). Y la contradicción es aún más manifiesta si lo inscrito es una mera escritura de hipoteca posterior a la anotación preven-

(25) E incluso el acto dispositivo posterior al embargo, pero anterior a su anotación cierra el Registro a la escritura de remate y adjudicación judicial de bienes.

tiva pero a la que deberá reconocerse rango preferente (si se lleva a sus últimas consecuencias la tesis de la naturaleza declarativa de la anotación preventiva) a la escritura de adjudicación.

La jurisprudencia parece haber mitigado últimamente la doctrina de la ineficacia ofensiva de la anotación preventiva por medios reflejos, como declarando que se presumen fraudulentas las enajenaciones de aquéllos frente a los que se hubiese dictado mandamientos de embargo (STS 30 de abril de 1985, 2006), negando eficacia retroactiva a la ratificación de una venta anterior a la anotación preventiva, STS de 12 de diciembre de 1989 (8821) (26) y en general valorando con mayor rigor en las tercerías las situaciones de venta de fecha anterior a la anotación preventiva en orden a reconocer su eficacia (así, STS 7 de enero de 1992, 152).

El reconocimiento de la eficacia ofensiva de la anotación preventiva supondría desde luego una auténtica revolución en el régimen de los privilegios crediticios, pues limitaría de forma importante el ámbito de las tercerías de mejor derecho, y significaría una modificación de hecho del régimen de los privilegios escriturarios, que haría de mejor rango el crédito reconocido por sentencia firme, aunque fuese ejecutiva, que el crédito escriturario ordinario (véase *infra*). Podría suponer en ocasiones un doloroso sacrificio de la justicia material (el mejor derecho), en favor de la justicia formal (el crédito ejercido con anterioridad), pero ello no es sino la consecuencia general de la aceptación de un sistema de derecho que hace del Registro un orden general de liberación de cargas, y del carácter dispositivo del proceso.

2.2.3. *Las cédulas hipotecarias*

La ley de 25 de marzo de 1981 otorga privilegio hipotecario a las cédulas hipotecarias emitidas por las entidades de crédito público, asimilándose su privilegio al del número 3 del artículo 1.923 CC. Son sucesores del privilegio que con el mismo rango concedió a las cédulas del Banco hipotecario la ley de 2 de diciembre de 1872. Yo no he encontrado jurisprudencia relativa a las cédulas hipotecarias, pero veo difícil que su rango llegue efectivamente a asimilarse a la hipoteca dada su falta de especialidad, lo probable es que la jurisprudencia lo interpretase como un crédito escriturario preferente entre los generales.

(26) En sentido contrario STS de 7 de abril de 1989, ratificación posterior a la anotación preventiva que prevalece sobre la misma. Seguramente el carácter contradictorio de las sentencias no se debe a un error de doctrina sino a una valoración de la relación subyacente, en el sentido de valorar la verosimilitud de la causa.

2.3. LOS PRIVILEGIOS REFACCIONARIOS

2.3.1. *Su configuración en el Código Civil*

El Código Civil regula los privilegios refaccionarios como privilegios especiales. Inmobiliarios (art. 1.932 CC) (inscritos: art. 1.923.3; o no inscritos: art. 1.923.5), y mobiliarios (art. 1.922 CC). Los privilegios refaccionarios mobiliarios son siempre personales, y presuponen la retención de la cosa en el patrimonio del deudor.

La refacción mobiliaria se configura en el derecho francés, y en el proyecto de GARCÍA GOYENA de 1851, como una facultad de inscribir, similar a las hipotecas legales, y obtener tras la inscripción rango hipotecario (art. 1.927.1 y 2CC). La ley y el reglamento hipotecario regulan minuciosamente la anotación e inscripción de la refacción inmobiliaria. La introducción del privilegio refaccionario inmobiliario como privilegio de rango extrarregistral inferior al hipotecario (art. 1.927.3 CC), pero desde luego superior al de los privilegios generales (art. 1.927 CC), es una novedad del anteproyecto de 1882 (27).

El Código desarrolla en detalle un concepto de refacción mobiliaria (art. 1.922 CC), recogiendo en el número primero la mayoría de las figuras que históricamente se consideraban como refaccionarias: créditos por construcción, reparación, conservación o precio de venta, a los que se añaden los de transporte (art. 1.922.4 CC), hospedaje (art. 1.922.5 CC), gastos de cultivo y recolección (art. 1.922.6 CC) y alquileres (art. 1.922.7 CC). Siempre definidos como privilegios especiales sobre la cosa construida, reparada, conservada o comprada (art. 1.922.1 CC), transportada (art. 1.922.4 CC), muebles existentes en la posada (art. 1.922.5 CC), y frutos de la cosecha (art. 1.922.6 CC) o frutos o muebles de la finca arrendada (art. 1.922.7 CC) (28).

(27) Cfr. PEÑA: «El anteproyecto de Código Civil español», en *Centenario de la Ley del notariado*, IV, 1. 740; LASSO GAITE. *Crónica de la codificación española*, II, Madrid, 1970. El anteproyecto, similar al BGB, parece que no iba a regular originariamente el régimen general de los privilegios que quedarían para una ley concursal posterior. Sin embargo, se introduce como adenda al Código, y concretamente la refacción inmobiliaria extrarregistral en el vol. 13.5.

La Ley Hipotecaria de 1861 se preocupó únicamente de garantizar los créditos refaccionarios en formación y otorgaba el privilegio sólo por la inscripción y no por la naturaleza del crédito en sí (ver CHICO ORTIZ: *Estudios de derecho hipotecario*, II, págs. 1318 y sigs.).

(28) A este elenco habría que añadir el de todos aquellos casos en que el derecho de retención se reconoce sobre la cosa y sus frutos, por los gastos de conservación y mejora de todo poseedor de buena fe: depósito, comodato, arrendamiento, resolución del derecho de propiedad (revocación de donación, cumplimiento de condición, restitución de fideicomisos y reservas, etc.). En sentido contrario, PUIG BRUTAU: *Fundamentos de*

La especialidad y personalidad están en la esencia del crédito refaccionario tal como se configura en el Código Civil. La preferencia se otorga al crédito refaccionario más moderno (art. 1.927.3 CC), y el acto de disposición de la cosa se configura como una liberación de gravámenes: el privilegio refaccionario no se puede dirigir contra terceros poseedores salvo inscripción registral (29). Ello denota la naturaleza del crédito refaccionario como restitutoria: una carga de la que se puede determinar su origen y por ello es preferente. Es un crédito cuyo valor se ha incorporado a una cosa concreta, y la preferencia en el cobro se configura como una auténtica separación de su valor en el concurso, fundado en un principio de justicia inmediata conmutativa. Por ello mismo, la compensación ha de definirse como un privilegio de rango refaccionario.

El carácter personal de los créditos refaccionarios constituye el tema de la primera jurisprudencia del Tribunal Supremo después de la publicación del Código Civil. Así, SSTs de 16 de febrero de 1897: el crédito refaccionario no se puede dirigir contra terceros adquirentes de la cosa, 10 de febrero de 1904 y 3 de enero de 1913 (30).

El Código no define la refacción inmobiliaria. La Ley Hipotecaria parece circunscribir el mismo exclusivamente a los créditos por contrato de obra (art. 42.8 LH, art. 159, art. 166,7 RH, etc.). Y así llega a configurar el crédito refaccionario inmobiliario alguna doctrina y jurisprudencia: su origen tiene que ser un préstamo o contrato de obra (STS de 5 de julio de 1990. Ar. 5778), y se niega el carácter refaccionario a un crédito por venta de materiales de estructura que se incorporó a una obra (STS 27 de octubre de 1992, Ar. 8586). Sin embargo esta doctrina es excepcional y no está en consonancia con la configuración histórica y fundamentación de la refacción, y un concepto amplio de refacción inmobiliaria es prevalente en la jurisprudencia: SSTs 11 de octubre de 1894: suministro de tubería, 30 de diciembre de 1896, los anticipos de materiales y dinero para unas obras implican un préstamo refaccionario (SSTs 6 de febrero de 1966, 856; y 26 de marzo de 1976, 1470; el crédito por suministro de material eléctrico es refaccionario. Mención especial merece la STS de 21 de mayo de 1987 (3552), dedicada a definir la refacción inmobiliaria que amplía la misma a

derecho civil, I. II, Barcelona, 1976, pág. 565, que considera este derecho de retención como diferente del privilegio refaccionario mobiliario y considera que otorga un rango absoluto frente a cualquier tercero.

(29) SÁNCHEZ MAZA: «El plusvalor del crédito refaccionario», en *RCDI*, 1944, pág. 586. Ello distingue la refacción del derecho real de garantía: STS 22 de octubre de 1992 (8595), el crédito por venta a plazos inscrito en el Registro Mercantil, a tenor del art. 19 de la ley 50/1965 de 17 de julio otorga un derecho real sobre la cosa.

(30) Véase, también, BRU DEL HIERRO: «Los créditos refaccionarios», en *RJ Cataluña*, 1899, pág. 182.

todo suministro de materiales, en virtud de los antecedentes históricos de la normativa del Código (art. 1.927.2 del Proyecto de GARCÍA GOYENA), definición amplia del artículo 1.874 CC, y finalmente que no es a la Ley Hipotecaria a la que corresponde definir la refacción inmobiliaria (31).

En especial habrá que tomar el artículo 1.922 CC, en especial su número 1, como definidor general de los privilegios refaccionarios, cuyas categorías habrán de aplicarse tanto a la refacción mobiliaria como inmobiliaria. Sin que se trate de una categoría cerrada, pues sin perjuicio del carácter *numerus clausus* de los privilegios, y su interpretación restrictiva, la falta de definición de refacción inmobiliaria exige tomar aquella que esté en consonancia con la fundamentación del privilegio, sus antecedentes históricos, y la identidad de razón entre el privilegio mobiliario e inmobiliario.

Una interesante constatación legislativa del proceso de la asimilación de la refacción inmobiliaria y mobiliaria lo constituye la LAR de 31 de diciembre de 1980, en cuyo artículo 64.1 atribuye al arrendador para el cobro de las rentas atrasadas la condición de crédito refaccionario asimilándolo al número 7 del artículo 1.922 CC para la refacción mobiliaria.

2.3.2. *Fundamento del privilegio refaccionario*

El carácter personal de los privilegios refaccionarios parece ser obra de los pandectistas y de los humanistas, y está en relación con la configuración de la venta (acto de disposición de la cosa) como liberación de gravámenes. En el derecho común el privilegio refaccionario parece haber tenido carácter real y haber seguido la cosa allí donde se encontraba. En el debate sobre la razón de la prerrogativa del vendedor por el precio debido hasta que no se complete el pago se da el fundamento último del privilegio refaccionario en el derecho común: porque las cosas se adquieren con sus causas (32). En el derecho codificado la causa —como reciprocidad— queda circunscrita a la relación entre los contratantes, mientras que en el derecho común la causa era razón de identidad de las cosas, y definía su afectación en responsabilidad.

Las razones propuestas como fundamento del crédito refaccionario alumbran la extensión de su régimen jurídico y sirven para dibujar los perfiles conflictivos de la figura.

(31) Véase comentario de la sentencia de ROJO AJURIA, en *CCJC*, pág. 4646. Sobre la ampliación jurisprudencial del concepto de refacción, véase también GIL RODRÍGUEZ, en *CCJC*, 1990, pág. 575.

(32) MOLINA: *De primogeniis*, libro I, cap. 10, núm. 19. NONIO, pág. 140.

1. Su fundamento es legal y su razón es que las obras de construcción y mejora en muebles e inmuebles revierten en utilidad pública (33).

2. El contrato tácito de garantía. En los contratos de préstamo, venta y obra era usual establecer la afectación de la cosa en garantía, y esta cláusula de estilo pasó a ser una cláusula legal (34).

Su rango es entonces el de las hipotecas voluntarias. Pero en la codificación el rango de la refacción es contrario al de su origen temporal. Es preferente el más moderno y por ello no se puede ya sustentar la doctrina del contrato tácito en garantía.

3. Entre los autores posteriores al Código de Napoleón se fundamenta el privilegio en el incremento del valor recibido por la cosa del que se trata únicamente de determinar su origen, reparar y restituir. El fundamento es similar al de la especificación y accesión y los autores suelen tratarlo en conexión con el enriquecimiento injusto (35).

Estamos ante el significado originario de la incorporación de valor a una cosa como fundamento del derecho de separación y de restitución. Es decir, la propia justicia distributiva fundada en la realidad material inmediata. Pero esta perspectiva admite a su vez dos versiones: a) razón de existencia, funda una noción estricta y limitada de refacción, aparece configurada expresamente en un famoso texto de ULPiano (D., 20,4,6): «la refacción viene a salvar todo el derecho»; GARCÍA GOYENA, tomando el mismo concepto, afirma que sin la refacción no existiría la cosa, y esta es la razón del privilegio (36). Se trata de un concepto limitado de refacción que abarca la nueva construcción y las obras y reparaciones necesarias, pero desde esta perspectiva es difícil justificar el privilegio del precio de venta o arrendamiento, transporte, y asimismo la compensación como privilegio refaccio-

(33) Véase NONJO: *Interés privado pero utilidad pública*. También DE ANGEL: *Los créditos derivados del contrato de obra*, Madrid, 1969; ROJO AJURIA: «Comentario a la STS 21 de mayo de 1987», en CCJC, pág. 4642.

(34) Véase GLUCK, libro XX, II, pág. 159. De aquí que su rango en el Antiguo Régimen era el de las hipotecas voluntarias.

(35) JOSSE RAND: *Derecho Civil*, Trad., esp., BS AS., 1951, II, vol II, pág. 490; MAZEAUD MAZEAUD: *Derecho Civil*, trad. esp., AS., 3, 1; LACRUZ: *Derecho de obligación*, II, 1, 2ª ed., Barcelona, 1985, pág. 392; Díez PICAZO: *Fundamentos de derecho civil patrimonial*; PUIG BRUTAU, pág. 568.

El tema permite entonces resolver el gran conflicto sobre qué es la refacción si la suma prestada o el incremento de valor recibido (véase SÁNCHEZ MAZA. «El plusvalor en el crédito refaccionario», en RCDI. 1944, pág. 581).

(36) Para GULLÓN es sinónimo de reconstrucción o reparación, aunque históricamente se amplía también a las sumas prestadas (pág. 2072). PUIG BRUTAU afirma: «Si el crédito se distribuyese por igual a todos los acreedores, los que no efectuaron el desembolso se enriquecerían (pág. 568); o MUCIUS SCAEVOLA: «La razón del privilegio es el aumento del valor que debe revertir a quien lo causó», en *Código Civil*, XXXI, Madrid, 1961, pág. 645.

nario. *b)* Razón de justicia distributiva. Por la razón apuntada, otros autores amplían el concepto de refacción a la razón personal de restitución y de equidad económica entre un acreedor y su deudor, por el valor efectivo incorporado a una cosa concreta, que se puede separar jurídicamente e identificar de modo directo en las relaciones entre el acreedor y su deudor. En el concurso y la tercería el privilegio se funda en la noción restitutoria de lo dado al deudor fallido si se encuentra aún incorporado al patrimonio de éste, la personalidad (el carácter directo en la recepción del valor que se encuentra en el patrimonio del deudor) y la equivalencia son el fundamento del crédito preferente sobre una cosa concreta.

Es interesante constatar que en un sistema puramente formal e instrumental de privilegios, el refaccionario es el único privilegio que responde a una causa material efectiva. Pues los demás privilegios lo son por razón formal (inscripción, escritura), o por razón instrumental (exacción tributaria, administración del concurso, etc.), mientras que el privilegio refaccionario pretende fundarse en una razón de justicia objetiva: evitar el enriquecimiento injusto.

Por esta inmediatividad de los gastos refaccionarios, a las mejoras y nuevas construcciones no se extiende la garantía hipotecaria si la cosa se encuentra en poder de tercero (arts. 112, 113 LH), y ello aunque se incorporen con posterioridad, y dichos créditos sean preferentes al mismo crédito hipotecario (art. 113 LH).

2.3.3. *Clases de privilegios refaccionarios*

Históricamente se distinguen tres clases preferentes de refacción: material, de trabajo y de capital. El Código da preferencia a la refacción material sobre la de capital (art. 1.926.3 CC), lo cual no es sino una proyección de la preferencia de la propiedad sobre el crédito. El Código no considera la prestación de trabajo como refacción material, justamente por el carácter especial del privilegio refaccionario, lo que hace que el trabajo asalariado sea tratado entre los privilegios generales (art. 1.924.2 D CC), y el no asalariado como especificación (art. 383 CC) o como mero oficio de piedad naturalmente gratuito (art. 1.711 CC). El reconocimiento del carácter refaccionario del trabajo es propio de las leyes laborales (art. 32 ET) (37).

(37) Los gastos de conservación y mejora en cosa ajena aparecen configurados en el Código como fundamento general del derecho de retención tanto en el régimen de la posesión de buena fe (art. 453 CC), como en el depósito (art. 1.779, 1.780 CC), obligación de entrega (art. 1.094 CC), obras en cosa mueble (art. 1.600), mandatario en las cosas objeto del mandato (art. 1.730 CC), gastos reintegrables al usufructuario (art. 522 CC), etc., lo que parece dar a entender que la retención es de esencia a la refacción (sin embargo, considera refaccionarios los gastos de conservación y mejora: PUIG BRUTAU, pág. 566).

La refacción de capital o crediticia más característica aparece definida en el artículo 1.922.1 CC: créditos por construcción, reparación y conservación, que incluye tanto el préstamo como el contrato de obra. El contrato de obra es naturalmente refaccionario, pero históricamente se debatió si el préstamo exigía para ser refaccionario la mención de la finalidad o bastaba la prueba del destino del capital (38). La jurisprudencia parece haber exigido exclusivamente la prueba del destino de la cantidad prestada (STS 16 de noviembre de 1876, 11 de octubre de 1894, 13 de diciembre de 1896); se declara que el depósito irregular otorga preferencia si hay numerario en el patrimonio del deudor (STS 8 de abril de 1881). La mera prueba del destino parece otorgar preferencia al préstamo en relación con el carácter estrictamente restitutorio del privilegio.

La jurisprudencia se muestra con todo muy restrictiva respecto a reconocer privilegio refaccionario a las operaciones de préstamo bancario, y ni siquiera admite la oposición de la excepción de compensación. Así, la STS de 23 de marzo de 1974 (1123) se opone a la compensación en favor de un banco de una imposición a plazo fijo; la STS de 27 de diciembre de 1985 (6654) declara que el banco no tiene preferencia para el cobro en una cantidad depositada a plazo fijo; la STS de 25 de febrero de 1986 (937) en el caso de embargo de una cuenta de crédito en un ejecutivo cambiario declara que el banco no tiene preferencia para cobrarse sobre la cantidad prestada, y en la STS de 18 de julio de 1989 se declara que la imposición a plazo fijo no puede considerarse título valor y por ello no le reconoce privilegio para el cobro de un descubierto bancario.

Son refaccionarios tanto el crédito por el precio de venta de una cosa (art. 1.922.1 CC, arts. 340, 913.7 C. de C.), como el préstamo para la adquisición de una cosa sobre la cosa adquirida (STS 19 de febrero de 1879); MUCIUS SCAEVOLA aduce los artículos 1.466 y 1.467 CC como fundamento del privilegio. El carácter privilegiado de este crédito es concurrente con el derecho de resolución por impago (arts. 1.124, 1.503,

(38) GLUCK, pág. 369 En España la doctrina se decanta por exigir la mención expresa y la prueba del destino (por todos, LACRUZ, pág. 396). GULLÓN duda de si el préstamo para construir o reparar es refaccionario, y excepcionalmente hace una interpretación amplia (pág. 2067) La STS de 18 de noviembre de 1876 exige, con cita de la Partida 3, título XIII, ley 28, la prueba efectiva de la inversión del dinero prestado. También PUIG PEÑA: «Créditos refaccionarios», en *NEJ*, V, pág. 932; ROCA SASTRE: *Derecho hipotecario*, III, págs. 522 y sigs.; PUIG BRUTAU, pág. 568.

Sin embargo, la jurisprudencia parece hacer una interpretación amplia del concepto de refacción; ya la STS de 11 de octubre de 1894 se refería a «créditos que hayan servido», y tal parece la interpretación más moderna, véase SSTS 19 de abril de 1975 y 25 de mayo de 1987 (ALBACAR-SANTOS BRIZ: *Código Civil: doctrina y jurisprudencia*, VI, Madrid, 1991, pág. 1141)

1.504 CC) (39). El carácter refaccionario del leasing es indudable y se recoge en la STS de 18 de noviembre de 1983, admitiendo su preferencia sobre los créditos comunes. La STS de 13 de junio de 1958 (2494), declara que el privilegio por el precio de venta de una cosa no puede dirigirse contra terceros tenedores distintos del comprador (40).

De los demás privilegios refaccionarios hay escasa jurisprudencia, puede citarse la STS de 15 de junio de 1931 (2072) que declara preferente el crédito del arrendador sobre los muebles situados en la finca arrendada respecto del escriturario de un tercero.

Resulta especialmente interesante el debate sobre el carácter refaccionario de la compensación y su oponibilidad en el concurso. En el derecho francés lo afirma claramente ROGER MENDEGRIS, en un extenso trabajo, que define la compensación como un privilegio refaccionario. La no oponibilidad de la compensación en el concurso había sido afirmada por la STS de

(39) CAPILLA RONCERO: *La responsabilidad patrimonial universal y el fortalecimiento de la protección del crédito*, Cádiz, 1989, interpreta el art. 1.124 CC como privilegio en el supuesto de cosa vendida y pagada pero no entregada, y excluida de la masa de la quiebra en base a la reciprocidad.

En el derecho español actual no es corriente tratar como refaccionario el crédito por el precio de venta de una cosa, sin embargo el examen de la jurisprudencia muestra supuestos que se resolverían en justicia aplicando la noción de refacción: así la STS de 11 de julio de 1983 se plantea la tercería de dominio ejercida por el vendedor con reserva de dominio no inscrita, afirmando el carácter real de la reserva y fundándola en el sinalagma contractual cuando su rango es propiamente refaccionario. En la STS de 30 de octubre de 1983 (5846), tras la venta de unos terrenos por el ayuntamiento a bajo precio por razón de promoción industrial, se embargan los mismos por la Hacienda Pública. Admitiendo el TS una resolución del contrato por incumplimiento de las condiciones de venta, pues se vendieron a 30 pesetas metro cuando su valor era 500 pesetas metro.

La preferencia viene expresamente prevista en el artículo 1.922.1 y fue expresamente reconocida en la STS de 16 de noviembre de 1927 y 13 de junio de 1958. La razón de esta preferencia está en el carácter de la facultad resolutoria, que surte eficacia mediante la declaración recepticia del impago (SSTS 14 de junio de 1988, 4875, 1 de junio de 1987, 4021). Esta razón justifica también el carácter privilegiado del crédito refaccionario siempre que se funde en el préstamo o contrato de obra, puesto que al precio deben la existencia misma de la cosa (véase SSTS 21 de mayo de 1987, 3552, 5 de julio de 1990, 5778).

(40) Es contrario a este principio, y a mi juicio criticable, la STS de 7 de marzo de 1973 (801), que declara la nulidad de una compraventa en el período de retroacción de la quiebra y declara al comprador como un acreedor común del dinero pagado en la venta (Cfr. crítica de MASSAGER FUENTES: *La reintegración a la masa en los procedimientos concursales*, Barcelona, 1986, pág. 86). La doctrina mercantil subraya que ello produce el enriquecimiento injusto de la masa, recalcando la estrecha relación entre refacción y enriquecimiento injusto (véase MARTÍN REYES. «La retroacción de la quiebra, comentario a la STS de 7 de marzo de 1973», en *RJC*, 1975, págs. 331 y sigs. ROJO FERNÁNDEZ RÍO: «Introducción al sistema de reintegración a la masa de la quiebra», en *RDM*, 1979, págs. 89 y sigs.

1 de julio de 1932, por haber contienda judicial, pero la opinión contraria fue defendida por JERÓNIMO GONZÁLEZ, y recientemente por URÍA (41) y dicho criterio ha sido aceptado por la reciente Sentencia de 11 de octubre de 1988 (42). En realidad se trata de una cuestión límite que debate tanto la naturaleza de la refacción como el propio fundamento jurídico de la compensación. El carácter automático y refaccionario de la compensación se funda en un argumento de equidad, y también de justicia y eficacia; la doctrina del derecho común fundó la preferencia de la compensación no tanto en la noción de refacción como en la de prenda tácita.

Mención especial merece el crédito refaccionario salarial (art. 32.2 ET) «respecto de los objetos elaborados por los trabajadores que sean propiedad o estén en posesión del empresario». La mayor parte de la doctrina interpreta que se trata de una refacción mobiliaria (43), pero si partimos de que la ley define la refacción desde la refacción mobiliaria, no hay razón para no extender también el privilegio salarial a los inmuebles (44).

La ley no ha previsto la posición relativa de la refacción salarial en relación con la refacción material o de capital, «sobre cualquier otro» (art. 32.2 ET) parece querer referirse a la preferencia de la refacción por trabajo, sobre las refacciones de capital en caso de conflicto, lo que no es sino una aplicación particular del principio de la especificación (art. 383 CC). No se admite la preferencia de la refacción salarial ni sobre los créditos hipotecarios o enajenaciones anteriores de los bienes, ni siquiera sobre los juicios ejecutivos anotados con anterioridad al ejercicio del crédito refaccionario salarial (SSTS 25 de septiembre de 1985, 16 de octubre de 1987) (45).

2.3.4. Especialidades de la refacción mobiliaria

Si la refacción inmobiliaria no inscrita del artículo 1.923.5 CC tiene carácter personal y no real, la refacción mobiliaria sólo se puede hacer

(41) *Derecho mercantil*, 11.ª ed., pág. 817. La opinión contraria era con todo mayoritaria: OLIVENZA RUIZ: «La compensación en la quiebra y el art. 926 C de C», en *ADC*, 1958, págs. 808 y sigs.

(42) Véase extenso comentario de ROJO AJURIA, en *CCJC*, págs. 890 y sigs. Exige la conexión entre ambos créditos y que los requisitos de la compensación de pagos se den en un momento anterior a la declaración de suspensión.

(43) ALONSO OLEA: *Derecho del trabajo*, 10.ª ed., Madrid, 1987, pág. 306; MONTAÑA MELGAR: *Derecho del trabajo*, 8.ª ed., Madrid, 1987, pág. 374; ALVAREZ DE MIRANDA Y GULLÓN: «Las garantías del crédito salarial», 1980, *RDP*, pág. 400.

(44) RÍOS SALMERÓN: *Los privilegios del crédito salarial*, Madrid, 1984, pág. 338; OLIVENZA RUIZ: «Los privilegios del crédito salarial», *Civitas, RDT*, 18, 1984, pág. 185.

(45) Véase mi comentario en *CCJC*, pág. 5073.

efectiva mediante la retención de la cosa y se pierde si ésta pasa a manos de tercero (STS 10 de febrero de 1904) (46).

El artículo 1.922.7.2 CC prevé el derecho a recuperar la cosa por el acreedor en caso de sustracción durante el plazo de treinta días. Aunque se prevé en realidad sólo para los créditos privilegiados por alquileres, cabe la duda de si la recuperación posesoria —normalmente por vía interdictal— se podrá efectuar en los demás supuestos, por otra parte el artículo 1.922 CC no prevé ni regula en qué consiste este derecho de retención, que sin embargo parece de esencia al ejercicio del privilegio. GULLÓN, en relación con su concepción estricta del fundamento de la refacción, se decanta por una interpretación estricta (47), pero la mayoría de la doctrina considera que la refacción debe extenderse a todas las demás cargas y es de esencia al privilegio mobiliario (48). Y de la escasa jurisprudencia existente sobre el tema cabe afirmar que se decanta también por una concepción amplia, así la STS de 29 de enero de 1892 extendió el derecho de retención al crédito por transportes (cfr. arts. 374 y 375 C. de C.) (49) y la STS de 28 de febrero de 1957 al crédito por hospedaje. A mí me parece que sin derecho de retención no se podría hacer efectiva la preferencia mobiliaria por la inmediatividad de los privilegios mobiliarios, y ello parece desprenderse del propio tratamiento del derecho de retención en los supuestos particulares que se regula en la legislación civil (arts. 1.600, 453, 1.780, 1.730, 1.866 CC).

3. LOS PRIVILEGIOS GENERALES

3.1. PLANTEAMIENTO

El Código parte de la preferencia absoluta de los privilegios especiales sobre los generales (arts. 1.926, 1.927, 1.929 CC). El principio de especialidad rige también en los superprivilegios, y en los privilegios especiales inmobiliarios determina el rango por la publicidad y prioridad. En la concepción liberal, la especialidad de los privilegios facilita la libertad de la propiedad y permite configurar el acto de disposición onerosa como liberatorio de gravámenes. Las cosas sólo quedan afectas a las cargas anteriores

(46) GULLÓN, pág. 2073.

(47) Pág. 2070, se refiere a los antecedentes legislativos. También PUIG BRUTAU, pág. 566.

(48) Así, MANRESA

(49) También es privilegiado el crédito contra el transportista por género extraviado (art. 913.8 C. de C.).

y públicas a la transmisión (excepto superprivilegios). El principio de especialidad se constituye así en el auténtico principio motor del régimen patrimonial civil de los privilegios, para la seguridad del tráfico inmobiliario y mercantil.

Los privilegios generales son de segundo rango, y además son todos ellos personales, pues sólo se pueden hacer efectivos contra la persona del deudor. El Código distingue tres órdenes distintas de privilegios generales (art. 1.924 CC), que están graduados entre sí y se constituyen en órdenes excluyentes de preferencia: 1) créditos tributarios, 2) privilegios concursales, 3) privilegios escriturarios. Las leyes especiales han desarrollado detalladamente el orden privilegiado de los créditos tributarios, leyes especiales regulan otros privilegios generales como el privilegio de los créditos salariales, los créditos derivados de la propiedad intelectual y los créditos por cuotas de la Seguridad Social. Estos privilegios plantean el problema de su graduación jerárquica y de su inserción en el sistema de los privilegios generales.

Pero si la filosofía del Código (art. 1.924 CC) era graduar los privilegios generales en tres órdenes, la práctica jurídica ha mostrado que la propia coherencia del sistema patrimonial civil y del concurso de los acreedores hacía muy poco funcional el sistema si se reconociese indiscriminadamente la preferencia del privilegio general por créditos tributarios o por cuotas de la Seguridad Social. En la práctica jurisprudencial se observa que los privilegios concursales y alimenticios (el segundo orden) gozan de una inmediatidad que los excluye de la preferencia dentro del concurso entre los privilegios generales, ya que se cobran durante la propia administración del concurso; por otra parte apenas se encuentran sentencias que reconozcan la preferencia como orden excluyente entre los generales de los créditos tributarios, salariales, y por cuotas de la seguridad social; la jurisprudencia, con fundamento en el carácter restrictivo de la interpretación de los privilegios, tiende a considerar los privilegios generales un orden común, y, exceptuando los privilegios generales salariales que si se reconocen en ocasiones como orden preferente entre los generales, asimila los tributarios y por cuotas de la Seguridad Social a los escriturarios. La razón es que un privilegio general no escriturario preferente, desarraigado de su origen, se convertiría en un privilegio monstruoso y desorbitado, que desencajaría el orden natural de las preferencias, se convertiría en una pesada carga para el tráfico patrimonial, consumiría de modo inmediato cualquier liquidez de una masa concursal, y podría hacer ilusoria la ejecución contra el deudor aun en las ejecuciones singulares. La jurisprudencia, como veremos, se esfuerza en situar los privilegios generales no escriturarios con un rango determinado por su origen, lo que les sitúa, en función de dicho origen, en pie de igualdad con los escriturarios.

3.2. LOS PRIVILEGIOS GENERALES TRIBUTARIOS Y POR CUOTAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL

El privilegio general tributario se regula en el artículo 71 LGT, y leyes conexas; el privilegio general salarial en el artículo 32.3 ET, y el privilegio general por cuotas de la Seguridad Social en la Ley 40/1980, de 5 de julio. La Ley de 26 de diciembre de 1958 establece también el privilegio general de las entidades estatales autónomas. La aplicación directa del privilegio general tributario y de otros entes públicos como orden preferente entre los generales y excluyente de los demás créditos (escriturarios) con privilegio general es escasa. La jurisprudencia, como veremos después en detalle al tratar de los privilegios escriturarios asimila el privilegio general tributario a un privilegio escriturario, y declara reiteradamente que no tiene preferencia por sí mismo sobre los privilegios inscritos o anotados, y aun sobre los privilegios escriturarios anteriores (50).

En realidad la exigencia de realidad y certeza que preside el orden de las preferencias y los privilegios se tiene que aplicar también al orden de los privilegios generales, evitando hacer de ellos privilegios ocultos que se conviertan en una carga demasiado pesada para el tráfico económico y mercantil. Por ello el sentido de la preferencia en el orden de los privilegios generales se funda en la propia autenticidad de la certificación administrativa, a la que se dispensa del requisito del otorgamiento escriturario o del reconocimiento del crédito por el deudor o la prueba del mismo. Yo creo que en el ámbito de los privilegios generales se reproduce el paradigma sobre el que se construyó el sistema de los privilegios especiales: el principio de certeza y autenticidad como único medio de resolver el caos y la complejidad extrema de la ordenación de los privilegios, y además, y principalmente, como medio de garantizar la seguridad y celeridad del tráfico económico y mercantil (la tutela del acreedor privado) que es la meta última del sistema patrimonial civil. Todo privilegio debe tener un origen cierto, y su rango se determina en función de dicho origen; en los privilegios especiales el origen se funda en la publicidad, en los privilegios generales

(50) Se refiere reiteradamente la jurisprudencia al conflicto entre el art. 71 LGT y el art. 132 LGT, cuya remisión al art. 44 LH es interpretada como contradictoria con el privilegio general (Cfr. MANZANARES SEGARES en *CCJC*, comentario a STS 26 de marzo de 1991, pág. 469; que concluye tras un detenido estudio jurisprudencial que la Hacienda Pública es equiparada a un acreedor común. También GIL RODRÍGUEZ. «Comentario a la Sentencia de 13 de febrero de 1989», en *CCJC*, pág. 234, comenta en detalle el tratamiento jurisprudencial restrictivo del privilegio de la Hacienda Pública. E incide en el mismo planteamiento RODRÍGUEZ BEREJO: *Comentario a las leyes financieras y tributarias*, Madrid, 1982, págs. 634 y sigs. El tema se tratará en detalle después al tratar del superprivilegio de la Hacienda Pública, y del conflicto entre el privilegio ordinario de la Hacienda Pública y de los privilegios escriturarios ordinarios.

en la fehaciencia de la fecha, fehaciencia que tendrá un origen notarial o judicial en los créditos privados o administrativa en los créditos tributarios o por cuotas de la Seguridad Social, pero siempre con una certeza de origen.

El fundamento del privilegio general tributario no es la majestad y preeminencia de la administración. El sistema patrimonial civil trata a la administración como una persona, sujeto de derechos y obligaciones, que tiene que concurrir con las demás personas físicas o jurídicas al concurso en virtud de la tutela jurisdiccional de la propiedad, que es el principio básico de certeza que se toma como origen del que hay que partir para resolver los conflictos de rango entre los créditos. El fundamento del privilegio tributario es la coherencia del propio sistema de exacción tributaria, que quedaría sin sentido si fuese pospuesto al sistema general de la preferencia de los créditos escriturarios. La fehaciencia de la administración otorga fehaciencia al crédito tributario, y es esa fehaciencia (garantía de origen) de la que se deriva el privilegio. Así, tampoco el privilegio tributario es un privilegio causal (en razón de lo que se debe), sino formal: en función de la fehaciencia de la certificación administrativa y de la verosimilitud de su causa, que se presume no sólo en cuanto al otorgamiento sino también al contenido. Si hemos de considerar el sistema concursal como un sistema de titulación formal, tal característica es también predicable del privilegio tributario general y de los privilegios por cuotas de la Seguridad Social. La única excepción es el privilegio general salarial que se reconoce como preferente entre los generales con independencia de su origen.

3.3. LOS PRIVILEGIOS GENERALES SALARIALES

El privilegio general del artículo 32.3 ET es aplicado reiteradamente por la jurisprudencia como preferente a todos los privilegios generales; así al crédito por cuotas de la Seguridad Social (STS 19 de febrero de 1992, 1323), y sobre la administración de la masa (STS 25 de enero de 1991, 341).

La preferencia es una cualidad del crédito (STS 29 de abril de 1991, 3107), lo cual significa que no se gradúa en función de su origen, sino que el crédito salarial común es preferente entre los privilegios generales, aunque haya anotación preventiva de un crédito distinto, SSTs 25 de septiembre de 1985, 4408; 12 de febrero de 1992, 1272; aunque claro, esta preferencia, entre los generales, no es indiscriminada, pues declara la jurisprudencia que para que la preferencia sea efectiva es necesario que se devenguen con anterioridad a la anotación del embargo del ejecutante (STS 26 de marzo de 1991, 2445), y se antepone a cualquier otro privilegio

excepto el amparado por derecho real (STS 19 de junio de 1992, 5361), o por privilegio especial evidentemente.

La jurisprudencia se ha mostrado dubitativa sobre si el privilegio debía extenderse también a las indemnizaciones por despido, y, aunque la jurisprudencia mayoritaria era extensiva (SSTS 26 de marzo de 1991, 4445; 22 de noviembre de 1991, 7977), recientemente vuelve a la tesis restrictiva la STS de 11 de mayo de 1992, 3894. Yo creo que la razón de fondo estriba en el fundamento refaccionario del privilegio salarial que por ello es preferente a los generales, pero que a diferencia del régimen codificado se estructura en las leyes laborales como general y no como especial (51).

3.4. LOS PRIVILEGIOS GENERALES ALIMENTICIOS Y CONCURSALES

Yo creo que respecto de estos créditos no es técnicamente perfecto decir que sean privilegios generales preferentes. En realidad no gozan de una preferencia propiamente dicha, y rara vez se discute su rango en la jurisprudencia. El sentido propio de estos privilegios generales es su inmediatez y perentoriedad. Se cobran aquí y ahora, a pesar de la intervención general del patrimonio del deudor o de la existencia de créditos privilegiados, por estar fundados en una necesidad directa de justicia inmediata (oficio de piedad) o en las necesidades mismas de la administración del concurso. En realidad, más que una preferencia o privilegio crediticio, expresan la propia fagotización o autoconsumo de los bienes, que tienen unas cargas intrínsecas a sí mismos, como gastos de conservación para que mantengan su identidad e idoneidad y su valor económico y jurídico en el concurso. Es un problema que históricamente se ha tratado en detalle en el régimen de la administración de la herencia yacente o en el régimen de la administración de los bienes del ausente o del cautivo (52); se llama privilegios a lo que es simplemente el régimen general de la administración de una masa que está sin sujeto por haber sido puesta en administración en beneficio de los acreedores y hasta el momento de su liquidación final. Pero aunque la masa se entienda intervenida en beneficio de los acreedores, es lo cierto que tiene un régimen de responsabilidad intrínseco e inmediato a su propia esencia de masa en administración.

(51) Sobre la «misteriosa» referencia al plazo de un año en el art. 32.6 ET véase en detalle mi comentario a la STS de 16 de octubre de 1987, en *CCJC*, pág. 5073; y también GIL RODRÍGUEZ: «Los privilegios del crédito salarial», en *Prescripción o caducidad*, PJ, 5, 1986, págs. 82 y sigs.; y comentario a la STS de 10 de julio de 1989, *CCJC*, págs. 799 y sigs.

(52) 913, 1.º, de C. de C. Establece también el privilegio de los gastos de testamentaria e impuestos sucesorios.

Históricamente el derecho ha observado con un gran recelo las situaciones de puesta en administración de los bienes. Tanto en la tutela como en la herencia yacente, hay una sospecha profunda no sólo frente a las personas que detentan provisionalmente la masa en administración sino frente a la puesta en administración misma. Los gastos del concurso o puesta en administración de los bienes son siempre sospechosamente elevados, los bienes tienen una tendencia innata a desaparecer o a desvalorarse si son puestos en situación de concurso o administración, y no digamos ya si son objeto de venta forzosa. El más elevado y rico de los patrimonios se convierte en pasto de los buitres en cuanto es puesto en administración, porque las garantías que se prestan a los terceros y a la propia administración del concurso implican un costo exorbitante. Es una de las razones de fondo de la idoneidad económica, preferencia de los privilegios especiales sobre los generales, y de la venta como liberación de gravámenes; la certeza y la simplicidad abaratan exponencialmente los costos, desde luego a costa de la justicia ideal, y en beneficio muchas veces de listillos y aprovechados, pero usualmente también en beneficio de un sistema de preconstitución pública de las garantías, lo que evita que el derecho se convierta en un piélago de funcionarios indolentes pero orgullosos, de abogados charlatanes e incompetentes, y de subasteros tontos pero enriquecidos. Y es que el más honrado de los comerciantes puede, en un momento dado, encontrarse en una situación de iliquidez, si su patrimonio es puesto en administración puede considerarse arruinado. En cuanto un patrimonio entra en sospecha, los gastos de su conservación y defensa se convierten en insoportables; la propia sospecha lo destruye. El sistema napoleónico hace de la venta un sistema de liberación de gravámenes y del privilegio especial una razón de abstención y separación del concurso, con lo que consigue un abaratamiento de los costes de la puesta en administración, pues excluye los bienes más importantes de la misma; es posible que los acreedores ordinarios sientan una gran decepción al ver excluidos de la intervención los bienes más sustanciosos, es posible incluso que ello sea teóricamente injusto, pero es mucho más funcional.

La jurisprudencia es muy restrictiva en cuanto al reconocimiento de los privilegios concursales. Han de ser gastos del concurso y en beneficio del común de los acreedores. Por ello desde antiguo la jurisprudencia niega el carácter privilegiado de los honorarios de los letrados de los acreedores del concurso (SSTS 15 de mayo de 1873, 27 de abril de 1918, 25 de abril de 1923) (53), a los que no se reconoce siquiera el privilegio de un crédito salarial, pues no tiene carácter alimenticio (STS 15 de mayo de 1873), y

(53) Vide JERÓNIMO GONZÁLEZ: «La prelación de costas procesales», en *RCDI*, 1926, págs. 1926 y sigs.

porque no se les puede considerar trabajadores por cuenta ajena (SSTS 17 de octubre de 1984, 31 de mayo de 1991, 3954) (54).

Los privilegios alimenticios por su parte tienen una larga tradición histórica. E históricamente su normativa ha estado ligada estrechamente a la de la administración de la herencia yacente. Se refiere a los gastos de última enfermedad y funerales (art. 1.924.2, B y C, art. 1.140 LEC) del concurrido o familiares, así como comestibles, vestido y calzado y pensiones alimenticias a terceros (art. 1.924.2, F y G). Apenas existe jurisprudencia sobre el tema, y aunque plantea problemas históricos y antropológicos de gran interés, no los desarrollaremos aquí por su falta de interés práctico.

3.5. CRÉDITOS ESCRITURARIOS

3.5.1. *El privilegio escriturario como orden común de los privilegios generales*

Los privilegios escriturarios son el orden común de los privilegios generales. En realidad, como hemos dicho, el fundamento último de los privilegios generales en la codificación es el de tener un origen cierto en su otorgamiento escriturario; a la certeza de origen debe añadirse la fehabencia de la fecha para su graduación jerárquica. Así pues, en mi opinión, la escritura es una razón de publicidad registral en la que debe buscarse la certeza de origen (fecha) y de otorgamiento (contenido: presunción de causa). Tanto los privilegios especiales como los generales se fundan y se gradúan en la publicidad: los privilegios especiales en la publicidad registral y los generales en la publicidad escrituraria. La certeza de origen presta una gran simplicidad a la graduación de los créditos y es la razón de la funcionalidad del sistema napoleónico. Los privilegios generales tributarios son tratados por la jurisprudencia como seudoescriturarios, pues la ficción estriba en hacer de la certificación administrativa de descubierito el acto originario (escriturario) que determina el rango del crédito tri-

(54) BELTRÁN: *Las deudas de la masa*, Bolonia, 1986, pág. 80, desarrolla el tema de si las deudas de la masa permiten la prededucción como mecanismo aún más enérgico que el privilegio (pág. 235), aunque admite que estas deudas de la masa sólo deben hacerse efectivas sobre bienes afectos a privilegio especial cuando no queden fondos disponibles en la masa. A mi juicio, se trata de una tesis errónea en la que una palabra nueva, «prededucción», permite al autor evitar la aplicación de un régimen jurídico de los privilegios que probablemente no entiende. Por el contrario el código pretende hacer del concurso un lujo, cuando quedan bienes a repartir entre los acreedores ordinarios.

Según las SS de la Sala de conflictos de 2 de octubre de 1953 y 29 de julio de 1962, las deudas de la masa pueden hacerse efectivas fuera de concurso sin que sea preceptiva su acumulación.

butario entre los generales, la única excepción es el privilegio general salarial que es reconocido, en ocasiones, como preferente a pesar de su carácter oculto (no escriturario) y de los problemas que esta falta de fehaciencia puede ocasionar a la administración del concurso y en las tercerías.

La publicidad es un orden general de protección de los terceros. Desde luego es un sistema meramente formal de garantías, pues el otorgamiento público no otorga garantías absolutas de la certeza y veracidad de la causa, pero como todo sistema de garantía formal, es ya por sí mismo un sistema de garantía que es mejor que la carencia absoluta de garantías. Todos pudieron conocerlo en el momento de su otorgamiento, y en el contexto de la protocolización pública de la documentación negocial, es mucho más fácil presumir la causa y su verosimilitud si su otorgamiento está excluido de período sospechoso. El conjunto de las escrituras, protocolo, contrastadas entre sí, permiten una garantía prácticamente absoluta de su origen (fehaciencia de la fecha), y puede llegar a significar también un alto grado de certeza sobre su contenido. Pero sobre todo el procedimiento concursal y ejecutivo se hace mucho más sencillo y seguro fuera de los cauces de una intervención general o de una investigación exhaustiva sobre la realidad y certeza de la causa. En la revolución francesa triunfa la filosofía del comerciante, que no tiene fe en la justicia en el momento de la intervención del deudor o de su patrimonio, sino que tiene fe en la negociación mercantil como un sistema mágico, en el que la confianza en la solvencia del deudor hay que saber olerla en el propio momento de contratar; se resigna a perder dinero en caso de la insolvencia de un comerciante, y se culpa a sí mismo de no haber sabido comprender o calibrar la situación, y lo único que quiere es un sistema de garantía pública y cierta de la negociación. El comerciante deja la justicia para el juicio final, y para el juicio presente pide coherencia y celeridad. No cree en el sistema jurídico como un orden de justicia, desconfía del burócrata y del abogado, y lo único que pide del sistema jurídico es que sea un orden de justicia formal. Es decir, que el comerciante considera que si el sistema jurídico le da las garantías formales, él encontrará y responderá por su cuenta de las garantías materiales (el cuidado de con quien contrata, y a quien fía). El comerciante lo que teme es un sistema sin garantías formales, fundado en bonitas pero oscuras razones arbitrarias (justicia y sus sinónimos: causa, simulación, fraude, igualdad, etc.), que suele significar en realidad que el comerciante y trabajador tienen que correr con la carga de financiar una ineficaz administración de lo público (leguleyos y burócratas). El Código de Napoleón hace del Estado este orden formal de tutela de la negociación, y a esta filosofía formalista responde el orden codificado de los privilegios y el valor fundamental de la escritura.

3.5.2. *Concepto*

El primer problema es determinar cuándo un crédito puede considerarse escriturario. Es evidente que no todo crédito que consta en documento público es escriturario, pues no lo será si la constancia del crédito en el documento público es insuficiente o incidental, o no identifica la causa del crédito.

En primer lugar, para que el crédito sea escriturario el documento debe contener referencia indubitada a su contenido esencial: sujetos otorgantes, objeto del contrato, y causa o razón de identidad del crédito. El documento debe permitir por sí mismo, en función de la autorización pública, autenticar los sujetos intervinientes y reconocer la voluntad declarada por los mismos (objeto y causa) de modo suficiente.

En segundo lugar, la referencia al crédito y su causa podría ser incidental. Así, por ejemplo, si en un contrato de préstamo se hiciese referencia a un contrato de préstamo anterior entre los mismos otorgantes; en este caso la referencia al contrato anterior sería meramente accesorio y ese crédito no tendría el carácter de escriturario. La diferencia entre la referencia incidental y la referencia sustancial está en la exigencia de autenticidad, también del origen jurídico de la exigibilidad de un crédito, que normalmente se refiere (o se incorpora) al acto de otorgamiento. Esta principalidad hace que el documento público sea documento del crédito y no sólo elemento de prueba de su existencia. Es decir, que el documento público incorpora no sólo el crédito y su causa, sino que da fe de la existencia del acto origen del mismo: el otorgamiento en los documentos notariales. En el derecho moderno el documento de crédito como título preferente de crédito que identifica su origen, está ligado a la protocolización de la fe pública en los libros protocolarios o de registro, y vemos que el privilegio se fundamenta en la organización de un sistema de fe pública. La protocolización de un documento crediticio es algo más que fe pública de su contenido, es también fe pública de su origen (otorgamiento) como algo distinto de la voluntad misma de los contratantes, pues el protocolo guarda el origen, la escritura original, del que las partes sólo obtienen copias, aunque sean ellos mismos los otorgantes. Esta identidad de origen es el nacimiento público del crédito como entidad distinta y preferente del mero acuerdo de las partes. El origen público (otorgamiento) testimonia la causa, y le da fe pública al incorporarla al documento.

En tercer lugar, el documento público debe contener, además de los principios de identificación y calificación de la voluntad declarada, un principio de identificación de su cumplimiento efectivo, de modo que pueda ser contestado en el oportuno juicio plenario. Es de esencia en la negación de la abstracción de los negocios: el documento en que se reconoce una

deuda sólo tiene eficacia presuntiva si identifica suficientemente la causa de la misma, otorgamiento y cumplimiento, de modo que pueda ser contestada en juicio plenario (art. 1.277 CC). El propio fundamento de la ejecutividad y efectividad de la titulación pública como apariencia se basa en su capacidad de ser contestada en juicio plenario.

Encontramos el fundamento de este principio en la más antigua jurisprudencia. Así, STS de 29 de noviembre de 1882, el simple reconocimiento del concursado no altera la naturaleza de los contratos, ni puede constituir un contrato nuevo que perjudique a los acreedores, si no se hace constar de otra manera más solemne que excluya toda sospecha de confabulación, los contratos de que proceden los créditos reconocidos. Es una exigencia de identificación de la realidad efectiva del contrato y causa del crédito. Es difícil definir con exactitud, pero induce un juicio de verosimilitud sobre el contenido de un contrato, más allá de su expresión documental.

La jurisprudencia declara en ocasiones (por ejemplo, STS 19 de noviembre de 1988, 8612) que la preferencia de un crédito escriturario se funda en su certeza *prima facie* «la indubitada autenticidad de dichos créditos», SSTs 30 de octubre de 1978, 4058; 5 de octubre de 1981, 3581; 19 de octubre de 1981, 3808; que se refieren a «la normal correspondencia entre la realidad documental y la realidad jurídica». Pero hay algo mucho más profundo que está en la esencia del crédito escriturario y en general de todo documento público como título de crédito: incorpora la fehaciencia de un origen específico (el acto de otorgamiento), identifica y define la causa del crédito públicamente, e incorpora elementos de identificación de los sujetos intervinientes y de su cumplimiento efectivo. Y en ello fundamenta su ejecutividad inmediata y su oponibilidad formal: en todo caso puede ser contrastado y comprobado en el oportuno juicio plenario, y está además amparado por las acciones penales que protegen la verdad pública y restringen la falsificación y falsedad.

Por la incorporación pública de su causa al acto de otorgamiento, se produce un indicio de verosimilitud, *prima facie*, del mismo que permite negar eventualmente, mediante prueba oportuna, la certeza y realidad del crédito. Así la STS de 28 de enero de 1980, 169, declara que en la tercera de mejor derecho debe probarse no sólo la preferencia del cobro, no negada en la sentencia de instancia, sino además que preexista un crédito realizable. En el caso se discute la aplicación del artículo 8 LGT a la transmisión de una deuda tributaria, y la afirmación no es asimilable en sí misma, pues es cierto que la preexistencia del crédito sólo se podrá ventilar en el juicio plenario correspondiente, pero el título de crédito presenta unos elementos de identificación del crédito que permiten dentro del propio proceso ejecutivo, un juicio primero sobre la verosimilitud de la causa.

Un debate interesantísimo de la jurisprudencia es el del carácter escriturario del protesto de las letras de cambio. La STS de 29 de abril de 1988, 3301, da una argumentación impecable para su negativa: el protesto sólo constata hechos y no declaraciones de voluntad, y no presta elementos fehacientes para el reconocimiento del crédito y de la identidad del deudor, que son de esencia a la escritura pública. Justamente el crédito documentado en letra de cambio carece de un origen público de autenticidad, y no adquiere con el protesto autenticidad alguna de su contenido sino sólo de su reclamación efectiva. Dos son las carencias que impiden que la letra de cambio sea reconocida como documento escriturario: falta de autenticidad sobre su origen (no hay autenticidad de un acto negocial formal que sirva de causa al crédito documentado), y falta de autenticidad sobre los otorgantes del documento y su capacidad (55).

3.5.3. *Fundamento de la preferencia y ejecutividad del crédito escriturario*

3.5.3.1. Razones intrínsecas al crédito público

La razón intrínseca específica al privilegio del crédito escriturario se funda en identificar públicamente su origen, y en autenticar los otorgantes y la causa declarada.

El crédito escriturario otorga un origen propio y específico al crédito al incorporar al título el acto de otorgamiento y con él la fehaciencia de la identidad de los otorgados y la fehaciencia de la declaración. Identifica además públicamente una causa de pedir que es calificada por el Notario y que adquiere con ello un alto grado de verosimilitud.

La identificación de la causa implica un acto confesorio de los otorgantes que aparte de la responsabilidad civil por la apariencia creada es tutelada públicamente por un importante despliegue de medidas penales (delitos de falsedad, estafa, alzamiento de bienes, etc.) y de garantías formales. Además el ritualismo público en su otorgamiento es una importante garantía de la voluntad real de las partes no sólo en el otorgamiento mismo, sino también en el cumplimiento. Por todo ello la razón de la preferencia no sólo está en la pura forma (certeza *prima facie*), sino también en un alto grado de verosimilitud sobre la realidad de la causa,

(55) Se afirma ya en el propio siglo XIX que la letra de cambio es un documento y no una escritura (MARTÍ DE EIXALÀ: *Instituciones de Derecho mercantil de España*, 5.ª ed., con notas de DURÁN Y BAS, Madrid, 1870, pág. 523).

la certeza de la deuda, y la voluntad efectiva de las partes en su otorgamiento y cumplimiento (56).

El Código de Napoleón parte de una duda metódica sobre la verdad de la causa del crédito (que se presume), y sobre la posibilidad de conocer realmente la voluntad de las partes. El juicio último sobre la causa y sobre la voluntad de las partes es un *a priori* formal contingente, normalmente abandonado al albur caprichoso de la decisión judicial sobre la valoración de la prueba. Lo privado permanece así para el derecho napoleónico en un ámbito oculto e inescrutable para lo jurídico (admitido sólo a regañadientes: posibilidad final de contestación en juicio plenario; los alemanes negarán incluso esta inmediatividad de la causa en el contrato con la abstracción de los negocios). Los créditos ya no se definen en razón de su causa o de su origen (esta era la identidad de los privilegios en el Antiguo Régimen); la realidad económica mercantil y capitalista no se puede detener a una investigación exhaustiva de los orígenes y las causas del crédito, y funda el tráfico económico en una realidad formal (la titulación pública). La causa no se identifica ya como razón de identidad del crédito, sino sólo como razón formal de admisibilidad de su exigencia (calificación y reciprocidad: arts. 1.262, 1.274 CC), y su origen ya no se remite al ámbito inescrutable de lo privado, sino a la fehaciencia pública de su otorgamiento. La intervención del fedatario no es pues la razón esencial del rango del crédito escriturario (como afirma MUCIUS SCAEVOLA (57) y mucha jurisprudencia), es esta una visión «autoritaria» y «personalista» del documento notarial; en realidad el fundamento es el testimonio de origen, que no se funda sólo en la fe del Notario, sino también en la garantía del procedimiento protocolario público, y el desconocimiento de lo privado (art. 1.227 CC). La forma es algo más que el ritualismo de su otorgamiento o la intervención autoritaria del fedatario, la forma pública es, sobre todo y fundamentalmente, una garantía de origen por la organización pública del protocolo y su publicidad.

(56) El tema se plantea también en el Antiguo Régimen. Frente a la opinión de BARTOLO de que el reconocimiento judicial de deuda aún sin expresar su causa valía como donación, se admite por la doctrina del derecho común que es de interés de la República, en atención a la sustentación de las cargas públicas y de la tutela de los propios contratantes, que no tenga efecto la promesa sin causa (NONIO, pág. 305). Se afirma que sólo se puede presumir la licitud de aquella convención cuya causa está expresa (BALDO); donde no se expresa la causa no puede haber deliberación en juicio: la expresión de las causas es definitiva del derecho civil (según la mayoría, por el contrario, los nudos pactos obligan en conciencia según el Derecho canónico). Aunque se admite que un instrumento sin causa no es inválido, sino que negada la causa el titular del instrumento debe probarla plenamente, aunque entonces la autenticidad será la de su reconocimiento judicial. Y la causa puede inferirse tácitamente por la ley, estatuto o costumbre, o inferirse de actos anteriores o coetáneos al convenio o promesa.

(57) Pág. 672.

En el Antiguo Régimen la resolución del título de transmisión (cumplimiento de la condición resolutoria, impago, contratos de menores, revocación de la donación, etc.) daba lugar a la resolución de la propiedad del adquirente y a la retroacción real de la transmisión (*restitutio in integrum*). Se trataba de una preferencia por razón de propiedad que era anterior a todas las demás. Así, los tratados sobre los privilegios en el Antiguo Régimen se abren con largas disquisiciones sobre la acción restitutoria y los conflictos en los supuestos de ineficacia del título (58); la propiedad está sometida a resolución causal en todo el tiempo de la prescripción y no sólo respecto del adquirente, sino de cualquier transmitente anterior en la cadena causal formada por la *traditio* (hasta consumarse el tiempo de la prescripción). En el derecho codificado, por el contrario, se establece expresamente el carácter personal de la restitución de lo entregado por contrato (arts. 1.295, 1.124 CC), e incluso de lo entregado por donación (art. 649 CC), siendo excepcional la resolución real frente a terceros adquirentes y en ningún caso si media inscripción registral por causa no inscrita (59); el título ineficaz transmite la propiedad aunque luego se resuelva (por incumplimiento, impago, *restitutio in integrum*, etc.); ésta en la propia noción de venta como liberación de gravámenes (inoponibilidad de títulos; que los alemanes llevan al extremo: abstracción causal aun entre las partes), lo que implica la eficacia real del título transmisivo (60).

La eficacia decisiva de la escritura como origen de un privilegio está ligada también a la nueva importancia que se atribuye al tiempo en la resolución de los conflictos entre acreedores. La doctrina del Antiguo Régimen se debate en discusiones interminables sobre la preferencia de las hipotecas legales entre sí (61), o de la preferencia de las hipotecas legales a las convencionales (62). Entre los humanistas y en la época inmediatamente anterior a la codificación se generaliza la denominación de las hipotecas legales como hipotecas tácitas, lo que significa que aunque no

(58) ACOSTA: *De privilegiis creditorum*, Ginebra, 1739; WAHL: *Programma de prerogativa creditorum ex temporis privilegio*, Gottinga, 1755

(59) Véase el tema desarrollado en el derecho inmobiliario por CAMY SÁNCHEZ CAÑETE: *Las tercerías en el orden inmobiliario*, Pamplona, 1992.

(60) La razón última estriba en la fundamentación del contrato en la reciprocidad y no sólo en la promesa. La causa como razón de identidad del contrato, el consentimiento es una razón de origen, pero cuya transcendencia frente a terceros se restringe considerablemente en el derecho napoleónico. En la misma razón se funda la preferencia de los privilegios especiales

(61) Por ejemplo, VOET: *Comentario ad pandectas, disposición XL*, 11-14, opina que es preferente la hipoteca legal en favor de la esposa por dote prometida o por restitución de la dote a la del fisco. El iusnaturalismo tendía a favorecer los créditos y privilegios familiares frente a los demás privilegios públicos.

(62) Véase, en detalle, el desarrollo de GLUCK, pág. 359.

son expresas las hipotecas legales no privilegiadas nacen también en el tiempo, y el conflicto del rango crediticio se resuelve también en relación a un origen temporal; implica la generalización del principio de especialidad, pues la consideración que subyace en la noción de hipoteca legal como hipoteca tácita es la de considerar a la hipoteca legal como un acto de disposición de la cosa que impide que el derecho pueda ser ejercido por un acreedor posterior (aunque sea legal o de especial majestad: el fisco). El rango se transforma por tanto en algo formal ajeno al crédito mismo y a su causa (la majestad del crédito), determinado por la realidad (especialidad: la cosa), y el tiempo (origen). Como los créditos nacen en el tiempo, y se resuelven en consideración a su origen y especialidad, la escritura nace como sistema de preconstitución pública de la prueba del rango.

3.5.3.2. Razones de preferencia del crédito escriturario extrínsecas al crédito mismo

La ejecutividad pública se otorga al crédito público. El particular debe buscar la ayuda allí donde puso su confianza: si confiaste en el particular (acuerdo privado), busca el cumplimiento en la libertad del particular, si pusiste tu confianza en el Estado (publicidad), el Estado te ayuda y promueve en la reclamación del crédito.

Pero el Estado no te pide una confianza vana pues la universalidad misma del Estado se funda en la publicidad, que implica testimonio de un origen propio que hace prevalecer lo formal, como prueba preconstituida en su otorgamiento público, sobre lo real como privado y causal. Por la forma lo privado trasciende a sí mismo y se transforma en lo público; pero lo público con mentalidad liberal no se presenta como algo existente en sí, sino como la ordenación ritual de lo privado (subsidiariedad, no intervención, *laissez faire*, etc.). Lo privado es transformado por la intervención autorizada del funcionario, que es mucho más que mero fedatario pues es otorgante mismo (calificación) del documento público y responsable del mismo, que queda incorporado al protocolo público como partícipe en la esencia del Estado. El documento es sacado de las manos privadas, siempre sospechosas de interponer sus intereses particulares al bien común, y encuadrado formalmente en un libro que se convierte en la garantía pública de su realidad y existencia. Elevado a rango protocolario el documento podrá ser conocido públicamente, testimonia en su origen un acto causal, y puede ser reproducido indefinidamente, y además fundamenta la recaudación tributaria como partícipe en un fin social transcendente (la redistribución de la renta y el fomento de la riqueza pública).

La eficacia de la publicidad del documento está en razón misma de la organización del protocolo. Los escribanos más antiguos escribían, o lo que es lo mismo, se limitaban a copiar documentos que las partes otorgaban oralmente (o las sentencias que los jueces dictaban oralmente). La autenticidad se fundaba en la oralidad por la falta de testimonio fehaciente sobre lo documental (dada la extensión de la falsificación y la seudoepigrafía). Pero con el desarrollo del papel y la organización pública de la sociedad, los escribanos se transformaron en Notarios, esto es, además de escribir tomaban notas o minutas de un documento que suscriben las partes y conservan éstas. Frente a la autenticidad de la oralidad asistimos a la autenticidad de la escritura (aunque privada), a la que el Notario, con su minuta autentifica en el tiempo (origen). Y esta es la concepción de los glosadores que se plasma en el Fuero Real y Las Partidas, y en general en la legislación bajo medieval (véase también la evolución de la noción de testamento) (63).

El problema de la autenticidad de los documentos es uno de los más graves problemas del derecho medieval y del Antiguo Régimen. Se admite con carácter general que la escritura es sólo un instrumento de prueba entre privados. Hasta su reconocimiento judicial, escritura *nuda remanet*. En el Antiguo Régimen se aceptan comúnmente los principios de autenticidad formulados por BALDO y BARTOLO (64), la autenticidad de un documento se prueba por su origen (sello, escritura tras la muerte del autor, intervención pública por escribano o párroco, y testifical sobre el acto de otorgamiento), sin embargo los dos medios fundamentales de prueba en el proceso de la autenticidad de un documento son la confesión en juicio o el cotejo de escrituras; el cotejo se funda en la prueba testifical, y basta la prueba por medio de dos firmas idénticas. El Antiguo Régimen estuvo dividido sobre si la autenticidad provenía del documento privado mismo o del acto de reconocimiento judicial, la mayoría se decantó por reconocer la autenticidad al documento privado autenticado a efectos de preferencia escrituraria, aunque BARTOLO opinó lo contrario y fundó en ello su teoría del reconocimiento mismo, aun sin expresar la causa, valía como donación (que fue uno de los argumentos fundamentales luego recogido por SAVIGNY para elaborar la teoría de la abstracción de los negocios). Las *curias mercatorum* parecen haber organizado sistemas de prueba alternativos a través de los libros mercantiles que se muestran más simple y eficaces que el cotejo de

(63) Es característica la falta de publicidad de las minutas notariales medievales. El secreto es entonces fuente de poder, porque permite condenar por falsedad. Pero el abuso de lo secreto destruye el orden jurídico. al condenar o al menos levantar sospecha del testimonio mismo. Frente al secreto (BOCIO y MAJESTAD) de que gustan rodearse nobles y señores, los mercaderes organizan sistemas fiables de publicidad.

(64) NONIO, pág. 269.

firmas, e igualmente la Iglesia, fundamentalmente en los registros parroquiales, organiza sistemas protocolarios de autenticidad; su utilidad inquestionable está en el origen de la fe pública notarial por medio de protocolos; el mejor sistema de prueba de la autenticidad de un documento es su referencia o encuadernación en libros específicos, creados para tal fin.

Está claro por tanto que los primeros escribanos no dan mayor autenticidad que la que se deriva de su origen (escribanos de palacio, de juzgado, de cámara, etc.). En el derecho medieval no existe la escritura pública, sino la intervención notarial como mero medio de prueba, cuya autenticidad se funda en el reconocimiento judicial de los documentos. Son frecuentes las contradicciones entre los documentos intervenidos por escribanos por la multiplicidad de los mismos. Finalmente si determinar la autenticidad de un documento es un problema complejo, la autenticidad de la fecha es prácticamente imposible conseguir con exactitud. La consecuencia es clara: la falta de seguridad en la prueba de documental impide otorgar eficacia transcendente a la escritura, la incerteza de la fecha impide fundar el rango en el origen. La mutación del derecho material proviene de la perfección en los sistemas de publicidad.

La evolución de la fehaciencia pública es paralela a la autoconciencia y evolución del Estado. La mutación más importante se produce cuando se ordena al Notario que encuadernar sus notas en un libro de Registro (pragmática de Alcalá), lo que implica la normalización de los asientos y la organización de índices. En el triple tránsito de la oralidad, escritura, libro, asistimos al nacimiento del Estado. GIMÉNEZ ARNÁU, atribuye al ordenamiento de Alcalá el establecimiento expreso del principio de unidad de acto como garantía de solemnidad de la escritura. A mi juicio, ello significa que la intervención notarial no sólo testimonia la fecha, sino también pretende testimoniar el propio origen negocial de las obligaciones (el origen testimonial de la causa). El consensualismo está ligado entonces a un nuevo ritualismo escriturario y a la transformación de la función del Notario. La Pragmática de Alcalá da el siguiente paso al organizar el protocolo, que es el único que garantiza la publicidad de la escritura. El extracto o nota que da fe del origen privado se transforma en libro que da fe también de un contenido, que adquiere por ello verosimilitud, y testimonia fehacientemente un origen (el otorgamiento público). La eficacia entonces trasciende por su verosimilitud de la fe del otorgamiento a la presunción de causa, y a la inoponibilidad de lo privado, y aparece con ello propiamente los libros notariales (protocolo) con eficacia registral. La oralidad estaba más cercana a lo espiritual (causa y voluntad de las partes), la escritura tiene tendencia a la normalización (adhesión), y finalmente el libro registro otorga a la escritura un origen específico pú-

blico a las que las partes tienen que someterse en razón misma de efectividad (65).

El examen de la legislación liberal (66) es sumamente interesante y muestra la transformación de los escribanos en Notarios, tiene varias fases y direcciones, entre las que se pueden señalar:

1. La redención de los oficios enajenados (Real Cédula de 11 de noviembre de 1816) declara tanteables todos los oficios enajenados, y RC de 13 de noviembre de 1817 revierten a la corona o pueden ser tanteados por los pueblos o los vecinos. Los oficios de escribanos o de contadores de hipotecas estaban casi en su totalidad enajenados en el Antiguo Régimen con carácter perpetuo (67), aun la RO de 8 de febrero de 1830 autoriza la venta de todas las escribanías incorporadas a la Hacienda. La reversión al Estado de todas las contadurías y escribanías enajenadas, ya perpetuamente, ya por título vitalicio, precedió a la Ley de notariado de 28 de mayo de 1862 (ver sus disposiciones transitorias 3 a 7). El notariado se transforma en un cuerpo único y estatal.

2. La identificación y unificación de la función notarial. La Ley orgánica del poder judicial de 1870 denomina secretarios a los antiguos escribanos de juzgado (disposiciones transitorias 16 y 17, se cubren por oposición específica aunque respetando vitaliciamente a los detentadores actuales de oficio). El Decreto de 22 de agosto de 1812 denomina secretarios a los antiguos escribanos de ayuntamiento.

Los escribanos son de distintas clases según su origen (señoriales, municipales, de juzgado, de cámara, etc.), la RO de 17 de marzo de 1834 exigió que obtuviesen en todo caso Real título, y la RO de 21 de octubre

(65) Sobre historia notarial: GIMÉNEZ ARNAU: *Derecho notarial*, vol. III, págs. 150 y sigs.; DOMINGO GONZÁLEZ: *La fe pública de los agentes de cambio y bolsa y de los corredores de comercio colegiados*, Gerona, 1975, págs. 213 y sigs.

(66) El contraste de esta normativa puede hacerse en MARTÍNEZ ALCUBILLA. *Diccionario de la administración española*, Madrid, 1876. En diversos epígrafes como oficios y derechos enajenados, escribanía, escribano, etc.

(67) Sobre la enajenación del oficio de escribano en la literatura clásica: GIMÉNEZ ARNAU, pág. 106. La enajenación de cargos públicos se prevé en el Código de Theodosio y se regula en detalle en el Código de Justiniano. Fue una práctica común en el Antiguo Régimen. El préstamo de dinero para la compra de una *militia* u oficio público constituía privilegio sobre el oficio mismo. En detalle: EISENHART: *Disscussione de iure qui ad militiam emendan creditu in concursu creditorum*, Helmstad. 1757.

Es característico de la doctrina alemana del siglo XVIII el estudio en detalle de cuestiones monográficas. Estos estudios contrastan con el método habitual por los humanistas del derecho romano que se caracterizaba por los estudios de conjunto. La nueva perspectiva monográfica de estudio es altamente ideológica, y se realiza por autores formados en el ius racionalismo protestante, normalmente comporta una perspectiva crítica o renovadora de la institución estudiada. Estos estudios son el precedente inmediato de la gran reforma institucional de la Alemania del siglo XIX como consecuencia de la incidencia en el derecho del idealismo alemán.

de 1836 estableció la necesidad de enviar testimonio literal a la audiencia del índice de los protocolos.

Pero sólo la ley del notariado, fruto maduro de la revolución liberal, garantizará la existencia de protocolo único y de notariado único. La unificación de la función permite la formación de un protocolo único de originales. El valor de la escritura pública se garantiza por la existencia de un notariado y de un protocolo que son la garantía personal y formal de un libro único de originales: garantía de igualdad formal de los ciudadanos en el otorgamiento, así como imposibilidad de contradicción de fehaciencias públicas.

Finalmente, después de la revolución de 1868, que debemos considerar el asentamiento y consolidación del régimen liberal en España, se establece (D. de 8 de enero de 1869) el archivo de protocolos de más de treinta años en las cabezas de distrito notarial. El protocolo notarial pasa a ser algo esencialmente público. Se consuma así una revolución que proviene de la ley francesa de 25 ventoso del año 11, y que no en vano es coetánea de la transformación del régimen de los privilegios crediticios.

El Notario deja de ser un mero Notario (que toma notas) para transformarse en el responsable de un libro que tiene vocación de constituirse en la realidad patrimonial misma del Estado, como significación de una escritura que tiene un origen último privado (la declaración de las partes), pero una identidad efectiva pública (la fehaciencia protocolaria). El libro es el Estado abierto públicamente a todos los particulares (tu palabra será escrita y conservada para siempre), pero investido de la majestad pública del protocolo, y la designación sacramental del responsable del mismo. El particular queda privado de la facultad de otorgamiento, y aun del documento mismo, y obtiene sólo copias. Los originales (la revolución como una determinación de un origen nuevo), se conservan en el protocolo, que es el Estado mismo. La realidad no es la palabra privada sino la redacción notarial de la misma, que se incorpora a escrituras matrices (art. 17 LON) que adquieren el glorioso nombre de originales, quedando los particulares con una mera copia, en la que aceptan, confiesan y reconocen lo que el Notario dice que han dicho. La escritura ha vaciado la voluntad privada de contenido y la ha situado fuera de sí misma (calificación), la realidad auténtica de la voluntad privada no es la voluntad misma sino su calificación notarial (aunque al particular le queda el resquicio último, realmente excepcional, de condenar al Notario por falsedad en juicio plenario).

El libro testimonia la verdad como algo colectivo: las escrituras se prueban unas por las otras, y es en la totalidad de todas ellas en la que se encuentra la realidad de la fehaciencia pública: el protocolo. Esto significa la publicidad, que el testimonio no se encuentra en su origen privado, sino en un testimonio público de origen universal: el protocolo. La fehaciencia

de los documentos la prueban unos por los otros, y por su encuadernación sucesiva la credibilidad y certeza de su fecha de origen y del acto de otorgamiento es prácticamente absoluta. La autenticidad formal del todo es un instrumento de autenticidad superior a la que otorga la prueba siempre comprometida de un origen documental privado. La fe de un crédito documentario estriba en una razón de origen (así el comercio internacional fundado en la credibilidad del otorgante), pero la publicidad funda la credibilidad en un orden formal colectivo que otorga al origen temporal y el hecho del otorgamiento una seguridad casi total, aunque evidentemente sólo otorgue una prueba presuntiva de la veracidad de su contenido. Pero la «verdad» es algo espiritual y mágico que al derecho apenas interesa.

Así las razones de la preferencia de los créditos escriturarios son también registrales. La misma razón de la eficacia del Registro fundamenta la eficacia del protocolo (la inoponibilidad de títulos), si bien la eficacia del Registro de la Propiedad es una eficacia fundada en el principio de especialidad, y la perfecta identificación de la base material de la propiedad, lo que permite la publicidad de los derechos materiales, que es imposible al protocolo notarial, que otorgando una garantía de origen sólo permite fundar la eficacia de la inoponibilidad (art. 1.227 CC). En cualquier caso el sistema público de registro y protocolo preconstituye la resolución de los conflictos de rango en el concurso, si bien la eficacia de la publicidad registral es preferente y especial, y la eficacia de la publicidad escrituraria es supletoria y general. Los demás privilegios generales (alimenticios, de administración del concurso) son residuales, y los privilegios especiales mobiliarios se fundan en la publicidad de la posesión, son refaccionarios y especiales.

Evoluciona con el protocolo el propio concepto de escritura pública a efectos de preferencia: de ser un testimonio público intervenido de algo privado (que es lo originario), de lo que se preconstituye una prueba, a ser un acto público otorgado públicamente que se constituye a sí mismo en preferencia (verosimilitud de la causa) del rango del crédito. En el Antiguo Régimen son de mejor condición los créditos más antiguos (*prior tempore*), aunque siendo escriturarios (testimoniados públicamente en su otorgamiento) o quirográficos (intervenidos públicamente lo que les daba preferencia por la fecha), la intervención pública otorga preferencia de doble rango: de otorgamiento (escriturarios) o de fecha (quirográficos) (véase Novísima Recopilación 5,24,5; STS 18 de junio de 1879). Sin embargo, el Código de Napoleón sólo otorga preferencia por el otorgamiento público que implica un nuevo origen y suprime la preferencia del crédito quirográfico, que sólo perdura residualmente (art. 1.227 CC) como requisito de oponibilidad del crédito en el concurso o en la tercería. Es todo una nueva configuración que hace de sí mismo el Estado.

3.5.4. *Clases de créditos escriturarios*

Los documentos públicos se dividen en notariales, judiciales y administrativos. Se caracterizan por ser autorizados por funcionario público competente (art. 1.216 CC). El Código de Comercio asimila para la quiebra el rango de la escritura pública y de los títulos mercantiles autorizados por agentes y corredores (art. 916.2 CC).

La jurisprudencia de modo reiterado ha asimilado a los créditos escriturarios los autorizados por agente de cambio y bolsa o corredor de comercio colegiado (así: SSTs 27 de octubre de 1941, 15 de diciembre de 1956, 682, 3 de noviembre de 1971, 4523, 28 de mayo de 1991, 2942, 5 de diciembre de 1991, 8917). Sin embargo no se nos debe ocultar alguna de sus diferencias con el documento notarial. La principal a mi juicio es que sólo el Notario lleva protocolo, por lo que tanto el agente como el corredor, que son originariamente comisionistas (comerciantes y no funcionarios), sólo llevan un libro de registro, que no incorpora el documento original sino copia o nota del mismo (art. 109 C. de C.), su misión es identificar el contenido pero sin calificación ni otorgamiento público —no es un acto originario, el original lo conservan las partes—; puede decirse que intervienen documentos, dando fe de su otorgamiento y de la capacidad de las partes, pero no otorga fehaciencia de actos, y aunque el tráfico mercantil tiende a normalizar las pólizas, el acto continúa siendo propiamente privado. De aquí que el grado de verosimilitud del contenido y la identidad formal de la causa del negocio sea mucho menor que en la sentencia judicial o en el documento notarial o administrativo. Su asimilación jurisprudencial, que no es indiscriminada, se funda sin duda en que la práctica mercantil tiende a normalizar la negociación, así como a asimilar efectivamente las funciones de los agentes y los corredores a los notarios (68), pero ello no obsta para que debamos entrar a examinar en el documento intervenido, el grado de fehaciencia de la causa y del otorgamiento, pues es en estos documentos en los que la jurisprudencia muestra más palpablemente el conflicto entre crédito y forma pública.

También se asimilan a las escrituras públicas los documentos privados reconocidos judicialmente (SSTs 15 de abril de 1955, 1546; 27 de enero de 1958, 3 de noviembre de 1971, 4253; 8 de abril de 1976, 706), aunque el

(68) La polémica sobre si intervienen el acto (GARRIGUES: *Contratos bancarios*, pág. 202; son más comisionistas en la contratación mercantil) o el documento (URLA: *Consideración sobre la fe pública mercantil en la intervención de pólizas y letras*. Madrid, 1973; DOMÍNGUEZ GONZÁLEZ, pág. 153), que implica correlativamente si tienen obligación de presencia en el otorgamiento, si prestan garantía de legalidad, o si sólo son fedatarios de la firma. Aunque de hecho las posturas tienden a aproximarse por razón de las excepciones y salvedades admitidas.

reconocimiento es exclusivamente de la firma, el reconocimiento implica también el de la certeza de la causa, siempre que ésta aparezca suficientemente identificada en el documento reconocido, y su fecha de fehaciencia será la del reconocimiento y no la del otorgamiento del acto.

Una sentencia especialmente interesante es la de 19 de octubre de 1981, 3808, aunque con carácter *obiter dicta*, sienta la doctrina de que de la anotación preventiva dimana la preferencia del número 4 del artículo 1.924. Esto es, la anotación preventiva transforma un crédito ordinario en escriturario. A favor de esta postura, que la sentencia no desarrolla (pues su doctrina de fondo es negar eficacia a la anotación preventiva frente a un crédito escriturario anterior) se encuentra el carácter retroactivo de la sentencia ejecutiva cuyo rango escriturario se retrotrae al de la anotación preventiva. Esta sentencia, de 18 de octubre de 1981, pone el acento en un aspecto importante del proceso ejecutivo: según la jurisprudencia mayoritaria la anotación preventiva no otorga por sí misma rango, pero reserva el rango del crédito reconocido por sentencia ejecutiva al momento del asiento de presentación en el registro de la demanda ejecutiva, pues no es lógico que por la dilación de unos juzgados respecto de otros se puedan anteponer unos créditos a otros. La anotación preventiva adquiere un carácter centralizador del concurso al que antes nos referíamos.

La jurisprudencia deniega el privilegio escriturario a la letra protestada. La jurisprudencia más antigua le otorgaba el rango (SSTS 16 de abril de 1955, 10 de marzo de 1973, 30 de octubre de 1978, 4058; sin embargo, el cambio jurisprudencial es evidente en la última jurisprudencia (SSTS 13 de diciembre de 1985, 6438; 27 de diciembre de 1985, 6651; 19 de noviembre de 1988, 8612 (69); 29 de abril, 3301, y 14 de junio de 1988, 4876. La jurisprudencia aduce razones varias: la STS de 14 de junio de 1988 declara que el protesto sólo constata la falta de pago no la existencia y legitimidad del crédito, y la STS de 21 de septiembre de 1984 declara que la exigibilidad de la letra protestada se funda en la sentencia de remate, y la de 29 de abril de 1988, 3301, que el protesto declara hechos, no declaraciones de voluntad. Ello se debe a que la razón del privilegio está no sólo en la forma sino también en la constancia del acto de otorgamiento, así como en la identificación de la causa del crédito reconocido.

Por la misma razón la jurisprudencia niega reiteradamente el carácter escriturario del acta notarial (SSTS 16 de junio de 1947, 15 de abril de 1955, 1546; 17 de junio de 1958, 2494; pues el acta notarial prueba el hecho de la reclamación pero no la existencia y exigibilidad de la deuda.

(69) Se trata de un auténtico caso extremo, pues se declara preferente una póliza intervenda el 20 de junio sobre una sentencia de remate de 25 de junio por dos letras protestadas de 29 de abril y 9 de mayo.

En realidad no identifica el origen de la deuda, y carece por ello de una presunción de verosimilitud de su causa.

También se deniega el carácter escriturario del reconocimiento público de deudas, si no se hace referencia a la causa de la misma. La jurisprudencia es antigua. Ya la STS de 29 de noviembre de 1882 afirmó que el reconocimiento de deuda por el concursado no es contrato que pueda perjudicar por sí mismo a los demás acreedores si no se hace constar, de modo que se excluya toda sospecha de confabulación, la existencia de los contratos de que proceden los créditos reconocidos.

Los créditos de fecha no auténtica no se pueden oponer en el concurso salvo prueba de su causa, fuera del concurso sólo pueden hacerse valer estableciendo su autenticidad (elevación a escritura pública o reconocimiento judicial). El Código no aclara si los créditos no escriturarios se gradúan entre sí por razón de su fecha (prioridad), aunque frente a la igualdad de los acreedores (art. 1.911 CC) se opone el carácter majestuoso del crédito más antiguo (evitar maniobras fraudulentas, etc.). Existe alguna jurisprudencia que da pie para sostener que los documentos privados con fecha fehaciente anterior otorgan preferencia a los créditos que reconocen. En la STS de 11 de abril de 1988, 3120, se ejercita una tercería de mejor derecho para declarar el derecho preferente a cobrar unas certificaciones de una corporación local endosadas, aunque sin fecha fehaciente en el endoso; el Tribunal Supremo admite la tercería de mejor derecho en virtud de la fecha anterior del endoso de las certificaciones, si bien se trató de un endoso privado que no era escriturario y que sólo tenía fehaciencia de haber tomado nota de él en el ayuntamiento. Sin embargo se trata de una sentencia excepcional, los créditos documentados de fecha fehaciente no otorgan privilegio alguno, ni siquiera lo tienen entre sí, porque la razón de ser del privilegio no está en la fecha sino en la autenticidad de su otorgamiento público e identificación de la causa.

En este punto es llamativo el cambio de criterio del Código respecto del proyecto de GARCÍA GOYENA, éste fundaba el privilegio en la fehaciencia de la fecha, siguiendo con ello tanto el régimen del derecho romano como el del antiguo régimen (Nov. Rec. 10, 24,5). Mientras que el Código lo funda en el carácter escriturario del crédito, lo que significa una valoración sobre la importancia y significado en la intervención pública en la identificación y fundamentación del sistema crediticio. Un crédito se eleva al rango escriturario no por dar fehaciencia de la fecha sino también establecer un principio de autenticación de su otorgamiento y contenido. Es decir, que la escritura pública incorpora un nuevo origen, no sólo da fe de su contenido. El documento público se caracteriza por presumir su contenido y además por incorporar como indubitado fehaciencia sobre su origen y otorgamiento; y esta incorporación de unos nuevos orígenes es la razón funda-

mental de su privilegio, que no se extiende por ello al protesto de la letra aunque puede extenderse al reconocimiento judicial de un documento privado.

Por otra parte, es muy importante subrayar que el Código otorga una facultad de elevar a escritura pública los acuerdos privados, en relación con el régimen general de los contratos (arts. 1.279, 1.280 CC), como medio de conseguir una fecha indubitada, una calidad pública en su otorgamiento, y también la presunción causal propia de la referencia pública a una causa. Por lo que el documento privado se perjudica debido a la propia falta de debate sobre la causa que significa la no expresión pública de su contenido. Es decir, que el privilegio del crédito escriturario se funda también en la facultad general de acceder al otorgamiento o reconocimiento público de la existencia y legitimidad de un crédito documental.

En los momentos inmediatamente posteriores a la codificación se planteó el dilema de si la escritura era un medio de prueba preferente del crédito, o era un auténtico título de crédito, lo que implicaba si la preferencia entre los títulos escriturarios debía establecerse en función del origen del crédito o del otorgamiento de la escritura. La jurisprudencia declara que la preferencia se establece teniendo en cuenta exclusivamente la fecha de las escrituras (SSTS 1 de mayo de 1896, 23 de enero de 1942, 118; 16 de abril de 1955), por lo que ha de concluirse que la escritura no es un medio preferente de prueba sino un título originario de un crédito preferente. Significa un juicio sobre el carácter residual de la voluntad privada aunque se documente con fecha fehaciente, puesto que los créditos documentales se reparten a prorrata sin consideración a su origen. Tal fue el régimen también del Derecho romano tardío tras el rescripto de los emperadores DIOCLECIANO y MASSIMIANO, que implica la pérdida del sentido y valor de la promesa como fuente de obligaciones (70).

3.5.5. *El diverso rango de los créditos escriturarios*

El artículo 1.924.3.º identifica los créditos escriturarios y reconocidos por sentencia otorgándoles rango preferente en función de la fecha. Sin embargo los créditos escriturarios no son todos de la misma naturaleza.

Los créditos reconocidos en sentencia firme en juicio ordinario corres-

(70) Se muestra también en el cambio de objeto en las obligaciones. En el Derecho romano clásico no perjudica las garantías, pues se entiende que la obligación primitiva permanece (fundada en la promesa), mientras que en el Derecho moderno extingue las garantías (art. 1.851 CC), pues el objeto (reciprocidad causal) y no sólo la promesa es razón de identidad de la obligación

pondiente a su cuantía tienen una fehaciencia absoluta en cuanto a su contenido, derivado de la cosa juzgada, y por ello deben reconocerse en principio como preferentes.

Recordemos que tanto la sentencia ejecutiva como el concurso no producen efecto de cosa juzgada sobre los créditos ejecutados y reconocidos, por ello la sentencia plenaria ha de ser necesariamente de mejor rango que la ejecutiva, de igual modo el crédito escriturario es ejecutivo, pero no como cosa juzgada. La distinción entre sentencia ejecutiva y sentencia plenaria se sienta en la STS 27 de enero de 1958, que declara la preferencia de rango de la sentencia ordinaria por el carácter litigioso del crédito meramente ejecutivo. Así se establecía expresamente en la Partida 5, título XIV, ley 11, que concedía preferencia en el cobro de su crédito al acreedor por deuda personal que primero obtuvo sentencia favorable sobre los demás acreedores personales que lo hayan obtenido después aunque su deuda sea posterior (SSTS de 5 de febrero de 1878, 9 de julio de 1879, 11 de junio de 1881, 31 de marzo de 1886, 21 de junio de 1889). En el Antiguo Régimen se admitía también que entre los créditos hipotecarios de igual rango era preferente aquel que obtenía sentencia firme, y entre dos créditos reconocidos por sentencia el primero que iniciaba la ejecución (71). Por otra parte a los derechos reconocidos en sentencia firme en juicio ordinario es a los únicos a los que se debe extender el derecho de abstención en el concurso (SSTS 10 de noviembre de 1977, 21 de junio de 1984, 3254; esta última criticable por extender el derecho de abstención a un crédito reconocido en sentencia de remate que no es ejecutiva).

Los créditos escriturarios y reconocidos por sentencia firme ejecutiva se gradúan en función de su fecha. El principio es que la sentencia ejecutiva que no produce efecto de cosa juzgada no otorga rango alguno, por lo que en principio en el conflicto entre sentencias de remate habrá que estar a la preferencia de los títulos (72). Así, por ejemplo, la STS de 9 de julio de 1990, 5787, y 5 de diciembre de 1991, 8917, en caso de conflicto entre dos créditos fundados en documentos intervenidos por corredor de comercio en el que uno era prioritario en relación con la fecha de otorgamiento y otro prioritario en relación con la fecha de la firmeza de la sentencia ejecutiva, declara la preferencia del primero, pues como dice la STS de 28 de mayo de 1981, 3941, la sentencia recaída en juicio ejecutivo no contradice ni desvirtúa la certeza quirográfica del crédito.

Esta doctrina está en relación con el carácter originario de la escritura pública y contradice la doctrina jurisprudencial anterior al código que con-

(71) NONIO, pág. 317.

(72) En sentido contrario, GULLÓN, pág. 774. También alguna jurisprudencia, así STS 15 de marzo de 1988, 1969

figuraba siempre a los documentos —aún escriturarios— como simples medios de prueba, por lo que en el conflicto de escrituras prevalecían siempre las fechas de las sentencias aunque fuesen ejecutivas. Tal doctrina fue común hasta los años 70. En los años inmediatamente posteriores a la promulgación del código se declara reiteradamente que en el conflicto entre créditos escriturarios prevalecen las sentencias de remate sobre la fecha de los títulos mismos o el origen de los créditos (SSTS 11 de mayo de 1894, 21 de noviembre de 1917, 16 de octubre de 1956, 3198; 27 de enero de 1958, 551; 30 de marzo de 1968, 3715; 3 de noviembre de 1971, 4523; 8 de abril de 1976, 1706. Se aventuran innumerables razones para esta preferencia de las fechas de las sentencias de remate: el examen de los títulos o control judicial del crédito (SSTS 16 de octubre de 1956, 6 de marzo de 1978), el carácter litigioso de los créditos escriturarios (SSTS 27 de enero de 1958, 3 de noviembre de 1971); la escritura y la sentencia son dos órdenes distintos de preferencia como lo prueban las expresiones «entre sí» (STS 6 de marzo de 1978) «si hubiesen sido objeto de litigio» (STS 3 de noviembre de 1971). La certeza de la fecha deviene además notoria por la sentencia judicial (STS 3 de noviembre de 1971) (73).

La nueva doctrina parece iniciarse en la STS de 1 de marzo de 1978, 758, y supone una valoración sobre el carácter formal de los créditos que se conserva aún frente a la sentencia judicial de remate y la mayor verosimilitud del crédito ejecutado. Pues hay una dualidad de razones contrapuestas para explicar este cambio jurisprudencial. En primer lugar, para aquellos que consideran que el fundamento del crédito escriturario se funda en la fehaciencia de la fecha es lógico establecer la igualdad de fechas de escrituras y sentencias (74). Pero sobre todo la sentencia otorga ejecutividad o realiza un crédito pero no contiene un acto originario de creación o identificación del crédito más que en los supuestos de tratarse de una sentencia ejecutiva por créditos no escriturarios (por ejemplo, letras de cambio) o de una sentencia declarativa. La autenticidad de origen es la razón del privilegio, y a la misma se refiere por tanto el orden de la preferencia.

Sin embargo el examen de la jurisprudencia muestra que en el conflicto entre créditos escriturarios la jurisprudencia dentro del juicio ejecutivo va

(73) La STS de 27 de abril de 1967, 2036, se plantea el caso excepcional de dos sentencias de fechas diversas en las que la de fecha posterior deviene firme con anterioridad. Se sienta la doctrina de que la preferencia se funda en las fechas de las sentencias y no de su firmeza.

Pero entonces la contradicción estriba en que la preferencia debería retrotraerse a la demanda (véase STS 13 de junio de 1958, 2495).

(74) LACRUZ, pág. 407; PUIG BRUTAU, pág. 572. Y sobre todo Díez PICAZO, que hace una interpretación sumamente restrictiva del privilegio escriturario, al que no considera un auténtico privilegio

a plantear los problemas de vencimiento y exigibilidad del crédito, así como el de idoneidad y verosimilitud de la causa. La jurisprudencia dista de ser unánime y no es fácil establecer principios generales pero puede ensayarse el siguiente esquema:

1. El rango del crédito es el del otorgamiento de la escritura o formalización pública, y no el del vencimiento o exigibilidad del crédito:

a) STS 20 de febrero de 1987, 701, en la fianza en virtud de una obligación futura existe desde su constitución, y no desde el vencimiento del crédito, STS de 13 de febrero de 1988, en una póliza de préstamo la preferencia existe desde la puesta a disposición del dinero, no desde el vencimiento del préstamo, y en el mismo sentido STS 27 de diciembre de 1985, 6651; STS 28 de mayo de 1991, 1941, un crédito prorrogado tiene el privilegio propio de su constitución, y no se aplica el artículo 1.851 CC, lo que implica no reconocer la «accesoriedad» del privilegio. STS 6 de febrero de 1992, 832, un crédito sometido a condición suspensiva el rango es el del otorgamiento dada la retroactividad del cumplimiento de la condición (art. 114 CC). STS de 15 de diciembre de 1988, 9465, en el caso de una sentencia ejecutiva ampliatoria «a los nuevos plazos vencidos» se le otorga el mismo rango que a la primera (75).

Un caso límite es el de la STS de 29 de abril de 1988, 3301, una escritura pública de reconocimiento de deuda de 4 de mayo es declarada preferente a una sentencia ejecutiva de 25 de mayo, es decir, el mero reconocimiento público de deuda se declara superior a la sentencia de remate, aunque por ser sólo unos días anterior pudiera haber una cierta presunción de fraude.

Esta jurisprudencia debe hacernos dudar del carácter «accesorio» del privilegio, puesto que la prórroga extingue la fianza (art. 1.851 CC), pero no el privilegio crediticio prorrogado, y el privilegio nace aunque no haya nacido el crédito. La razón del privilegio es el otorgamiento formal del documento público (o la sentencia). Así la STS 27 de diciembre de 1974, 4943, la renovación de los plazos mediante la suscripción de letras de cambio no extingue el privilegio escriturario, cuyo rango está ligado a la fecha de otorgamiento (póliza de préstamo para la financiación de la compra de un camión).

Sin embargo este principio general no es aplicado indiscriminadamente por la jurisprudencia en lo que se refiere al afianzamiento o pólizas de préstamo o afianzamiento en garantía de cuentas corrientes, sin duda está jugando aquí la consideración del carácter subsidiario de la fianza. Hay un

(75) La STS de 20 de enero de 1908 declara que el reconocimiento de la preferencia de un crédito implica también el de sus intereses aunque venzan con posterioridad.

problema de matices que puede no resolverse en la póliza si se afianza un préstamo o si se documenta un préstamo en el que se entrega la cantidad debida en el propio acto. La póliza de préstamo es preferente por el carácter refaccionario de la entrega efectiva de dinero (D.20,4,11). Así, afianzar el préstamo es dudoso por su subsidiariedad, si el rango es del otorgamiento o del incumplimiento, pero en caso de póliza de préstamo con entrega efectiva el rango es el de la entrega. Por cuanto que la comprobación de la efectividad del propio incumplimiento no es propio del juicio ejecutivo. Sin embargo se recoge expresamente en el artículo 1.926.2 que la jurisprudencia apenas cita.

La STS 5 de diciembre de 1991, 8917, declara en un afianzamiento en escritura pública que ha de estarse para determinar su rango al incumplimiento de la obligación principal y no al de otorgamiento de la fianza, las SSTs de 3 de noviembre de 1971, 4523; 4 de julio de 1989, 5289; 2 de noviembre de 1989, 7845; 10 de enero de 1991, 294; en créditos documentados por póliza afianzando un préstamo bancario el de la fijación fehaciente del saldo. Exigiendo la STS de 20 de septiembre de 1991, 6057, la exigibilidad indubitada del crédito para el reconocimiento del privilegio.

En sentido contrario STS de 24 de noviembre de 1988, 9041, el rango del aval es el de la fecha del mismo, no el del incumplimiento del crédito por el deudor avalado, en la STS de 1 de junio de 1992, 4982, la hipoteca naval tiene el rango de su constitución y no la fijación del saldo deudor.

En realidad hay un juicio de fondo si lo que se condiciona es el crédito mismo o la garantía (D 20,4,9), en el afianzamiento en garantía de cuentas corrientes no hay crédito alguno garantizado, sino el saldo de una cuenta corriente; y es difícil reconocer entonces el rango al privilegio sin la certeza de su causa y sin la garantía pública de su origen. La reserva de rango es una institución excepcional de carácter hipotecario que no se puede extender a la fianza o a las garantías mobiliarias. Supone reconocer a los bancos un estatuto cuasi público (notarial) en la certificación del saldo. En realidad, pues hay que distinguir si la causa del crédito y su origen está incorporada al acto de afianzamiento como sucede en el préstamo afianzado (precisa entrega de dinero o confesión), en el afianzamiento de operaciones concretas, pero no en el afianzamiento de cuentas o de letras al portador en el que la causa y el origen del crédito no se incorporan al otorgamiento de la garantía. Por ello, igual que en las obligaciones condicionales, en las obligaciones futuras el nacimiento actual de la garantía en el rango exige que el crédito llegue a determinarse sin necesidad de un nuevo acto de otorgamiento, y que el acto de afianzamiento incorpore la causa del crédito.

En definitiva pues, la noción de preferencia del crédito escriturario es algo ciertamente más complejo que la certeza de la fecha, pues si el fundamento fuese la certeza de la fecha deberían ser también privile-

giados créditos fundados en documento privado de fecha fehaciente (art. 1.227 CC). La preferencia se funda también en el testimonio de origen y la verosimilitud de la causa que tienen la virtud de excepcionar la aplicación rigurosa de un orden formal de preferencias. Así, por ejemplo, la STS de 21 de mayo de 1975, 2193, aun reconociendo el carácter escriturario de la póliza intervenida, declara que la póliza de afianzamiento de unas letras de cambio no demuestra la real existencia y cuantía del crédito. Esto es, que la escritura para poder otorgar la preferencia debe autenticar verosímilmente la existencia real del crédito en su origen y causa (76). O como declararon las SSTs de 27 de octubre de 1941, 1000, y 15 de diciembre de 1956, 682, el contrato de apertura de crédito, aunque esté intervenido no es escriturario sino que lo escriturario son las particulares operaciones afianzadas.

El conflicto entre vencimiento y exigibilidad de una parte y fecha de otorgamiento de otra se resuelve en función de la naturaleza del rango escriturario (que es puramente formal), pues se liga a un origen específico: el otorgamiento público. Pero ello, siempre que se incorpore al título la causa del crédito y la misma sea verosímil, y que contenga también los elementos esenciales del crédito (sujetos y objeto determinado y lícito). Es decir, no puede existir privilegio de créditos no nacidos o de créditos que no se muestren verosímiles, y la verosimilitud de la causa está también en razón de la naturaleza del título. Yo creo que muchas de las contradicciones que se observan en la jurisprudencia se deben a un examen específico, dentro del propio juicio ejecutivo, de la verosimilitud de la causa (art. 1.277 CC), que si bien se presume en la diversa naturaleza de los créditos escriturarios (escritura, póliza intervenida, documento privado reconocido), sí que debe haber un juicio sobre idoneidad del juicio y certeza y verosimilitud de la deuda. Como el crédito escriturario es un privilegio general y no hay por ello principio de especialidad, no se aplican los rígidos principios de reserva de rango que se establecen por razón de la publicidad para la reserva de rango en la hipoteca (hipoteca de máximo, en garantía de cuentas corrientes, en garantía de obligaciones futuras). Sin embargo, la sospecha de fraudulencia de operaciones meramente formales de afianzamiento o de reconocimiento de deuda, especialmente en períodos sospechosos, pueden incidir, *prima facie*, dentro de la tercería, a negar eficacia a los títulos públicos.

(76) Y en idéntico sentido, STS 6 de febrero de 1966, 856, GONZÁLEZ HUEBRA, con cita de GREGORIO LÓPEZ, afirma que el crédito escriturario sólo tiene preferencia si consta la fe de la entrega (*Curso de Derecho Mercantil*, Madrid, 1867, pág. 151). Pero evidentemente establecida la consensualidad en el Código, tal doctrina sólo podría referirse al préstamo y no a la escritura propiamente dicha. El testimonio que debe dar la escritura no es de entrega de dinero, sino de origen y verosimilitud de la causa.

El sentido restrictivo con el que el Código de Napoleón trató el privilegio escriturario, no se correspondía con los principios del Antiguo Régimen que reconocían preferencia a los meramente quirográficos por razón de su fecha. Yo creo que la realidad del tráfico mercantil impidió llevar a sus últimas consecuencias la voluntad de crear un sistema único y universal de fe pública que implicase la preferencia exclusiva de un otorgamiento público de los contratos, y apareció el corredor de comercio, que se elevó de su originaria condición de comerciante a la de fedatario, y creó una preferencia *sui generis* entre la escrituraria y la quirográfica, en la que sin embargo las vacilaciones jurisprudenciales demuestran los problemas de verosimilitud de la causa de todo documento no calificado públicamente.

El Digesto sienta claramente el principio de que el rango de un privilegio o garantía se determina por su origen y no por su vencimiento (77). Fundado el origen en la promesa, y no el pago o puesta a disposición de la garantía (D. 20,4,1,3), o toma de posesión de la misma (D. 20,4,12) (78). En caso de crédito condicional desde el otorgamiento y no desde el cumplimiento de la condición (D. 20,4,11,1), igual que en el caso de prenda sobre obligaciones futuras (D. 20,4,9,1) (79). En caso de novación del crédito el rango es el originario aunque se cambie de objeto (D. 20,4,12,5; D. 20,4,21). El principio se aplica también, recogiendo la opinión de SCAEVOLA, al vencimiento posterior de intereses, que tienen su rango de la constitución del préstamo y no del vencimiento (D. 20,4,8) (80).

La única excepción es la refacción. El crédito refaccionario prevalece sobre el anterior, como gastos de conservación (D. 20,4,5), de salvamento,

(77) Véase GLUCK, XX, IV, págs. 321 y sigs. La regla se aplica tanto a las hipotecas generales como a las especiales, y es presupuesto de aplicación del principio de prioridad. Analizado más profundamente, se observa que en el propio concepto de garantía se exige la existencia (tipicidad) de una causa propia, que permite anteponer el cobro a las deudas más antiguas. En el Antiguo Régimen el propio concepto de hipoteca (general y especial, mobiliaria e inmobiliaria, judicial, legal o voluntaria) se explica como oponibilidad preferente en el concurso por razón de su origen. La complejidad del régimen de la hipoteca en el Antiguo Régimen sólo se resuelve con un sistema preciso de determinación de su origen.

(78) PUFENDORF, en el comentario a este texto del Digesto (*observationis iuris universi*, II, observación 168) afirma que ello se produce siempre que la obligación llegue a determinarse sin necesidad de nuevo consentimiento del deudor.

(79) También se aplica el principio siempre que llegue a determinarse sin necesidad de un nuevo consentimiento del deudor, principio fundado expresamente en el texto de Papiniano D. 20,4,1.

(80) Es la doctrina de la STS de 20 de enero de 1908: la preferencia de un crédito sobre otro comporta no sólo el capital sino también los intereses. Sin embargo en la garantía prestada sobre cosas futuras el origen está en la adquisición de la cosa, y por ello si se prestaron varias garantías los acreedores son iguales. Sin embargo tal limitación no se aplica a la constitución de hipotecas generales, ni en favor del fisco, que es una hipoteca privilegiada.

transporte y alquileres, y almacenamiento (D. 20,4,6). El concepto de refacción es sumamente amplio, así la subrogación en el rango en caso de pago a un acreedor preferente tiene fundamento refaccionario (D. 20,4,16), igual que la compensación, el préstamo o la deuda de precio en la compraventa, y es preferente la garantía otorgada en el préstamo sobre la anterior si se prestó a causa de la garantía (D. 20,4,11).

La posesión prevalece cuando no se puede determinar el origen o el propietario de la cosa dada en prenda (D. 20,4,14), pero una cosa comprada con dinero pignorado no resulta pignorada (D. 20,4,7), siendo más dudoso si el dinero pagado por una cosa pignorada no resulta pignorado.

Observamos pues que la refacción atribuye la preferencia si en razón de la causa se puede determinar e imputar una deuda a una causa concreta. Esta identidad real de la reciprocidad: el precio en la compraventa, el pago con subrogación, gastos de conservación, transporte, etc..., es preferente al otorgamiento (promesa).

El derecho napoleónico va a cambiar radicalmente la perspectiva puesto que la garantía no constituye por la promesa sino por la forma (inscripción o toma de posesión), con lo que se radicaliza el principio de la identidad formal del rango.

6. Los privilegios tributarios y descubiertos a la Seguridad Social como privilegios escriturarios.

La LGT otorga, en el artículo 71, un privilegio general a los créditos tributarios por las deudas tributarias vencidas y no satisfechas. Y este principio se haya recogido y desarrollado en multitud de normas tributarias y administrativas (así, la STS de 3 de mayo de 1988, 3874, una extensa cita de normas administrativas concordantes). Resulta interesante contrastar que la jurisprudencia, y sin perjuicio de la facultad de instar la anotación preventiva (art. 132 LH) o de solicitar la hipoteca legal expresa y especial (art. 194.3 LH y art. 48 RGR) otorga a los créditos tributarios el rango de privilegios generales sino el rango de privilegios escriturarios, cuyo rango es el del artículo 1.924.4 CC (81). Se argumenta (SSTS 20 de abril de 1987, 2715; 3 de mayo de 1988, 3874; 26 de marzo de 1991, 1 de julio de 1992, 4982); el carácter restrictivo de los privilegios, y el hecho de que se puede solicitar la constitución formal de hipoteca. Así por ejemplo, la STS de 14 de noviembre de 1992, 9404, declara la preferencia de una sentencia de remate anterior a la certificación de descubierto aunque posterior al

(81) Con gran escándalo de la doctrina específicamente tributaria: RODRÍGUEZ BE-
RUO: *Comentario a las leyes tributarias y financieras*, I, págs. 626 y sigs.; SERRERA
CONTRERAS. «Apremios administrativos y procesos de ejecución», en *RDFHP*, 1973,
págs. 308 y sigs. Véase sin embargo el comentario de GIL RODRÍGUEZ a la STS de 13 de
febrero de 1989 (*CCJC*, pág. 234), que se refiere en detalle al carácter restrictivo con
que la jurisprudencia civil trata al privilegio general de la Hacienda Pública.

devengo de los impuestos reclamados. Y un caso extremo la STS de 24 de marzo de 1984, 1759, que admite la oponibilidad a la hacienda pública de un acto de aportación a una sociedad, aunque la sociedad no se haya llegado a inscribir en el Registro Mercantil. La oponibilidad de las ventas anteriores se produce, aunque las ventas no se hayan inscrito en el registro (STS de 24 de marzo de 1983).

¿Qué fecha se tomará como origen de la preferencia? La jurisprudencia toma la de certificación del descubierto, no la del devengo o la de la deuda tributaria (SSTS 2 de marzo de 1990, 2756; con cita del artículo 11 de la Ley 40/80, de 5 de julio), o certificación de la recaudación con relación a la certificación de descubierto (STS de 22 de septiembre de 1990, 6901); aunque alguna jurisprudencia, *obiter dicta*, tomó como origen de la preferencia la anotación preventiva del crédito tributario; así, STS de 3 de mayo de 1988, 3874; la razón es que dichas certificaciones de descubierto son títulos suficientes para iniciar el procedimiento ejecutivo (art. 129 LGT, STS 15 de febrero de 1985, 812). Y de igual forma la certificación de descubiertos en débitos a la Seguridad Social (STS de 23 de julio de 1990, 6177).

Se trata, pues, de una auténtica revolución en el régimen de las preferencias tributarias que en el Antiguo Régimen se configuraba como hipoteca general y tácita (gravaba a la cosa) con independencia del titular y con carácter preferente, como reconocimiento de la supremacía y soberanía del Estado, mientras que en la jurisprudencia civil se posponen a los privilegios especiales y generales, determinándose por su origen (certificación de descubierto), como privilegios escriturarios. Era la vocación profunda de la revolución, el crédito tributario se conformaba como la principal carga oculta y a partir del Código la Hacienda Pública es tratada como un particular en la exigencia de recaudación tributaria y por ello no puede dirigirse contra el tercero adquirente de la cosa (STS 30 de abril de 1987), ni tiene preferencia, salvo constitución de hipoteca expresa contra los acreedores hipotecarios, refaccionarios o generales. El ámbito de superprivilegio queda notoriamente restringido; la visión del Estado como un orden formal de tutela de la libertad económica, que va a ejercer la exacción tributaria, por el carácter redistribuidor de la renta (impuestos personales), que gravan el tráfico económico.

JOSÉ A. ALVAREZ CAPEROCHIPÍ

Consideraciones sobre los tratados internacionales

SUMARIO: 1. APROXIMACION GENERAL A LA FIGURA.—2. CLASES.—3. EXPLICACION GENERICA DE SU EVENTUAL CONTENIDO.—4. PROCESO FORMATIVO DE LOS TRATADOS: A) IDEAL GENERAL. B) APUNTES INTERPRETATIVOS CON BELIGERANCIA EN ESTE FORO: a) *Su razón de ser* b) *Su tenor literal*. C) ALUSIÓN A LA TEORÍA REPRESENTACIONAL EN ESTE ORDEN DE COSAS: a) *Introducción*. b) *Normativa internacional sobre la materia*. c) *Normativa interna sobre la materia*. D) LA NEGOCIACIÓN, ADOPCIÓN Y AUTENTICACIÓN DEL TEXTO DE LOS TRATADOS: a) *Introducción*. b) *Especial referencia a la negociación*. a') Normativa internacional sobre la misma. b') Normativa interna sobre la misma: a'') Idea general. b'') Normativa ordinaria. c'') Normativa constitucional. E) MANIFESTACIÓN DEL CONSENTIMIENTO ESTATAL EN OBLIGARSE POR UN TRATADO: a) *Introducción*. b) *Normativa internacional ad hoc*. c) *Normativa interna ad hoc*. F) REFERENCIA A LAS «RESERVAS»: a) *Introducción*. b) *Normativa internacional sobre el particular*: a') Procedimiento para la beligerancia de las reservas. b') Eficacia jurídica de las reservas. c') Retiro de las reservas y de sus objeciones. c) *Normativa interna sobre el particular* —5. PROCESO DE CELEBRACION DE LOS TRATADOS A LA LUZ DE LOS PLANTEAMIENTOS DE LA CE: A) INTRODUCCIÓN. B) PAPEL DEL GOBIERNO AL AFECTO: a) *Idea general*. b) *Especial alusión a la calificación de los tratados*. c) *Otras funciones gubernamentales en este orden de cosas*. a') *Introducción*. b') *Iniciativa para la intervención parlamentaria al efecto*. c') *Funciones informativas del mismo*. C) PAPEL DE LAS CORTES AL EFECTO: a) *Introducción*. b) *Caracterización genérica de tal intervención* c) *Momento en que las Cortes deben prestar su débito competencial*. d) *Metodología procedimental para la consecución de la autorización que nos ocupa*: a') *Introducción*. b') *Metodología de la autorización requerida para los tratados previstos por el artículo 93 CE*: a'') Introducción. b'') Elementos a valorar por las Cortes. c') *Metodología de la autorización requerida para los tratados previstos por el artículo 94.1 CE*: a'') Introducción. b'') Elementos a valorar por las Cortes. c'') Alusión a la batería de supuestos del artículo dicho: 1') Introducción. 2') Tratados de carácter político. 3') Tratados militares. 4') Tratados territoriales. 5') Tratados que afectan a los derechos y deberes fundamentales del individuo. 6') Tratados que implican obligaciones financieras para la Hacienda Pública. 7') Tratados que supongan modificación o derogación de alguna ley o exijan medidas le-

gislativas para su ejecución.—6. HOMOLOGACION DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LOS TRATADOS: A) INTRODUCCIÓN. B) ALUSIÓN A LOS CRITERIOS DE JERARQUÍA Y COMPETENCIA EN CUANTO ACTUANTES EN EL SENO DE LA TEORÍA GENERAL NORMATIVA.—7. HIPOTESIS DE DISFUNCION ENTRE EL TRATADO Y LA NORMATIVA Estrictamente DOMESTICA ESPAÑOLA: A) IDEA GENERAL. B) SOLUCIONES IMPUESTAS POR LA LEY ESPAÑOLA: a) *Respecto al proceso formativo del tratado* b) *Respecto de su contenido*: a') Idea general b') Supuesto de disconformidad del tratado con la Constitución: a'') Alusión al control previo a desplegar en este campo: 1') Introducción. 2') Legitimación para actuar ad hoc. 3') Clases de tratados que pueden motivar la activación del iter que nos ocupa. 4') Metodología del mismo. 5') Acto terminal del iter en cuestión. b'') Alusión al control posterior a desplegar en este ámbito: 1') Introducción. 2') Legitimación para actuar ad hoc. 3') Clases de tratados que pueden motivar la activación del iter que nos ocupa. 4') Metodología del mismo. c') Supuesto de disconformidad del tratado con la legalidad subconstitucional: a'') Introducción. b'') Cuestión relativa a la eventual eficacia interna de los tratados: 1') Idea general. 2') Consideraciones generales sobre los sistemas de recepción automática o especial. c'') Sistema operativo en el Derecho español: 1') Idea general. 2') Alusión a la publicidad de los tratados. 3') Concreta metodología normativa ad hoc.—8. CUESTION RELATIVA A LA EJECUCION POR VIA DE DISPOSICIONES INTERNAS DE LOS APREMIOS CONTENIDOS EN LOS TRATADOS.—9. PAPEL DE LAS COMUNIDADES AUTONOMAS EN LA EJECUCION DE LOS TRATADOS.—10. EL TRATADO EN CUANTO NORMA CONVERGENTE CON OTRAS: A) IDEA GENERAL. B) EXAMEN DE LA CUESTIÓN DESDE VERTIENTES INTERNACIONALES: a) *Concurrencia de normalidad*. b) *Concurrencia disfuncional*. C) EXAMEN DE LA CUESTIÓN DESDE VERTIENTES NACIONALES: a) *Concurrencia de normalidad* b) *Concurrencia disfuncional*: a') Idea general. b') Resistencia del tratado a la ley posterior antinómica. c') Eficacia ofensiva del tratado en relación con la ley anterior contradictoria. d') Apunte jurisprudencial sobre la materia. 11. LA DENUNCIA DE LOS TRATADOS EN EL MARCO CONSTITUCIONAL: A) INTRODUCCIÓN. B) PRAXIS QUE HA DE SEGUIRSE AL EFECTO. C) CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN ESTAS ÁREAS.

1. APROXIMACION GENERAL A LA FIGURA

El estudio de la misma, en su eventual enfoque desde las distintas estrategias normativas y analíticas del Derecho Internacional Público y del Derecho interno, da mucho de sí y ello por la simple razón de que la misma acredita un evidente protagonismo en sus respectivos senos ordinamentales.

Así, y contemplando el instituto desde el DIP, ante la inexistencia de una legislatura internacional con eventual soberanía sobre todos y cada uno de los Estados integrantes de la comunidad internacional, el tratado es la única posibilidad jurisdiscente dotada de una encomienda normativa efectiva, coherente y rigurosa, circunstancia que provoca el hecho de que los autores que ofician en las áreas doctrinales de dicha rama jurídica le pro-

fesen un singular afecto considerativo, atención también recibida por los esfuerzos de codificación internacionalista, siendo claro exponente de este interés el abultado recetario de cuestiones relacionadas con la categoría jurídica sometida a debate que fueron abordadas en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de Tratados, reunida en Viena en dos períodos de sesiones (1968 y 1969), forjándose en su seno una Convención a todas luces fundamental sobre la materia (A/Conf. 39/27), que fue suscrita el 23 de mayo de 1969, y que entró en vigor, según el tenor de su propio artículo 84 («1. La presente Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que haya sido depositado el trigésimo quinto instrumento de ratificación o adhesión. 2. Para cada estado que ratifique la Convención o se adhiera a ella después de haber sido depositado el trigésimo quinto instrumento de ratificación o adhesión, la Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que tal Estado haya depositado su instrumento de ratificación o adhesión») el 27 de enero de 1980.

No quiere ello decir, ni mucho menos, que la existencia del Convenio meritado (al que se adhirió nuestro país por Instrumento de 16 de mayo de 1972. *BOE* número 142 de 13 de junio de 1980) haya venido a «devorar» el eventual rol a desarrollar en esta sede por las distintas fuentes de derecho asimismo operativas en el foro del DIP, aunque ciertamente el papel de éstas, aún subsistente (el propio Preámbulo del Convenio en cuestión reconoce el protagonismo que en este orden de cosas debe continuar desplegando la costumbre internacional) ha experimentado un evidente deterioro por mor del impulso racionalizador y securitario que siempre va a caballo de cualquier tarea de positivación normológica.

En suma, retengamos de este breve apunte introductorio la relevancia actual del tratado como fuente normativa del DIP y la existencia de lo que en aras de la más reputada teoría normativista (en sus distintas variantes oportunamente abanderadas por Kelsen, Hart, Bobio, Reale) podemos calificar como auténtica fuente primaria, fundamental o de reconocimiento de la figura investigada mereciendo con creces este calificativo la Convención dicha, cuyo papel como Norma de Normas o Norma constitucional en este ámbito es indiscutible.

De todos modos, y apurando el discurso sobre el particular, tengo que recalcar la falta de completud del Instrumento que estamos analizando, nota que se hace visible tanto en relación con el escandallo de Convenios sometibles a sus dictados como en conexión con sus propios apremios fundacionales.

Así, y en lo tocante a la indicada carencia de completud, en las dos vertientes dichas es de notar que su espectro operacional no abarca la totalidad de posibles tratados a instrumentar entre todos los operadores

jurídicos dotados de subjetividad internacional sino sólo a aquellos exclusivamente concertados entre Estados, siendo suficientemente explícito al respecto el *dictum* —cabalmente lapidario en sus perfiles de denotación— del artículo 1 de la Convención que nos ocupa, según el cual «La presente Convención se aplica a los tratados entre Estados», criterio de estricticidad aplicativa que margina consecuentemente toda una serie de posibilidades convencionales y que resulta además corroborado por lo que también se predica en el artículo 3 siguiente, precepto por otra parte que viene a matizar la exclusión dicha al sancionar la vigencia parcial de la Convención en relación con la etnia de tratados en principio excluidos (los convenidos por los sujetos del Derecho internacional que no sean Estados, bien exclusivamente entre sí o bien con los propios Estados, y también los que no revistan la forma escrita), señalando literalmente que:

«Acuerdos internacionales no comprendidos en el ámbito de la presente Convención.—El hecho de que la presente Convención no se aplique ni a los acuerdos internacionales celebrados entre Estados y otros sujetos de derecho internacional o entre esos otros sujetos de derecho internacional, ni a los acuerdos internacionales no celebrados por escrito, no afectará:

- a) Al valor jurídico de tales acuerdos.
- b) A la aplicación a los mismos de cualquiera de las normas enunciadas en la presente Convención a que estuvieren sometidos en virtud del derecho internacional independientemente de esta Convención.
- c) A la aplicación de la Convención a las relaciones de los Estados entre sí en virtud de acuerdos internacionales en los que fueren asimismo partes otros sujetos de derecho internacional.»

Vemos, pues, que en aras al criterio ordinamental resultante del artículo que acabamos de transcribir, la exclusión aludida no opera en su integridad, ya que en relación con los supuestos descritos en los parágrafos del calendado precepto, la Convención se aplica, si bien tal aplicación siempre será vicaria de la de una serie de principios generales de indiscutida vigencia universal.

En relación con este tema de la virtualidad subsidiaria de la Convención de Viena en sede de los tratados concertados por los Estados con otros operadores jurídicos dotados de subjetividad internacional distintos a los mismos (o de éstos entre sí) tengo que manifestar que los supuestos en los que la misma tiene lugar han experimentado un crecimiento portentoso en los últimos tiempos, siendo todo ello debido a que la Comunidad internacional evoluciona y se modifica constantemente, evolución que en lo que nos afecta ha ido en la línea de atribuir aptitud operativa internacional —plena o menos plena— a un número considerable de agentes jurídico-

económicos que antes no la tenían, provocando este fenómeno de creciente e intensa personalización paraestatal el que el número de Tratados sustraídos parcialmente del cobijo ordinamental ofertado por el Convenio de Viena sea cada vez mayor.

Así pues, el Derecho de gentes ha abierto sus puertas a entidades que anteriormente o no existían o se hallaban absolutamente extramuros de sus confines, y todo ello ha generado un formidable proceso expansionista aún en plena ebullición, siendo ello, en suma, una consecuencia de que todavía no se hayan cancelado las condiciones objetivas que dieron lugar a este proceso descolonizador, de soberanización plena de entidades dependientes, de creación más o menos inopinada de instituciones internacionales con proyección de futuro (caso de la Unión Europea, por ejemplo), etc.

La conclusión es que los Estados han perdido el monopolio de la subjetividad internacional, evidencia de fértil consecuencialidad en las áreas en que nos movemos y que ciertamente ha provocado una eclosión de los tratados sólo parcialmente regidos por el Convenio de Viena.

No se agota con lo explicado el haz de singularidades aplicativas que surgen del Convenio en cuestión, y en tal sentido, dicho caudal de excepción se enriquece con el tenor de sus artículos 4 y 5.

El primero de ellos sanciona en este campo la virtualidad del canon antirretroactivo, directiva que si bien goza de general predicamento en otras áreas del Derecho carecía de suficiente explicitéz en el que nos ocupa, y del cual resulta la exclusión de la normatividad incluida en la Convención materia de estudio para aquellos tratados ya en vigor en el momento de la adopción de ésta (exclusión asimismo impuesta por la propia naturaleza de las cosas), señalando dicho artículo que:

«Irretroactividad de la presente Convención.—Sin perjuicio de la aplicación de cualesquiera normas enunciadas en la presente Convención a las que los tratados estén sometidos en virtud del derecho internacional independientemente de la Convención, ésta sólo se aplicará a los tratados que sean celebrados por Estados después de la entrada en vigor de la presente Convención con respecto a tales Estados.»

En virtud del segundo de los artículos anunciados —el 5 de la Convención— el régimen fundacional especial de determinados Convenios queda incólume, sin perjuicio de la aplicación subsidiaria de la misma, régimen de especialidad que alcanza su cenit en todo lo tocante a las Comunidades Europeas, siendo el tenor de tal artículo el siguiente:

«Tratados constitutivos de organismos internacionales y tratados adoptados en el ámbito de una organización internacional.—La presente Convención se aplicará a todo tratado que sea un instrumento constitutivo de

una organización internacional y a todo tratado adoptado en el ámbito de una organización internacional, sin perjuicio de cualquier norma pertinente de la organización.»

Así pues, y concretando el punto debatido, el Convenio objeto de permanente alusión acredita desde la vertiente internacionalista una beligerancia absoluta tratándose de tratados internacionales «comunes», que se celebren con ulterioridad a su adopción entre Estados y consten por escrito, y relativa en todos los demás casos.

Ahora bien, esta síntesis sólo adquiere su cabal sentido a base de conceptualizar la figura y efectuar alguna puntualización sobre lo alegado, y ello porque la misma no absorbe todas las posibilidades de negociación internacional de los Estados ni la exigencia de forma escrita se convierte en un requisito sacramental de ésta, aspectos que vamos a ver siguiendo el orden de su exposición.

Así, el tratado es sólo una de las posibilidades que acreditan los Estados (y otros sujetos con capacidad internacional) para ligarse por vía convencional, matiz que adquiere todo su sentido del concepto que resulta para el mismo del artículo 2 de la Convención, cuando inicia su repertorio de precisiones interpretativas señalando, en su apartado 1 a), que:

«Para los efectos de la presente Convención:

- a) Se entiende por «tratado» un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos cualquiera que sea su denominación particular.»

De la noción ofertada por el pasaje normativo que acabo de evidenciar resulta la serie de emblemas conceptuales a los que alude DÍEZ DE VELASCO en su obra *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Tecnos, Madrid, 1985, página 104, autor que al enfocar desde su lógica interpretativa el indicado precepto señala literalmente que:

«La anterior definición (la propuesta por el calendado precepto) pone de manifiesto:

- 1) Que se reserva la denominación de Tratado sólo para los acuerdos concertados en forma escrita, ya sea en un instrumento único o en varios conexos.
- 2) Que la Convención sólo contempla los Tratados concertados entre Estados.
- 3) Que los mismos están regidos por el DI.
- 4) Que cabe la posibilidad de que reciban otras denominaciones

(Acuerdos, Convención, Carta, Compromiso, Concordato, *Modus vivendi*, Pacto, Protocolo, Estatuto, etc.); pero no por ello dejan de ser considerados como tratados.»

En relación con este escandallo de arquetipos de la figura, descartamos la observación del segundo y el último. El segundo, por haber sido debatido previamente; el último, debido a su claridad ya que de su propia mención resulta obvio que el concepto de tratado no depende del *nomen iuris* dado al mismo sino de su propia mismidad obligacional.

Ciñéndonos a los dos restantes, tengo que poner de manifiesto que el que figura bajo el número 1 ha sido ya barajado con anterioridad en estas mismas páginas, razón por la cual sólo vamos a reafirmar ahora el que el tratado no escrito constituye una variante de la categoría que nos ocupa perfectamente plausible, aunque sustraída parcialmente de la parte dispositiva de la Convención de Viena, constituyendo por tanto una modalidad del instituto sometido a investigación, modalidad que viene a desguzar la presunta exigencia *ad solemnitatem* de la forma escrita que parece desprenderse del tenor del pasaje conceptualizador dicho, convirtiendo ésta en un simple condicionante *ad probationem*, discurso desrigidificador que emerge claro del antes literalizado artículo 3 de la Convención, y que ha tenido franca acogida por parte del Tribunal Internacional de Justicia (TIJ) con motivo de la controversia suscitada entre Turquía y Grecia en relación con un comunicado conjunto dado a la prensa por ambos países relativo al asunto de la plataforma continental del Mar Egeo, comunicado que si bien en el caso concreto debatido no fue valorado así por el TIJ como vinculante, en cuanto tratado no formal, sí que permitió aventurar a éste la tesis materializada en la idea de que «no existe regla en derecho internacional que impida que un comunicado conjunto constituya un acuerdo internacional por el que se someta una controversia a arbitraje o arreglo judicial (ver los arts. 2.3 y 11 del Convenio de Viena sobre Tratados). En consecuencia, que el comunicado de Bruselas de 31 de mayo de 1975 constituya o no tal acuerdo, depende esencialmente de la naturaleza del acto o transacción contenida en el mismo; pero no se resuelve el problema invocando la forma del comunicado dado a dicho acto o a la expresada transacción. Por el contrario, para precisar la naturaleza del acto o de la transacción contenida en el comunicado de Bruselas, el Tribunal deberá tener en cuenta ante todo los términos empleados y las circunstancias en las cuales ha sido elaborado el comunicado» (*CIJ. Recueil*, 1978, pág. 39).

De todos modos, la forma escrita es la manera habitual de visibilizarse el tratado, y en realidad, la única tomada en consideración, en toda su plenitud, por el Convenio de Viena, cuestión que nos obliga a poner de manifiesto el hecho de que partiendo de este común denominador instru-

mental —la formalización escrituraria dicha— se observa en estas áreas una enorme diversidad de manifestaciones concretas de la misma, mosaico de gran envergadura en cuanto integrado por un conjunto sumamente variopinto de modalidades a adjuntar al clásico paradigma categorial de «tratado», entre las que pueden citarse como de mayor uso, las de «convención», «acuerdo», «convenio», «protocolos», «ajustes», «arreglos», «declaraciones», «canjes de notas», «concordatos», etc., recetario de posibilidades, cuya admisión en este foro aparece expresamente consagrado por el último inciso del apartado 1.a) del artículo 2 del Convenio de Viena, en los términos antes literalizados, y cuya elección depende de consideraciones tradicionales, del contenido, del rango de las personas intervinientes, de su propio significado en lo que se refiere a la concreta prestación del consentimiento en obligarse, de la calidad de los contratantes, de las exigencias provenientes de las sendas normativas domésticas de los Estados implicados y de otra serie de referentes cuya *reductio* a la unidad sólo puede efectuarse de forma muy arriesgada en cuanto casuística y accidental.

En cualquier caso, esta problemática no ha dejado indiferente a la doctrina internacionalista, debiendo destacarse al efecto la labor de sistematización desplegada por D. P. MYERS en su obra *The names and scope of treaties*, libro en el que se efectúa un concienzudo estudio sobre la particularidad dicha, intentándose la búsqueda de claves en virtud de las cuales la enorme variedad de *nomen iuris* puedan encajarse en patrones de coherencia, labor que se desarrolla sobre el rastreo y el análisis de más de 5.000 instrumentos internacionales y que ha servido de punto de referencia inexcusable a la doctrina ulterior, la cual unas veces se limita a elaborar una síntesis de las conclusiones forjadas por dicho autor y otras a reinterpretar su teoría forjando sobre la misma un punto de vista más personal.

Como ejemplos de estas sendas maneras de proceder resultan citables J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, L. I. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ y M. P. ANDRÉS, en su libro *Curso de Derecho Internacional Público*, I, Oviedo, 1983, quienes en su página 123 señalan literalmente, al comentar esta cuestión, que «Finalmente, debe tenerse en cuenta que el término "tratado" posee un valor genérico; de manera que si se dan los elementos presentes en la definición (del art. 2.1 a) del Convenio de Viena) puede hablarse de un tratado internacional cualquiera que sea su denominación particular», atribuida por los negociadores. En un estudio de MYERS sobre este problema se ha puesto de relieve que las denominaciones dadas a los tratados no son tan arbitrarias como suele creerse, existiendo en la práctica una cierta uniformidad en el empleo de algunas, en relación con determinados tipos de tratados, aunque no se use de forma constante una denominación determinada para cada tipo de acuerdo. A juicio de MYERS, las denominaciones más frecuentes, en la práctica internacional, se orientan hacia dos grupos distintos: el grupo «tra-

tado» comprende, junto a ésta, el «pacto», «constitución», «carta», «estatuto», «convenio o convención», «declaración», etc. El grupo «acuerdo» comprende, junto a este término (con sus variantes en otros idiomas, en algún caso con valor específico), los de «Arraugamente», «compromiso», «*modus vivendi*», «canje de notas», «memorandos de acuerdo», «minuta aprobada», etc. La importancia política del acuerdo, la intervención en su celebración de ciertos órganos del Estado, junto con la materia regulada, son los factores que determinan la elección por los negociadores de una determinada denominación.

Desde la otra ladera considerativa apuntada, es decir, desde aquella en la que militan autores que objetivan en sus trabajos una visión más personalista de esta problemática REMIRO BROTONS; en su ensayo sobre la materia incorporado en la obra colectiva *Comentarios a las leyes políticas*, señala, siempre con referencia a la obra de MYERS, como ingredientes a tener en cuenta en el cocinado de la concreta denominación que en definitiva se adopte «La tradición, la importancia material y formal del instrumento, la forma de manifestación del consentimiento, el rango de las personas que participan en la celebración, la accesoriedad o no de un instrumento respecto de otro, su número, su transitoriedad, la naturaleza de las partes contratantes...», batería de factores y directrices a considerar en la adopción del *nomen* pretendido sobre cuya existencia apoya el autor dicho su conclusión al respecto, cuya encamadura literal es la siguiente:

«Sobre esta base, y con propósito puramente descriptivo, podría decirse que el empleo de la cabecera “tratado” se reserva habitualmente a los acuerdos bilaterales entre Estados que afectan a materias de relativa importancia respecto de las que existe una cierta tradición convencional (paz, amistad, establecimiento...), encorsetadas en un instrumento solemne que contiene cláusula de ratificación y es concluido por el Jefe del Estado. Y añadiríamos que su uso es proporcionalmente decreciente, como si las nuevas áreas de cooperación internacional, bilateral y multilateral, los nuevos sujetos de derecho internacional y las nuevas formas de manifestación del consentimiento reclamaran también nuevas cabeceras o títulos, entre los que los de convenio y acuerdo gozarían de especial aceptación. Pero en cualquier caso, la elección de uno u otro término es tan discrecional como jurídicamente irrelevante en el orden internacional.»

De todos modos, la meritada irrelevancia quiebra en aquellos supuestos en los que los ordenamientos domésticos —constitucionales u ordinarios— en cuanto exponentes de las sendas reglas de reconocimiento o primarias en estas áreas impongan una determinada denominación en aras al propio contenido material o sustantivo del tratado en cuestión (o en mérito a otras circunstancias del mismo), exigencia ligada a la necesidad de que en este

caso se conciten determinados presupuestos legitimadores de la prestación del consentimiento para obligarse en su sede, supuesto en los que el *nomen* a adoptar no resulta discernible de forma discrecional sino en apelación al propio alcance objetivo o del funcional del instrumento en cuestión: caso por ejemplo de la metodología a seguir en EE.UU., país en el que no es ni mucho menos baladí la elección del nombre a imponer al tratado en cuestión, ejemplo también utilizado por el autor indicado *ut supra* que en el curso de sus observaciones sobre el particular (en el libro antes dicho, pág. 450) señala literalmente que: «A nadie escapa, por ejemplo, la repercusión que ha tenido en Estados Unidos la distinción —nacida en la práctica ya a partir de 1817— entre los *traties* y los *executive agreements* desde ángulos muy diversos: su conclusión (con intervención o no el Senado actuando por mayoría reforzada de dos tercios), su rango (supremacía o no sobre las leyes de los Estados miembros de la Unión) o las garantías del cumplimiento de las obligaciones convenidas, especialmente las financieras».

Tras este bloque de consideraciones de vigencia ecuménica, vamos a referirnos a esta materia en relación con nuestro foro y al efecto tengo que decir que la cuestión acredita en nuestro ordenamiento una importancia muy limitada, siendo así que el sistema que sigue nuestra CE en lo relativo a la necesaria intervención de las Cortes en orden a la prestación del consentimiento estatal para obligarse en esta sede se instrumenta de forma exclusiva con sujeción a un parámetro de estricta obediencia sustantiva, desdeñándose cualquier otra posibilidad alternativa, sustantividad del instrumento que prima sobre cualquier otra consideración incluida la terminológica.

Efectuada esta precisión, tengo que poner de relieve que en la legislación preconstitucional el criterio rector al efecto fue el de la sobriedad terminológica, siendo buena prueba de ella el de la utilización prácticamente monocorde del vocablo «tratado» (Código Civil, LEC), si bien su protagonismo, en principio hegemónico, fue ulteriormente compartido con el resultante de la utilización del término «Convenio» (C. de C.; Constitución de 1931), tándem de locuciones que fue el barajado por los hacedores de la CE, si bien enriquecido con el uso del concepto «acuerdo internacional», trilogía de alternativas semánticas que son las que ejercen beligerancia en toda la serie de artículos que se ocupan de la materia en el Texto básico.

Así, el capítulo III del Título III («De las Cortes Generales») utiliza el epígrafe genérico «Los Tratados internacionales», expresión que aparece sistemáticamente reproducida en los artículos 11.3, 13.1, 13.2, 93, 94.1.a) 95, y 96.1, uniformidad que se rompe en los artículos 10.2 (que invoca a los «tratados y acuerdos internacionales»), 39.4 que alude a los «acuerdos internacionales») y 94.1.1.b), c), d) y e) y 2 y 96.2 (que hacen servir la disyuntiva «tratados o convenios»).

Si de la CE pasamos a la normativa integrante del bloque de constitucionalidad, vemos también la carencia de un dispositivo semántico uniforme, característica fácilmente evidenciable si tenemos en cuenta que el Reglamento del Congreso de los Diputados de 10 de febrero de 1982 lea sin atenuamiento a ningún criterio especial el vocablo «tratados», *ex* artículo 154, con el binomio «tratados o convenios», *ex* artículo 155.1.2, 156.3.2.º, 157.1.2.3, 158, 159 y 160.

Tampoco el Reglamento del Senado de 26 de mayo de 1982 aporta grandes dosis de coherencia en este entorno, siendo así que si bien utiliza mayoritariamente la expresión «Tratados y/o Convenios Internacionales», *ex* arts. 144.1 y 3, 145, 146 y 147, en el apartado 2 del dicho art. 144 la sustituye sorpresivamente por el vocablo «Tratados».

Si de estos textos reglamentarios pasamos a las distintas leyes orgánicas con incidencia en este orden de cosas, vemos cómo el panorama de desorden y caos conceptual continúa siendo moneda corriente ya que mientras que el artículo 21 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado habla de «tratados, convenios o acuerdos internacionales» (trilogía de categorías reproducida asimismo en el artículo 22.2 de dicho texto legal) más sobriamente la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, considera como susceptibles de sus actuaciones (en el sentido programado por la misma que luego veremos) los «tratados internacionales» a secas, monografismo que de nuevo torna a romperse en la construcción semántica de los distintos Estatutos de Autonomía, siendo así que sus respectivas leyes orgánicas de aprobación utilizan tanto la expresión «tratados y convenios» (caso de los Estatutos para el País Vasco, Cataluña, Andalucía, Asturias, Canarias, Navarra, Extremadura y Madrid) como la de «tratado» sólo (caso de Castilla-La Mancha, Islas Baleares), no faltando en esta relación de supuestos aquellas hipótesis que se salen absolutamente de lo común, siendo este el caso de Murcia y Aragón, que haciendo gala de un purismo conceptual digno de encomio emparejan a los consabidos «tratados» con los «actos normativos de las Organizaciones internacionales».

En relación con este abigarrado recetario de posibilidades, y centrándose de forma exclusiva en la policromía terminológica del lenguaje legal de la CE, REMIRO BROTONS, en la obra colectiva dicha, páginas 452 a 455, compone un acertado conjunto de observaciones críticas del casuismo dicho, crítica que funda en la evidencia de que con la utilización indiscriminada de los vocablos meritados se han originado considerables perturbaciones en lo que debiera ser la necesaria intelección, segura y comprensible, del sistema competencial diseñado por el artículo 94, precepto que al elaborar su retablo prescriptivo enucleándolo unas veces sólo sobre la palabra «tratado», caso del párrafo 1.a), y otras (en realidad todas las restantes) sobre el tándem «tratados o convenios», vino a introducir la duda en el intérprete de si debían

o no permanecer al margen del ámbito de aplicación de dicho apartado 1.a) los «convenios», siendo así que tal pasaje sólo hablaba, a diferencia de los anteriores, de los «tratados» (en su alusión a los «políticos»).

Tal como explica el meritado autor, la utilización del binomio «tratados o convenios» respondía a la necesidad de yugular el peligro de que a base de una interpretación literalista —y abusiva— del vocablo «tratado» quedaren «descolgados» del control parlamentario los denominados «Convenios» por el Ejecutivo pero esta finalidad quedó vacía de contenido al instaurarse la desarmonía dicha, es decir, al utilizar los párrafos a) al e) los términos «tratados o convenios» y el a), el concepto «tratado» sólo.

En suma, se adoptó una posición normológica errada, cuestión muy bien atinada por el autor dicho, quien en la página 453 de la obra colectiva antes indicada, señala literalmente que «He aquí como queriendo liquidar el fantasma del literalismo se le dieron vuelos. He aquí cómo queriendo huir de él los parlamentarios se echaron en sus brazos, cuando para combatirlo eficazmente hubiera bastado —de estimarse necesario— con reenviar expresamente al Derecho internacional o constitucionalizar una definición de tratado, entendido como género, en línea de la ofrecida por el Decreto de 24 de marzo de 1972 (art. 8.a). Llama la atención de quienes supieron —como veremos— traducir en la Constitución la libertad de forma en la manifestación del Consentimiento consagrada por el Derecho internacional, no hayan percibido con la misma claridad la libertad de terminología en la denominación de los acuerdos y el alcance comprensivo que al término tratado se le reconoce».

Ese era, en suma, el camino correcto, el utilizar de forma monográfica el vocablo «tratado», cabiendo, sin embargo, como solución alternativa, pero ciertamente más trabajosa, haber usado la voz «convenio» siempre en compañía de la anterior. Lo que no cabía era lo que al final sucedió, es decir, la utilización del concepto «tratado» en la hipótesis descrita en el apartado 1.a) del artículo 94 CE y el uso conjunto de este vocablo con la palabra convenio en las restantes, situación en suma engendradora de penumbra exegética y requirente por ello de una interpretación orientada a poner de manifiesto la sinonimia entre ambas hipótesis.

Ahora bien, y profundizando un poco más en la intrínquis de esta nota, tengo que poner de relieve que el *prius* de su existencia es que el tratado en cuestión sea propiamente tal, es decir, que sea un instrumento convenido entre operadores jurídicos como subjetividad internacional regido por el DIP y del cual emerja el consiguiente entramado de derechos y obligaciones, entendiendo esta locución en el sentido clásico de la teoría general del derecho, quedando al margen de la posibilidad convencional que estamos viendo aquellos documentos de los que afloran, entre tales sujetos, «obligaciones» no estrictamente jurídicas, situación convencional alejada de los

parámetros nomotéticos que estamos considerando y que a lo sumo comprometen, siempre de forma relativizada, por supuesto, a sus propios firmantes.

Esta posibilidad, que ciertamente no es una pura cuestión de gabinete, implica la necesidad de que se proceda a la oportuna identificación de los derechos y obligaciones antes dichos, concreción sólo alcanzable en aras a la oportuna traída a colación *ad casum* de los referentes interpretativos al uso, acreditando, pues, beligerancia en el hallazgo del referido componente obligacional característico del auténtico tratado (y sin cuya existencia éste no acredita realidad alguna) los artículos 31 al 33 del Convenio, preceptos que constituyen un «precipitado» de las reglas interpretativas de general vigencia en las distintas ramas del Derecho, bloque normativo del que ahora sólo me urge resaltar que uno de los índices clarificadores que pueden esgrimirse en esta andadura es precisamente la cabecera ofertada por los sujetos que convinieron en el texto de que se trate, índice que en lo tocante a la objetivación del dato del contenido obligacional efectivo del instrumento en cuestión resulta de suma utilidad, en cuanto evidenciadora en sus propios términos de la tasa de sustancia obligacional aportada a dicho instrumento, no siendo lo mismo calificar éste de «tratado o convenio» que de «pacto entre caballeros» o «declaración» (acepciones, estas últimas, que ejemplifican aquellos supuestos en los que la tasa obligacional es irrisoria o inexistente).

También es útil a los efectos del hallazgo del componente obligacional del convenio investigado (paso previo para su inserción en el marco operativo delineado por el Convenio de Viena) la interpretación (según los cánones hermenéuticos al uso) del condicionado concreto del mismo, cometido que tendrá un desenlace u otro según que la positividad del tejido de derechos y obligaciones sea suficientemente explícito en el sentido que nos interesa, dependiendo en gran medida tal explicitéz de la elaboración semántica de dicho tejido, y concretamente de su genericidad o especificidad.

En relación con esta dualidad de referentes, REMIRO BROTONS, en su obra *La Acción Exterior del Estado*, Tecnos, Madrid, 1984, tras patentizar su importancia, también pone de manifiesto lo inseguro de su utilización, indiscriminada, cosa que impone su toma en consideración con cautela, huyendo de aceptaciones acríticas de su valor, ocupándose tal autor, en las páginas 166 y 167, de ejemplificar supuestos en los que instrumentos rotulados con el membrete «declaración» se han arropado de una evidente calidad de tratados y de casos en los que una elaboración muy detallada del contenido resulta carente de cualquier contenido obligatorio.

Así, y en cuanto a la primera de las facetas ejemplificadoras dichas, el meritado autor, tras aludir a la importancia que tiene utilizar un título u otro a los efectos que estamos investigando, dice literalmente que:

«Propongo al lector que se distraiga en el ejercicio de situar tres documentos importantes en las relaciones de España en los últimos años, todos ellos bautizados como declaraciones: la Declaración de Principios básicos hispano-norteamericanos de 19 de julio de 1974, que precedió al Tratado de amistad y cooperación de 1976; la Declaración tripartita de Madrid de 14 de noviembre de 1975, entre España, Marruecos y Mauritania, que supuso el abandono del Sahara por parte española; y la Declaración hispano-británica de Lisboa de 10 de abril de 1980 sobre Gibraltar. Ninguna pasó por las Cortes. ¿Acaso ninguna contenía obligaciones jurídicas internacionalmente exigibles?»

En lo alusivo a la segunda vertiente aludida —la de la laxitud o concreción del lenguaje utilizado en la pertinente composición denotativa— el referenciado autor pone también de manifiesto (en su dicha obra, pág. 167) que: «La práctica enseña que se conciertan con frecuencia acuerdos muy pormenorizados cuya índole no jurídica es recalcada por las partes (*ad ex* en el marco del GATT) y viceversa, tratados cuyas obligaciones son genéricas, programáticas, de mero comportamiento, sin que ello les prive de una condición jurídica que sólo perderán en el caso de que el intérprete llegara a la conclusión de que por su redacción nunca podrían servir de base a una decisión judicial.»

En resumen, los índices de interpretación aludidos, cuyo uso resulta posibilitado por las fórmulas locucionarias, ciertamente abiertas, de los indicados artículos 31 al 33 del Convenio, son útiles, pero no decisivos en su propia mismidad ni tampoco los únicos en cuanto a elementos de clarificación a valorar, asumiendo protagonismo también otros, entre los que se incluyen los que evidencia el autor citado *ut supra*, en su misma obra (y pág. 167), autor que remata su interés por el punto debatido señalando que «El procedimiento de formalización del acuerdo, el empleo de las cláusulas finales habituales en los tratados, la previsión de un mecanismo de arreglo pacífico de las controversias o la dimensión política de la materia concertada, son otros tantos índices de la intención de las partes».

Ello expuesto, y volviendo al listado de notas identificadoras del tratado, tengo que aludir a la exigencia —que resulta del antes literalizado artículo 2.1.a) del Convenio de Viena— de que el contenido del instrumento de que se trate resulte gobernado por el DI, queriendo ello decir que el tejido de derechos y obligaciones emergente del mismo quede afectado en exclusividad —y en su integridad— por tan especial rama jurídica.

Corolario de esta exigencia es la posibilidad de que determinados convenios celebrados por los Estados, por no concitarse en ellos la referida huella de identidad (su exclusiva sujeción al DI) no puedan recibir el calificativo de tratados, quedando por ello al margen del potencial de ordinalidad activado por el Convenio que nos ocupa, evidencia, sin embar-

go, que no deja de presentar dificultades por lo que alude a su eventual concreción, teniendo en cuenta lo espinoso que es describir con precisión cuál es el criterio rector diferencial entre un tipo de negocio y otro, es decir, entre el tratado sometido en su integridad al Convenio que nos ocupa y aquel acuerdo interestatal sustraído a tal reglatividad, cuestión a la que alude GONZÁLEZ CAMPOS, en su antes indicada obra, página 126, en la que puede leerse sobre este tema que «En definitiva, existen dos criterios esenciales para distinguir los tratados internacionales de los acuerdos no regidos por el Derecho internacional. El primero se refiere a la «intención de las partes» de someter un acuerdo al Derecho internacional o al derecho interno de un Estado. El segundo criterio, complementario del anterior, opera por la presunción de las personas que han intervenido en su celebración, de manera que si ha sido celebrado por los órganos responsables de las relaciones internacionales (Jefe de Estado, de Gobierno o Ministro de Asuntos Exteriores), existirá una presunción en torno a su calificación como tratado. Pero debe admitirse en todo caso que la práctica internacional contempla situaciones dudosas, como ponen de relieve las decisiones en los asuntos de la *Anglo-Iranian Oil C* y de la *Texaco/Calasiatig c Gobierno Libio*».

Con estas observaciones pongo punto final a la cuestión alusiva a la falta de completud objetiva del Convenio materia de permanente referencia, procediendo ahora a efectuar lo propio, pero en relación con los propios tratados afectados, poniendo de relieve al efecto que la normativa contenida en el Convenio que nos ocupa no llega a monopolizar el tratamiento ordinamental de los mismos en la medida en que tal normativa debe compatibilizar su encomienda al efecto con las procuras que sobre el particular emergen de los ordenamientos domésticos de los Estados parte.

Y en relación con ello tengo que poner de manifiesto que la incidencia de tales ordenamientos en este foro resulta más o menos intensa según que el contenido del tratado en cuestión se constriña al establecimiento de un marco de derechos y obligaciones sólo operativo en relación con los Estados implicados o bien, tal marco (aunque siempre de forma refleja o indirecta) afecte a los ciudadanos nacionales de dichos Estados (o residentes presentes o hacederos en los mismos) disyuntiva que en estas áreas se llena de sentido en tanto en cuanto la normativa interna se adornará de más o menos protagonismo según cuál sea en suma el referente obligacional aflorado por el tratado en cuestión.

Ahora bien, y con independencia de esta beligerancia normativa de los ordenamientos domésticos (virtualidad de geometría variable, tal como hemos visto, tema sobre el que volveremos ulteriormente) el protagonismo de los mismos en este ámbito siempre resulta presente en lo tocante al proceso constitutivo de los tratados y también en lo referente a su eventual anulación.

Así, y centrándome ahora en el íter constitutivo de los tratados, éstos, ciertamente, no germinan de forma instantánea ni por generación espontánea, sino que lo hacen a través de un proceso más o menos largo y complejo cuya metodología se impulsa a base de una convergencia competencial entre los sendos ordenamientos internacional y doméstico de los Estados concernidos, conjunción no exenta de tensiones en determinados supuestos, tal como tendremos ocasión de considerar más tarde.

Por otro lado, y ya en directa relación con la teoría general de la eficacia-validez de los tratados, tengo que puntualizar que también en su seno se detecta una simbiosis entre materiales normativos internacionales y domésticos, provocándose así un maridaje cuya llevanza no resulta siempre fácil, casamiento sobre el que también volveremos ulteriormente.

En cualquier caso, retengamos ahora la evidencia de estas interferencias competenciales, tema al que se refiere GONZÁLEZ CAMPOS en su antes indicada obra, señalando literalmente, en su página 126 (y con la reseña de su autorizada opinión abandono momentáneamente la inteligencia de este entrecruzamiento competencial), que «Cuando se alude al proceso de celebración de los tratados, se está haciendo referencia al conjunto de actos a través de los cuales se forman los tratados en el orden internacional. La totalidad de este proceso se regula a dos niveles distintos: en cuanto conjunto de actos internacionales, está regido por el Derecho internacional, en especial por los artículos 6 al 18 del Convenio de Viena, pero debe señalarse asimismo que cada sistema jurídico nacional contiene normas sobre esta materia, cuya finalidad es la de regular la actividad de los órganos de cada Estado en orden a la expresión de la voluntad estatal. Incluso el Ordenamiento internacional atribuye relevancia a esta normativa interna, pues si se produce “una violación manifiesta” que “afecta a una norma de importancia fundamental” del Derecho interno, el Estado podrá alegar esta circunstancia como causa de nulidad del tratado (art. 46 del Convenio de Viena)».

En suma, y así concluyó este apunte caracteriológico de la figura a debatir, la convergencia entre los correspondientes ordenamientos internacional y doméstico se hace patente en sede de los tratados: *a)* en el proceso formativo de los mismos; *b)* en lo tocante a su eficacia interna, y *c)* en lo referente a su eventual invalidez.

Concluyo este apunte introductorio poniendo de relieve que en lo referente a nuestro ordenamiento, no existe un bloque normativo unitario que ofrezca una respuesta coherente a esta forzada convergencia ordinamental sino que en estricta coherencia con la técnica del acarreo normológico (tan frecuente en nuestro país) el dispositivo preceptual a tener en cuenta en este entorno resulta polisémico y abigarrado, tanto en relación con su carácter como en cuanto a su concreto mensaje innovador, hallándose integrado, en suma, por normas constitucionales y ordinarias.

Así, en la conformación de este caleidoscopio ordinamental intervienen disposiciones de condición constitucional, integrándose en este bloque de máxima fundamentalidad aquellas que en la CE se ocupan en atribuir lo esencial del *ius tractatus* al Estado (y ello con carácter prácticamente monopólico y exclusivo), siendo éstas, por un lado, su artículo 149.1.3 (que al vertebrar el haz competencial consiguiente no olvida la titularización estatal de tal derecho) y, por otro, el 97, precepto que resigna al Gobierno la diligencia en este orden de cosas, discernimiento que deriva del hecho de dejar en sus manos «la política exterior», posibilidad pletórica de consecuencias en lo que concierne al trámite de negociación de los aludidos tratados (y a su iniciativa) e incluso a la propia celebración de los mismos (tal como tendremos ocasión de puntualizar más tarde).

También en el Texto básico se contienen otras normas de directo impacto en este foro, tales como el 56, que atribuye al Rey «la más alta representación del Estado español en las relaciones internacionales» (texto que viene a consagrar, a nivel constitucional, una tradición sumamente arraigada en nuestro Ordenamiento) y el 63, que al elaborar el listado de actos cuyo ejercicio resulta conferido a la Monarquía no olvida incluir entre ellos la manifestación del «consentimiento del Estado para obligarse internacionalmente por medio de tratados, de conformidad con la Constitución y las leyes», título competencial cuya recta comprensión exige tener en cuenta el papel esencialmente simbólico de la función regia, todo ello en consonancia con la filosofía general de la CE y de lo que en concreto postula el artículo 64 de la misma, norma que exige el refrendo de los actos del Monarca por el Presidente del Gobierno y, en su caso, por los Ministros competentes, que asumirán, también en su caso, las responsabilidades consiguientes (y no personalmente el Rey).

Tampoco olvida la Constitución la habilidad competencial que acreditan las Cortes, materia que es objeto de especial consideración por los artículos 93 al 95, bloque de preceptos sobre los que luego volveremos con peculiar insistencia (teniendo en cuenta su enorme importancia en este orden de magnitudes) cuyo complemento operacional aparece ofertado por los artículos 154 y siguientes del Reglamento del Congreso y 144 y siguientes del Reglamento del Senado.

En otro circuito de ideas, es decir, no entrañando su eficacia en el aspecto competencial directo, es de citar el artículo 96, también de la CE, precepto que elevando el rango constitucional de ciertas cuestiones alusivas a los tratados y entrañadas en su teoría general, incide directamente en el núcleo fundamental del proceso de internización de sus apremios y alude, aunque de forma tangencial, a su nivel jerárquico en relación con la ley, tema complicado donde los haya y al que nos referiremos luego especialmente.

Prosiguiendo en sede constitucional, y a fin de apurar esta mención normológica, tengo que completar este apunte señalando que la CE también contiene otras referencias a la categoría jurídica que nos ocupa, pudiendo incluirse en este capítulo de alusiones las que se infieren de los artículos 75.3 y 87.3, señalando el primero de ellos que la aprobación de proyectos o proposiciones de ley sobre «cuestiones internacionales» no podrá ser delegada en las Comisiones legislativas permanentes y procediendo el segundo a descartar la iniciativa popular legislativa en todo lo relativo a materias de «carácter internacional».

Cerrando este bloque alusivo de la CE al tratado he de colacionar ahora una serie de artículos de ésta en los que se contienen reservas al mismo (aunque sin carácter excluyente de la ley como norma asimismo innovadora en las áreas cubiertas por tal reserva, dato importante a retener con vistas al ulterior entendimiento de la problemática que aflora cuando se produce una hipótesis de convergencia normativa de adverso entre el tratado y la ley), aconteciendo ello concretamente —y la lista tiene carácter cerrado— en sus artículos 11.3 (doble nacionalidad), 13.1 (extranjería), 13.3 (extradición), 39.4 (protección de la infancia) y 42 (emigración).

Esto por lo que atina al Derecho objetivo interno de los tratados en sede constitucional directa, conjunto de disposiciones del máximo nivel, colocadas por ello en la cúspide de tan singular rama jurídica, la que regula los tratados, y que acreditan los consiguientes apoyos, unos integrados en el correspondiente bloque de constitucionalidad y otros de nivel subconstitucional.

En relación con el primero de los foros normativos dichos, es de notar que también se ocupa de la problemática del tratado la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, texto que destina algunos de sus preceptos a instaurar una serie de cautelas orientadas a evitar en lo posible la concertación de instrumentos internacionales que contraríen al Texto básico, medidas que se convierten en represivas cuando éstos han sido ya convenidos, consistiendo estas últimas en la declaración de inconstitucionalidad de los mismos (aspectos que analizaremos más tarde).

También es de citar, en relación con el bloque de constitucionalidad aludido, que determinados Estatutos de Autonomía contienen referencias a esta materia, configurándose en ellas la intervención que en el proceso formativo de los tratados pueden activar las Comunidades Autónomas, cuestión a la que aludiremos luego.

Descendiendo al nivel subconstitucional, el Derecho de los tratados se nutre de las normas que sobre la materia se contienen, en lo que se refiere a su eficacia como fuente de derecho interna, en el artículo 1.5 del CC, y en lo que atina a su elaboración, en el Decreto 801/1972, de 24 de marzo, sobre Ordenación de la Actividad de la Administración del Estado en

materia de Tratados Internacionales (texto que traspuso a las áreas normológicas internas las procuras sustanciales ofertadas por el Convenio de Viena objeto de constante referencia —en lo sucesivo, El Convenio—) y la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, conjunto preceptual que confiere a dicho alto Organismo la función de emitir dictamen en relación con la celebración de determinados tratados (así como con la interpretación y ejecución de los mismos en delimitados supuestos).

Este es, a vuela pluma, el diseño de nuestro Derecho objetivo interno de los tratados, ordenamiento que irá asumiendo protagonismo en estas páginas a medida que el nivel explicativo incorporado a las mismas lo demande, limitándome a poner de relieve ahora, en relación con el indicado ordenamiento, su acusado cromatismo y su variada jerarquía, circunstancia que no siempre facilita el hallazgo de la respuesta considerativa más idónea.

Como colofón de estas reflexiones introductorias, sólo me resta señalar, en relación con el apunte caracteriológico que del tratado he ofertado precedentemente, que el concepto que di de la figura, resultante del artículo 2.1.a) del Convenio, queda reproducido en términos parejos (aunque con alguna desviación por lo que se refiere a sus componentes subjetivos) por el artículo 2 del antes indicado Decreto 801/1972, queriendo puntualizar ahora este extremo a fin de remarcar que la sintonía entre dicho Decreto y la norma básica traspuesta es patente, siendo así que el referente definitorio y objetivador de sus respectivos ámbitos competenciales es idéntico.

En cualquier caso, lo que sí resulta noticiable del precepto indicado, en cuanto a su consecuente perfil categorizador, es que el mismo se ha adelantado a los acontecimientos como consecuencia de la positivación del apunte definitorio alojado en el artículo 2.1.a) del Convenio de Viena, que impone el sometimiento «pleno» a su régimen de los tratados convenidos entre «España y un Organismo u Organismos internacionales de carácter gubernamental», posibilidad parcialmente excluida, como dijimos, del mensaje nomotético global alumbrado por el indicado Convenio.

En aras de ello, la aplicabilidad de las normas de dicho Decreto a los tratados celebrados por España con dichas organizaciones será plena, quebrándose así la exigencia —basada en el anterior monopolio de subjetividad internacional detentada por los Estados— de que los tratados a considerar fueren exclusivamente los concertados entre éstos, aspecto considerado por REMIRO BROTONS; en su dicha obra, página 164, autor que si bien no deja de reconocer la amplitud de miras que emerge del *dictum* del explicitado precepto también recalca la insuficiencia de sus predicados, teniendo en cuenta que el reciente proceso de subjetivación que ha enseñoreado en los últimos tiempos las áreas internacionales ha afectado a un mayor número de protagonistas que los exclusivamente atinados por dicho precepto, señalando al respecto dicho autor, literalmente, que:

«La definición de tratado que en el Derecho español adopta el Decreto 801/1972 (art. 2.a), es amplia desde el punto de vista de los sujetos —al hacer referencia a los Estados y a los organismos internacionales de carácter gubernamental—, pero no es completa, al omitir otros supuestos, como el de los sujetos errantes e interinos, las entidades territoriales cuya estatalidad es discutida (*ad ex.* Andorra), los entes singulares (como la Santa Sede, sea cual sea la forma como se conciba su relación con la Ciudad del Vaticano) o los establecimientos públicos o empresas de carácter jurídicamente internacional, creados por los Estados mediante tratado para desarrollar una actividad industrial o mercantil, financiera o crediticia, asistencial o científica.»

Estoy plenamente de acuerdo con estas reflexiones, aunque con el matiz de que la alusión a Andorra debe examinarse a la luz de los nuevos planteamientos internacionales en relación con dicho país, sobre todo aquellos relacionados con su reciente ingreso en la ONU (acontecimiento que ha motivado, con otras razones, el que España haya acreditado un embajador en dicho Estado).

Volviendo al tema central de estas consideraciones, es de notar que, aun de forma parcial, el Decreto objeto de constante alusión ha intentado casar sus disposiciones con la nueva realidad internacional, realidad que en este orden de cosas encarna en un proceso de subjetivación internacional en plena efervescencia (ver al efecto las interesantes consideraciones que sobre la materia se contienen en el libro *Los sujetos del derecho internacional actual*, escrito por JULIO A. BARBERIS, Tecnos, Madrid, 1984).

2. CLASES

A efectos de la explicación dogmática de las categorías jurídicas, suele ser útil su clasificación en virtud de núcleos más o menos perfilados de sustanciación, diversificación de alternativas que puede elaborarse de distinta manera y que sirve para aportar una visión del instituto que de la globalidad descende a su detalle sistematizador, forma de proceder que en su aplicación a la categoría unitaria del Tratado permite su escisión analítica en una serie de componentes que, sin ánimo de exhaustividad, podemos clasificar atendiendo a sus sendos componentes de subjetividad, contenido, formalidad, eficacia, etc., disgregación conceptual de la figura que podemos efectuar de la siguiente manera:

A) Por la calidad y número de los sujetos que prestan su voluntad *ad hoc*.—Ya nos referimos a esta faceta subjetiva cuando transcribimos los

correspondientes preceptos que desde estrategias ordenancistas internacionales y domésticas se ocuparon de la definición del instituto, señalando allí que los Tratados podían ser concertados: *a)* por estados; *b)* por estos y otros entes con subjetividad internacional, y *c)* por estos últimos entre sí.

Con independencia de este parámetro de aglutinación —y diferenciación— de variantes, los instrumentos materia de investigación pueden también clasificarse en apelación al número de partes intervinientes, distinguiendo entre tratados bilaterales, que son aquellos que aparecen convenidos exclusivamente entre dos operadores jurídicos dotados de subjetividad internacional y los plurilaterales, que son los concertados por más de dos sujetos (vestidos, por supuesto, de la aludida habilidad competencial).

A su vez, esta última categoría —la de los tratados multilaterales— cabe fragmentarla en otra subespecie, y es la que los diversifica en generales y restringidos, disyuntiva a la que se refiere DÍEZ DE VELASCO en su obra dicha, página 105, señalando que los primeros son aquellos «que por su naturaleza tienen vocación a la universalidad», discurso no predicable para los segundos —los calificados de restringidos— que al decir del meritado autor «deben limitarse a un número determinado de Estados».

Entrañando su ratio en la posibilidad o no de adhesión a un tratado en vigor, el autor indicado solapa la clasificación aludida con la comprensiva de las variantes de Tratados abiertos, cerrados y semicerrados, señalando literalmente en relación con esta trilogía (en su obra y página dicha) que «Los primeros (es decir, los abiertos) son aquellos a los que se puede llegar a ser Parte en los mismos aunque no se haya tomado parte en su proceso de formación. Por el contrario, los Tratados cerrados son aquellos que quedan restringidos a los participantes originarios en los mismos, y en los que la participación de un nuevo Estado supone la creación de un nuevo Acuerdo entre los participantes originarios y el nuevo Estado».

Completando su visión sobre la trilogía aludida se ocupa dicho autor de los instrumentos que él califica de semicerrados y al respecto apunta (también en la misma página) que en éstos «los futuros Estados que pueden llegar a ser Partes, distintos a los originarios, figuran en una lista anexa al Tratado o aquellos otros en que se prevé un procedimiento particular de adhesión, o una invitación de los Estados originarios para llegar a ser Partes en el mismo».

B) Por su concreta objetivación.—Las posibilidades innovatorias de los Tratados son ilimitadas, no existiendo una reserva específica en este orden de cosas, circunstancia que determina que los Tratados puedan positivarse objetivamente de distinta manera, aludiendo a este abanico de posibilidades, siempre de forma *ad exemplum*, el artículo 60.5 del Convenio de Viena sobre la materia, precepto que traza un círculo de eventual objetivación asimismo recogido, a sus peculiares efectos competenciales, por los

artículos 93 y 94 CE, circunstancia que determina que los instrumentos internacionales en cuestión puedan clasificarse en convenios económicos, culturales, de establecimiento. Humanitarios, consulares, de exoneración de visado, de doble nacionalidad, etc.

C) Por su funcionalidad.—Todo Tratado se sublima en la creación de un entramado de derechos y obligaciones entre los Estados concernidos por el mismo, tejido obligacional y de exigencia unilateral o recíproca que en atención a las circunstancias puede enmarcarse —dada su simplicidad— en un cuadro de corresponsividad estrictamente prestacional o puede implicar también —teniendo en cuenta su potencial envergadura— la erección de un dispositivo institucional dotado de mayor o menor relevancia normativa y jurisdiccional.

Ejemplificando la cuestión, y en su consideración de paradigmas de las alternativas integrantes de la clasificación dicha, cabe establecer un correlato a estos efectos entre un tratado de fijación de límites fronterizos, cuya virtualidad implica el cumplimiento recíproco de una única obligación de no hacer (evitar la injerencia en el territorio nacional ajeno) y el Tratado constitutivo de la Unión Europea cuya ejecución implica el debido cumplimiento de un denso rosario de obligaciones de todo tipo, amén de la instauración de las consiguientes instancias normativas y jurisdiccionales a cuyo respecto quedan asimismo compelidos los Estados signatarios.

En cierta medida entrecruzándose con esta clasificación, pero manteniendo también una evidente autonomía, nos encontramos con la distinción entre Tratados con efectos reflejos para los residentes (presentes o potenciales) de los Estados implicados y aquellos que no provocan en modo alguno esta eficacia colateral o indirecta, dilema que se constituye en el referente básico de toda una suerte de problemática que a continuación expondremos en estas páginas con cierto lujo de detalles.

3. EXPLICACION GENERICA DE SU EVENTUAL CONTENIDO

Enlazando con las ideas que acabo de explicitar referentes a la clasificación que de los Tratados puede hacerse en relación con su concreta funcionalidad, y tomando también en cuenta lo indicado antes acerca de que la virtualidad de esta figura debía gobernarse de forma exclusiva por el DI, vamos a profundizar en el tema de su potencial objetivación y eficacia, cuestión que se reviste de una importancia trascendental para la adecuada comprensión de la figura.

Al efecto tengo que remarcar que todo Tratado, al igual que cualquier tipo de negocio contractual, bilateral o plurilateral (pero con genuina corresponsividad) supone la instrumentación para las partes intervinientes en su

concepción de un marco más o menos complejo, denso y filamentado de objetivación de donde emergen las consecuentes posiciones de poder y deber y se arbitran, en su caso, consecuencias para el caso de su violación, sustanciándose por tanto a través de la categoría jurídica sometida a debate, un juego de normas primarias y secundarias de las que brota un conjunto —de mayor o menor potencialidad— de derechos, obligaciones y responsabilidades, tejido ordinamental que en ocasiones se densifica hasta la hipérbole a base de la vertebración de organismos supranacionales de jurisdicción y de dispositivos internacionales de jurisdicción.

Todo este engranaje normativo, que resulta consustancial con cualquier tipo de Tratado, lo que hace en realidad es comprometer por futuro el comportamiento internacional (y en su caso, interno) de los Estados (o entes distintos) concernidos, compromiso cuya duración depende de lo convenido y que en ocasiones despliega efectos retroactivos, sucediendo ello concretamente cuando el componente de facticidad a imputar jurídicamente en virtud de lo ordenado en el Tratado en cuestión es precisamente una previa situación de controversia acerca de la existencia o no de una obligación o derecho primigenio, discusión que se pretende zanjar mediante las consiguientes clarificaciones o renunciadas *ad hoc*, hipótesis respecto de las que se afirma por parte de cierta doctrina que el Tratado no es contenedor de ninguna especie de norma, pues en vez de programar —en un sentido o en otro— conductas venideras se limita a contemplar preceptualmente el pasado, matiz cuya certeza debe someterse al filtro de la cautela sobre todo al observar que si bien la irretroactividad de los Tratados constituye la regla general (*ex art. 28 del Convenio de Viena*) nada impide que por la vía de la pertinente autodeterminación negocial los Estados (o entes distintos de ellos) afectados puedan legítimamente concordar tal metodología operativa, todo ello con abstracción del hecho de que aun en las eventualidades que acabamos de identificar (resolución de una controversia, renuncia de un derecho histórico) tales Estados (o entes distintos de éstos) partes asuman del propio modo una obligación sustancial de futuro respecto a lo convenido: la de respecto de la situación gestada por el Tratado en cuestión.

Siempre en relación con esta problemática —la alusiva a la objetivación y eficacia de la figura sujeta a investigación— se plantea el tema de si deben merecer el apelativo de Tratados aquellos Instrumentos que aun concertados por los operadores jurídicos internacionales a los que venimos refiriéndonos constantemente (los Estados y aquellos entes distintos de los mismo que acreditan subjetividad internacional) no proceden a la erección del acervo normativo antes dicho, es decir, no conforman para los sujetos implicados el marco de derechos, obligaciones y eventuales responsabilidades antes aludido, sino que se limitan a insertar declaraciones programáticas y/o asumir compromisos por futuro de, esta sí, jurisdicción efectiva.

Evidentemente, en estos supuestos convencionales, la dosis de compromiso que se desprende de los mismos es mucho más difusa y lábil que en los que acabamos de describir, careciendo, más o menos completamente, de eficacia self-executing, característica de negatividad que puede predicarse para un sinnúmero de declaraciones gubernamentales o de grandes Acuerdos-marco, constituyendo un depurado exponente de este orden de cosas —por su retórica y grandilocuente dialéctica— la Declaración de Derechos Humanos de 1948.

De todos modos, y sin perjuicio de reconocer la evidencia de la falta de sustancia jurídica concreta de un gran número de Instrumentos, incluso para ellos debe postularse el discurso obligacional al que antes hemos hecho mérito, tesis sustentada de forma general por los internacionalistas en base a que no cabe confundir una obligación mal definida con un compromiso inexistente.

4. PROCESO FORMATIVO DE LOS TRATADOS

A) IDEA GENERAL

Como ya pusimos de relieve con anterioridad, el tratado es una categoría jurídica resultado de una metodología negociadora encauzada por disposiciones internacionales e internas, todo ello en base a una forzada convergencia de materiales normativos de distinta procedencia, conjunción en la que son protagonistas toda la suerte de normas —del DI y domésticas (constitucionales, integrantes del bloque de constitucionalidad y subconstitucionales) anteriormente relacionadas—.

Siendo ello así, vamos a efectuar la glosa del dispositivo normativo *ad hoc*, diferenciando a estos efectos, y para mejor explicación de la materia, entre la etapa inicial del proceso a seguir y la que podríamos calificar de conclusiva o terminal, siendo la primera la que integra en su seno el proceso negociador que de prosperar conducirá a la «adopción» y «autenticación» del texto acordado por los negociadores estatales, fase preliminar que, una vez ultimada, abrirá la puerta a lo conclusiva que es aquella en la que los representantes del Estado, oportunamente legitimados al efecto, obligarán a los Estados implicados en la negociación emitiendo las correspondientes declaraciones de voluntad constitutivas de la consiguiente prestación de consentimiento.

Lo que procede, pues, en una disección interpretativa de toda aquella logística ordinamental que desde estrategias internacionales y domésticas se ocupan de la instrumentación de los correspondientes títulos competenciales para intervenir en todo el íter fundacional sumariamente descrito, exposi-

ción que debemos hacer anteceder, como un *prius* imprescindible para una adecuada intelegibilidad de la materia, de un rimero de observaciones sobre determinados apuntes interpretativos con vigencia en este foro y también sobre las particularidades que la teoría representacional acredita en el mismo.

B) APUNTES INTERPRETATIVOS CON BELIGERANCIA EN ESTE FORO

a) *Su razón de ser*

A fin de facilitar la comprensión de los términos utilizados en el lenguaje legal de los preceptos integrados en la Convención de Viena, ésta destina su artículo 2 a desgranar un conjunto de precisiones clarificadoras de dichos términos, clarificación que se adorna de suma importancia teniendo en cuenta que con ella se eliminan posibles interpretaciones divergentes por parte de los distintos Estados —a veces muy numerosos— empeñados en el proceso de formación de los consiguientes tratados.

Posiblemente, con este conjunto de claves interpretativas sería suficiente, pero es de notar al respecto que con la finalidad de aportar contundencia a esta metodología, el legislador interno español ha duplicado el acervo interpretativo destinando el artículo 2 del Decreto 801/1972, de 24 de marzo, a idéntica función que la desplegada por su homólogo del Convenio de Viena.

Pues bien, con carácter previo a lo que explicare sobre el instituto de la plenipotencia y sobre el proceso formativo de los tratados, en su contemplación desde los postulados normativos internacionales e internos, voy a ocuparme en evidenciar el recetario interpretativo dicho, pero ello bajo las siguientes premisas expositivas:

- a) Sólo aludiré ahora a aquellas expresiones clarificadoras alojadas en los párrafos e) al f) del apartado 1 del mencionado artículo 2 del Convenio de Viena, siendo así que las que lo son en los otros párrafos, o ya me he ocupado de ellas (caso del a), alusivo al concepto del «tratado») o lo haré, por coherencia considerativa, después (caso de los restantes párrafos referentes a los conceptos de «ratificación», «aceptación», «aprobación» y «adhesión», de «plenos poderes» y de «reservas».
- b) En lo tocante al artículo 2 del indicado Decreto 801/1972, voy a prescindir ahora de referirme a él, teniendo en cuenta que su tenor es un trasunto exacto de lo estipulado por el también artículo 2 del Convenio de Viena, excepto en su alusión a los términos «adop-

ción» y «autenticación», vocablos cuyo estudio tiene una sede más adecuada en otros pasajes de estas reflexiones.

- c) El valor de las meritas clarificaciones —en realidad, supuestos de interpretación auténtica— debe pasarse por el trasluz de lo que prescribe el apartado 2 del artículo 2 del Convenio de Viena, según el cual «Las disposiciones del párrafo 1 sobre los términos empleados en la presente Convención se entenderán sin perjuicio del empleo de esos términos o del sentido que se les pueda dar en el derecho interno de cada Estado», cautela, sin embargo, vacía de contenido en lo que la misma atine a nuestro ordenamiento teniendo en cuenta, tal como he advertido precedentemente, que el tenor del artículo 2 del Decreto 801/1972, constituye (salvo en lo relativo a los términos también aludidos de «adopción» y «autenticación» del texto de un tratado) una copia exacta del lenguaje legal del artículo 2 del Convenio de Viena, circunstancia que viene a desleír por completo el sentido preventivo del calendado apartado 2 (del art. 2 de dicho Convenio).

b) *Su tenor literal*

Este es el siguiente (resultante del indicado art. 2 del Convenio):

«Términos empleados.—1. Para los efectos de la presente Convención:

- e) Se entiende por “Estado negociador” un Estado que ha participado en la elaboración y adopción del texto del Tratado.
- f) Se entiende por “Estado contratante” un Estado que ha consentido en obligarse por el Tratado, haya o no entrado en vigor el Tratado.
- g) Se entiende por “parte” un Estado que ha consentido en obligarse por el Tratado y con respecto al cual el Tratado está en vigor.
- h) Se entiende por “tercer Estado” un Estado que no es parte en el Tratado.
- j) Se entiende por “organización internacional” una organización intergubernamental.»

C) ALUSIÓN A LA TEORÍA REPRESENTACIONAL EN ESTE ORDEN DE COSAS

a) *Introducción*

Los Estados, en cuanto personas jurídicas, forzosamente tienen que actuar en todo el proceso de elaboración, adopción, autenticación y asun-

ción del contenido obligacional de un tratado por medio de sus representantes, siendo de aplicación en sede del ordenamiento especial sobre esta materia toda la serie de condicionantes básicos cuya operatividad se demanda en cualquier hipótesis de actuación representativa, sea cual fuere el sentido direccional de ésta.

Ello apuntado, vamos a referirnos a este tipo de actuación en la limitada parcela jurídica que nos interesa, estudiando el tema tanto desde la normativa internacional como desde la doméstica, estudio que demanda, como adecuado referente, lo que postula en cuanto apunte interpretativo sobre la materia el artículo 2 del Convenio de Viena, en su apartado 1.c), según el cual:

«Se entienden por “plenos poderes” un documento que emana de la autoridad competente de un Estado y por el que se designa a una o varias personas para representar al Estado en la negociación, la adopción o la autenticación del texto de un tratado, para expresar el consentimiento del Estado en obligarse por un tratado, o para ejecutar cualquier otro acto con respecto a un tratado.»

Este precepto tiene la virtud de identificar la plenipotencia con el correspondiente documento *ad hoc* de donde la misma aflore, concomitancia entre la forma normal de conferimiento de la habilidad representacional en este foro y la sustancialidad de ésta, que aparece sin embargo contradicha por la realidad de los hechos, siendo así que existen supuestos de la misma cuyo título atributivo es directamente la propia normatividad de la Convención.

Por otra parte, de dicho pasaje preceptual resulta una diversificación de ámbitos representacionales que coincide en un todo con cada uno de los jalones que integran las fases iniciales y terminales de los tratados, objetivación que resulte explícita de su propio tenor, del que sobresale también la reserva competencial que el mismo efectúa en favor de las sendas normativas domésticas.

b) *Normativa internacional sobre la materia*

Partiendo del referente interpretativo dicho, y ciñéndonos ahora a los criterios rectores que sobre el particular aparecen configurados en cuanto derecho cogente en el Convenio de Viena, tengo que patentizar que éste da por supuesta la existencia *ad casum* de algunos de los requisitos que desde las vertientes de la teoría general sobre el particular también resultan requiribles en este ámbito (caso de la aptitud personal del representante en cuestión) y se ocupa en la precisión de aquellas particularidades que se concitan en este ámbito representativo, dibujando al efecto un cuadro ope-

rativo cuya premisa primordial aparece materializada en la declaración que se contiene en su artículo 6 (del Convenio en cuestión), según el cual «Todo Estado tiene capacidad para celebrar tratados».

En cualquier caso, lo que caracteriza la actuación representativa en sede de las personas jurídicas es su inexorabilidad, siendo así que éstas carecen de la aptitud ontológica necesaria que les permitiere orillar esta exigencia, razón por la que el Convenio se limita a señalar cuando se entiende que una persona física actúa a estos efectos en nombre del Estado (negociador y contratante), señalamiento que parte del dato de la cogencia representativa dicha, y al que alude el artículo 7 del Convenio, al expresar literalmente que:

«Plenos poderes.—1. Para la adopción o la autenticación del texto del tratado, o para manifestar el consentimiento del Estado en obligarse por un tratado, se considerará que una persona representa a un Estado:

- a) Si se presentan los adecuados plenos poderes, o
- b) Si se deduce de la práctica seguida por los Estados interesados, o de otras circunstancias, que la intención de esos Estados ha sido considerar a esa persona representante del Estado para esos efectos y prescindir de la presentación de plenos poderes.

2. En virtud de sus funciones, y sin tener que presentar plenos poderes, se considerará que representan a su Estado:

- a) Los Jefes de Estado, Jefes de Gobierno y Ministros de Relaciones Exteriores, para la ejecución de todos los actos relativos a la celebración de un tratado.
- b) Los Jefes de misión diplomática, para la adopción del texto de un tratado entre el Estado acreditante y el Estado ante el cual se encuentran acreditados.
- c) Los representantes acreditados por los Estados ante una conferencia internacional o ante una organización internacional o uno de sus órganos, para la adopción del texto de un tratado en tal conferencia, organización u órgano.»

En aras a lo postulado por el meritado artículo, podemos hablar de tres clases de representación en estas áreas: la voluntaria, la notoria o tácita y la legal.

La primera es aquella en virtud de la cual la persona que actúa en nombre del Estado (bien en la fase inicial de negociación, adopción del texto y autenticidad del texto, o bien en la ulterior de prestación del consentimiento en obligarse) acredita haber obtenido la adecuada plenipoten-

cia, calidad que puede extenderse a toda la serie de actos relacionados, a una parte de ellos o a alguno en particular, hipótesis que es la descrita por el párrafo a) del artículo 7 transcrito.

La representación que he calificado de notoria, tácita o inducida es aquella cuya existencia se infiere, tal como evidencia el párrafo 1.b) del artículo dicho «de la práctica seguida por los Estados interesados», posibilidad a la que se agrega la también descrita por el mismo párrafo en el sentido de que el tipo de representación o plenipotencia que estamos viendo puede deducirse de «otras circunstancias», siempre que en uno y otro supuesto la intención de las partes haya sido «considerar a esa persona (que comparece como plenipotenciario no debidamente formalizado) representante del Estado para esos efectos...».

En último término, la modalidad que he apellidado de legal se adjetiva de realidad en estas áreas en base a lo que sobre el particular resulta del apartado 2 del artículo que acabamos de relacionar, precepto que en sus funciones jurisdicentes diversifica el supuesto en dos grandes apartados, comprensivo, el primero, de un tipo de plenipotencia *ex lege*, absolutamente general en sus vertientes operativas, generalidad que se visibiliza en su consecuente objetivación en la medida de que en méritos a esta variante representacional, los beneficiarios de su impulso pueden intervenir en todos los actos iniciales y finales del proceso de celebración de los tratados, es decir, en la negociación, adopción del texto, autenticación y prestación del consentimiento, siendo reseñable también, y ello constituye otro matiz de la generalidad dicha, que en aras a la modalidad representativa referenciada, las personas físicas tributarias de la misma pueden-deben hacer uso de sus posibilidades en relación con todo tipo de tratados, sea cual fuere su contenido y su ámbito territorial de vigencia.

No es este el caso de los supuestos consignados en los párrafos b) y c) del artículo 7 que nos ocupa, siendo así que las alternativas representacionales que los mismos instrumentan carecen por completo de la meritada nota de generalidad ya que su encomienda sólo se circunscribe a posibilitar tal actuación representativa en relación sólo a los actos de adopción del texto del tratado, quedando al margen de su círculo de irradiación los restantes conducentes a la debida conclusión del mismo, falta de generalidad también extensiva a las posibilidades operacionales emergentes de la alternativa de plenipotencia que estamos viendo en la medida en que la misma sólo resulta funcional, a diferencia de la anteriormente mencionada, en relación con el Estado acreditante (tratándose de los Jefes de misión diplomática) o en el seno de la conferencia u organización internacional, cuando se trate de las hipótesis alijadas por el párrafo c) del apartado 2 dicho.

En relación con esta dualidad de alternativas de la representación o

plenipotencia que he calificado de «legal» (siempre connotando el significado de este término con todo tipo de cautelas en su enfoque desde la dogmática jurídica más depurada) tengo que poner de manifiesto que el propio Convenio de Viena efectúa una precisa aplicación del carácter privilegiado del que se arroja la aludida plenipotencia en cuanto titularizada por los órganos supremos del Estado (Jefe de Estado, de Gobierno o Ministro de Asuntos Exteriores), resultando este régimen, ciertamente optimizado, del tenor del artículo 67.2 de dicho Instrumento, precepto que señala literalmente que:

«Todo acto encaminado a declarar la nulidad de un tratado, darlo por terminado, retirarse de él o suspender su aplicación de conformidad con las disposiciones del tratado o de los párrafos 2 o 3 del artículo 65 (alusivos a determinadas variantes procedimentales orientadas a la obtención de la nulidad o terminación de un tratado, al retiro de una parte o a la aplicación de la suspensión de un tratado), se hará constar en un instrumento que será comunicado a las demás partes. Si el instrumento no está firmado por el Jefe del Estado, el Jefe del Gobierno o el Ministro de Relaciones Exteriores, el representante del Estado que lo comunique podrá ser invitado a presentar sus plenos poderes.»

Obsérvese, pues, la diversidad de trato que merece la actuación representativa de los plenipotenciarios a los que alude el precepto que acabamos de evidenciar, ya que en aquellas hipótesis en las que comparezca alguna de las personas físicas que representan al máximo nivel al Estado, éstos no estarán obligados a presentar aquellos poderes que legitimen *ad hoc* su actuación representativa, situación que no es precisamente la que acredita vigencia entre los restantes supuestos representacionales mencionados por dicho precepto.

Estas son las características más esenciales de la teoría representacional en este foro, teoría cuyas lagunas deben colmarse con los cánones comunes aportados por los principios generales con beligerancia universal, sea cual fuere la rama jurídica considerada, criterios de vigencia ecuménica que, por lo demás, han sido también recibidos por el Convenio en relación con el tema de la actuación representativa y ello en diversos preceptos del mismo.

Así, es de notar que la filosofía que impera en este ámbito en torno a la necesidad de proteger a quien contrate con un *falsus procurator* (por caducidad o modificación *ad peius* sobrevenida de sus poderes, *ex* artículo 1.838 del CC) siempre que medie buena fe por parte de dicho contratante ha recibido la consiguiente respuesta positiva de los hacedores del Convenio de Viena, siendo buena prueba de ello el tenor de su artículo 47, según el cual:

«Restricción específica de los poderes para manifestar el consentimiento de un Estado.—Si los poderes de un representante para manifestar el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado determinado han sido objeto de una restricción específica, la inobservancia de esa restricción por tal representante no podrá alegarse como vicio del consentimiento manifestado por él, a menos que la restricción haya sido notificada, con anterioridad a la manifestación de ese consentimiento, a los demás Estados negociadores.»

También mantiene una indiscutible relación con esta temática el *dictum* del artículo 46 de dicho Convenio, precepto que viene a patentizar la evidencia de la conjunción operacional entre el ordenamiento internacional e interno en sede de la celebración y eficacia de los tratados, artículo cuyo significado trasciende del ámbito de la teoría representacional pero que también puede colacionarse aquí por cuanto que el mismo atina a la aptitud del Estado en obligarse y en definitiva a la legitimación del órgano poderdante de la plenipotencia para actuar en este foro, siendo el tenor de dicho precepto el siguiente:

«Disposiciones de derecho interno concernientes a la competencia para celebrar tratados.—1. El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifestado en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno.

2. Una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe.»

Más engarce con el núcleo fundamental de la teoría representativa tiene el artículo 8 del Convenio, según el cual:

«Confirmación ulterior de un acto ejecutado sin autorización. Un acto relativo a la celebración de un tratado ejecutado por una persona que, conforme al artículo 7, no pueda considerarse autorizada para representar con tal fin a un Estado, no surtirá efectos jurídicos a menos que sea ulteriormente confirmado por ese Estado.»

Teniendo a la vista el tenor dicho, resultan bastante obvias las concomitancias que median entre el precepto en cuestión y aquellos que desde vertientes del Derecho Civil regulan la actuación representativa sin poder o con poder insuficiente, así como los efectos de la ratificación de la

misma, siendo también reseñable que la problemática suscitada en torno a la interpretación de los artículos que en el CC se ocupan de esta materia resultan traspolables, *quid pro quo*, a este foro, destacando entre ellos el alusivo a la concreción del plazo durante el cual podrá mantenerse la situación de pendencia del tratado celebrado sin poder (o con poder insuficiente), período cuyo techo se halla literalmente informado y en cuyo lapso el aludido instrumento se halla en fase de hibernación, situación que únicamente puede desembocar o bien en su consecuente ratificación (que produce efectos retroactivos) o bien en su desaparición *ad nutum* (cuando ésta no tenga lugar).

En cualquier caso, el protagonismo en el ámbito del Derecho de tratados de la teoría representacional «común» presenta también sus quiebras, siendo así que en el seno ordinamental del primero anidan importantes desviaciones de lo que puede considerarse metodología negocial básica, destacando entre ellas la incubada por el artículo 50 del Convenio de Viena, según el cual:

«Corrupción del representante de un Estado.—Si la manifestación del consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado ha sido obtenida mediante la corrupción de su representante, efectuada directa o indirectamente por otro Estado negociador, aquel Estado podrá alegar esta corrupción como vicio de su consentimiento en obligarse por el tratado.»

Con independencia de esta evidente «singularidad» detectada en este campo, el Convenio de Viena, en su afán de salvaguardar la dignidad y soberanía de los Estados implicados en los Tratados que concierten, se preocupa en positivar reglas que si bien vigentes en el área de la teoría representacional general no cuentan con una formulación escrita *ad hoc*, sino que su concreta virtualidad proviene de la pertinente aplicación inferencial de otras normas básicas de los ordenamientos civil y penal (éstas sí debidamente positivadas), inferencia o deducción interpretativa que en el artículo 51 se sustituye por un lenguaje legal directo y taxativo, sin parangón en otros ámbitos jurídicos, siendo su concepción literal la siguiente:

«Coacción sobre el representante de un Estado—La manifestación del consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado que haya sido obtenida por coacción sobre su representante mediante actos o amenazas dirigidos contra él carecerá de todo efecto jurídico.»

c) *Normativa interna sobre la materia*

Con independencia de lo que se establece en el artículo 56 de la CE, en el sentido de atribuir al Rey la más alta representación del Estado

español en las relaciones internacionales (mensaje de evidente carácter simbólico y protocolario, hurtado de cualquier connotación práctica), la teoría representacional en las áreas que ahora nos interesan aparece conformada por el título II («Representación internacional de España en materia de tratados») del Decreto 801/1972, de 24 de marzo, porción normativa que constituye una mixtura de las directrices cardinales resultantes del Convenio de Viena y de los genuinos apuntes competenciales viabilizados por éste, iniciándose este mensaje normativo interno sobre la materia con el artículo 3 del Decreto dicho que señala literalmente que:

«El nombramiento de los representantes de España para la ejecución de cualquier acto internacional relativo a un tratado será hecho por el Ministro de Asuntos Exteriores, a propuesta, en su caso, del Ministerio o Ministerios interesados.»

Así pues, y normalmente, la plenipotencia surge de un acto expreso del Ministro dicho, quien actuando en nombre del Jefe del Estado —y debidamente habilitado al respecto por acuerdo del Consejo de Ministros—, debe formalizar y autenticar el documento acreditativo de la misma, a efectos de que los representantes de los otros Estados puedan comprobar la existencia de ésta y su suficiencia *ad casum*, doctrina que aparece sancionada por los artículos 6 y 7 del Decreto que nos ocupa, apuntando el primero de ellos que:

«La plenipotencia por la que se acredite a una o varias personas como representantes de España para llevar a cabo cualquier acto internacional relativo a un tratado, será extendida por el Ministro de Asuntos Exteriores en nombre del Jefe del Estado.»

Por su parte, el otro artículo aludido, el 9, en su inciso primero (único que ahora nos interesa) señala que:

«La plenipotencia otorgada a un representante de España expresara el acto o actos relativos a la celebración de un tratado para cuya ejecución esa persona ha sido autorizada.»

En aras a lo postulado por el binomio preceptual transcrito podemos sintetizar su contenido precisando que el órgano competente para designar plenipotenciarios —y formalizarlos debidamente— es el Ministro de Asuntos Exteriores, formalización documental de la que deberá resultar con claridad la objetivación de la plenipotencia conferida, exigencia por otra parte que aparece expresamente sancionada por el texto del artículo 4 del Decreto objeto de constante alusión, según el cual:

«Para negociar un tratado, adoptar y autenticar su texto, expresar el consentimiento de España en obligarse por un tratado o ejecutar cualquier otro acto internacional relativo a la celebración de un tratado, la persona o personas que los lleven a cabo deberán estar provistos de una plenipotencia que les acredite como representantes de España.»

Ahora bien, con la finalidad de no desintonizar la normativa doméstica de transposición con las prescripciones de derecho cogente ofertadas por el Convenio de Viena, el Decreto que estamos comentando elabora en su artículo 5, siguiendo las huellas del 7 de dicho Convenio, un listado de supuestos en los que la representación resulta conferida ministerio *legis*, sin necesidad de plenipotencia formalizada, siendo el tenor literal de dicho precepto el siguiente:

«En virtud de sus funciones y sin necesidad de plenipotencia, se considerará que representan a España:

- a) El Jefe del Estado, el Presidente del Gobierno y el Ministro de Asuntos Exteriores, para llevar a cabo cualquier acto internacional relativo a un trabajo.
- b) Los Jefes de las misiones diplomáticas y de las misiones permanentes ante organismos internacionales, para la negociación, adopción y autenticación del texto de un tratado entre España y el Estado u Organismo internacional ante el que se encuentren acreditados.
- c) Los Jefes de las misiones especiales enviadas a uno o varios Estados extranjeros para la negociación, adopción y autenticación del texto de un tratado entre España y cualquiera de los Estados a los que ha sido enviada la misión.
- d) Los representantes acreditados ante una conferencia internacional o ante un Organismo internacional o uno de sus órganos, para la negociación, adopción y autenticación del texto de un tratado elaborado en tal conferencia, Organismo u órgano.»

Comoquiera que el texto transcrito es una reproducción *ad pedem litteram* de lo estipulado sobre esta materia por el artículo 7 del Convenio de Viena, remito al lector, a fin de ahorrarle indebidas reiteraciones, a los comentarios que sobre dicho artículo 7 deje escrito en las páginas anteriores.

Por lo tocante al tejido de derechos y obligaciones que emergen de la dación de plenipotencia entre los poderdantes y los apoderados o plenipotenciarios, tengo que decir que su urdimbre se trenza en gran medida por las normas generales que regulan el instituto representacional común (obligación de ejecutar el cometido de que se trate, hacerlo de conformidad con las instrucciones recibidas, tema que al que se refiere de forma explícita el

artículo 10 del Decreto en cuestión, que veremos luego; rendición de cuentas una vez ultimada la gestión o durante su hechura), aunque no deja de advertirse alguna singularidad al efecto.

Así, y prescindiendo de la ejecución de la encomienda en base a lo ordenado, cuestión a la que alude el artículo 10 antes dicho («En el desempeño de sus funciones, los representantes de España se atenderán en la negociación de un tratado al contenido y alcance de la autorización otorgada por el Consejo de Ministros, así como a las instrucciones que les dé el Ministro de Asuntos Exteriores, al que tendrán informado del desarrollo de la negociación») del Decreto materia de permanente alusión, el artículo 8 de dicho conjunto ordinal exige que «Los representantes de España que hayan llevado a cabo cualquier acto internacional relativo a un tratado lo comunicarán de inmediato al Ministerio de Asuntos Exteriores, al que enviarán los documentos originales adoptados o suscritos, o ejemplar autorizado de los mismos en caso de no disponer del original».

En otro orden de ideas, pero entrañándose en el núcleo de la especialidad que se concita en este contexto de representatividad, el inciso último del artículo 7 del Decreto que nos ocupa, impone al plenipotenciario habilitado para la negociación de un tratado el encargarse también, pese a no haberse ello explicitado en el texto de los plenos poderes recibidos, de las tareas de adoptar y autenticar su texto.

D) LA NEGOCIACIÓN, ADOPCIÓN Y AUTENTICACIÓN DEL TEXTO DE LOS TRATADOS

a) *Introducción*

La trilogía de actos referenciados, impulsados en nombre de los Estados interesados por sus plenipotenciarios, constituyen los genuinos componentes de lo que hemos calificado de fase inicial del proceso formativo de los tratados.

El concepto de «negociación» puede llenarse de contenido en aras a lo que sobre el particular se postula en la antes literalizada precisión clarificadora contenida en el artículo 2.1.e) del Convenio, es decir, apuntando que a través del proceso entablado al efecto, y conducido por los representantes de los Estados concernidos, se llega a la elaboración y adopción del texto del tratado de que se trate, íter negociador cuyas dimensiones serán más o menos largas —y arduas— en obediencia a la complejidad de las materias a concordar y del número de Estado intervinientes.

En el enfoque de la conceptualización del término por parte de la doctrina se parte de los mismos postulados expuestos constituyendo un claro ejemplo de esta forma de proceder la reflexión definitiva vertida por Díez

DE VELASCO en su antes dicho libro, página 106, autor que señala literalmente al efecto que «En esta primera fase (en la negociadora objeto de nuestra actual atención) se llevan a cabo por los representantes de las Partes contratantes propuestas, contrapropuestas, discusiones, etc. Ha sido definida “como el conjunto de operaciones técnico-diplomáticas, de diversa naturaleza y amplitud, a través de las cuales los órganos competentes de dos o más Estados se reúnen en un lugar y en una época preestablecidas a tal fin; estudian conjuntamente las posibilidades efectivas de llegar a un entendimiento en una determinada materia, buscan de acercar sus posiciones sobre puntos concretos, objeto de la negociación misma, y elaboran un proyecto de acuerdo destinado a pasar a una fase ulterior. La negociación constituye la esencia misma del método diplomático” (MARESCA, *El diritto...*, pág. 133)».

Hecha abstracción de este aspecto categorial de la figura, siempre útil desde el punto de vista de la dogmática jurídica, también tiene interés el destacar que durante el íter negociador, los Estados implicados en el mismo se hallan afectados por la carga de proceder de buena fe, exigencia operativa de fértil consecuencialidad ya que la misma se proyecta sobre toda su integridad, abarcando, por supuesto, sus fases más preliminares, proyección que se intensifica en la etapa siguiente a aquella en la que se haya producido la adopción y autenticación del texto, fase cuya vigencia se extiende hasta el mismo momento en que se haya procedido a la prestación del consentimiento en obligarse por parte de los Estados, que de negociadores pasan a ser contratantes y de ésta transitan a la condición de «partes», todo ello de acuerdo con la terminología acuñada por el artículo 2 del Convenio de Viena.

En relación con el tema suscitado, el autor indicado *ut supra*, en su obra dicha, página 130, nos recuerda la opinión del TIJ sobre la misma, exteriorizada con motivo de su decisión sobre la Plataforma Continental del Mar del Norte, en la que se dijo literalmente que los Estados negociadores «tienen la obligación de comportarse de tal manera que la negociación tenga sentido, lo que no sucede cuando una de ellas (de las Partes) insiste en su propia posición, sin contemplar modificación alguna» (CIJ *Recueil*, 1969, pág. 47)».

Por su parte, el meritado autor continúa incidiendo en esta idea señalando (en la misma obra y página) que «Si la negociación viene impuesta por un acuerdo anterior entre las partes (*pactum* de contrahendo), o por la resolución de un órgano internacional, que invita a las partes a negociar, la mala fe durante la negociación, evidente por el comportamiento general de un Estado, en el curso de ésta, puede engendrar su responsabilidad internacional (cf. la disposición arbitral de 1924 en el asunto del Incumplimiento de las disposiciones del artículo 3 del Tratado de Paz (entre Chile y Perú)

de 20 de octubre de 1883, relativa al plebiscito de Tacna-Arica, en NU, *Recueil de Sentences Arbitrales*, 11, pág. 333)».

Si de las fases germinales o prodrómicas de los tratados pasamos a aquellas en las que ha tenido ya lugar la firma de los mismos (sin que ésta equivalga a la prestación del consentimiento para obligarse) o cuando tal prestación ha tenido ya lugar, pero el tratado se halla en período de *vacatio*, entonces la holgura de la exigencia que estamos analizando (la de comportarse de buena fe) se estrecha de forma considerable, siendo la fuente de tal estrechamiento —y por ende, del incremento de su compulsividad— lo estipulado en el artículo 18 del Convenio de Viena, según el cual:

«Obligación de no frustrar el objeto y el fin de un tratado antes de su entrada en vigor.—Un Estado deberá abstenerse de actos en virtud de los cuales se frustren el objeto y el fin de un tratado:

- a) Si ha firmado el tratado o ha canjeado instrumentos que constituyan el tratado a reserva de ratificación, aceptación o aprobación, mientras no haya manifestado su intención de no llegar a ser parte en el tratado.
- b) Si ha manifestado su consentimiento en obligarse por el tratado, durante el período que preceda a la entrada en vigor del mismo y siempre que éste no se retarde indebidamente.»

Los corolarios del éxito de la negociación son la «adopción y autenticación del texto» del tratado, expresiones que resultan definidas por el artículo 2, b) y c) del Decreto objeto de constante referencia, señalando el primero de los párrafos dichos que «se entiende por “adopción del texto de un tratado” la expresión del acuerdo sobre dicho texto de todos los Estados participantes en su elaboración o, si se trata de un texto elaborado en el seno de una conferencia internacional, de una mayoría de dos tercios de los Estados presentes y votantes, a menos que dichos Estados hayan decidido por igual mayoría aplicar una regla diferente».

Por su lado, el párrafo d) de dicho artículo indica, también literalmente, que:

«Se entiende por “autenticación del texto de un tratado” el acto internacional mediante el cual los Estados negociadores certifican que ese texto es correcto y auténtico y lo establecen de forma definitiva.»

En realidad, la novedad aportada por tales preceptos clarificadores y resignadores de las directrices básicas *ad hoc* es nula, siendo así que los mismos se limitan a trasponer, aunque con alguna ligera variante semántica, el *dictum* de los artículos 9 y 10 del Convenio, diciendo el primero de ellos que:

«Adopción del texto.—1. La adopción del texto de un tratado se efectuará por consentimiento de todos los Estados participantes en su elaboración, salvo lo dispuesto en el párrafo 2.

2. La adopción del texto de un tratado es una conferencia internacional se efectuará por mayoría de dos tercios de los Estados presentes y votantes, a menos que esos Estados decidan por igual mayoría aplicar una regla diferente.»

Y señalando el segundo de ellos, o sea, el 10, que:

«Autenticación del texto.—El texto de una tratado quedará establecido como auténtico y definitivo:

- a) Mediante el procedimiento que se prescriba en él o que convengan los Estados que hayan participado en su elaboración.
- b) A falta de tal procedimiento, mediante la firma, la firma *ad referendum* o la rúbrica puesta por los representantes de esos Estados en el texto del tratado o en el acta final de la conferencia en la que figure el texto.»

Con anterioridad advertimos que la función de los actos de «adopción y autenticación» que acabamos de definir es meramente vicaria de la propia negociación, acto que se convierte en el centro de gravedad de la fase inicial del proceso formativo de los tratados. Por ello, vamos a dedicar las páginas siguientes al análisis de dicha negociación, abandonando el estudio de los dos restantes dada la claridad de su concepción y el automatismo de su praxis, si bien no podemos efectuar tal cosa sin poner de relieve cuál es el criterio operativo que sobre la aludida autenticación se demanda por los artículos 11 y 12, preceptos que destilando debidamente los apremios *ad hoc* resultantes del antes transcrito artículo 10 de la Convención de Viena, se encargan de evidenciar la disciplina a seguir, señalando el primero de ellos que:

«Una vez elaborado y adoptado por los Estados negociadores el texto de un tratado, el representante de España lo autenticará mediante la rúbrica puesta en el texto del tratado o mediante la firma del acta final de la conferencia internacional en que figure dicho texto.»

Por su parte, el artículo 12 apunta al efecto que:

«Se entiende que la firma de un tratado por el representante de España, debidamente autorizado para ello de conformidad con las disposiciones del título IV, implica la autenticación de su texto.»

En relación con esta praxis autenticadora, y teniendo en cuenta el tenor remisivo del artículo 12 a la LRJAE, hace notar GONZÁLEZ CAMPOS en su obra dicha, página 134, que «En principio, la autenticación de un tratado bilateral se realizará “mediante la rúbrica puesta en el texto del tratado”; en el caso de los multilaterales, “mediante la firma del acta final de la conferencia internacional en que figure dicho texto”. La “firma” puesta en el tratado, como procedimiento de autenticación, se restringe en el Derecho español al supuesto en que haya existido previa autorización del Consejo de Ministros, pues el artículo 10.5 de la LRJAE establece (sin discriminar debidamente entre las distintas funciones de la firma) que es de la competencia del Consejo autorizar la firma de un tratado. El efecto de esta disposición puede considerarse como negativo en relación con las exigencias de la práctica internacional, dado el hecho de que los trámites necesarios para que una cuestión pueda someterse al Consejo, junto con la periodicidad de las reuniones “decisorias” de este órgano, se acomoda mal con el desarrollo, en un momento determinado, de las negociaciones en curso.»

b) *Especial referencia a la negociación*

a') Normativa internacional sobre la misma

Con independencia de lo que sobre el concepto de «Estado negociador» se contiene en el artículo 2.1.e) de la Convención de Viena (precepto ya literalizado en lo tocante a este matiz conceptualizador) poco dice la normativa internacional sobre el particular, circunstancia que determina el que el tema quede netamente reconducido a las respectivas preceptivas domésticas.

De todos modos, este desinterés de dicho Convenio sobre la cuestión no es expresivo de un desdén generalizado sobre la materia desde las áreas del DI, partiendo de la base de que en su regulación de la diplomacia, el tema de la negociación internacional asume especial relevancia —incluso singular precelencia—, siendo claro exponente de ello la alusión que el artículo 3.c) de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas (adoptada y abierta a la firma el 18 de abril de 1961, estando la misma en vigor desde el 24 de abril de 1964 y obligando a España, por adhesión, desde el 21 de noviembre de 1967) efectúa al tema al señalar, literalmente, que «Las funciones de una misión diplomática consisten principalmente en:

c) Negociar con el Gobierno del Estado receptor.»

A esta negociación, facilitada *ad casum* por lo previsto en el artículo 7.2.b) del Convenio de Viena, en relación con la forma de acreditar

la plenipotencia de los negociadores al efecto (que en el caso se presumen con carácter *iuris et de iure*) se refiere la doctrina que se ocupa de delinear el *status* diplomático, siendo un claro ejemplo de esta forma de concebir la cuestión las consideraciones de EDUARDO VILARIÑO PINTOS, autor que en su libro *Derecho diplomático y consular*, Tecnos, Madrid, 1987 (pág. 83), apunta al respecto que:

«La negociación, además de ser una de las principales funciones diplomáticas, como expresamente reconoce el Convenio de Viena de 1961, en su art. 3.c) es, también, una de las fundamentales características definitorias de la diplomacia. La negociación es el proceso a través del cual la diplomacia conduce las relaciones entre Estados, diplomacia significa, por tanto, negociación, es la negociación entre entidades políticas que reconocen mutuamente su independencia o, como manifiesta MARESCA, la negociación es “la esencia misma del método diplomático” en cuanto que consiste en la defensa de los intereses del Estado no mediante el atropello de los intereses de otro Estado, sino buscando en toda situación alcanzar el acuerdo con la otra parte, es decir, tendiendo a conseguir un punto de encuentro entre las exigencias del propio Estado y las contrapuestas del Estado extranjero.»

Por su parte, y enlazando con el tipo de plenipotencia tácita o legal tipificada por el artículo 7.2.c) del Convenio de Viena (antes considerado), la Convención de Nueva York sobre las Misiones Especiales (establecida el 8 de diciembre de 1969 y abierta a la firma el 16 del mismo mes y año) estando en vigor desde el 21 de junio de 1985, y del que no forma parte España, alude también a este potencial negociador al sentar en su artículo 1, alusivo a la terminología del Instrumento, que «A los efectos de la presente Convención: a) por “misión especial” se entenderá una misión temporal, que tenga carácter representativo del Estado, enviada por un Estado ante otro Estado con el consentimiento de este último para tratar con él asuntos determinados o realizar ante él un cometido determinado», enunciación de la que resulta implícita la atribución a tal misión especial de la función negociadora dicha.

Del propio modo, la Convención de Viena sobre representación de los Estados en sus relaciones con las organizaciones internacionales de carácter universal (adoptada el 13 y abierta a la firma el 14 de marzo de 1975, no hallándose todavía en vigor) también alude al tema considerando como una de las funciones detentadas por las Misiones permanentes que la misma erige la de «celebrar negociaciones con la organización y dentro del marco de ella», *ex* artículo 6.c).

b') Normativa interna sobre la misma

a'') Idea general

Teniendo en cuenta la abdicación normativa materializada en este foro por la preceptiva internacional —y dejando a salvo el protagonismo de los apuntes competenciales aludidos— el grueso del detalle ordinamental a considerar aparece resignado por la preceptiva interna, bloque de preceptividad que para su mejor comprensión vamos a diversificar en ordinaria y constitucional.

b'') Normativa ordinaria

El artículo que asume la máxima relevancia en este orden de magnitudes normativas es el 9 del Decreto 801/1972, de 24 de marzo, según el cual:

«1. La negociación de un tratado es de la competencia del Ministerio de Asuntos Exteriores.

2. De conformidad con lo establecido en el artículo 10, apartado 5, de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, es de la competencia del Consejo de Ministros autorizar la negociación de un tratado. Corresponde al Ministro de Asuntos Exteriores solicitar la oportuna autorización.»

De este precepto resulta clara la competencialidad *ad hoc*, ostentándose ésta (para decidir, pues, acerca del inicio de la negociación de que se trate) por el Consejo de Ministros, o sea, por el Gobierno (quien deberá fijar los límites y detalles de la misma), competencia que resulta también del artículo 97 CE (artículo sobre el que volveremos cuando aludamos a la normativa constitucional sobre la materia) y correspondiendo al Ministerio de Asuntos Exteriores la llevanza concreta de esta negociación (y a su titular, la función de solicitar la previa autorización para la misma de dicho Consejo de Ministros).

Ahora bien, el aludido Ministro puede llevar por sí mismo todo el peso de la negociación (y ello en méritos de la plenipotencia «legal» que ostenta en aras a lo precisado por los artículos 7.2.a) del Convenio de Viena y 5.a) del Decreto objeto de reflexión) o puede delegar esta función negociadora en otras personas, que pueden serlo, según los casos, las también designadas en el apartado 2.b) y c) del artículo 7 antes dicho y párrafos b) y c) del también mencionado artículo 5 (pudiendo suceder, del propio modo, que tal

negociación la asuma directamente el Presidente del Gobierno, según lo asimismo previsto por dichos artículos).

En aquellas hipótesis en las que la plenipotencia al efecto sea la tácita o legal prevista en el binomio preceptual dicho y la misma no resulte impulsada por el Ministro de Asuntos Exteriores o por el titular del Ejecutivo (o bien se trate de un caso de plenipotencia expresamente conferida), entonces el representante de que se trate deberá atenerse a las instrucciones que reciba tanto del Consejo de Ministros como del Ministro de Asuntos Exteriores, todo ello de conformidad con lo postulado *ad hoc* por el artículo 10 del Decreto que nos ocupa, precepto que fue literalizado con anterioridad.

En relación con esta problemática es de citar la existencia del Real Decreto 632/1987, de 8 de mayo, sobre organización de la Administración del Estado en el Exterior (*BOE* núm. 118, de 18 de mayo de 1987), texto que trasponiendo en parte los apremios internacionalistas de los Convenios de Viena sobre relaciones diplomáticas y consulares de 18 de abril de 1961 y de 24 de abril de 1963, respectivamente (y también innovando *motu proprio*) alude al tema negociador que estamos debatiendo en diversos artículos.

Así, en su artículo 2 se vertebra la Administración del Estado en el exterior a base de la serie de organismos que tal precepto menciona y que son:

- a) Misiones Diplomáticas, para el desarrollo de las relaciones diplomáticas bilaterales.
- b) Representaciones Permanentes y Delegaciones para el desarrollo de las relaciones diplomáticas multilaterales.
- c) Oficinas Consulares para el ejercicio de las funciones consulares.
- d) Instituciones y Servicios de la Administración del Estado en el extranjero.

Tras ello, va llenando de contenido el haz competencial de todos y cada uno de los órganos relacionados, integrándose en el mismo la función de representar al Estado español en aquellos casos en los que se trate de las Misiones Diplomáticas y de las Representaciones Permanentes, definiendo las primeras el artículo 3 y haciendo los propio, respecto a las segundas, el 4, diciendo el primero de ellos, que:

«1. Las Misiones Diplomáticas pueden tener carácter permanente o especial.

2. Las Misiones Diplomáticas Permanentes son las establecidas con carácter representativo por el Estado español ante otro u otros Estados; en este último caso, en régimen de acreditación múltiple y con residencia en uno de ellos.

3. Son Misiones Especiales las que, con carácter representativo y temporal, envía el Estado español ante otro Estado para tratar con él asuntos determinados, o para realizar ante él un cometido determinado, sin perjuicio de enviar una Misión Especial a varios Estados.»

Este precepto (que en lo esencial reproduce la filosofía que acerca de la materia fue incorporada a la antes mencionada Convención de Nueva York sobre las Misiones Especiales) constituye tándem con el 4 del mismo texto normativo (inspirado por la Convención de Viena, también antes mencionada, sobre representaciones de los Estados en sus relaciones con las organizaciones internacionales de carácter universal), que postula al efecto que:

«1. Las Representaciones Permanentes son las enviadas con carácter permanente y representativo por el Estado español ante una Organización internacional. Tendrán el carácter de representaciones de observación cuando el Estado español no fuere parte de dicha Organización.

2. Las Delegaciones son enviadas por el Estado español para participar en un órgano de una Organización internacional o en Conferencia de Estados convocada por una Organización internacional o bajo sus auspicios, pudiendo ser también de mera observación.»

Es evidente que todos los operadores jurídicos portadores de las funciones dichas (salvo los de mera observación) ostentan en el ámbito de sus respectivas competencias las debidas funciones representativas, y por ende, negociadoras, funciones que encajan en el marco de plenipotencia tácita o legal diseñado por los artículos 7 del Convenio de Viena y 5 del Decreto 801/1972, y que en lo tocante a las Misiones Diplomáticas resultan de resignación explícita en virtud de lo precisado al respecto por el artículo 12.c) del Real Decreto objeto de consideración.

En cualquier caso, la plenipotencia negociadora ostentada por los órganos indicados debe consumarse en el marco de subordinación que resulta no sólo del artículo 10 del Decreto 801/1972, sino también del previsto por el artículo 7 del Real Decreto que estamos comentando, precepto que señala literalmente que:

«Todos los Jefes de Misión Diplomática, de Representación Permanente y de Delegación cada uno de los cuales representa al conjunto de la Administración del Estado dependen jerárquicamente del Ministerio de Asuntos Exteriores.»

Concluyo este breve glosario sobre la materia señalando que todo lo dispuesto en el Real Decreto dicho queda excepcionado en determinadas

hipótesis representacionales que son aquellas a las que alude la disposición adicional de dicho texto, según el cual:

«1. La Delegación de España en la Organización del Tratado del Atlántico Norte se regirá por sus disposiciones específicas en cuanto a su organización y dependencia funcional.

2. La representación de España ante las Comunidades Europeas se regirá por lo dispuesto en el Real Decreto 260/1986, de 17 de enero.

c'') Normativa constitucional

En méritos a lo establecido por el artículo 97 del Texto básico, compete al Gobierno la iniciativa en este orden de cuestiones y la concreta encomienda de la praxis negociadora, todo ello como consecuencia de que ambas cuestiones aparecen directamente entrañadas en la dirigencia que dicho precepto establece en favor de dicho Gobierno en todo lo tocante a la política exterior del Estado, diligencia en modo alguno compatible con las Comunidades Autónomas teniendo en cuenta al efecto lo previsto por el artículo 149.1.3 de la propia CE.

En realidad, dejar en manos del Gobierno esta facultad agencial es una cosa absolutamente lógica, siendo así que para el constitucionalismo democrático es este órgano el asunto de las competencias que bajo el régimen constitucional anterior detentaba el Monarca, figura cuyo papel en esta sede, configurado para el día de hoy por el artículo 56 CE, es puramente protocolario y simbólico.

Ello dicho, únicamente se discute si la aludida potencialidad de iniciación y gestoría es absoluta o si la misma se halla mediatizada en alguna medida por una eventual intervención de las Cortes, tema que ha dividido a la doctrina ya que un determinado sector de ella, teniendo en cuenta la literalidad y especificidad del artículo 93 CE, entiende que en lo tocante a los tratados en él mencionados, el Gobierno no puede actuar sin la consiguiente autorización parlamentaria, discurso sustentado, con uno u otro matiz, por M. L. ESPADA, JUSTE PUENTE EGIDO y J. A. PASTOR RIDRUEJO, postura, sin embargo, rechazada por otro importante sector doctrinal, el cual tras rebatir la argumentación de la corriente científica dicha (que se apoya fundamentalmente en que el vocablo «celebración» utilizado por el art. 93 dicho engloba todos los actos constitutivos de la formación de los tratados, incluyéndose, por supuesto, entre los mismos aquellos relacionados con la negociación, y en el dato de que el artículo 94 alude expresamente no a la indicada «celebración» sino a la propia prestación del consentimiento para obligarse, única hipótesis para la que se demanda la autorización de las

Cortes) predica la absoluta libertad negocial del Gobierno en sede de todo tipo de tratados, incluyéndose entre éstos no sólo los de los artículos 94 y 95 sino también los del artículo 93, tesis que basamenta en el hecho de la inconsistencia de los argumentos *a contrario* —la palabra «celebración» es ciertamente de significado multivalente, pero la misma se utiliza en el lenguaje legal de la CE como sinónimo de prestación de consentimiento por parte del Estado, postulación *ad hoc* que acredita asimismo como respaldo *a fortiori* de su propia viabilidad la obviedad de que supondría una incoherencia absoluta el entender dicho vocablo de diferente manera en el ámbito del artículo 93 y en el del 95, siendo así que en este último no cabe duda que el significado de dicha palabra entronca con la acepción restringida dicha, debiendo advertirse del propio modo en lo tocante al presunto carácter autónomo del artículo 93 en relación con el 94, que este no es más que presunto y simple producto de las contingencias del proceso constitucionalizador, aspecto que debate muy acertadamente REMIRO BROTONS en la obra antes dicha, contingencias, en suma, que motivaron una redacción diferente de los artículos 93 y 94 (pese a la existencia en los mismos de una misma identidad filosófica) —.

Ahora bien, la expulsión de las Cortes del propio proceso negociador, concebido de la forma dual expuesta, no implica el que las mismas no tengan algún tipo de intervención en su entorno aunque esta es más bien «política», aspecto del que también se ocupa el meritado autor, cuando en la obra mencionada tras descartar cualquier tipo de protagonismo efectivo de dichas Cortes en los términos indicados pone de relieve, en la página 440 de la misma, que éstas, tomando como escudo de su intervención el artículo 66.2 CE, deben fiscalizar el ejercicio de la acción de gobierno en este ámbito, pudiendo a estos efectos servirse, señala el aludido autor, «de los medios de control político e información puestos a su disposición con carácter general por los Reglamentos parlamentarios para incitar a la negociación y estimularla o, por el contrario, tratar de detenerla o frenarla, poner de evidencia su estancamiento o el torpe manejo de la cuestión por los órganos del Ejecutivo o, simplemente, conocer su estado actual y salir de la ignorancia».

Posiblemente no sea el expuesto sino un pobre remedio que mitigue en la medida de lo posible el destierro de las Cortes del propio proceso negociador —y de su iniciativa— lenitivo cuya virtualidad práctica presenta importantes fisuras, cuestión que tampoco se le escapa al autor dicho, que en la misma obra y página incide en la insuficiencia del programa de intervención expuesto y apunta que «Tal vez se eche en falta la expresión constitucional del deber gubernamental de mantener a las Cortes debidamente informadas de la marcha de una negociación y quepa sugerir la conveniencia de remediar esa carencia a nivel legislativo, pero es en cual-

quier caso evidente que las Cámaras no están a expensas de la beneficencia gubernamental».

En realidad, el aludido control político es el único cauce de expresión de una voluntad fiscalizadora por parte de las Cortes, siendo así que el protagonismo en cuanto a la iniciativa y a la praxis concreta de negociación se hallan por completo en manos del Ejecutivo que ha heredado así pura y simplemente —es decir, sin beneficio de inventario mediatizador— el papel reservado antes en exclusividad a la Monarquía, protagonismo, pues, absoluto, no menoscabado en modo alguno por el papel asignado a las Cortes ni por el que el artículo 56.1 atribuye al Rey (rol, este último, meramente simbólico y protocolario), encomienda hegemónica, la detentada por el Gobierno en esta fase inicial que tampoco puede ser mínimamente sincopada por la eventual intervención del pueblo, siendo así que la iniciativa popular resulta inoperante en estas áreas en virtud del inequívoco tenor del artículo 87.3 de la CE (si bien el art. 92 de la misma permite someter a referéndum «las decisiones políticas de especial trascendencia», entre las que se incluyen ciertos tratados), aptitud operativa que tampoco resulta en absoluto modulada por la potencial actuación en este foro de las Comunidades Autónomas, cuyo papel, en base a lo postulado en el artículo 149.1.3 de la CE (que atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de relaciones internacionales) resulta claramente subordinado y vicario.

En relación con el tema últimamente suscitado —el del papel de las Comunidades Autónomas en el proceso negociador de los Tratados— la atribución exclusiva al Estado de las competencias *ad hoc* fue la sublimación de toda una corriente de opinión de los constituyentes influenciada por la idea obsesiva de erradicar cualquier dimensión internacional de tales Comunidades, criterio que fructificó en el artículo 149.1.3 mencionado, fructificación que dio al traste con todas aquellas enmiendas orientadas a hacer partícipes a dichas Comunidades, de una manera u otra, en el íter negociador que nos ocupa.

De todos modos, esta pretensión, aunque en unos términos muy modestos, rebrotó con cierta fuerza como consecuencia del proceso aflorador de los distintos estatutos de autonomía, ya que en casi todos ellos se alude al tema, objetivando en favor de las Comunidades en cuestión una cierta intervención en el meritado proceso, aspecto al que se refiere GONZÁLEZ CAMPOS en su obra dicha, página 135, señalando literalmente (y efectuando una síntesis de las distintas alternativas operacionales en este foro) que «A este respecto, aunque el artículo 149.1.3 de la Constitución atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de «relaciones internacionales», los textos de ciertos Estatutos de Autonomía, posibilitan expresamente la intervención de las Comunidades Autónomas, con distinta intensidad. En términos generales, existen dos tipos distintos de cláusulas estatutarias:

a) cláusulas de información, como la contenida en el artículo 20.5 del Estatuto de Autonomía para el País Vasco, conforme a la cual el «Gobierno Vasco será informado en la elaboración de los tratados y convenios, si como de los proyectos de legislación aduanera, en cuanto afecten a materias de específico interés para el País Vasco», redacción que se reitera casi literalmente en el artículo 27.5 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, y en el artículo 23.1 del Estatuto de Autonomía de Andalucía; b) junto a las anteriores, existen las que podríamos denominar cláusulas de solicitud de negociación de tratados internacionales por parte de las Comunidades Autónomas, al poder central. Se incluyen en este segundo apartado el artículo 7.2 del Estatuto de Autonomía para Galicia, en el que se afirma que la «Comunidad Autónoma podrá solicitar del Estado español que para facilitar lo dispuesto anteriormente celebre los oportunos tratados o convenios con los Estados donde existan dichas Comunidades», gallegas, a los fines de que puedan ejercer la «galleguidad», expresión muy similar a la existente en el artículo 8, *in fine*, del Estatuto de Autonomía para Asturias respecto de las Comunidades asturianas en el extranjero. De otro lado, el artículo 35.3 del Estatuto gallego señala que la «Comunidad Autónoma Gallega podrá solicitar del Gobierno que celebre y presente, en su caso, a las Cortes Generales, para su autorización, los tratados o convenios que permitan el establecimiento de relaciones culturales con los Estados con los que mantenga particulares vínculos culturales y lingüísticos».

Este es el retablo normativo básico sobre el particular, que no entra por supuesto en ciertos detalles de operatividad, pero que en sí mismo nos oferta una visión lo suficientemente amplia de los perfiles más importantes del diseño estatutario al respecto, repertorio de soluciones (si es que se puede hablar así en este entorno) que no ha satisfecho a la doctrina, siendo un claro exponente de una sostenida posición crítica al respecto el discurso sobre el particular de REMIRO BROTONS, autor que en la obra colectiva dicha, página 443, tras efectuar una síntesis de los apremios normológicos fundamentales sobre el particular, apunta literalmente que:

«Sin duda, se pudo y debió racionalizar la participación de las Comunidades Autónomas en la negociación de los tratados atendiendo a criterios objetivos como su condición fronteriza, archipelágica o costera. Lejos, sin embargo, de la planificación, ha privado la improvisación, así como la aguda sensibilidad a la discriminación de los representantes autonómicos.»

Aceptando la *ratio* global de esta censura, cabe, sin embargo, puntualizar que lo más grave es que el régimen articulado en los distintos Estatutos pueda resultar de una inoperatividad total si por parte del Gobierno no media una decidida vocación autonómica, siendo así que el dispositivo de

participación en la negociación de los tratados instrumentado en los artículos correspondientes depende en última instancia del libre arbitrio de dicho Gobierno en la medida en que este es, *prima facie*, quien deberá decidir si accede a las eventuales peticiones de iniciación deducidas por las Comunidades autonómicas, compitiendo al mismo la valoración —inicial— de si éstas acreditan o no un interés específico al efecto, todo ello a efectos de si se admite o no la pretensión operativa de las mismas en el consiguiente íter negociador o su derecho a recibir información.

En cualquier caso, y con ello cierro este aspecto, tiene mucha razón REMIRO BROTONS, cuando en la obra colectiva antes dicha, página 444, tras efectuar su valoración sobre la pobreza del cauce participativo explicado, apunta, como remate de sus reflexiones al respecto, que «reconocido un interés específico, la información debería ser amplia y ofrecerse antes de la adopción definitiva del texto del tratado, lo que, probablemente, desencadenará una reacción de los órganos de gobierno y representativos de la Comunidad en cuestión susceptible de incidir en la negociación según la estimación que de ella haga el Gobierno. La formulación expresa del Estatuto canario en este sentido cabe entenderla implícita en los demás que prevén el derecho a recibir información».

Por su parte, GONZÁLEZ CAMPOS, en su obra dicha, página 136, tras dibujar el cuadro normativo al que hicimos mérito en las líneas anteriores (constituyente, en suma, del grueso del mecanismo vertebrado al efecto para que las Comunidades autónomas se hagan oír en este foro) aventura las siguientes reflexiones como colofón de su interés por el tema, observaciones que constituyen tanto una síntesis de la adjetividad del sistema estructurado al respecto como de su concreta virtualidad material, y cuyo tenor literal es el siguiente:

«Como puede observarse, en ninguno de ambos casos se exige que los representantes autonómicos participen directamente en la fase inicial de celebración de los tratados, pues la negociación de los mismos compete al Gobierno. En el primer supuesto se reconoce un derecho de información a la Comunidad autónoma, al que corresponde el deber de informar de los órganos centrales del Estado, respecto a las opciones y alternativas de la negociación. En la segunda hipótesis, la facultad del órgano autonómico se limita a una petición, sin que ello implique obligaciones ulteriores del poder central, que decidirá con plenitud de competencias constitucionales si se inicia o no esta primera fase de celebración de los tratados. En todo caso, las cláusulas estatutarias examinadas permitirán en el futuro, si ello se estima aconsejable, una flexibilización en orden a la participación de los representantes de las Comunidades Autónomas en la fase de negociación de los tratados internacionales que afecten a las materias indicadas.»

Como compendio de todo lo alegado, podemos señalar que:

- a) El DI deja en libertad total a los Estados para que sus respectivas normativas internas decidan quiénes son los órganos competentes en orden a la iniciativa y llevanza de la negociación que proceda.
- b) En nuestro ordenamiento doméstico, la atribución competencial que fue efectuada en su día por la LRJAE y el Decreto 801/1972, de 24 de marzo, fue ulteriormente corroborada por la Constitución a través de un doble procedimiento: el de matiz positivo consistente en atribuir al Gobierno de la Nación la gerencia de la «política exterior» (en cuyo seno encaja perfectamente todo lo relacionado con los tratados) y otro de alcance negativo, consistente en no articular en lugar alguno una competencialidad específica al efecto que sustrajere tal negociación del seno del artículo 97.
- c) El ejercicio de la meritada facultad negociadora no aparece en absoluto mediatizada ni por una eventual actuación *ad hoc* del Rey (el art. 56 CE la excluye) ni del pueblo (obviada por el art. 87.3 CE) ni de las Comunidades autónomas (excluida por el art. 149.1.3 CE), ni de las Cortes (dado el silencio que sobre la misma mantiene, tal como hemos advertido con anterioridad, la CE), bloque de exclusiones competenciales en cierta medida paliada, en lo tocante al Rey, por su intervención en el sentido protocolario previsto por el indicado artículo 56, en lo referente al pueblo por su posible llamada a referéndum, según lo estipulado en el artículo 92 CE; en lo que atina a las Comunidades autónomas, de la forma que acabamos de ver y en lo referente a las Cortes, y rechazado su eventual título competencial en el foro de los tratados previstos por el artículo 93 (de conformidad con lo antes postulado) de la manera indirecta o «política» a la que también hicimos alusión en el curso de estas observaciones.

E) MANIFESTACIÓN DEL CONSENTIMIENTO ESTATAL EN OBLIGARSE POR UN TRATADO

a) *Introducción*

Teniendo en cuenta que todo tratado implica el consentimiento en obligarse de las partes en él implicadas, es lógico que esta etapa del proceso formativo del mismo asuma una importancia trascendental, jalón fundacional en cuyo impulso y encauzamiento también se dan cita los ordenamientos domésticos y el internacional, siendo ello una simple consecuencia del desdoblamiento de competencialidades en este foro.

De todos modos, tal duplicación y entrecruzamiento competencial no opera sobre los mismos supuestos, siendo así que el proceso estatal por el que se llega a la meritada prestación del consentimiento para obligarse resulta de estricta obediencia normativa interior, tesis sin embargo que debe filtrarse por el tamiz que supone la existencia del artículo 46 del Convenio de Viena, precepto que comentaremos más tarde, cuando nos refiramos a la eventual patología negocial con incidencia en esta sede.

Siguiendo por idéntica vía expositiva que la utilizada precedentemente en relación con el trámite inicial de la negociación, vamos a referirnos ahora, de forma dual y sucesiva, a la normativa con vigencia en esta área, tanto de procedencia internacional como interna, y en este caso, distinguiendo la subconstitucional de la constitucional.

b) *Normativa internacional ad hoc*

Teniendo en cuenta lo explicado, es decir, que la preceptiva interestatal sólo muestra interés por el proceso *ad extra* del trámite materia de debate, es lógico el *dictum* definitorio que resulta del artículo 2 de la Convención de Viena en su apartado 1.b), según el cual:

«Se entiende por “ratificación”, “aceptación”, “aprobación” y “adhesión”, según el caso, el acto internacional así denominado por el cual un Estado hace constar en el ámbito internacional su consentimiento en obligarse por un tratado.»

De este concepto se desprenden las siguientes conclusiones:

- a) Que el acto de prestación del consentimiento es un «acto internacional», queriendo ello decir que la normativa interna —de eficacia *ad intra*— carece de virtualidad para su regulación y para la atribución de su efectividad (o falta de ella).
- b) Que tal acto sólo interesa en la medida que sea terminal (desdeñándose en el foro internacional la disciplina de su proceso formativo).
- c) Que impera en este orden de cosas el principio de libertad de forma.

Precisamente, esta última conclusión resulta la más llamativa disponiendo la misma de un potente respaldo monográfico en el artículo 11 del propio Convenio de Viena, según el cual:

«Formas de manifestación del consentimiento en obligarse por un tratado.—El consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado podrá manifestarse mediante la firma, el canje de instrumentos que constituyan un

tratado, la ratificación, la aceptación, la aprobación o la adhesión, o en cualquier otra forma que se hubiere convenido.»

Decíamos que el criterio instaurado por los artículos citados resultaba impactante y ello era así porque los mismos venían a consagrar una práctica que trabajosamente había ido ganando consistencia en estas áreas, y que encarnaba en la idea de prescindir del instituto de la «ratificación» como único procedimiento valorable en este campo (siempre atribuyendo a este concepto una dimensión internacionalista, orillando su visión desde el Derecho interno, tema al que nos referiremos más tarde), posibilitando otras formas de prestación del consentimiento por parte de los Estados implicados, aspecto al que se refiere GONZÁLEZ CAMPOS en su obra antes citada, página 137, en la que se lee sobre el particular que «A lo largo del siglo XIX se consideró que la ratificación era indispensable como forma de manifestar el consentimiento en obligarse internacionalmente el Estado. De este modo, en defecto de una estipulación expresa a este fin en el propio tratado, se estima que el mismo debía ser ratificado para su obligatoriedad. La huella de esta concepción, en nuestros días aún se refleja en ciertas constituciones; sin embargo, el desarrollo del derecho convencional, desde finales del siglo pasado, ha modificado profundamente esta situación. De una parte, no debe olvidarse el hecho de que, en la mayor parte de las Constituciones, sólo ciertos tratados exigían la aprobación o ratificación parlamentaria; en segundo término, las exigencias de las relaciones internacionales han hecho que, de forma creciente, se utilicen procedimientos abreviados para obligarse (“firma”, “canje de notas o instrumentos”), registrándose una decadencia del procedimiento de ratificación. Al mismo tiempo han surgido nuevas formas de obligarse internacionalmente, como la “aceptación” o la “aprobación”, de alcance similar a la clásica “ratificación”; y los tratados multilaterales han potenciado la “adhesión”, como forma de obligarse internacionalmente, junto a las anteriores. En definitiva, la práctica internacional nos muestra la existencia de una pluralidad de formas mediante las cuales un Estado puede manifestar su consentimiento definitivo en obligarse por un tratado, correspondiendo a los negociadores, en cada caso particular, elegir el más adecuado.»

En relación con las observaciones que acabo de literalizar, que dan una acabada visión de la evolución experimentada en este foro, tengo que advertir que la alusión que en las mismas se hace a las Constituciones, en cuanto textos impositores del instituto ratificatorio que estamos considerando, debe entenderse siempre en un sentido doméstico y previo —*ad intra*— a la propia ratificación internacional, aunque evidentemente la utilización de este vocablo en las áreas normológicas internas se presta a confusión (cuestión, repito, que retomaremos ulteriormente y a la que alude el autor

citado, cuando en la misma obra y páginas dichas señala que «... en los sistemas políticos democráticos, la “ratificación” o “aprobación” por el Parlamento de un tratado es un acto de Derecho interno que precede a la “ratificación” internacional del acuerdo, y cuya finalidad es autorizar, conforme a la Constitución, al Ejecutivo para que pueda hacer constar en el plano internacional el consentimiento en obligarse por parte del Estado»).

Retengamos, en suma, la pérdida de protagonismo de la «ratificación» internacional y la imposibilidad de su confusión con una eventual ratificación interna, equivalente, en suma, al concreto acto autorizativo que, dimanante de las Cortes democráticas, legitima a los sendos Ejecutivos a prestar el consentimiento para obligarse en virtud del correspondiente tratado.

Volviendo al plano jurisdicente de estricto sometimiento internacionalista, tengo que puntualizar que la batería de hipótesis establecida por el ya indicado artículo 11 del Convenio de Viena acredita el soporte que le es debidamente prestado por los artículos de dichos Convenios 12 y 13, expresivo el primero de ellos en que supuesta la sola firma del plenipotenciario correspondiente implica el consentimiento en obligarse del Estado representado, casos que son, siempre según el indicado artículo 12, los siguientes:

- «a) Cuando el tratado disponga que la firma tendrá ese efecto.
- b) Cuando conste de otro modo que los Estados negociadores han convenido que la firma tenga ese efecto.
- c) Cuando la intención del Estado de dar ese efecto a la firma se desprenda de los plenos poderes de su representante o se haya manifestado durante la negociación.»

A este repertorio de supuestos en los que la exclusiva firma del plenipotenciario de turno equivale a la prestación de consentimiento del Estado concernido se equiparan las hipótesis descritas en el apartado 2 de dicho precepto, según el cual «Para los efectos del párrafo 1: a) la rúbrica de un texto equivaldrá a la firma del tratado cuando conste que los Estados negociadores así lo han convenido. b) La firma *ad referendum* de un tratado equivaldrá a la firma definitiva del tratado si su Estado lo confirma».

El artículo 13, por su parte, viene a precisar en qué eventualidades el consentimiento de los Estados implicados se exterioriza a través del canje de los instrumentos conformativos de su *ratio essendi*, señalando a estos efectos que «El consentimiento de los Estados en obligarse por un tratado constituido por instrumentos canjeados entre ellos se manifestara mediante este canje:

- a) Cuando los instrumentos dispongan que su canje tendrá ese efecto.
- b) Cuando conste de otro modo que esos Estados han convenido que el canje de los instrumentos tenga ese efecto.»

Insistiendo en la idea del canje, en cuanto acontecimiento sobrevenido con ulterioridad a la firma en cuestión determinante de la prestación del consentimiento que nos ocupa, el artículo 16 de la Convención contempla el supuesto en que tal canje no se objetiva sobre los instrumentos constitutivos del tratado, sino sobre aquellos en los que conste la ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, caso en el que, salvo que el tratado disponga otra cosa, tal canje presupondrá la meritada prestación, asimilando tal artículo a estas hipótesis aquellas en las que el susodicho canje sea sustituido por el depósito de los indicados instrumentos en poder del depositario o por la notificación de su existencia a los Estados contratantes o al depositario, si así se hubiere convenido.

El artículo 14 del Convenio contempla, por su lado, aquellos casos en los que la prestación del consentimiento estatal que estamos viendo se entiende consumada no mediante la simple firma o el canje instrumental dicho (en su doble variante) sino a través de la ratificación, aceptación o aprobación, supuestos sujetos a una misma operativa y que es aquella a la que alude el tenor de dicho precepto, que impone tal praxis:

- a) Cuando el tratado disponga que tal consentimiento debe manifestarse mediante la ratificación.
- b) Cuando conste de otro modo que los Estados negociadores han convenido que se exija la ratificación.
- c) Cuando el representante del Estado haya firmado el tratado a reserva de ratificación.
- d) Cuando la intención del Estado de firmar el tratado a reserva de ratificación se desprenda de los plenos poderes de su representante o se haya manifestado durante la negociación.

Completando el capítulo de prescripciones a tener en cuenta en este contexto, el artículo 15 del Convenio atina directa y monográficamente a aquella tesitura (alusiva en exclusividad a los tratados multilaterales) en la que la prestación del consentimiento por parte del Estado que pretende advenir a la posición de «contratante» (según la terminología del antes calendado artículo 2 de dicho Convenio) se materializa mediante la adhesión del mismo, procedimiento que es el normativamente idóneo en la serie de supuestos previstos por dicho artículo y que son, según su tenor literal, los siguientes:

- «a) Cuando el tratado disponga que ese Estado puede manifestar tal consentimiento mediante la adhesión.
- b) Cuando conste de otro modo que los Estados negociadores han convenido que ese Estado pueda manifestar tal consentimiento mediante la adhesión.

- c) Cuando todas las partes hayan convenido ulteriormente que ese Estado pueda manifestar tal consentimiento mediante la adhesión.»

Completando el círculo de posibilidades al efecto, y dejando de lado el tema de la prestación del consentimiento bajo reservas, aspecto que vamos a debatir a continuación, voy a referirme ahora al supuesto descrito en el artículo 17 del Convenio, precepto que se ocupa de la fijación del régimen de asunción parcial del contenido de los Tratados, señalando literalmente que «Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 19 al 23 (relativos al régimen de reservas que veremos a continuación), el consentimiento de un Estado en obligarse respecto de parte de un tratado sólo surtirá efecto si se indica claramente a qué disposiciones se refiere el consentimiento.

2. El consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado que permita una opción entre disposiciones diferentes sólo surtirá efecto si se indica claramente a qué disposiciones se refiere el consentimiento».

A esta última alternativa se refiere GONZÁLEZ CAMPOS en su antes dicho libro, página 138, señalando sobre su alcance que «Debe tenerse en que el consentimiento en obligarse por un tratado se refiere, en principio, a la totalidad de las disposiciones de éste. No obstante, si el propio tratado así lo establece, o las partes convienen en ello, un Estado podrá obligarse parcialmente por un tratado; aunque éste constituye un supuesto no frecuente en la práctica internacional, salvo que el tratado contenga opciones expresas para obligarse por una o todas sus partes (así, el Acta general sobre el arreglo pacífico de controversias internacionales, que regula distintos procedimientos de arreglo, en distintas partes del Acta). En este caso, el consentimiento en obligarse “sólo surtirá efecto si se indica claramente a qué disposición se refiere el consentimiento” (art. 17 del Convenio de Viena de 1969)».

Capítulo importante en este ámbito es el alusivo a la determinación del momento en que se produce la efectiva vinculación estatal, circunstancia que depende de cuál sea el procedimiento seguido para la praxis de ésta. Así, cuando se haya hecho servir a estos efectos la metodología de la firma o el canje de instrumentos, el momento en que tales acontecimientos tengan lugar será el indicativo de aquella vinculación.

Por el contrario, en las restantes eventualidades, el instante en que tal vinculación se produzca será el establecido en el procedimiento seguido *ad hoc*, sucediendo esto concretamente bien cuando tenga lugar el depósito del instrumento de «ratificación», «aprobación» o «adhesión de» que se trate «en poder del Estado u organización designada a estos efectos (cuando se trate de instrumentos multilaterales) o bien, y tratándose de los bilaterales, cuando se notifique la extensión del documento ratificatorio o aprobatorio a la otra parte».

c) *Normativa interna ad hoc*

Ciñéndonos con exclusividad a lo que nos interesa, tengo que señalar que en sede del ordenamiento español, la prestación del consentimiento por parte del Estado español corre la misma suerte que la ya debatida desde áreas internacionalistas, materializándose ésta bien sólo a través de la firma o bien, y partiendo de ésta, mediante el seguimiento de los restantes procedimientos de ratificación y adhesión.

En el primero de los supuestos dichos, que será el idóneo cuando se conciten *ad casum* los presupuestos consignados en el artículo 15 («El consentimiento de España en obligarse por un tratado se manifestará mediante la firma de su representante cuando: a) El Tratado disponga que la firma tendrá dicho efecto o conste de otro modo, o se sobreentienda, que los Estados negociadores han convenido que la firma tenga dicho efecto, y b), el tratado, por la materia objeto del mismo, no requiera la intervención de las Cortes a los fines de lo dispuesto en el artículo 14 de su Ley Constitutiva») del Decreto 801/1972 la vinculación para España se produce por el mero hecho de la firma del instrumento de que se trate, procedimiento cuya operatividad, vista desde la normativa doméstica, presenta la característica de no ser aplicable cuando se demande el apoyo autorizativo conformado por la normativa constitucional, cuestión también tenida en cuenta en relación con la preceptividad anterior a la CE, atinente a esta materia, por el párrafo b) del artículo que acabamos de evidenciar.

El procedimiento encarnado en la idea de la ratificación aparece delineado, en sintonía con los postulados del Convenio de Viena, por el artículo 16 del Decreto 801/1972, precepto que apunta al efecto que «1. El consentimiento de España en obligarse por un tratado se manifestara mediante la ratificación cuando el tratado disponga que dicho consentimiento debe manifestarse mediante la ratificación o conste de otro modo, o se sobreentienda que los Estados negociadores han convenido que se exija la ratificación. 2. Todo tratado ha de ser firmado antes de someterse a la ratificación».

En realidad, para el ordenamiento interno sobre la materia, este es el único procedimiento admisible cuando el contenido del tratado en cuestión sea subsumible en alguno de los supuestos relacionados por la normativa constitucional en sus artículos 93, 94 y 95, ya que es el único en el que independizándose la prestación del consentimiento estatal en obligarse del acto de autenticación permite su toma de valoración, a los efectos pertinentes, por las Cortes, hipótesis que en relación con la legislación preconstitucional sobre la materia fue ya prevista por el artículo 17 del Decreto objeto de constante referencia, precepto que, salvando la alusión que el mismo efectúa a la Ley Constitutiva de las Cortes (que en el momento de

su adopción eran las franquistas), continúa plenamente operativa en el día de hoy, siendo su tenor literal el siguiente:

«1. Cuando el tratado, por la materia objeto del mismo, requiera la intervención de las Cortes, a los fines de lo dispuesto en el artículo 14 de su Ley constitutiva, se deberá establecer en el texto el requisito de la ratificación.

2. Si por las razones que fueren no se estableciere expresamente este requisito, se entenderá que la firma se pone a reserva de ratificación.»

Resulta evidente que con el sistema instaurado por el precepto en cuestión, que, repito, acredita una vigencia que trasciende, con matices, al día de hoy, el Gobierno se halla obligado a efectuar la calificación de los tratados de que se trate, ya que del resultado de este cometido dependerá si el instrumento en cuestión debe o no someterse forzosamente al trámite ratificatorio que estamos viendo o, por el contrario, el mismo es de aquellos en los que la prestación del consentimiento en obligarse procede directamente del Gobierno, circunstancia que permite la utilización de la praxis descrita por el anteriormente transcrito artículo 15.

De seguirse, voluntariamente o en virtud de los requerimientos apuntados, el sistema ratificatorio que estamos considerando, el documento adecuado para la constancia de que ésta ha sido debidamente prestada (prestación que deberá tener en cuenta la normativa constitucional a la que luego nos referiremos especialmente) es aquel del que da noticia el artículo 18.2 del Decreto 801/1972, que atribuye al Ministerio de Asuntos Exteriores el título competencial adecuado para extender «el correspondiente instrumento de ratificación, que será firmado por el Jefe del Estado y refrendado por el Ministro de Asuntos Exteriores».

Una vez emitido éste en debida forma, acaecerá lo prescrito en el apartado 3 del artículo 18 dicho, a cuyo tenor:

«El Ministerio de Asuntos Exteriores adoptará las medidas pertinentes para proceder al canje o al depósito del instrumento de ratificación del tratado.»

El *dictum* de este precepto parte de la base, dada su concreta literalización, de que la ratificación que se hace constar en el documento al que acabamos de hacer mérito requiere la previa intervención autorizativa de las Cortes, ya que si tal no fuese necesario el que debe acreditar vigencia en este foro es el siguiente, según el cual:

«En el supuesto del artículo 16, si por la materia objeto del tratado no se requiriese la intervención de las Cortes, después de firmado el tratado se procederá del modo siguiente:

1. El Ministerio de Asuntos Exteriores extenderá el correspondiente instrumento de ratificación, que será firmado por el Jefe del Estado y refrendado por el Ministro de Asuntos Exteriores.

2. El Ministerio de Asuntos Exteriores adoptará las medidas pertinentes para proceder al canje o al depósito del instrumento de ratificación del tratado.»

La diferencia, pues, que media entre ambos artículos radica simplemente en que en los dos el instrumento que debe tenerse en cuenta a efectos internacionales es el mismo, si bien en la primera de las eventualidades relacionadas, el documento en cuestión no deberá ser emitido sin que conste haberse obtenido previamente el placet instrumentado al respecto por la normativa constitucional, condicionante que no opera en la segunda de las tesituras dichas.

Descartando el análisis de los restantes artículos del Título IV del Decreto materia del análisis (el 20 por haber sido solapado por la normativa contenida en el artículo 155.2 del Reglamento del Congreso, que veremos luego, y el 21 por ser objeto de atención ulterior, concretamente, cuando nos refiramos específicamente al instituto de las reservas) paso a analizar brevemente el contenido del Título VI de dicho Decreto, alusivo a la prestación del consentimiento para obligarse a través del instituto de la adhesión, posibilidad cuya entrada en liza en estas áreas acontece por la vía del artículo 22 del meritado Decreto, según el cual:

«El consentimiento de España en obligarse por un tratado se manifestara por la adhesión cuando:

- a) El tratado disponga que dicho consentimiento puede manifestarse mediante la adhesión o conste de otro modo, o se sobreentienda que los Estados negociadores han convenido que se pueda manifestar mediante la adhesión.
- b) El tratado no haya sido previamente firmado o ratificado por España, según los casos.»

Decíamos que vamos a ocuparnos de este trámite brevemente y ello porque el sistema que resulta de las disposiciones reguladoras del mismo se atiene en su operatividad a las mismas directrices que regulan el esquema de funcionalidad que acabamos de evidenciar, queriendo ello decir que la forma de hacer constar (o sea, la adhesión en el caso de acuerdos multilaterales) es el instrumento antes relatado, o sea aquel que expedido por el Ministerio de Asuntos Exteriores conste en debida forma su adopción, instrumento cuya expedición requerirá o no la previa intervención autorizativa de las Cortes, todo ello en línea con lo que acabamos de

exponer (y con lo que será ulteriormente debatido en otros pasajes de estas observaciones).

De todos modos, conviene precisar de inmediato —en línea con lo puntualizado *ut supra*— que la virtualidad del instituto sólo resulta activable en el seno de la categoría de los tratados multilaterales, y ello es lógico teniendo en cuenta las propias condiciones de negociabilidad de estos en comparación con la que gobiernan la adopción de los bilaterales, cuestión que atina muy bien GONZÁLEZ CAMPOS en su obra dicha, página 145, señalando, respecto de la categoría que acabamos de mencionar, que «Así, respecto de los tratados multilaterales “generales” (cuyo objeto y fin son de interés para la comunidad internacional en su conjunto), éstos deben estar abiertos a la participación de todos los Estados lo que sólo es posible si el consentimiento en obligarse de cada uno de ellos queda salvaguardado mediante la facultad de excluir o modificar, dentro de ciertos límites inherentes al propio tratado, determinadas disposiciones del acuerdo, por la vía de las reservas».

Por el contrario los tratados bilaterales resultan inmunes a la beligerancia de la figura —técnicamente considerada—, todo ello en obsequio a su propia mismidad y genuinas condiciones de concertación, apuntándose esta tesis en la obra referenciada (página 146), en la que se lee al respecto que «Respecto a los tratados bilaterales, la situación es muy distinta, ya se formule una reserva en el momento de la firma o en el de la ratificación de un tratado. En el primer caso, si la reserva no es aceptada por la otra parte, no tendrá lugar el consentimiento definitivo en obligarse; en el segundo, en el mismo supuesto, no existirá canje de ratificaciones, y, de este modo, no se producirá el *consensus* de los Estados contratantes. En ambos casos, la situación resultante tras la formulación de la reserva es la misma: las partes deberán iniciar una nueva negociación, pues aquella equivale a una propuesta que altera el acuerdo inicial de los negociadores, logrado en el momento de la adopción del texto de un tratado».

F) REFERENCIA A LAS «RESERVAS»

a) *Introducción*

El ejercicio del *ius tractatus* por parte de los Estados se adorna en todos sus perfiles de una notable singularidad, y ello tanto desde el plano nomotésico interno (aspecto de la cuestión que será examinada ulteriormente) como desde el internacional, convirtiéndose en un emblema de este evidente particularismo la posibilidad de que los Estados concernidos asuman el contenido de los tratados que celebren excepcionando parte de su contenido,

atribuyendo a esta expresión el más lato y distendido de los sentidos posibles, comprendiendo, pues, dentro de su círculo de posibilidades no sólo —y como precisa muy bien el art. 2.1.d) de la Convención de Viena que define el término— la exclusión lineal de alguna de las estipulaciones del Instrumento excepcionado, sino también cualquier otra modificación de su tenor, bien sea ésta objetiva o funcional.

Ahora bien, teniendo en cuenta que la categoría jurídica sometida a estudio no es ni mucho menos homogénea por lo que se refiere a su composición objetiva y concreto contenido, el instituto de la reserva acredita unas coordenadas de complejidad ciertamente asombrosas, constituyendo el dispositivo normativo que las regula (la sección segunda de la Parte II del Convenio de Viena) el resultado de un alambique preceptual verdaderamente depurado en su operatividad, tal como resulta del propio tenor de los artículos que integran tal conjunto ordinamental.

Puesta de relieve esta complejidad regulativa, y tomando como soporte de lo que voy a decir el concepto de reserva que resulta del antes indicado artículo 2.1.d) de la propia Convención. Voy a transcribir los artículos que en la misma se ocupan de su instrumentación y eficacia.

b) *Normativa internacional sobre el particular*

a') Procedimiento para la beligerancia de las reservas

La activación de éste, que deberá atenerse a los parámetros de funcionalidad que vamos a consignar, resulta factible siempre que no se conciten *ad casum* algunas causas que impiden —en todo o en parte— la misma, supuestos impeditivos que son aquellos a los que se refiere el artículo 19, del Convenio, en sus párrafos a), b) y c).

Así pues, el Estado contratante puede formular reservas al tratado cuyo contenido asuma excepto:

- Que la reserva esté prohibida por el tratado, *ex* párrafo a).
- Que el tratado disponga que únicamente pueden hacerse determinadas reservas, entre las cuales no figure la reserva de que se trate; *ex* párrafo b).
- Que, en los casos no previstos en los apartados a) y b), la reserva sea incompatible con el objeto y el fin del tratado, *ex* párrafo c).

No concurriendo en el caso de que se trate ninguno de los supuestos impeditivos de la virtualidad de las reservas a los que acabamos de hacer mérito, el Estado en cuestión se halla legitimado para su formulación, hecho

que tendrá lugar, tal como predica el indicado artículo 19 del Convenio, en su párrafo inicial, «en el momento de firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o adherirse a él».

Ahora bien, dada la trascendencia que acreditan las reservas en este foro, en cuanto declaraciones de voluntad oportunamente excepcionadoras del común obligacional afluído por el tratado de que se trate, la aludida formulación, es decir, la emisión de voluntad *ad hoc* debe efectuarse (al igual que su eventual aceptación expresa y objeción) de forma escrita, exigencia impuesta por el artículo 23.1 del Convenio, según el cual «La reserva, la aceptación expresa de una reserva y la objeción a una reserva habrán de formularse por escrito y comunicarse a los Estados contratantes y a los demás Estados facultados para llegar a ser parte en el tratado».

Y no sólo ello, sino que implicando la formulación de la reserva una auténtica alteración del grueso obligacional ya negociado, adoptado y autenticado, la formulación de la misma queda sometida a los severos trámites a los que alude, respecto a su correcta vertebración, el apartado 2 del articulado meritado *ut supra*, según el cual «La reserva que se formule en el momento de la firma de un tratado que haya de ser objeto de ratificación, aceptación o aprobación, habrá de ser confirmada formalmente por el Estado autor de la reserva al manifestarse su consentimiento en obligarse por el tratado. En tal caso se considerará que la reserva ha sido hecha en la fecha de su confirmación».

Recapitulando. En primer lugar, y salvo que el tratado acuñe alguna de las hipótesis impeditivas relacionadas por el artículo 19 del Convenio, todo Estado puede obligarse formulando las pertinentes reservas, que deberán ser emitidas tempestivamente y bajo los módulos operacionales a los que se refiere el artículo 23 de dicho Convenio.

Una vez formulada en debida forma la reserva de que se trate, ésta deberá o no ser aceptada por los otros Estados contratantes, y cuando éstos acrediten el derecho de asentar o rehusar tal aceptación, entrará en juego el régimen que se conforma al efecto por los artículos 20 y 23.3 del Convenio.

Para la recta comprensión de esta problemática debemos poner de manifiesto en primer término la absoluta hegemonía que en este orden de cosas acredita el principio de la autonomía de la voluntad.

Efectuada esta advertencia, vamos a distinguir los siguientes supuestos:

- a) Aquellos en los que la efectiva operatividad de la reserva no requiere aceptación por parte de los otros Estados.
- b) Los absolutamente opuestos, es decir, cuando tal aceptación debe dimanar de todos los Estados contratantes.
- c) Supuestos fronterizos entre los dos extremos anteriores.

Veamos, no se requiere ningún tipo de aceptación en la eventualidad delineada por el artículo 20.1 del Convenio, según el cual «Una reserva expresamente autorizada por el tratado no exigirá la aceptación ulterior de los demás Estados contratantes, a menos que el tratado así lo disponga».

Se requiere la aceptación por parte de todos los Estados concernidos en el caso descrito por el apartado 2 del indicado artículo 20, según el cual «Cuando del número reducido de Estados negociadores y del objeto y del fin del tratado se desprenda que la aplicación del tratado en su integridad entre todas las partes es condición esencial del consentimiento de cada una de ellas en obligarse por el tratado, una reserva exigirá la aceptación de todas las partes».

No se demanda, por el contrario, tal rigurosidad en los casos dibujados por los apartados 3 y 4 del precepto que estamos literalizando, alusivo el primero al caso especial de que por la vía del tratado que se excepcione se erija una organización internacional y referente al segundo a las hipótesis de tratados que no encajen en el marco de rigidez trazado por el antes meritado apartado 2 (del precepto en cuestión), señalando literalmente el aludido apartado 3 que «Cuando el tratado sea un instrumento constitutivo de una organización internacional y a menos que en él se disponga otra cosa, una reserva exigirá la aceptación del órgano competente de esa organización».

Por su lado, el apartado 4 (asimismo mencionado con anterioridad) señala literalmente que:

«En los casos no previstos en los párrafos precedentes y a menos que el tratado disponga otra cosa:

- a) La aceptación de una reserva por otro Estado contratante constituirá al Estado autor de la reserva en parte en el tratado en relación con ese Estado si el tratado ya está en vigor o cuando entre en vigor para esos Estados.
- c) Un acto por el que un Estado manifieste su consentimiento en obligarse por un tratado y que contenga una reserva surtirá efecto en cuanto acepte la reserva al menos otro Estado contratante.»

Prescindiendo del detalle concreto del tenor de los pasajes normativos que acabo de transcribir en cuanto expresivo de diferencias de matiz operacional en sus sendos ámbitos de regulación, lo que me interesa resaltar ahora es que cuando medie la aceptación de la reserva formulada por al menos otros Estados (de los varios implicados en el Tratado en cuestión) ésta despliega toda su eficacia.

Lo contrario de la aceptación es la objeción que en su caso pudiere formular el Estado (o Estados concernidos), acto vehiculizador de la oposi-

ción de dicho Estado (o Estados) a la admisión de la reserva (o reservas) formuladas que constituye una categoría que presenta perfiles peculiares, singularidad que se hace patente, en primer término, por su propia virtualidad, y ello porque en base a todo lo postulado la aludida objeción sólo acredita una eficacia relativa ya que la misma se contrae con exclusividad a las relaciones entre el Estado emisor de la reserva y el objetor de la misma, pero no impide la eficacia general del tratado de que se trate, virtualidad relativizada que por otra parte sólo entrará en juego cuando la formulación de dicha objeción resulte clara sobre el particular, exigencia que se hace ostensible del *dictum* del apartado 4.b) del artículo 20 que estamos analizando, según el cual «la objeción hecha por otro Estado contratante a una reserva no impedirá la entrada en vigor del tratado entre el Estado que haya hecho la objeción y el Estado autor de la reserva, a menos que el Estado autor de la objeción manifieste inequívocamente la intención contraria».

De este precepto se deduce:

- a) Que sea cual fuese el tenor de la pluricitada objeción, ésta no tiene entidad suficiente para impedir la entrada en vigor del tratado y la inserción en el mismo del Estado que haya formulado la reserva objetada.
- b) Que en ocasiones ni siquiera cortocircuita la vinculación obligacional resultante del tratado entre el Estado que formuló la reserva y el que la objetó.

De todos modos, ambos corolarios del tenor del apartado que acabamos de transcribir quiebran y es cuando la objeción considerada sea explícita en los términos impositivos dichos y provenga de todos los Estados implicados excepto, claro está, del que formuló la reserva, situación en la que por no concitarse el supuesto previsto en el apartado 4.a) del mismo artículo 20 el Estado que enunció dicha reserva no será considerado parte del tratado en cuestión.

No concluye aquí el capítulo de singularidades que rodean el instituto, siendo destacable en este sentido el que el Convenio de Bruselas prime la aceptación de las reservas estableciendo al efecto un sistema de silencio positivo (que obliga correlativamente a objetar de forma expresa), todo ello en virtud de lo que sobre el particular indica el artículo 20.5 de dicho Convenio, según el cual:

«Para los efectos de los párrafos 2 y 4, y a menos que el tratado disponga otra cosa, se considerará que una reserva ha sido aceptada por un Estado cuando éste no ha formulado ninguna objeción a la reserva dentro de los doce meses siguientes a la fecha en que haya recibido la notificación

de la reserva o en la fecha en que haya manifestado su consentimiento en obligarse por el tratado, si esta última es posterior.»

Queda claro el sistema que, repito, opera en favor de la aceptación de las reservas formuladas por los Estados, siendo así que mientras que ésta puede ser expresa o tácita, la objeción debe ser siempre expresa.

Ahora bien, este régimen diferencial se sustituye por uno unitario cuando la aceptación es expresa, ya que en tal caso ambos supuestos quedan enmarcados en el mismo régimen diseñado por el artículo 23.3 del Convenio, según el cual «La aceptación expresa de una reserva o la objeción hecha a una reserva anterior a la confirmación de la misma, no tendrán que ser a su vez confirmadas».

b') Eficacia jurídica de las reservas

Sintéticamente alude a este punto el precepto que ofrece su conceptualización, es decir, el artículo 2.1.d) del Convenio de Viena, cuando habla de «excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación en ese Estado», compendio de virtualidad cuyo detalle aparece aprontado por el artículo 21 de dicho Convenio, precepto que regula conjuntamente el alcance de la aceptación de dichas reservas y del régimen de objeción de las mismas, prescribiendo literalmente que:

«1. Una reserva que sea efectiva con respecto a otra parte en el tratado de conformidad con los artículos 19.20 y 23:

- a) Modificará con respecto al Estado autor de la reserva en sus relaciones con esa otra parte las disposiciones del tratado a que se refiera la reserva en la medida determinada por la misma.
- b) Modificará en la misma medida esas disposiciones en lo que respecta a esa otra parte en el tratado en sus relaciones con el Estado autor de la reserva.

2. La reserva no modificará las disposiciones del tratado en lo que respecta a las otras partes en el tratado en sus relaciones *inter se*.

3. Cuando un Estado que haya hecho una objeción a una reserva no se oponga a la entrada en vigor del tratado entre él y el Estado autor de la reserva, las disposiciones a que se refiera ésta no se aplicarán entre los dos Estados en la medida determinada por la reserva.»

c') Retiro de las reservas y de sus objeciones

Prosiguiendo con el escandallo de especialidades a resaltar en este foro, el artículo 22 del Convenio de Viena compone una pieza normativa sobre el particular cuyo tenor literal es el siguiente:

«1. Salvo que el tratado disponga otra cosa, una reserva podrá ser retirada en cualquier momento y no se exigirá para su retiro el consentimiento del Estado que la haya aceptado.

2. Salvo que el tratado disponga otra cosa, una objeción a una reserva podrá ser retirada en cualquier momento.

3. Salvo que el tratado disponga o se haya concebido otra cosa:

- a) El retiro de una reserva sólo surtirá efecto respecto de otro Estado contratante cuando ese Estado haya recibido la notificación.
- b) El retiro de una objeción a una reserva sólo surtirá efecto cuando su notificación haya sido recibida por el Estado autor de la reserva.»

De este retablo normativo se desprenden las siguientes ideas clave:

- a) La vigencia absoluta en este ámbito del principio de la autonomía de la voluntad.
- b) El derecho absoluto del Estado que efectuó la reserva y del objetor para retirar en cualquier momento una y otra.
- c) La no necesidad de que el interesado pasivo de la reserva u objeción preste ningún tipo de consentimiento.
- d) La configuración de la notificación de la retirada de una y otra con carácter condicionante de su eficacia.

c) *Normativa interna sobre el particular*

El Decreto 801/1972, de 24 de marzo, es sumamente parco en su regulación del instituto limitándose a exigir su constancia por escrito, cumplimiento que resulta del tenor de sus artículos 21 y 27, el primero operativo cuando la prestación del consentimiento para obligarse toma cuerpo a través del consiguiente instrumento de ratificación, y el segundo, cuando tal acontece por la vía adhesiva antes meritada, siendo el tenor literal de tales preceptos el siguiente:

«1. El instrumento de ratificación/adhesión contendrá el texto de las reservas o declaraciones formuladas por España, así como también, en su caso, las objeciones hechas por España a las reservas formuladas por otros Estados contratantes.

2. El instrumento de ratificación/adhesión a un tratado que afecte a materias cuya regulación sea competencia de las Cortes deberá consignar expresamente el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 14 de su Ley constitutiva.»

En relación con el primero de los apartados transcritos, GONZÁLEZ CAMPOS, en su obra dicha, página 147, señala literalmente que «La forma escrita es explicable en cuanto que la reserva, así como los demás actos señalados, constituyen manifestaciones del consentimiento del Estado en obligarse por el tratado. El Decreto de 24 de marzo de 1972 ha recogido este extremo, estableciendo en los artículos 21 y 27 que el instrumento de ratificación o de adhesión de un tratado respecto del cual España manifiesta su consentimiento en obligarse “contendrá la reserva o declaraciones formuladas por España, así como también, en su caso, las objeciones hechas por España a las reservas formuladas por otros Estados contratantes”. La exigencia de comunicación a los Estados interesados se justifica, entre otras razones, por la posibilidad de aceptación tácita de una reserva, establecida en el artículo 20, párrafo 5 del Convenio».

En lo tocante al segundo apartado del artículo que acabamos de transcribir, el mismo asienta su *ratio* en la existencia de dos categorías de tratados por lo que afecta al proceso de su efectiva asunción estatal. En la primera de ellas, el Gobierno es soberano para decidir su conclusión sin tener que demandar ningún tipo de autorización a las Cortes, hipótesis en la que podrá efectuar, *motu proprio*, las reservas que estime oportunas, eventualidad admisible en relación con la segunda categoría, sometándose la misma al régimen diseñado por dicho apartado 2. sí bien, presentemente, el mismo queda modulado por lo previsto al efecto en el Reglamento del Congreso en los términos que luego expondremos.

5. PROCESO DE CELEBRACION DE LOS TRATADOS A LA LUZ DE LOS PLANTEAMIENTOS DE LA CE

A) INTRODUCCIÓN

Hasta aquí nos hemos ocupado del tema, emitiendo opiniones propias y endosando o divergiendo de ajenas, desde netas trincereras ordinamentales internacionales si bien con livianas disgresiones hacia lo doméstico.

A partir de ahora, y siempre teniendo en cuenta el excursus sobre la dualidad competencial (interna e internacional) que resulta constatable en este foro (y cuyo punto de encuentro o eventual desencuentro acredita como referente máximo el artículo 46 del Convenio de Viena que veremos luego)

voy a aludir al proceso formativo de los instrumentos en trance de consideración desde estrictas estrategias constitucionales, aspecto que en un alarde de síntesis aparece tomado en consideración, en un enfoque de máxima globalidad, por GONZÁLEZ CAMPOS en su obra dicha, página 139, en la que puede leerse que «Los aspectos fundamentales del actual sistema constitucional español en materia de “celebración de tratados”, en la fase final de este proceso, se articulan en torno a la delimitación de competencias que la Constitución establece entre los tres órganos del Estado que pueden intervenir en la manifestación del consentimiento en obligarse por un tratado: el Gobierno, las Cortes y el Rey; con la participación, en el supuesto del artículo 95, del Tribunal Constitucional, así como la intervención consultiva del Consejo de Estado, en la forma que dispone el artículo 22 de su Ley Orgánica».

Vemos, pues, que en el espectro operacional con beligerancia en este ámbito ofician todos los autores máximos del quehacer (ordinario o excepcional) diseñado por la CE, protagonistas que, unas veces, son los mismos que antaño (caso del Ejecutivo, del Poder legislativo y de la Corona) y otras veces su aparición en escena carece de precedentes (supuesto del Tribunal Constitucional), determinando la actuación de todos ellos la conclusión de los tratados que estamos viendo en unas condiciones de orquestación más o menos armónicas.

Decíamos que los intervinientes en el proceso conclusivo de los tratados son, salvo el Tribunal Constitucional, los mismos que en el pasado, aseveración que debemos acompañar con la puesta de manifiesto que sus sendos papeles han evolucionado de forma notable con el tiempo y que el anterior protagonista supremo (la Monarquía) asume en la actualidad un papel meramente protocolario, detentando por el contrario las máximas competencias en este orden de cosas las Cortes, en cuanto titulares del Poder legislativo, trueque de roles impulsado en gran medida por el proceso democratizador que ha encarnado en las Constituciones del día de hoy.

En este orden de ideas es de resaltar la novedad que supone el que el TC, en cuanto intérprete supremo de la Constitución y custodio máximo de sus esencias, pueda ser llamado a poner coto a las eventuales infracciones de sus pedimentos con motivo de la celebración de los tratados, actuación posibilitada por la vía de considerar a éstos materia de eventuales recursos y cuestiones de inconstitucionalidad (al igual que la ley) y de instrumentar para los mismos un dispositivo preventivo, a todas luces excepcional en tanto en cuanto la ley queda sustraída del mismo, a fin de evitar la incidencia del supuesto en hipótesis de inconstitucionalidad, todo ello como consecuencia de la erección de un dispositivo normativo *ad hoc* que tiene como exponentes definitivos los artículos 95.2 y 161.1.d) de la CE y 27.2.c) y 78 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, preceptos que serán debidamente comentados con ulterioridad.

Este interés de la CE por el tema no es sino una constatación de la trascendencia de la figura sujeta a consideración, en su doble vertiente normológica: la externa y la interna, categoría que con el tiempo ha ganado en importancia (dado lo creciente de las relaciones internacionales de todo tipo), figura que ha tenido que hurtarse en parte del exclusivo control del Ejecutivo (heredero en esta área de las prerrogativas *ad hoc* titularizadas por la Corona), hurtamiento materializado en la asunción de las consiguientes competencias por parte del Poder legislativo, facultades, sin embargo, que en modo alguno pueden trasvasar los propios apremios constitucionales de la CE, en su doble consideración de norma básica, primaria o de reconocimiento, en cuyo espejo deben mirarse todas las demás en lo tocante a sus respectivos procesos de afloración y de norma fundamental material aportadora de los criterios rectores básicos sustantivos en un sinnúmero de cuestiones, de entre las que sobresalen aquellas que apuntan a los derechos básicos, trasvasamiento cuya producción se tratara de evitar a través del recurso constitucional preventivo y que de consumarse será corregido mediante la eventual actuación reparadora del propio Tribunal Constitucional, cuya jurisdicción se extenderá, pues, al conocimiento de las hipotéticas infracciones constitucionales extrínsecas o intrínsecas cometidas en el curso del proceso conclusivo del tratado enjuiciado.

Esta es, en síntesis, la descripción del íter constitucional en este entorno, metodología que trata de dar cauce a la especificidad que supone la aparición en el cosmos jurídico del instituto sometido a debate y que si bien implica un evidente remozamiento de criterios ya desfasados, no evita la existencia en su seno de posibles disfunciones y de severos interrogantes en cuanto a su concreta operatividad tal como de inmediato vamos a ver.

B) PAPEL DEL GOBIERNO AL EFECTO

a) *Idea general*

Comoquiera que su papel no es unitario sino que depende de qué tipo de tratado se trate, considero imprescindible, a fin de lograr la máxima coherencia y exhaustividad expositiva, literalizar el retablo normativo de donde resulta el grueso de la doctrina preceptual con beligerancia en este foro, doctrina cuya trama es la resultante de los artículos integrantes del Capítulo III («De los Tratados Internacionales») del Título III («De las Cortes Generales») de la CE, artículos que van del 93 al 95, siendo el tenor del primero de ellos el siguiente:

«Mediante ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejer-

cicio 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.»

Por su parte, el artículo 94 CE apunta, también literalmente, que:

«1. La prestación del consentimiento del Estado para obligarse por medio de tratados o convenios requerirá la previa autorización de las Cortes Generales, en los siguientes casos:

- a) Tratados de carácter político.
- b) Tratados o convenios de carácter militar.
- c) Tratados o convenios que afecten a la integridad territorial del Estado o a los derechos y deberes fundamentales establecidos en el Título I.
- d) Tratados o convenios que impliquen obligaciones financieras para la Hacienda Pública.
- e) Tratados o convenios que supongan modificación o derogación de alguna ley o exijan medidas legislativas para su ejecución.

2. El Congreso y el Senado serán inmediatamente informados de la conclusión de los restantes tratados o convenios.»

A su vez, el artículo 95 CE apunta, asimismo de forma literal, que:

«1. La celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional.

2. El Gobierno o cualquiera de las Cámaras puede requerir al Tribunal Constitucional para que declare si existe o no esa contradicción.»

Este es el haz de preceptos a tener en cuenta en el tratamiento analítico de los títulos competenciales que en orden a la conclusión de los tratados pueden-deben esgrimir tanto el Gobierno como las Cortes, acervo preceptual que debe sintonizarse con lo postulado por el artículo 97, también de la CE, del que resulta la encomienda al Gobierno de la dirección de la política exterior del Estado, núcleo de dirigencia en el que resulta perfectamente entrañable la parcela ejercitativa del *ius tractatus* conferido al Estado.

Teniendo a la vista el reparto de papeles que resulta del bloque de preceptos dichos, podríamos aludir a su significado bien desde una perspectiva unitaria, analizando de forma conjunta el rol asignado por ellos al Gobierno y a las Cortes o bien estudiando separadamente el protagonismo de los mismos, sistema que voy a seguir para mayor claridad expositiva

aunque siempre reconociendo que tal separación nunca puede ser tajante en base a que en realidad del conjunto ordinamental dicho lo que resulta evidente es un encargo de colaboración entre el Ejecutivo y las Cortes, en este ámbito de competencias evidencia que impone una tilde de cautela en lo que se refiere al análisis diferenciado de los indicados papeles.

Como ya apuntamos con anterioridad, el protagonismo del Ejecutivo en las áreas negociadoras era absoluto, sin perjuicio de que en el desarrollo de esta tarea pudieren existir controles de carácter predominantemente político.

Una vez adoptado y autenticado el texto del tratado objeto de la negociación, el papel del Gobierno continúa siendo absolutamente prevaleciente, siendo así que la actividad que podría considerarse homologa en esta sede a la iniciativa legislativa propia de las áreas de la producción de normas con rango de ley también se halla por completo en manos del Ejecutivo, careciendo de ningún tipo de competencias al efecto ni las Comunidades Autónomas, ni las Cortes ni el pueblo, a diferencia de lo que acontece con el aludido procedimiento de promulgación de leyes, íter en el que acreditan habilidades al efecto no sólo el Gobierno sino también el Congreso, el Senado, la Asamblea de las Comunidades autónomas y el indicado pueblo, *ex* artículo 87 CE.

Y no sólo ello, sino que también es de señalar que instrumentada la intervención autorizativa de las Cortes en apelación a un neto criterio *rationae* materia encarnado en la inserción en los artículos 93 y 94 de un listado de hipótesis a considerar, el lógico complemento de este dispositivo constitucional es el de la previa calificación del tratado a autorizar, calificación (cuya competencia también resulta atribuida en exclusividad al Gobierno) que debe operar en aras al contenido del mismo y que determinara su no subsunción en el aludido listado o la alternativa contraria, disyuntiva que por su importancia merece un tratamiento diferenciado que efectuaremos luego.

No quiero concluir este apunte introductorio sin poner de relieve el hecho de que para la Constitución, el rol del Ejecutivo en estas áreas continúa siendo de una importancia extraordinaria y no sólo por lo que acabo de mencionar en relación con la negociación de los tratados y la praxis de la solicitud de autorización al efecto (cuando ésta sea imprescindible) sino porque en todo caso el Gobierno es quien emite la declaración de voluntad estatal para obligarse por medio del instrumento en cuestión y ello no sólo cuando pueda hacerlo por su propio imperio (hipótesis que se da cuando el tratado no encaja en ninguno de los casos en los que según la preceptiva constitucional se requiere una ley de reforma de la propia CE o una autorización explícita al efecto) sino en todo evento, es decir, cuando tales complementos de capacidad o previa modificación constitucional se demanden.

Podría pensarse que lo expuesto es una cuestión teórica y profesoral, pero entiendo que no es así y ello porque de lo explicado se pueden extraer importantes consecuencias prácticas.

Así, y del hecho de que la aludida intervención gubernativa resulta imprescindible y de trascendencia extrema se deriva el que en aquellos casos en los que ésta no haga acto de presencia o existan graves deficiencias procedimentales en su tramitación el tratado adoptado sólo sería una apariencia del mismo, adoleciendo en su calidad de tal de una insanable nulidad absoluta. Por el contrario, si tal intervención gubernativa ha tenido lugar, el tratado que se haya convenido sin la intervención de las Cortes podrá adolecer de lo que REMIRO BROTONS, en la obra colectiva aludida, página 544 califica de «inconstitucionalidad extrínseca», es decir, de la que aflora cuando se han infringido los preceptos de la CE que actúan como normas primarias o de reconocimientos, es decir, aquellos que tutelan la producción (escalonada) de las normas, o como señala el autor citado, cuando se hayan vulnerado «los preceptos constitucionales —y de los que no siéndolo, se integran en el denominado bloque de constitucionalidad— que ordenan la participación de los distintos poderes del Estado en la celebración de los tratados internacionales».

En este supuesto de «inconstitucionalidad extrínseca» máxima (y utilizo este calificativo para separar el caso del anterior en el que la vulneración de las normas constitucionales se arroja del arquetipo de la hipérbole) la solución no sería la de demandar la nulidad absoluta del tratado emergido, sino la de la relativa, declarable sólo por la vía de la intervención reparadora del Tribunal Constitucional, caso en el que encaja perfectamente el supuesto con que el autor citado ejemplifica su aseveración al efecto. «Piénsese —señala el mismo—, por ejemplo, en que el Gobierno, sin autorización de las Cortes, concierte un tratado encuadrable en uno de los apartados del artículo 94.1 de la Constitución, o en que se preste el consentimiento a un tratado de los previstos en el artículo 93 sin que la autorización se formalice mediante ley orgánica».

Ciertamente —y *a priori*— resultaría atendible la postura que en relación con los casos últimamente objetivados propusiese la solución que yo he reservado para las hipótesis de cataclismo procedimental, es decir, cuando el producto que se pretende hacer valer como tratado no ha sido sancionado por el Gobierno, pero siempre y cuando constase palmariamente la rebeldía de éste a conseguir la autorización obviada, solución, sin embargo, en modo alguno ausplicable cuando tal intervención se margina en virtud de la previa «calificación» *ad hoc* del propio Gobierno, hipótesis en la que aun cuando tal calificación fuese manifiestamente errónea únicamente cabría la anulación del Tratado en cuestión por la vía del enjuiciamiento constitucional antes apuntado.

En relación con esta problemática, lo que procede resaltar ahora (aun cuando la cuestión resurgirá ulteriormente) es que el ejercicio del *ius tractatus* por parte del Ejecutivo se arroja de unos caracteres de singularidad realmente notables y de muy difícil entendimiento atendiendo a los patrones de jerarquía y competencialidad al uso, siendo así que estos referentes conceptuales cuya entrada en juego resulta esencial para el correcto desenvolvimiento de la teoría normativa sólo acreditan una virtualidad muy limitada cuando de lo que se trata es de precisar el papel asignado al tratado en el marco ordinamental interno del Derecho español (tema que abordaremos con ulterioridad).

Lo que nos interesa remarcar ahora es que de *excursus* competencial que vamos a iniciar, no se puede extraer ninguna consecuencia coherente en relación con esta problemática, ya que, en puridad, todos los tratados son «gubernamentales», y por ello, procediendo su íntegra globalidad del mismo orden competencial, todos ellos acreditan idéntico rango jerárquico, aseveración de la que es un lógico corolario el que no pueda interpretarse el nomenclator consignado en los artículos 93 al 95 CE en clave de jerarquía, ya que ni siquiera el aspecto formal más sobresaliente de esta condición (el relativo a la inmunidad de unos productos jurídicos a resultar derogados por otros posteriores contradictorios) opera en este foro, siendo así que los indicados tratados quedan totalmente al margen de la teoría general derogatoria, considerada ésta en su inteligencia normal.

Ahora bien, tampoco el principio de competencia opera en plenitud en esta sede, ya que para que así sucediese sería indispensable desapoderar en algunos casos de todas sus facultades gestorias al Gobierno, desapoderamiento que no se produce en modo alguno siendo así que éste, incluso cuando *ratione materiae* necesite el complemento de capacidad que le es ofertado por la intervención *ad casum* de las Cortes, continúa desempeñando importantes funciones al respecto, razón que determina el que tal principio competencial sólo actúe de forma limitada, y absolutamente tonalizada, en estas áreas.

Que esto es así, y que el rol del Gobierno, en sede incluso de los tratados incluidos en el escandallo especial de posibilidades resulta decisivo lo demuestra suficientemente no sólo lo expuesto sino también el dato de que una vez conseguida la autorización para actuar, el Gobierno puede hacer caso omiso de la misma, es decir, puede dejar de prestar el consentimiento para obligar al Estado cuya autorización se demandó y se obtuvo, tema muy bien debatido por REMIRO BROTONS en su libro antes dicho, página 155, en el que puede leerse sobre el particular que:

«La intervención de las Cámaras es vinculante a un solo efecto. La denegación de la autorización bloquea el camino del tratado hacia su per-

feccionamiento; la concesión no supone, en cambio, que ese camino haya de ser forzosamente recorrido. Las Cortes poseen un derecho de veto sobre la conclusión en la medida en que ésta no es válida sin su autorización; pero obtenida la autorización, la conclusión no es jurídicamente forzosa. Es el Gobierno quien, en última instancia, decide según su criterio sí y cuándo manifestar el consentimiento del Estado.»

Siendo ello así, es decir, compitiendo al Gobierno el ejercicio del *ius tractatus*, o sea, la posibilidad de obligar internacionalmente al Estado en todo caso (aunque con la autorización de las Cortes en determinados supuestos), se plantea la cuestión de la naturaleza jurídica de la intervención de éstas, tema que también podría ser debatido cuando aludamos monográficamente a su papel en este foro, pero que preferimos analizarlo ahora porque su estudio sirve en gran medida para una cabal comprensión de las facultades *ad hoc* del Gobierno.

Si se hubiera pretendido minimizar el papel de éste en el foro metodológico objeto de observación, los constituyentes podían haber ubicado el grueso competencial en el potencial operativo de las Cortes, en cuyo caso el Gobierno se hubiera convertido en un simple transmisario mecánico de la encomienda proveniente al efecto de las mismas, sin facultad alguna para dejar de hacer lo ordenado por éstas, hipótesis en la que una vez convenida parlamentariamente la asunción obligacional del tratado en cuestión, el Gobierno quedaba totalmente incapacitado para dejar de hacer lo previamente aprobado. Si, por el contrario, y en una relación absolutamente de adverso con la descrita, se hubiera pretendido optimizar las funciones del Gobierno se hubiera optado por confinar la virtualidad de la autorización discernible por las Cortes a la entrada en vigor internacional o interna del tratado, siempre partiendo de que el mismo hubiese sido ya legítimamente asumido en toda su integridad en aras a la estricta actuación gestoria del Gobierno.

Ambas posibilidades quedaron en el tintero y la que prosperó fue la intermedia, que es aquella que entraña su ratio en la idea del complemento de capacidad, sin cuya concurrencia *ad casum* el tratado celebrado, si bien no nulo, adolece de un vicio de validez que, debidamente enjuiciado por el Tribunal Constitucional, puede dar lugar a su ulterior anulación, tesis, en suma, que es la meritada por REMIRO BROTONS, que en su obra dicha, página 152, tras aludir a las dos hipótesis antes enumeradas, señala que «La Constitución española de 1978 se ha inclinado por sujetar la conclusión, no de todos, pero sí de las amplias categorías de tratados tipificados en los artículos 93 y 94.1, a la autorización de las Cortes. Configurada como condición de validez de la prestación del consentimiento del Estado desde una perspectiva constitucional internacionalmente relevante y no como una

mera condición de su entrada en vigor internacional o de su eficacia interna. Su planteamiento ha sido acertado tanto política como técnicamente».

Vemos, pues, lo favorable de la valoración emitida por dicho autor, quien asimismo se encarga a seguidas de explicitar las razones de su emisión, así políticas como técnicas, binomio del que nos interesa ahora sólo el último de sus componentes, constituyendo la razón de ser de tal juicio positivo el hecho de que en la Constitución se obviarán expresiones equívocas, ciertamente de uso generalizado en otros foros, tales como los de aprobación o ratificación, términos cuya eventual utilización en este entorno genera severos interrogantes acerca de su significado en el mismo, tema al que destina el autor citado, en su dicha obra, página 155, la siguiente reflexión literal. «Estas expresiones (las que acabamos de barajar, es decir, las de aprobación y/o ratificación) originan confusiones porque: 1) favorecen la creencia errónea de que son las Cortes las que aprueban o ratifican en el orden internacional el tratado, esto es, manifiestan el consentimiento del Estado mediante la aprobación o la ratificación; y, 2) no aclaran, sino todo lo contrario, el momento de la intervención de las Cortes —y previo, no posterior a la conclusión—, pues ratificar es, en el uso lego y vulgar del lenguaje, «aprobar o confirmar actos, palabras o escritos».

b) *Especial alusión a la calificación de los tratados*

En esta especie de instrumento de precisión en que se ha materializado la intervención competencial de los poderes del Estado en el ámbito de la prestación del consentimiento para obligarse por vía de tratado resulta evidente que la operatividad del sistema de lista positiva entronizado por la preceptiva *ad hoc* sólo puede entrar en juego si el Gobierno, tras la consiguiente negociación, adopción y autenticación del tratado, se desase de su competencialidad de ejecutividad inmediata en este orden de cosas, encarnada en la posibilidad de prestar su consentimiento obligacional al efecto sin intervención de las Cortes, dejación de posibilidades que se produce en virtud de la consiguiente adveración por su parte de que el tratado en cuestión es uno de aquellos que por su contenido encaja en el marco de sustantividad descrito por los artículos 93 y 94 CE.

Esta decisión gubernativa, que produce un doble efecto, uno de signo negativo (que acabamos de describir) y otro positivo, que toma cuerpo en el consiguiente reconocimiento competencial de las Cortes, recibe el nombre de «calificación del tratado» y su fuente conformativa concreta deriva de una interpretación coherente del artículo 94 CE, ya que si de éste se deduce que el Gobierno debe informar de forma inmediata a las Cortes de la conclusión de los tratados no comprendidos dentro del radio de acción

del apartado 1 del propio artículo (y del anterior) parece lógico pensar, por ser un *prius* de cualquier íter de ulterior operatividad al efecto, que la aludida calificación queda forzosamente en manos del Ejecutivo, tesis en favor de la cual milita también, como argumento *a fortiori*, la praxis seguida bajo el imperio normativo del Decreto de 24 de marzo de 1972.

Precisamente por constar con tales antecedentes (y también por motivaciones más sólidas y consistentes) durante los trabajos parlamentarios orientados al alumbramiento de la CE hicieron acto de presencia determinadas corrientes de opinión orientadas a poner en manos de las Cortes la calificación a la que estamos haciendo mérito, vaciando así de sentido la hegemonía gubernativa al respecto, tesis profundamente democratizadora que a la postre no prosperó en razones de estricta obediencia utilitarista, que sintetiza muy bien REMIRO BROTONS en su colaboración en la obra colectiva antes dicha, al apuntar literalmente, en su página 464, que «Si todos los tratados debían ser comunicados a las Cortes antes de la prestación del consentimiento del Estado en obligarse, habría que decir adiós a los concluidos de forma simplificada, con las consiguientes desventajas para la fluidez de las relaciones internacionales. Si todos los tratados debían pasar por las Cortes antes de su conclusión para la debida calificación de su tramitación parlamentaria, ¿a qué un sistema de lista?»

En suma, pues, el papel gubernativo hegemónico en este orden de cosas continúa, si bien, y como una especie de compensación por la pérdida de competencialidad al respecto por parte de las Cortes, la Ley Orgánica del Consejo de Estado impone al Ejecutivo la carga de consultar a su Comisión Permanente, y ello en relación con todo tipo de tratados, sobre si los mismos necesitan de la «autorización de las Cortes Generales con carácter previo a la prestación del consentimiento del Estado», *ex* artículo 22.1, exigencia cuya instauración responde a cánones providentes, pero de cuya real utilidad puede justamente dudarse, siendo a este respecto sumamente crítico con su praxis (o mejor, con la ineluctable operatividad de la misma en todo caso) REMIRO BROTONS, en su colaboración en la obra colectiva antes apuntada.

Con independencia de esta cautela, lo cierto y verdad es que si el Gobierno yerra en sus criterios calificatorios no sólo se hará acreedor de la consiguiente repulsa política, sino que los tratados que haya hurtado indebidamente a la pertinente autorización de las Cortes adolecerán de la consiguiente tacha de invalidez a la que antes hicimos mérito, pudiendo, en su caso, y tras el oportuno desencadenamiento de la acción revisora del Tribunal Constitucional, ser objeto de la consiguiente anulación por parte del mismo.

Ahora bien, en ocasiones lo que ocurre no es que el Gobierno sustraiga el tratado en cuestión a la acción competencial de las Cortes sino que éstas

discrepan de la calificación efectuada, discrepancia que para tener relevancia debe versar sobre la inclusión o no del mismo en el marco del artículo 93 o el del 94, postulándose lo primero por las Cortes y lo segundo por el Gobierno (siendo también teóricamente admisible la situación inversa, aunque su posibilidad sea estadísticamente menos frecuente).

En este caso, de máxima tensión entre el Gobierno y las Cortes, los autores mantienen posturas encontradas, y así, mientras que un determinado sector doctrinal considera que en el mismo anida un conflicto de competencias a dirimir en su caso por el Tribunal Constitucional (ARACELI MANGAS), otro, del que participa REMIRO BROTONS tras discrepar de esta tesis, por entender que en la calendada eventualidad no se da propiamente tal conflicto, ya que cada uno de los Poderes intervinientes —y discrepantes— hace uso legítimo de sus propios títulos competenciales, uso que, sin embargo (cuyos confines y peculiaridades de activación se discuten), centra la cuestión en el terreno político y en el de la eventual actuación del TC.

Así, en su colaboración a la obra colectiva dicha, tras hacerse eco de la cuestión (y aludir a la tesis que acabamos de evidenciar removiendo considerativamente sus cimientos) pone el dedo en la llaga de la auténtica incertidumbre señalando literalmente (en la página 469) que:

«De todas formas, este no es el problema que verosímilmente va a plantearse: la formación de la voluntad orgánica de las Cámaras requiere una mayoría que, normalmente, en un régimen parlamentario es la que apoya al Gobierno. El problema real lo plantean las minorías discrepantes con la calificación del Ejecutivo. Sin duda, los grupos en la oposición —como ocurrió al tramitarse la adhesión al tratado de la Organización del Atlántico Norte, encuadrado por el Gobierno en el artículo 94.1— harán propuestas de recalificación que serán rechazadas por la mayoría. Pero eso no garantiza la constitucionalidad del acuerdo. Las minorías deberían contar en ese momento —y no cuentan— con un recurso ante el tribunal constitucional. Nada impedirá, en cambio, que puedan plantearlo —situación y solución insatisfactorias— una vez estipulado y vigente el tratado.»

c) Otras funciones gubernamentales en este orden de cosas

a') Introducción

Con lo dicho —y con ser ello importante— no se acaba de describir el papel del Gobierno en punto a la celebración de los tratados, debiendo aludirse ahora a otra serie de funciones también titularizadas por el mismo que entrañan su ratio en una buena llevanza del sistema ordenado por la

Constitución, funciones que son de orden excluyente ya que si comparece una la otra queda correlativamente descartada y que hacen referencia a la iniciativa para que intervengan competencialmente las Cortes o bien a la comunicación a las mismas del tratado concertado en la hipótesis de que tal intervención no se requiera.

b') Iniciativa para la intervención parlamentaria al efecto

Todo el esquema competencial diseñado por la CE se basa en la forzada intervención autorizativa de las Cortes en relación con una determinada categoría de tratados, listado que tendremos ocasión de analizar con ulterioridad.

Ahora bien, la entrada en liza del dispositivo instrumentado al efecto requiere, por un lado, que el Gobierno, previa valoración del tratado a convenir, llegue a la conclusión —decida, en suma— que es uno de los subsumibles en el rol de supuestos consignado en los artículos 93 y 94 CE, y por otro, que se decida a iniciar el procedimiento autorizativo que compete sustanciar mediante la remisión del texto al Congreso, remisión que debe efectuarse de conformidad con lo previsto en la CE y en el Reglamento de dicho Congreso y cuyo cometido es análogo al que desempeña en el proceso legislativo la iniciativa para su activación.

Ello alegado, tengo que puntualizar que en esta sede no caben decisiones adventicias a la propia del Gobierno en punto a dicha iniciación, pudiendo colacionarse como escudo de esta aseveración todo aquel rimer de preceptos que en el foro de la negociación de los tratados protegían el núcleo duro del poder gestor de dicho Gobierno de injerencias ajenas, preceptos, en suma, que son los alojados en el artículo 87 CE, en sus tres apartados.

Así pues, el Ejecutivo, una vez negociado, adoptado y autenticado el texto del tratado de que se trate (y previa su calificación de que el mismo debe ser autorizado por las Cortes) procederá a su envío a las mismas a los efectos pertinentes, siendo de destacar sobre el particular el que ni en la CE ni en el Reglamento del Congreso (órgano que es el pristino destinatario de tal envío) se establece plazo alguno dentro del cual pueda el Gobierno adoptar el acuerdo de remitir a las Cortes el texto del tratado en cuestión, aunque sí que se prevé un determinado lapso de tiempo para que la remisión a las dichas Cortes tenga lugar una vez que tal acuerdo (del Consejo de Ministros) haya sido adoptado, término al que se refiere el apartado 3 del artículo 155 del meritado Reglamento del Congreso (de 10 de febrero de 1982), según el cual:

«La solicitud a que se refiere el apartado anterior será presentada por el Gobierno al Congreso, dentro de los noventa días siguientes al acuerdo del Consejo de Ministros, plazo que, en casos justificados, podrá ser ampliado hasta ciento ochenta días. En este último supuesto, y una vez transcurridos los noventa días iniciales, el Gobierno estará obligado a enviar al Congreso una comunicación motivando documentalmente el retraso.»

Ni qué decir tiene que el significado de este plazo es muy diferente del que poseía el conformado por el que fue el artículo 109.3 del Reglamento provisional del Congreso de 13 de octubre de 1987, expresivo de que el Gobierno debía presentar a dicha Cámara los tratados que demandan su autorización dentro de los tres meses posteriores a la fecha de la firma, plazo cuya operatividad era, por razones obvias, de una rigurosidad total, característica que no se puede postular para el previsto por el indicado artículo 155.3, siendo así que bajo su régimen, el Gobierno no se halla coercido por la existencia de ningún término concreto a adoptar la decisión de remitir el tratado de que se trate al Congreso, y sin tal decisión no cabe exigir ésta, razón por la que la idea del plazo en este caso carece de la más mínima virtualidad.

En relación con esta vertiente de la operatividad conectada con la intervención de las Cortes en este campo, es evidente que no pudiendo ser compelido el Gobierno a prestar el consentimiento dentro de ningún plazo determinado a contar desde el día en que se obtuvo la autorización al respecto carecería de toda lógica conminarle a que adopte, dentro de un tiempo predeterminado, la decisión de enviar al Congreso el instrumento a efectos de recabar la meritada autorización, o dicho de otro modo, y recojo así el tenor literal de una aseveración al efecto de REMIRO BROTONS; en su obra dicha, página 179, «Es contrario a la lógica y a la economía forzar la autorización de un instrumento que aún no se sabe si se va a concluir».

De todos modos, ello no quiere decir que la presunta inactividad del Gobierno en torno a una toma de decisiones al efecto resulte siempre legítima, existiendo casos en los que resulta cortocircuitada por vía convencional tal hipotética actitud de pasividad, sucediendo también lo propio por la misma naturaleza del proceso de prestación de consentimiento utilizado.

A ambas eventualidades de compelimiento a la acción, con el consiguiente síncope de cualquier actitud obstruccionista al efecto, se refiere el autor citado *ut supra*, en su dicha obra, página 178, en la que puede leerse que «La propia naturaleza de las cosas y, en concreto, de la forma del consentimiento elegida para obligarse, impone un límite a la discrecionalidad del Gobierno: si el consentimiento se deduce del simple transcurso de un plazo o del agotamiento de un término, sin manifestación en contrario, el Gobierno habrá de ir a las Cortes en tiempo útil, antes de que aquél se perfeccione».

Es tan claro el significado de lo expuesto que una reinterpretación del mismo resultaría totalmente improcedente, claridad asimismo visible en la alusión que el mismo autor efectúa al otro supuesto antes mencionado, es decir, aquel en cuyo seno se yugulan, por vía convencional, hipotéticos comportamientos abstencionistas, refiriéndose a este caso en los siguientes términos literales (resultantes de la pág. 178 de la misma obra): «Cabe recordar que los miembros de la OIT se comprometen, en virtud del art. 19.5 de su Carta Constitutiva, a someter los convenios elaborados en su seno a las autoridades competentes para su ratificación en el plazo de un año —o diez y ocho meses, de mediar circunstancias excepcionales— desde la clausura de la sesión de la Conferencia que los aprobó».

Tras este breve recordatorio de ciertos principios angulares con funcionalidad en estas áreas, tengo que referirme al plano de estricta beligerancia operativa al efecto, y en este sentido tengo que evidenciar que su reducto de practicidad se alberga en un bloque de preceptos *ad hoc*, tanto de la CE como de los reglamentos del Congreso y del Senado, conjunto de ordinalidad especializada cuyo comentario dejó para un momento ulterior, que será aquel en el que aborde el tema de la intervención autorizativa de las Cortes en esta sede.

De todos modos, y por estricta coherencia con el alcance de este epígrafe (en el que intento radiografiar el papel del Gobierno en la etapa final de la celebración de los tratados), creo que debo testimoniar el significado del artículo 155.2 del Reglamento del Congreso, precepto del que sólo nos interesa su inciso primero (único que acredita un encuadre lógico en este preciso momento expositivo), y cuyo tenor, que se constituye en el albacea de lo que fue propuesto en su día por los artículos 20 y 26 del Decreto 801/1972, es el siguiente:

«El Gobierno solicitará de las Cortes la concesión de dicha autorización (la que ésta debe emitir *ad casum*), mediante el envío al Congreso de los Diputados del correspondiente acuerdo del Consejo de Ministros junto con el texto del tratado o convenio, así como de la memoria que justifique la solicitud y las reservas y declaraciones que el Gobierno pretendiere formular, en su caso.»

c') Funciones informativas del mismo

Es evidente, teniendo en cuenta el fin que se busca con el cumplimiento de esta función, que la misma sólo se reviste de realidad en aquellos casos en los que no acaezca lo sumariamente descrito *ut supra*, porque, una de dos, o tiene lugar el íter iniciático explicado, o se da curso a la información

que constituye el tema de este subepígrafe, información cuya beligerancia se contrae a aquellos supuestos en los que la prestación del consentimiento para obligarse en este campo dimana con exclusividad del Gobierno, sin que las Cortes tengan nada que decir *a priori*.

Ahora bien, esta falta de protagonismo inicial se pretende compensar con uno eventualmente posterior a la adopción del tratado de que se trate, sistema cuya operatividad acredita como sustentáculo básico el conocimiento del tratado sustraído al régimen de autorización descrito por los artículos 93 y 94.1, CE, razón por la que el apartado 2 del artículo últimamente mencionado apunta literalmente que «El Congreso y el Senado serán inmediatamente informados de la conclusión de los restantes tratados o convenios».

En lo que atina a la objetivación de la aludida información, esta se centra en primer término en el hecho de la celebración del tratado de que se trate, pero no sólo en ello, sino también en su tenor, aspecto que si bien resultaba algo confuso en el mensaje *ad hoc* proveído por el indicado artículo 94.2 CE ha quedado suficientemente clarificado a través del *dictum* del artículo 159 del Reglamento del Congreso, según el cual «De las comunicaciones del Gobierno, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 94.2 de la Constitución y de los textos de los correspondientes tratados o convenios, se dará cuenta inmediatamente, para su conocimiento, a la Comisión de Asuntos Exteriores de la Cámara».

En lo referente al dato cronológico de tal información, no existe ciertamente un plazo concreto, pero sí una exigencia de que ésta tenga lugar sin dilación, o sea, inmediatamente, tal como predicán simétricamente los artículos 94.2 CE y 159 del Reglamento dicho, apremio que impone, tal como precisa REMIRO BROTONS en su indicada obra (pág. 196) que la meritada notificación se preste «tan pronto el tratado ha sido definitivamente estipulado, siendo en todo caso irregular el que se produzca sólo después de su publicación en el *BOE*».

Lo que sucede es que no se halla previsto ningún tipo de sanción jurídica para el supuesto de que tal información no acontezca, ni inmediatamente ni nunca, circunstancia que provoca la falta de completud normativa del precepto que la impone y que determina el que su eventual incumplimiento por parte del Gobierno no sea ni mucho menos una posibilidad extravagante.

En relación con la información objeto de comentario, se debate acerca de su función, y en tal sentido tengo que decir que una vez que el Congreso conoce de la celebración del tratado de que se trate (y de su texto) puede, o bien darse simplemente por enterado, o bien en aquellas hipótesis en las que a su juicio exista una vulneración del marco competencial diseñado por los artículos 93 y 94.1 CE, aprobar mociones o proposiciones de ley demandando su anulación, solución cuya practicidad consiste en denunciar

directamente los mismos, por su inconstitucionalidad extrínseca, ante el TC, y ello siempre que no se prefiera la variante de ratificar el instrumento que fue inicialmente hurtado a su conocimiento, ratificación sanadora de los vicios conformativos de que adoleciera desde su inicio.

C) PAPEL DE LAS CORTES AL EFECTO

a) *Introducción*

Teniendo en cuenta que la normativa internacional deja en manos de las sendas preceptivas domésticas la elección del cauce por donde impulsar la celebración de los tratados es evidente que el papel de los Parlamentos, en cuanto titulares del Poder Legislativo (y de otras potestades constitucionales) dependerá de lo que las mismas ordenen.

De todos modos es de resaltar el creciente papel que los indicados parlamentos han ido asumiendo en este orden de cosas, «robando» cuotas de poder en estas áreas a los hasta ahora todopoderosos Ejecutivos, obligándoles a compartir, de una manera u otra, su competencialidad al efecto, fenómeno detectable incluso en aquellos países en los que, dado su peculiar sistema jurídico general, el denominado en fórmula anglosajona *treaty-making-power* queda atribuido prácticamente en exclusividad formal bien al Ejecutivo o bien a la Corona, supuestos que son, respectivamente, los que afectan a EE.UU. y a Gran Bretaña.

Más diáfano se presenta el proceso de democratización en relación con los Estados cuya columna vertebral normativa reposa sobre los sistemas de Constitución escrita y cerrada, en los que no se ha cejado, a través de un procedimiento cuyo punto de arranque cabe fijar en el Decreto aprobado por la Asamblea constituyente francesa de 22 de mayo de 1790, en la erosión de uno de los tradicionales privilegios del Monarca (y de los Ejecutivos, en general) en este campo, proceso que ha dado pie a una intervención competencial de los Legislativos de muy diverso porte, pero con un mismo común denominador democratizador.

Ahora bien, con independencia de todo lo explicado, es de notar el polimorfismo intrínseco de la aludida intervención y ello en un doble sentido:

- a) En cuanto a la concreta articulación de esta praxis limitadora, que oscila entre la absoluta coestión con los Ejecutivos a la mera complementación de sus habilidades *ad hoc*.
- b) En cuanto a la extensión objetiva de sus títulos competenciales que, o pueden extenderse a todo el hipotético acervo de tratados a convenir o sólo a una o varias categorías de ellos.

Con abstracción de esta evidencia es de recalcar ahora el desorden con que se ha encauzado el meritado proceso democratizador, en el que en muchas ocasiones se han cometido entrecruzamientos competenciales imperdonables entre los ordenamientos internos y los internacionales, y aflorado fundadas dudas especialmente en lo tocante a qué clase de asentimiento, consentimiento o complementación debía prestarse por los Parlamentos, punto que se resolvió muchas veces en falso introduciendo el vocablo «ratificación», término de honda raigambre en sede internacional y que utilizado en la doméstica engendraba importantes incertidumbres.

Tras esta serie de reflexiones generales voy a aludir ya directamente al sistema que gobierna la intervención de las Cortes en este foro, esquema ordinamental que es el delineado por los artículos 93 al 95 CE, bloque preceptual aportador del mensaje fundamental sobre la materia y cuyo complemento ejecutivo aparece aprontado por los sendos Reglamentos del Congreso y del Senado.

Como quiera que ya hemos literalizado con anterioridad los artículos 93 y 94 CE, voy a hacer ahora lo propio con el 95, precepto que sienta literalmente que:

- «1. La celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional.
2. El Gobierno o cualquiera de las Cámaras pueden requerir al Tribunal para que declare si existe o no esa contradicción.»

Tras la literalización de este artículo, y después de señalar que la normativa contenida en los indicados Reglamentos irá apareciendo en el momento oportuno en el curso de estas observaciones, voy a ocuparme ahora en debatir el tema, efectuando, en primer término, una radiografía básica del diseño general instrumentado, y después descendiendo al detalle de los artículos que integran su espectro de actuación.

En cualquier caso, la *ratio* de la intervención de los Parlamentos en el proceso de celebración de los tratados es evidente, ya que si los mismos acreditan la titularidad de un haz más o menos extenso de funciones, es lógico que también tengan la facultad de controlar, en lo necesario, la intangibilidad del mismo, y no cabe duda de que éste podría quedar en entredicho mediante la asunción por parte del Ejecutivo de tratados que incidieren, de adverso, en dicho acervo competencial.

Es cierto que existen otros procedimientos de salvaguarda de las potestades exclusivas de los Parlamentos en su eventual colisión con los apremios que en su caso pudieren emerger de los tratados (caso de Inglaterra, que obliga a la transposición por Ley de las estipulaciones de los mismos a fin de que puedan acreditar virtualidad interna, o de otros países que

otorgan a las prescripciones convencionales carácter reglamentario), pero ninguno de ellos resulta plenamente satisfactorio ni en el plano doméstico ni en el internacional, siendo frecuente en éste el desencadenamiento de responsabilidades internacionales por parte de aquellos Estados que, ateniéndose a los sistemas alternativos, no puedan efectuar debidamente la trasposición dicha o vean vulnerados sus compromisos internacionales por normas internas de rango superior a las estipuladas por el tratado en cuestión.

En aras a lo explicado, la intervención autorizativa de las Cámaras resulta plenamente justificada, pudiendo agregarse a toda esta suerte de reflexiones otras que endosan esta competencialidad parlamentaria, refiriéndose a este apunte justificador REMIRO BROTONS, en su obra dicha, página 151, autor que señala literalmente sobre el particular que «A estas razones (las indicadas *ut supra*) podrían añadirse otras. Así, si las Cámaras controlan la acción del Gobierno parece aconsejable que los tratados de una cierta importancia cuenten con su aceptación antes de devenir internacionalmente efectivos: de ahí el control jurídico sobre los tratados estrictamente políticos cuya ejecución no comporta gastos ni reclama su actividad legislativa. Adviértase, por último, que rechazar la intervención de las Cámaras sería convertir en papel mojado los límites legales a la acción negociadora del Gobierno que se hayan podido establecer».

b) *Caracterización genérica de tal intervención*

Partiendo de la base de su esencialidad —por mor del impulso democratizador que se hace patente en cuanto al ejercicio del *ius tractatus* por parte del Ejecutivo—, el ordenamiento constitucional español, en cuanto oportunamente racionalizador de la estructura de poder estatal, no puede decirse que haya adoptado posturas revolucionarias en este ámbito, siendo así que el sistema elegido por el mismo parte de una conservación más que estimable del gramaje de poder detentado por dicho Ejecutivo, que mantiene, tal como advertimos con anterioridad, la iniciativa en cuanto a la negociación, el desarrollo concreto de ésta, la adopción y autenticación del texto del tratado negociado, la calificación del mismo, la iniciativa en cuanto a la presentación a las Cortes (cuando ello sea necesario) y la libertad para, una vez obtenida tal autorización, vincular definitivamente al Estado.

Todo este escándallo de potencialidades hace visible el protagonismo del Gobierno en este sector, siendo ello una pura consecuencia de la influencia decisiva que en este orden de magnitudes ejerce el artículo 97 CE atributivo de la potestad gestoria internacional (en general) al Gobierno.

Así pues, es obvio que los constituyentes no escatimaron al Gobierno su

núcleo de agenciabilidad en este foro, ni lo supeditaron a funciones meramente formularias ni lo limitaron a lo estrictamente ejecutivo (en el plano internacional o interno), puntos que ya tuvimos ocasión de considerar cuando nos referimos a la potestad del Gobierno en estas áreas.

El sistema democratizador que prevaleció fue, en suma, el de exigir la autorización previa de las Cortes sólo cuando el tratado a convenir fuese uno de aquellos que pudieren ser subsumidos en el listado instrumentado al efecto por los artículos 93 y 94.1 CE.

Ahora bien, con la instauración de este sistema quedaban excluidos otros posibles (siempre partiendo de la misma filosofía intervencionista que constituye la médula del que ha prevalecido) y que en síntesis son o bien someter todos los tratados a autorización previa de las Cortes (fuese cual fuese su contenido) o bien no seguir un canon tan riguroso, pero demandar la activación de la competencia de las mismas en base a la concreta rotulación del tratado en cuestión o de sus propias exigencias acerca de tal intervención competencial.

En relación con esta trilogía de alternativas, cuya hipotética practicidad no mereció el favor de los constituyentes, tengo que señalar que la primera, es decir, la materializada en la exigencia de someter todo tipo de tratados a la homologación previa de las Cortes contaba con precedentes autorizados, siendo así que fue la primera de las soluciones adoptadas por los sistemas parlamentarios, habiendo tenido también acogida en nuestro ordenamiento, concretamente, en los Reglamentos del Consejo de Regencia de 1811, 1812 y 1813.

Ahora bien, este sistema, que por su propio perfil ontológico constituye el *desideratum* de cualquier intento democratizador en cuanto beligerante en este ámbito, resulta inoperante por sus propias dimensiones, cuestión a la que alude REMIRO BROTONS, en su colaboración a la obra colectiva antes dicha, página 461, en la que puede leerse sobre estos extremos que «Ahora bien, la sumisión de la conclusión de todos los tratados a la autorización parlamentaria —cronológicamente el primer sistema instaurado— es incompatible con la intensidad de las actuales relaciones internacionales y sólo parece practicable en pequeños Estados con un horizonte relacional muy limitado. Muchos de los países cuyas constituciones tomaron ese rumbo en el pasado han renunciado a él, cambiando su texto, como Holanda, o en su práctica, como los Estados Unidos o Suiza, hasta afirmarse que en realidad no hay quien lo siga. En España, por otro lado, considerando el nivel en que se sitúa un buen número de acuerdos de asistencia técnica o de cooperación administrativa, hubiera supuesto en ciertos casos una ingerencia del Legislativo en el ejercicio de la potestad reglamentaria del Gobierno».

Por supuesto, y así concluyo esta alusión a la susodicha teórica posibilidad, con el seguimiento de la alternativa descrita se elimina el potencial

conflicto que pueda incubarse entre el Ejecutivo y las Cámaras y cuyo detonante sea una incorrecta calificación del tratado de que se trate por parte del primero, incorrección que, en el caso de materializarse en una sustracción de dicho instrumento del control de las Cortes, implica el naufragio total del sistema articulado, por lo menos, en su fase más apriorística (sólo compensable, y siempre de forma traumática, por la ulterior acción reparadora del TC), conflicto que por la propia naturaleza de las cosas resulta excluido del régimen que acabo de evidenciar, siendo así que su operatividad queda al margen de cualquier tipo de calificación, entendida ésta de la forma antes indicada.

Partiendo del hecho de que dicha alternativa era inviable, nuestros constituyentes acogieron el sistema de lista positiva, *modus operandi* en cuya virtud la intervención competencial de las Cortes sólo resultaba ausplicable en aquellas tesis de tratados subsumibles en el repertorio de supuestos tipificados en los artículos 93 y 94.1 CE, tipificación cuyo concreto perfil es rigurosamente sustantivista.

Este es, en suma, el corazón del sistema adjetivado, constituyendo lo más proteico del mismo su instrumentación a base de un riguroso criterio competencial *ratione materiae*, quedando por tanto excluida la virtualidad de cualquier otro índice habilitante que podría haber sido, teniendo en cuenta lo que se ha indicado precedentemente bien el literalista o bien el formalista.

En relación con el primero de ellos —el potencial criterio nominalista—, el sistema de lista positiva que a la postre prosperó en los trabajos constituyentes podía haberse objetivado imponiendo la autorización parlamentaria sólo en aquellos supuestos en los que el instrumento a homologar se dotase de una determinada rotulación, posibilidad cuya eventual activación reposa en el hecho de que siendo una la categoría convencional objeto de permanente debate, su concreta cabecera es susceptible de diversificarse considerablemente (tema al que ya nos hemos referido con anterioridad).

En base de ello, el sistema de lista positiva, en vez de llenarse de contenido a base de estructurar una competencialidad *ratione materiae*, podía haberlo hecho imponiendo otra estrictamente literalista, demandando, por ejemplo, la autorización de las Cortes sólo para aquellos instrumentos internacionales que se denominasen «tratados o convenios» y permitiendo que el Gobierno celebrase por su propio imperio todos los restantes, praxis cuya *ratio* se asienta en la idea de la mayor trascendencia de los indicados «tratados o convenios».

En realidad, procediendo así, lo que se estaría permitiendo es que con el simple cambio de denominación (impuesto por el Gobierno) se sustrajese del conocimiento de las Cortes cualquier tratado, y ello con independencia de cuál fuese la trascendencia de su contenido, posibilidad que descansa

en el hecho de que no existe ningún tipo de reserva denominativa que deba acreditar protagonismo en base al contenido concreto del instrumento en cuestión.

En cuanto al eventual criterio formalista, en teoría también hábil para organizar el sistema competencial objeto de consideración, tengo que señalar que su potencial entrada en liza vendría de la mano de demandar la intervención de las Cortes sólo para aquel tipo de tratados cuya celebración exigiese el trámite de la «ratificación», quedando, por tanto, al margen del mismo todos aquellos supuestos en los que la prestación del consentimiento estatal se instrumentase en base a otros esquemas.

Este criterio se rechazó por el mismo motivo que el anterior, es decir, porque la elección de un sistema vinculativo u otro dependería en gran medida del arbitrio del Gobierno, razón por la que la virtualidad del dispositivo conformado en base al discurso metodológico dicho se convertiría en un arabesco lateral por propia decisión de éste, siendo de resaltar al propio tiempo el acierto de los constituyentes que actuando de forma coherente en este terreno sustituyeron la voz «ratificación» que había sido utilizada por los Reglamentos provisionales del Reglamento y del Senado de 1977, como sinonima de la propia complementación de las posibilidades de actuar del Gobierno en sede de la celebración de determinados tratados, por la más expresiva —y descontaminada de internacionalidad— «autorización», término, en suma, que es el utilizado en la composición semántica del artículo 94 CE, verbalizándose el mismo bajo la forma del infinitivo, en la del 93 de dicha CE.

En suma, pues, la metodología competencial de las Cortes, como forma de sublimar los ideales democratizadores en este campo, se asienta sobre la idea clave de exigir la activación de ésta cuando se trate de la celebración de alguno de los tratados pormenorizados en los artículos 93 y 94 CE, sea cual fuere su denominación y el procedimiento que se hubiere elegido para la prestación del consentimiento en obligarse del Estado.

c) *Momento en que las Cortes deben prestar su débito competencial*

De conformidad con todo lo que ha quedado debidamente explicado a lo largo de todo este linaje de reflexiones, éste debe consumarse una vez que previamente negociado, autenticado y ratificado el texto del tratado en cuestión éste es remitido, ya calificado por el Gobierno, a las Cortes, las cuales procederán a tal prestación, previa la comprobación de su encaje en los respectivos *factums* de los artículos 93 y 94 (homologación que deberá correr pareja a la de la plena constitucionalidad del instrumento remitido, *ex art. 95.1 CE*).

Quiere ello decir que tal intervención competencial es anterior a la prestación del consentimiento para obligarse por parte del Estado, aunque ciertamente la misma no tiene por qué ser forzosamente anterior a la entrada en vigor de dicho tratado, siempre que ésta corra por los cauces de la provisionalidad a los que alude el artículo 25 del Convenio de Viena, según el cual:

«Aplicación provisional.—1. Un tratado o una parte de él se aplicará provisionalmente antes de su entrada en vigor:

- a) Si el propio tratado así lo dispone.
- b) Si los Estados negociadores han convenido en ello de otro modo.

2. La aplicación provisional de un tratado o de una parte de él respecto de un Estado terminará si éste notifica a los Estados entre los cuales el tratado se aplica provisionalmente su intención de no llegar a ser parte en el mismo, a menos que el tratado disponga o los Estados negociadores hayan convenido otra cosa al respecto.»

En virtud de las propias características del proceso formativo del tratado, íter de estimables dimensiones que frecuentemente exige un tiempo considerable para su ultimación, el instituto de la aplicación provisoria objeto de referencia se convierte en un mecanismo agilizador de largo alcance, cuyo valor se optimiza en los supuestos de máxima urgencia aplicativa.

En lo que se refiere al ordenamiento español, el subconstitucional representado por el Decreto 901/1972 lo da por operativo, aludiendo expresamente al mismo en sus artículos 20.2 («... si se hubiera convenido por los Estados negociadores que el tratado se aplicaría provisionalmente, en todo o en parte, antes de su entrada en vigor») y 30 («Si se hubiere convenido por los Estados negociadores la aplicación provisional, en todo o en parte, de un tratado, su texto se publicará en el *Boletín Oficial del Estado*. Posteriormente se publicará la fecha de su entrada en vigor o, en su caso, la de terminación de su aplicación provisional»).

En lo tocante a la preceptiva constitucional, la CE guarda absoluto silencio sobre el particular, falta de alusión que para REMIRO BROTONS en su obra dicha, página 193, no debe interpretarse como impeditiva de su operatividad que, por lo demás, aparece corroborada por la práctica.

GONZÁLEZ CAMPOS, en su indicado libro, página 153, tras referirse y aquiescer con esta opinión, la puntualiza señalando literalmente que «La Constitución no contiene la menor referencia al tema; sin embargo, lleva razón a REMIRO BROTONS, al estimar que “La actual omisión constitucional no debe ser entendida en sentido prohibitivo”, aunque tal afirmación debe

ser matizada en el sentido de que no cabe la aplicación provisional respecto a los tratados contemplados por los artículos 93 y 95 de la Constitución, dadas las importantes consecuencias que de ellos se derivan y que motivan que su autorización sea sometida a especiales garantías. Y por lo que se refiere a los enumerados en el artículo 94.1 tampoco debe producirse la aplicación provisional de los convenios que afecten a la integridad territorial (art. 94.1 C) y de los que exijan medidas legislativas para su ejecución, mencionados en el artículo 94.1.e). En el primer supuesto, porque los efectos creados serían muy difíciles de subsanar caso de que las Cortes no concedieran su autorización para obligarse por el tratado (piénsese en un tratado de cesión de una parte del territorio español); en el segundo, por imposibilidad material de ejecutar el convenio en ausencia de la intervención de las Cortes al respecto».

Partiéndose de la legitimidad de esta praxis aplicativa (y de sus limitaciones, tal como acabamos de recalcar) en lo que hay consenso doctrinal es en poner de manifiesto una cierta tendencia del Ejecutivo a usar indebidamente de las posibilidades ofertadas por la metodología explicada, cuya activación le compete en exclusiva, diciendo a estos efectos REMIRO BROTONS, en su obra indicada, página 193, que «De la práctica española más reciente se desprende, sin embargo, que, al igual que en otros países, la aplicación provisional es objeto con preocupante frecuencia de usos abusivos o desviados de los fines para los que ha sido ideada: prisas infundadas o consecuencia de la desidia e imprevisión de la Administración; casos en que la naturaleza de la obligación forma una pareja aberrante con la aplicación provisional; obligaciones consumadas y consumidas antes de que las Cámaras hayan tenido la oportunidad de autorizar su cumplimiento, obligaciones difícilmente reversibles (cesión de territorios, ejecución de obras públicas...); patologías de enquistamiento: tratados cuya aplicación provisional se prolonga indefinidamente o se prorroga sin recato, iniciando tarde o nunca la tramitación parlamentaria de su conclusión...».

Y no es esta la única voz autorizada que se alza con esta praxis viciosa, incidiendo también en esta postura crítica GONZÁLEZ CAMPOS que en su obra dicha, página 153, señala literalmente que «El estudio de la práctica española en materia de aplicación provisional de los tratados internacionales pone de relieve una utilización frecuente de esta técnica por parte del Ejecutivo. Mientras que no existen objeciones que hacer en cuanto a las materias reguladas por los tratados, siendo éstos en su mayoría bilaterales y encuadrables en el artículo 94.1 de la Constitución, sin afectar a los párrafos c) y e), sí deben criticarse en cambio las demoras que se han producido por iniciar el trámite parlamentario en relación con alguno de estos tratados, llegándose en ocasiones durante estos retrasos al cumplimiento total de los mismos antes de su conocimiento por las Cámaras, lo

que supone una desvirtuación de los mecanismos de control parlamentario a través de una utilización desvirtuadora de esta institución».

La alternativa que acabamos de comentar constituye un remedio de la eventual incuria político-administrativa en la celebración de los tratados, consistente en la anticipación limitada en el tiempo de sus efectos, pero no es el único que puede barajarse en estas áreas desde vertientes constitucionales.

Así, y con independencia de aquella hipótesis operacional que encarna en la idea de obviar por razones de excepcional necesidad y/o urgencia la autorización parlamentaria meritada, o bien permitir tal obviación cuando el tratado a concertar acredite una vigencia temporal (posibilidades que si bien resultan implantadas allende de nuestras fronteras no acreditan la más mínima beligerancia en nuestro foro), la agilización que se pretende conseguir en este sector puede venir de la mano de la imposición de la técnica del silencio positivo en el mismo o bien de la permisón del procedimiento de autorización anticipada.

En realidad, la primera de las posibilidades dichas, si bien su adopción fue debatida en los trabajos parlamentarios conducentes a la elaboración del texto constitucional (debate que vino de la mano de una propuesta concreta del Portavoz centrista de la Comisión HERRERO DE MIÑÓN), la misma no fue a la postre considerada en absoluto por el Texto Básico, hecho que ha merecido la reprobación de REMIRO BROTONS, autor que en su obra antes dicha, página 190, apunta al efecto que «La autorización tácita —ideada por la Constitución holandesa (art. 61) —consiste en entenderla otorgada por el transcurso de un plazo desde el depósito del tratado en las Cámaras sin que reglamentariamente se solicite debate o se presenten propuestas de denegación, aplazamiento o reserva. Excelente para agilizar la tramitación de los tratados, la Constitución española no ha sido sensible a este linaje de preocupaciones y hasta, en alguna forma obstaculiza su solución por vía reglamentaria, como ocurre cuando el artículo 75.3 excluye la posibilidad de que el Pleno de las Cámaras delegue en las Comisiones Legislativas Permanentes la aprobación de proyectos o proposiciones de ley relativas a cuestiones internacionales, haciéndonos víctimas en área tan amplia y deslizante del empacho de solemnización en que incurre una Constitución hecha a la contra de la precedente situación política autoritaria».

Son de compartir plenamente las reflexiones del indicado autor, bloque asertivo cuyo valor resulta optimizado en los momentos presentes, siendo así que la técnica del silencio positivo, que constituye el núcleo mecanicista sustancial del sistema que estamos considerando, ha recibido un espaldarazo más que estimable a través de su recepción en la nueva preceptiva administrativa básica representada por la Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de 26

de noviembre de 1992, texto que superando la estrechez de miras al efecto de la LPA ha venido a atribuir un protagonismo importante a la técnica objeto de referencia.

El último de los procedimientos agilizadores a hacer valer en estas áreas es el que fructifica en la idea de la autorización tácita, o sea, de aquella tramitada y conseguida con anterioridad al momento en que normalmente ésta se demanda, es decir, antes de que el texto del tratado se encuentre adoptado y autenticado.

En realidad, y con la Constitución en la mano, esta técnica no ha sido recibida en ninguno de sus preceptos si bien una interpretación contextual de alguno de ellos podría conducir a una solución parcialmente positiva, cuestión a la que alude el autor indicado *ut supra* en la página 506 de la obra colectiva antes indicada en la que se contiene su colaboración sobre la materia, posibilidad, en cualquier caso parcial (en modo alguno aplicable a los tratados subsumibles en el art. 93 CE) que hubiera debido recibir una consagración directa por parte de los constituyentes a fin de evitar las incertidumbres al respecto, sobre todo teniendo en cuenta que de hecho tal autorización anticipada se produce en todos aquellos supuestos en los que la celebración de un determinado tratado (debidamente autorizado en la forma que imponen los cánones constitucionales) arrastra como consecuencia el afloramiento de una serie de otros conexos con el mismo que en ocasiones acredita considerable envergadura cualitativa y cuantitativa y cuya celebración se pretende legitimar por la previa existencia del tratado base, hipótesis que es particularmente tronante tratándose de tratados marco o bien de aquellos que como consecuencia de su propia naturaleza organizativa se encuentran en fase de continua ebullición, requirente, por ello, de un rosario de nuevos acuerdos, declaraciones o protocolos de interpretación, desarrollo, modificación, etc.

d) *Metodología procedimental para la consecución de la autorización que nos ocupa*

a') *Introducción*

Lo primero que hay que decir es que tal autorización es el resultado terminal de la consiguiente tramitación parlamentaria en la que las Cámaras (el Congreso y el Senado) comprueban que la calificación del tratado efectuada por el Gobierno es la correcta y que el tenor del instrumento sometido a su consideración no vulnera los apremios constitucionales.

Si tales condicionantes concurren *ad casum*, la autorización solicitada será concedida y en el caso adverso denegada.

Ahora bien, entre la denegación y la concesión existe una zona fronteriza y medianera y que es aquella en la que las Cámaras se reservan la decisión final como consecuencia de sus dudas sobre la constitucionalidad del texto presentado a su consideración, hipótesis en la que se procederá a la depuración por parte del Tribunal Constitucional de la incertidumbre sentida por las Cortes en tal sentido, supuesto que debatiremos con ulterioridad.

Centrando nuestro presente análisis en la concesión de la autorización dicha, y antes de pasar al estudio de su concreta procesalidad, debemos apuntar la existencia de dos ideas fuerza en este orden de cosas, siendo la primera aquella que atina a que las Cámaras no se encuentran entre sí en cuanto al ejercicio de sus correspondientes *ratio* decisionales en una situación de absoluta paridad, teniendo en cuenta que el protagonismo del Congreso es mucho mayor que el del Senado. La segunda hace referencia a la distinta tipología de las autorizaciones cuya encomienda corre a cargo de las Cortes, arropándose la que entra en juego cuando el tratado a autorizar es de los enmarcables en el artículo 93 CE de la forma de ley orgánica y no revistiendo la condición legal la que resulta discernible en aquellos supuestos en los que deviene operativo el artículo 94.1 del Texto Básico.

La primera de las ideas apuntadas no requiere mayor comentario tomando en consideración la claridad del sistema constitucional español que en lo tocante al papel asignado al Congreso y al Senado ha apostado claramente por el primero (y ello no sólo en relación con la autorización de los tratados sino en general), *modus operandi* que hace diverger el ordenamiento básico español de otros muchos europeos y de los propios precedentes nacionales.

En cuanto a la segunda, la disyuntiva «ley-autorización especial no adornada de la condición de ley» ha sido resuelta de forma salomónica, imponiéndose la primera fórmula para los tratados subsumibles en las hipótesis aplicativas descritas por el artículo 93 y reservándose la segunda para las subsumibles en el 94.1, solución transaccional que a la postre prosperó y ello pese a que en el Anteproyecto constitucional de 5 de enero de 1978 estaba previsto que todo tipo de tratados se sometiesen a la común exigencia de que su autorización se expresare mediante «una ley especial» (art. 55.2), metodología cuyo cenit no culminó (por una serie de incidencias constitucionales cuya reseña no viene a cuento y que determinó el triunfo del dispositivo vigente, éxito que auspició la necesidad de instaurar normativamente las bases en virtud de las cuales debía postularse y conseguirse la autorización parlamentaria sin forma de ley especial, exigencia que plasmó en la adopción del vigente artículo 74.2 CE y en los consiguientes preceptos reglamentarios que entroncan sus sendos componentes normativos en el mismo.

En relación al enjuiciamiento de esta forma de proceder constitucional tengo que señalar que el discernimiento de la autorización con vigencia en el mismo mediante ley especial podría contribuir en alguna medida a la solución del gravísimo problema de fijar el encaje de los tratados dentro del sistema de fuentes de nuestro ordenamiento interno, ayudando a delimitar su rango en el mismo (tema que retomaremos ulteriormente), si bien esta ventaja venía entrecortada por la distorsión que experimenta el sistema normológico general con la adopción del tipo de leyes que estamos viendo, de marcada excepcionalidad.

De todos modos, la cuestión sólo se arroja de virtualidad profesoral, siendo así que lo importante a los efectos prácticos es en definitiva el análisis de los *quorums* que se establecen para la obtención de las meritadas autorizaciones, bien se revistan éstas de condición legal o bien acrediten una etnia diferente.

Más interés tiene destacar el hecho, por otra parte ya aflorado en el curso de estas observaciones que la iniciativa para impetrar la actuación de las Cortes en este foro la detenta en exclusividad el Gobierno, no pudiéndose activarse esta intervención ni por propia decisión de éstas (art. 87.1) ni por la de las Comunidades Autónomas (art. 87.2 CE) ni por una hipotética iniciativa popular (art. 87.3 CE).

b') Metodología de la autorización requerida para los tratados previstos por el artículo 93 CE

a'') Introducción

Conocemos ya hasta la saciedad que la prestación del consentimiento estatal para obligarse por la vía de los tratados incluidos en el seno de dicho precepto, requiere una previa autorización parlamentaria transfundida a una ley orgánica, texto legal cuyo contenido queda enrocado en lo puramente autorizativo (salvo lo que luego diremos) y cuya adopción se rige por las normas comunes contenidas en la CE y en los Reglamentos del Congreso y el Senado, derivándose tal inespecificidad no sólo de la falta de previsión constitucional en esta sede (siendo así que la CE no ha positivado ninguna especialidad en cuanto a la adopción de leyes orgánicas que entrañen su *ratio* en este ámbito), sino también de lo que concretamente se postula por el artículo 154 del indicado Reglamento del Senado, según el cual «La celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacionales el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución requerirá la previa aprobación por las Cortes de una Ley orgánica de autorización que se tramitara conforme a lo establecido en el presente Reglamento para las leyes de este carácter».

Así pues, las fuentes concretas de la procesalidad a demandar en este ámbito son las comunes, es decir, las resultantes de los artículos 81.2 y 90 de la CE y concordantes de los Reglamentos dichos, de los cuales nos interesa especialmente el artículo 132 del Senado, único precepto que a fin de no extenderme en demasía voy a considerar de los indicados textos reglamentarios en relación con la problemática de la autorización por vía de ley orgánica que ahora nos ocupa.

De la batería de preceptos mencionados resulta que las leyes orgánicas en general —y por ende, la que estamos considerando— debe aprobarse, en una votación final sobre el conjunto del proyecto, por la mayoría absoluta del Congreso, *ex* artículo 81.2 CE.

Lograda tal aprobación, el Presidente del Congreso remitirá el texto aprobado al Senado, y este, una vez recibido el mismo, puede, tal y como postula literalmente el artículo 90.2 CE «mediante mensaje motivado, oponer su veto o introducir enmiendas al mismo. El veto deberá ser aprobado por mayoría absoluta».

Transcurrido dicho plazo sin enmiendas ni vetos, la ley se entiende definitivamente aprobada (plazo que puede acortarse a través de una aprobación expresa del proyecto remitido por parte del Senado, *ex* artículo 106.1 de su Reglamento).

En el caso de que medien enmiendas o veto por parte de dicho Senado, entonces el texto vuelve de nuevo al Congreso a efectos de que tenga lugar lo previsto por el artículo 90.2, inciso último de su Reglamento, según el cual «El proyecto no podrá ser sometido al Rey para sanción sin que el Congreso ratifique por mayoría absoluta, en caso de veto, el texto inicial, o por mayoría simple, una vez transcurridos dos meses desde la interposición del mismo, o se pronuncie sobre las enmiendas, aceptándolas o no por mayoría simple».

Este es el esquema operacional normal, cuyas coordenadas pueden ser objeto de excepción en el supuesto previsto en el apartado 3 del artículo 90 CE, según el cual:

«El plazo de dos meses que el Senado dispone para vetar o enmendar el proyecto se reducirá al de veinte días naturales (en los proyectos declarados urgentes por el Gobierno o por el Congreso de los Diputados.»

En cuanto al desarrollo reglamentario del bloque preceptual aludido, el mismo resulta de los consiguientes preceptos de los Reglamentos del Congreso y del Senado, de los cuales sólo nos interesa, por su significado, el tenor del artículo 132 del primero de ellos, según el cual:

«En el supuesto de que el Senado opusiera su veto o introdujera enmiendas a un proyecto o proposición de Ley Orgánica, se procederá conforme

a lo establecido en el procedimiento legislativo común con las dos salvedades siguientes:

1.^a La ratificación del texto inicial y el consiguiente levantamiento del veto requerirá en todo caso el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de la Cámara.

2.^a El texto resultante de la incorporación de enmiendas introducidas por el Senado y aceptadas por el Congreso será sometido a una votación de conjunto. Si en dicha votación se obtuviera la mayoría absoluta de los miembros de la Cámara, quedará definitivamente aprobado en sus términos. En caso contrario, quedará ratificado el texto inicial del Congreso y rechazadas todas las enmiendas propuestas por el Senado.»

Estas son, pues, las esencias procedimentales del íter a través del cual se consigue la aprobación de las leyes orgánicas, y si el artículo 132 del Reglamento se reviste de un interés considerable en esta sede es porque el mismo ha venido a constituirse en la criada respondona nada menos que de la propia Constitución al sentar en su apartado segundo la necesidad de que la mayoría que se demande para el levantamiento del eventual veto del Senado sea, «en todo caso», la absoluta de los miembros del Congreso, exigencia que no casa en modo alguno con la posibilidad de que dicha mayoría sea sólo la simple, tal como postula para la eventualidad a considerar el apartado 2 del artículo 90 CE una vez que hayan transcurrido dos meses desde la interposición de dicho veto senatorial.

En cualquier caso, y sea cual fuere el juicio que merezca la transgresión normativista protagonizada por dicho Reglamento, no cabe duda de sus buenas intenciones siendo así que la posibilidad de que el hipotético veto del Senado impuesto por la mayoría absoluta de sus miembros fuese alzado únicamente con el potencial de la simple de los del Congreso supone un escarnio inconcebible para los primeros, o si se quiere, y como señala REMIRO BROTONS en su colaboración a la obra colectiva antes dicha, página 513, una posible «mortificación institucional», circunstancia que justifica la fractura de los esquemas normales de jurisdicción materializada por el antes literalizado artículo 132 del Reglamento del Congreso.

De todos modos, y ante la descripción del íter en cuestión, al intérprete le asalta la duda de si es suficiente el *quorum* de mayorías previsto en el mismo, sobre todo si se pone en relación con los que se requieren en los países de nuestro entorno, tema, en suma, polémico y susceptible de todo tipo de valoraciones personales.

Ahora bien, en lo que sí que no existe duda es que el parangón entre el cauce procedimental que acabo de evidenciar y aquel que debe instruirse para la consecución de la autorización en el caso de que el tratado en cuestión sea

alguno de los incluibles en el listado del artículo 94.1 CE revela una absoluta asimetría conceptiva en el sentido de que contra toda lógica, la disociación de supuestos no ha implicado el que los tratados previstos en el artículo 93 deban ser adoptados por mayorías sensiblemente reforzadas, pudiendo fácilmente comprobarse lo dicho con la visión del régimen que posibilita el artículo 74.2 de la CE, precepto que examinaremos con ulterioridad.

b'') Elementos a valorar por las Cortes

En sus consiguientes labores de homologación del texto remitido, el Congreso y el Senado deben advenir dos órdenes de cuestiones:

- a) Que el tratado no es de los que encajen en el listado del artículo 94.1 (ni en el grupo de los que no requieren autorización parlamentaria de ningún tipo), labor no siempre fácil teniendo en cuenta la porosidad de la tipificación que efectúa este precepto (tal como veremos luego al hablar monográficamente del mismo).
- b) Que dicho tratado no es inconstitucional, ya que en tal hipótesis debería aplicarse el artículo 95.

En ambos casos, si la valoración es negativa se produce un rechazo de la autorización instada y la reconducción del tratado a las sedes normativas tuteladas por los artículos dichos.

Por lo tocante al enjuiciamiento de la constitucionalidad es evidente que ésta deberá tener un desenlace desfavorable cuando en virtud de sus propias características el contenido obligacional emergente del tratado cuestionado, sin incidir en ninguna de las hipótesis descritas por el artículo 94 CE, contradiga los apremios materiales generales de la CE y especialmente lo postulado por el 93 CE, acaeciendo esto último concretamente:

- a) Cuando del mismo resulte una atribución competencial de tipo de las contempladas por dicho artículo no en favor de las organizaciones o instituciones internacionales al que el mismo se refiere sino en beneficio de Estados extranjeros.
- b) Cuando tal atribución competencial, aun en favor de las indicadas organizaciones o instituciones internacionales, versa no sobre el ejercicio de competencias, sino sobre la titularidad de las mismas.
- c) Cuando no se trata de una atribución competencial limitada a una o a varias potestades estatales, sino a la integridad de ellas.

En relación con esta trilogía de posibles causas de inconstitucionalidad del tratado en cuestión, únicamente merece la pena que me detenga en la

primera de ellas, ya que las dos restantes son de tan clara concepción en sus propios términos semánticos que profundizar en su exégesis sería tiempo perdido.

Dicho ello, voy a aludir brevemente al significado de la expresión «organización o institución internacional», fórmula que acredita, por lo tocante al alcance de sus dos componentes, un valor de absoluta equivalencia, debiendo considerarse sinónimas las dos voces de su composición, razón que nos permitirá, por economía de lenguaje, aludir sólo, por ser el de uso más frecuente, al vocablo «organización».

En relación con el significado de esta expresión tengo que puntualizar que la misma guarda un gran paralelismo con el de las personas jurídicas en el plano doméstico, siempre y cuando se entienda que los Estados también mantienen un correlato de juridicidad con las personas físicas, ecuación que en cualquier caso debe aceptarse con todas las reservas.

Ahora bien, en lo que no hay duda es de la vigencia de la similitud dicha si ésta se sustenta sobre la idea de que la condición de sujetos de Derecho les es atribuida en toda su plenitud a los Estados en el orden internacional y a las personas físicas en el doméstico y sólo de forma traslaticia y limitada a las personas jurídicas en el orden de interno y a las organizaciones e instituciones supranacionales en el internacional.

En cualquier caso, la subjetivación internacional de tales entidades, distintas de los Estados, es un hecho evidente, habiéndose iniciado el proceso al efecto con la erección de la «Administration generale de l'Octroi de navigation du Rhin», instituida por el Tratado de 15 de julio de 1804 entre Francia y el Sacro Imperio y ulteriormente erigida como Comisión Central para la navegación del Rin por el Anexo del 24 de marzo de 1815 al tratado de Viena, organización que fue acompañada ulteriormente por otras muchas, proceso que se ha intensificado en los momentos presentes en méritos a una serie de circunstancias políticas, técnicas y económicas que no es necesario mencionar.

Al respecto considero sumamente sugerentes las reflexiones de JULIO A. BARBERIS, autor que en su libro *Los sujetos del Derecho internacional actual*, Tecnos, Madrid, 1984, y en línea con lo antes apuntado acerca de la simetría que resulta detectable entre las personas jurídicas internas y las organizaciones internacionales pone de relieve la funcionalidad general de esta última, señalando, literalmente, en la página 76 de su obra que:

«Las organizaciones internacionales desempeñan en el derecho de gentes una función análoga a la de otras instituciones en el derecho interno de los Estados. En primer lugar, es posible descubrir cierta analogía entre las organizaciones internacionales y las sociedades civiles o comerciales. En ambos casos, hay esa idea de reunir esfuerzos mediante una labor unificada

para lograr un fin común. Pero, además, las organizaciones internacionales cumplen en el orden internacional funciones análogas a las que en los órdenes internos desempeñan algunos órganos del Estado. La administración de justicia, la defensa militar, la administración de la prestación de ciertos servicios son funciones que, en el orden internacional, son desempeñadas por organizaciones internacionales creadas por los Estados a falta de una comunidad internacional centralizada.»

En lo tocante a sus rasgos caracteriológicos más representativos y comunes tengo que precisar, con el autor citado, que éstos son los siguientes:

- a) Su creación mediante un tratado internacional, bien resulte convenido éste exclusivamente por Estados, bien de forma mixta, o bien, en última instancia, sólo por organizaciones internacionales, siendo incluso factible que en tales tratados participen entidades sin personalidad para el Derecho de gentes (caso, y cito la relación ejemplificativa elaborada por el autor mencionado *ut supra*, de la Organización Internacional del Azúcar, el Instituto Internacional del frío, la Unión Postal Universal, el Consejo de Cooperación aduanera, etc.).
 - b) Su tenencia de un sustrato organizativo, de forma tal que los actos dimanantes del mismo sean de éste y no de los Estados miembros.
 - c) Su detentación de un número determinado de títulos competenciales *ad hoc*, que quiere decir tanto como la recepción por parte de los Estados u organizaciones que las creen de un listado de aptitudes para operar en una sede material concreta, todo ello con la finalidad de conseguir el objetivo pretendido y en vista al cual fue precisamente erigida la organización de que se trate.
 - d) Su regencia por el Derecho de gentes, aunque tal sometimiento sea sólo parcial.
- c') Metodología de la autorización requerida para los tratados previstos por el artículo 94.1 CE

a'') Introducción

En este caso concreto, la técnica usada para que el ejercicio de la potestad parlamentaria se haga notar en sede de los tratados consiste en exigir una habilitación especial de las Cortes para su celebración que no encarna en una ley (orgánica u ordinaria) sino en un acto autorizativo con sustantividad propia y que constituye el resultado de un procedimiento adventicio al legislativo.

Esto es lo que hace diferir el trámite parlamentario cuya instrucción conduce a la obtención de la autorización que estamos viendo de aquél orientado a viabilizar la celebración de los tratados subsumibles en el círculo de irradiación del artículo 93 CE, caracterizado este último, como ya vimos, por su inespecificidad, siendo así que el trámite para la adopción de las leyes orgánicas con operatividad en su foro no difiere una tilde del que debe seguirse normalmente, falta de singularidad de respuesta procedimental *ad hoc* que contrasta severamente con la especialidad que aflora en el ámbito de la autorización de los tratados del artículo 94.1 CE.

En lo tocante a las fuentes concretas de esta especialidad procedimental, el elemento normativo clave en este orden de cosas es el artículo 74.2 CE, según el cual:

«Las decisiones de las Cortes Generales previstas en los artículos 94.1, 142.2 y 158.2 se adoptarán por mayoría de cada una de las Cámaras. En el primer caso, el procedimiento se iniciará por el Congreso, y en los otros dos, por el Senado. En ambos casos, si no hubiere acuerdo entre Senado y Congreso, se intentará obtener por una Comisión Mixta compuesta por igual número de Diputados y Senadores. La Comisión presentará un texto, que será votado por ambas Cámaras. Si no se aprueba en la forma establecida decidirá el Congreso por mayoría absoluta.»

El complemento ejecutivo de este tinglado operacional aparece aprontado por los artículos 155 a 158 del Reglamento del Congreso y 144 y 145 del Reglamento del Senado, preceptos a los que me referiré ulteriormente cuando me ocupe en concreto de las coordenadas de procesalidad a tener en cuenta en estas áreas.

Antes, al ocuparme del trámite autorizativo a materializar en aquellos casos en los que dado el contenido de los tratados éstos encajasen en el marco del artículo 93, ya puse de relieve la falta de coherencia del mismo en su eventual comparación con el que vamos a analizar ahora, evidencia que resulta clara del propio tenor del artículo 74.2 CE que acabamos de literalizar, y del que se desprende la posibilidad de acudir a la solución transaccional que el mismo instrumenta en caso de desacuerdo entre las Cámaras (enucleada en torno a la erección de la Comisión mixta —y paritaria— que tal artículo menciona), alternativa que permite ponderar con más cautela, en caso de divergencia corporativa, las consecuencias derivadas de la prestación de la habilitación controvertida (y de la que no existe ni rastro tratándose de los supuestos procedimentales orientados a la consecución de la autorización parlamentaria para la celebración de los tratados tipificados por el artículo 93 CE).

Hecha abstracción de esta faceta, también la indicada falta de coheren-

cia se patentiza en el dato de que los *quorum* parlamentarios para el discernimiento de la autorización pretendida en sede de los tratados del artículo 94 CE resultan incluso más reforzados que los demandados para la adopción de las Leyes orgánicas en aquellos casos en los que se dé una discordancia de pareceres entre el Congreso y el Senado (ver lo dicho anteriormente al comentar el alcance del art. 90 y su posterior «corrección» por el artículo 132 del Reglamento del Congreso).

Adentrándome ya en la médula procedimental del iter que deba instruirse al efecto, tengo que señalar que su inicio tiene lugar cuando una vez adoptado, autenticado y calificado por el Gobierno el texto del tratado a autorizar, éste decide solicitar dicho placet y al efecto procede de la forma prescrita en el artículo 155.2 del Reglamento del Congreso, precepto que reciclando debidamente los criterios normativos resultantes del artículo 20 del Decreto 801/1972 señala literalmente que:

«El Gobierno solicitará de las Cortes Generales la concesión de dicha autorización mediante el envío al Congreso de los Diputados del correspondiente acuerdo del Consejo de Ministros junto con el texto del tratado o convenio, así como la Memoria que justifique la solicitud y las reservas y declaraciones que el Gobierno pretendiere formular, en su caso. El Congreso deberá pronunciarse tanto acerca de la concesión de la autorización como sobre la formulación de reservas y declaraciones propuestas por el Gobierno.»

Una vez presentada esta documentación, se procede a la apertura del trámite en cuestión (presentación cuyo momento concreto queda, salvo excepciones muy cualificadas, al arbitrio del Gobierno, tal como puntualizamos antes, remitiéndome también ahora a lo que antes indique acerca del significado del apartado 3 del artículo 155, cuyo apartado 2 acabo de literalizar), trámite en el que deberán valorarse, como en el caso de los tratados del artículo 93, dos cuestiones:

- a) Que el texto sometido a su aprobación no es inconstitucional.
- b) Que el tratado objeto del debate no resulta subsumible en el ámbito del artículo 93 CE.

Esta es la dualidad de cuestiones a valorar, y si se llegase a la conclusión de que la totalidad de dicho texto o la parte del mismo no enmendable por vía de reservas es inconstitucional o resulta tipificable en su integridad como el de un tratado sometido al régimen del meritado artículo 93 CE, es evidente que el rechazo del Congreso de la autorización pretendida por el ejecutivo sería lo único procedente.

Ahora bien, si la inconstitucionalidad detectada o la subsunción del

tenor de dicho tratado en el ámbito aplicativo del artículo 93 CE fuese sólo parcial (o enmendable por vía de reservas), entonces la situación sería colmable mediante la proposición de las indicadas reservas o declaraciones, posibilidad a la que se refiere el artículo 156 del Reglamento del Congreso, según el cual:

«1. La tramitación en el Congreso de la concesión de autorización se ajustará al procedimiento legislativo común, con las particularidades que se contienen en el presente capítulo.

2. Las propuestas presentadas por los Diputados y por los Grupos Parlamentarios tendrán la consideración de enmiendas a la totalidad en los siguientes casos:

1.º Cuando pretendan la denegación o el aplazamiento de la autorización solicitada.

2.º Cuando propusieran reservas o declaraciones y éstas no estuvieren previstas por el tratado o convenio.

3.º Las propuestas presentadas por los Diputados y por los Grupos Parlamentarios tendrán la consideración de enmiendas al articulado en los siguientes casos:

1.º Cuando propusieren la supresión, adición o modificación a las reservas o declaraciones que el Gobierno pretendiere formular.

2.º Cuando formularen reservas o declaraciones previstas por el tratado o Convenio.»

En este precepto se establece la alternativa a la concesión inmediata de la autorización solicitada y que es aquella que, o bien se materializa en la denegación o aplazamiento de la misma [disyuntiva que por lo tocante a su segundo componente se arroja de gran cripticidad desde cualquier punto de vista que se la mire (tema en el que no puedo entretenerme)], variante decisional que teniendo en cuenta que el Congreso no puede valorar la oportunidad política del tratado sólo puede fundarse en la inconstitucionalidad del mismo o en el hecho de ser este uno de los sometidos al régimen del artículo 93 CE, o bien en la formulación por los Diputados de las consiguientes enmiendas que de prosperar se traducirán, en el plano operativo, en la supresión o modificación de determinadas cláusulas previstas en la negociación del texto sometida a la consideración del Congreso o bien en la formulación o adición de otras nuevas (previstas o no en dicha negociación).

Por supuesto, y al igual que sucede en el foro autorizativo referente a los tratados encajables en el marco del artículo 93, cabe que el Congreso dude sobre la constitucionalidad del instrumento sometido a su considera-

ción, hipótesis que aparece prevista en el artículo 157 del Reglamento del Congreso (y en el 147 del Senado), preceptos que examinaremos más tarde, y cuya entrada en juego impide que se adopte una decisión sobre el fondo, paralizándose el iter instruido hasta que el TC resuelva acerca de la viabilidad de la duda en méritos de la cual se activó su intervención en este ámbito, *ex* artículo 157 dicho, en su párrafo 2.

Vemos, pues, que con independencia de esta última posibilidad, el procedimiento que estamos observando puede acreditar los siguientes desenlaces en el Congreso:

- a) El de rechazo de la pretensión autorizadora deducida por el Gobierno.
- b) El de aceptación de la misma en toda su integridad.
- c) El de la aceptación limitada, condicionada o parcial, supuestos que son aquellos a los que atina el artículo 156 del Reglamento de dicho Congreso.

El primero de los desenlaces relacionados es el que debe prevalecer cuando la totalidad o la parte indisponible del texto sometido a su consideración es incompatible con la Constitución y también cuando el tratado a autorizar encaja en el marco del artículo 93. El segundo, cuando dicho tratado resulta perfectamente atendido a la legalidad constitucional y su acomodo en el listado de supuestos del artículo 94 resulta fuera de discusión. El tercero, cuando la incompatibilidad constitucional o su eventual encuadramiento en la categoría de tratados prevista por el artículo 93 es sólo parcial y además resulta obviaable por la vía de las pertinentes reservas.

En el primero de los supuestos dichos, la documentación relativa al tratado en cuestión será reenviada al Gobierno, archivándose toda la suerte de trámites que al efecto se hubieren impulsado. En los dos casos restantes se dará paso a la intervención competencial del Senado, que se gobernará por lo previsto en el artículo 74.2 CE, resultando de este artículo que se requiere que la mayoría (simple) de los senadores vote el texto remitido por el Congreso para que la autorización se entienda definitivamente concedida.

Ahora bien, cabe que se presenten en tiempo y forma oportuno, tal como reconoce el artículo 144 del Reglamento del Senado, propuestas de no ratificación, de aplazamiento o de reserva respecto de los Tratados y Convenios Internacionales, si bien siempre en los mismos términos limitados que, *quid pro quo*, resultan del artículo 156 del Reglamento del Congreso (precepto que literalizamos con anterioridad), convergencia en estas áreas que dicho artículo se encarga de sintetizar diciendo que «el texto de los Tratados no puede ser objeto de enmienda».

Respecto a la concreta liturgia de tal posibilidad, se ocupan de ella los

apartados 2 y 3 del meritado artículo 144, señalando literalmente el primero que «La presentación de propuestas de no ratificación se sujetará a lo dispuesto para las propuestas de veto» y señalando el 3 que «Las propuestas de reserva sólo podrán ser formuladas a los Tratados y Convenios que prevean esta posibilidad o cuyo contenido así lo admita. Dichas propuestas, así como las de aplazamiento, seguirán el régimen establecido para las enmiendas en el procedimiento legislativo ordinario».

De estas disposiciones resultan claras dos cosas: 1.º) Que las normas del procedimiento legislativo común alusivas a las propuestas de veto son las aplicables en este foro, normas cuyo comentario no nos compete. 2.º) Que cuando según el derecho internacional no quepan reservas respecto del texto sometido a autorización por la vía del artículo 94 CE, tampoco es dable la formulación de las mismas por la vía del procedimiento que estamos viendo.

En aquellos supuestos en los que los puntos de vista del Congreso y del Senado difieran sobre la posibilidad de acceder a la autorización postulada por el Gobierno entran en liza los artículos que desde las sendas logísticas de los Reglamentos del Congreso y del Senado se ocupan de arbitrar el dispositivo transaccional al que antes hicimos méritos, artículos que son el 158 («Las discrepancias entre el Congreso de los Diputados y el Senado sobre la concesión de autorización para celebrar tratados o convenios previstos en el artículo 94.1 de la Constitución, intentarán resolverse por medio de una Comisión Mixta constituida conforme a lo dispuesto en el artículo 74.2 de la Constitución, la cual presentará un texto que será sometido a votación de ambas Cámaras. Si no se aprueba en la forma establecida, decidirá el Congreso por mayoría absoluta») del primero de los Reglamentos dichos y el 145 («En el caso de que el acuerdo del Senado sobre alguno de los Tratados y Convenios internacionales, contemplados en el artículo 94.1 de la Constitución, difiriese del adoptado previamente por el Congreso de los Diputados, deberá constituirse una Comisión mixta conforme a lo previsto en el artículo 74.2 de la misma y en el 57 del presente Reglamento. El texto presentado por dicha Comisión será sometido directamente a votación del pleno del Senado. Del acuerdo recaído se dará cuenta al Gobierno y al Congreso de los Diputados a los efectos oportunos») del segundo, preceptos que entrañan su componente de sustantividad en el mencionado artículo 72.2 del Texto básico y cuya cabal comprensión exige literalizar el artículo 57 del propio Reglamento (del Senado), precepto aludido por el último de los artículos dichos, y que sienta literalmente que «Las Comisiones Mixtas del Congreso y del Senado se constituyen en los casos previstos en la Constitución y en las leyes, o cuando así lo acuerden una y otra Cámara. Cuando no se resuelva otra cosa en el acuerdo o disposición que las crea, el número de miembros de estas Comisiones será fijado, por parte del Senado, a través de su Mesa», disposición que desde

el Reglamento del Congreso tiene una réplica, más o menos difusa, en lo previsto en sus artículos 51 y 53.

En aquella hipótesis en la que el texto acordado no alcanzare el consenso de ambas Cámaras, zanjará definitivamente la cuestión, por mayoría absoluta, el Congreso de los Diputados, *ex* artículo 74.2, *in fine*, de la CE y 158, *in fine*, del Reglamento de este cuerpo colegislador.

b'') Elementos a valorar por las Cortes

Estas deben decidir, como consecuencia de la prestación de su débito competencial en este foro, acerca de dos cosas:

- a) Que el tratado, siendo uno de los tipificados por la lista *ad hoc* del artículo 94.1 CE, no es inconstitucional por sus concretos pronunciamientos.
- b) Que el instrumento sometido a su consideración es, efectivamente, uno de los subsumibles en el referido rol (del art. 94.1 CE dicho).

En relación con el primer enjuiciamiento, si las Cortes consideran que el tratado incide en vicio de inconstitucionalidad deberán manifestarlo así denegando la autorización pretendida a efectos de que por el Gobierno se reconduzca la cuestión en el sentido patrocinado por el artículo 95. En la segunda hipótesis, la valoración del Gobierno debe proyectarse en una doble dirección ya que el tratado sometido a su conocimiento ni debe ser de los que encajan en el marco del artículo 93 ni tampoco de aquellos que pueden ser consentidos libremente por el Gobierno, dualidad de posibilidades que de concitarse *ad casum* deberán provocar una decisión negativa de las Cortes respecto de la autorización instada.

De todos modos, claramente se advierte que ambas modalidades de enjuiciamiento no son simétricas, siendo así que en la segunda de las eventualidades indicadas, por economía procesal y porque la cuestión no tiene más trascendencia que la puramente formal, podría continuar la tramitación parlamentaria hasta su sublimación por la vía de la prestación de la consiguiente autorización *ad hoc*, beneplácito que no por ser excesivo afectaría a la validez del proceso de prestación del consentimiento para obligarse.

Por el contrario, cuando en virtud de la pertinente homologación del contenido del tratado de que se trate las Cortes llegasen a la conclusión de que el mismo, aun siendo uno de los relacionados por el artículo 94.1 CE, resulta también de los previstos por el artículo 93 de dicho Texto fundamental, lo que procede es la denegación, sin paliativos, de la autorización

pretendida, ya que de lo contrario el proceso conformativo de dicho tratado adolecería de vicios graves en su tramitación.

Y en relación con esta problemática tengo que apuntar que las labores adverativas de las Cortes en esta sede no son nada fáciles, teniendo en cuenta la enorme elasticidad de perfiles de las categorías acuñadas en el artículo 94.1 CE, condición que posibilita considerables dosis de eventual solapamiento entre las mismas, y no sólo ello, sino que partiendo de la concepción súper abierta de alguna de tales categorías (concretamente, la que acredita como epígrafe temático general el de «políticos»), la osmosis entre éstas y las que no requieren ningún tipo de autorización parlamentaria también es una evidencia inquietante.

Teniendo en cuenta lo alegado creo que conviene hacer una referencia sumaria a los tipos que integran el escandallo de supuestos consagrados por el artículo 94.1 CE, ya que la cabal inteligencia del sistema que sigue nuestro texto fundamental acredita como presupuesto básico la calificación de los mismos, calificación que no puede sino reposar en las características de los instrumentos considerados, hecho que impone una referencia a su categorización.

c'') Alusión a la batería de supuestos del artículo dicho

1') Introducción

Me remito, en estos momentos, a todo el conjunto de reflexiones que ya quedaron debidamente expuestas en estas páginas acerca del significado que tiene el sistema de lista positiva cerrada al que se atiene el indicado artículo 94.1, así como a aquellos criterios alternativos del mismo que operativos en otros países han quedado extramuros de nuestros esquema constitucional.

Partiendo de ello, y de lo que acabo de decir en el sentido de que entre todos los supuestos enumerados en el meritado artículo no existen, ni mucho menos, fronteras infranqueables (fronteras que tampoco median entre éstos y aquéllos que puedan asumirse sin ningún tipo de intervención parlamentaria), sólo me cabe poner de relieve ahora que la dificultad adverativa que en torno a la calificación de los instrumentos sujetos a consideración debe provenir de las Cortes (como paso previo e inexorable a su ulterior intervención parlamentaria) se acrecienta en obsequio a que entre los tratados previstos por el artículo 93 CE y los que lo son por el 94 CE sólo se da una diferencia estrictamente funcional, pero ninguna de contenido, diferenciando cuyo sustentáculo es si en relación con la materia objeto del tratado en cuestión se produce o no la transferencia competencial a la que alude dicho artículo 93, ya que de suceder así el mismo instrumento pre-

visto por el artículo 94 quedaría sometido en su integridad al régimen del artículo 93.

2') Tratados de carácter político

Este tipo de tratados, cuya tipificación en cuanto sometibles al régimen de autorización parlamentaria que estamos viendo se efectúa por el apartado 1.a) del artículo objeto de constante alusión, constituye la categoría más abierta de la lista insertada en dicho precepto, siendo así que en realidad «políticos» son todos los tratados a concertar, sea cual fuere su contenido concreto, y ello porque en su conformación siempre prima o influye algún dato conectado con la debida llevanza de los asuntos internacionales e internos de España, circunstancia que tiñe de indeleble «politicidad» la celebración de cualquiera de ellos.

Ahora bien, no conviene exacerbar esta nota en cuanto común a todo tipo de tratados y ello porque de perderse el equilibrio en relación a su tratamiento quedaría absolutamente vacía de competencias la potestad del Estado de concertar tratados por su propia cuenta en la medida en que los mismos no encajen por su contenido ni funcionalidad en las listas del artículo 94.1 CE ni en el ámbito de aplicación del 93 CE.

Y no sólo ello, sino también porque el repertorio de supuestos que nos ocupa se vertebra en base a datos de *neta ratione materiae*, no debiendo ser objeto de valoración *ad hoc* las circunstancias y objetivos «políticos» que conduzcan a su celebración, ya que si así fuese efectivamente todos los tratados resultarían subsumibles en la categoría que estamos evidenciando.

Se imponen, pues, importantes dosis de medida en la valoración de esta rotulación temática ya que por un lado se corre el riesgo antes apuntado de que una potenciación de la nota «política», en cuanto emblema de todo instrumento internacional, conduciría a la absoluta inoperancia del *ius tractatus* que en su caso pueda ejercer, por su exclusivo *imperium*, el Gobierno, pero por otro, una visión muy restrictiva de dicha nota ampliaría de manera correlativa —y exorbitante— tales facultades gestorias soberanas del Ejecutivo.

3') Tratados militares

El eventual componente bélico de la acción de Gobierno siempre ha estado omnipresente en los textos constitucionales, quienes se han encargado de consignar las directrices fundamentales de su impulso, circunstancia que ha determinado que la categoría de los tratados que estamos viendo, en

cuanto instituto coadyuvante a la dirigencia de tal vertiente gubernamental, acredite una gran añejidad, siendo buena prueba de ello el que ya se ocuparan de la figura, bajo variopintas denominaciones, los sucesivos Reglamentos el Consejo de Regencia y la propia Constitución de 1812 (ejemplo que, manteniendo la policromía en cuanto a las denominaciones sucesivamente adoptadas ha sido seguido por todo el rosario de Constituciones que han antecedido a la presente).

Por lo que se refiere a su caracterización, la misma queda unida en exclusividad al tema militar, concebido este en el más amplio de los sentidos posibles, y siempre por supuesto que tenga proyección exterior, quedando al margen de estas consideraciones cuál deba ser el contenido concreto o la filosofía que deba impregnar tales tratados, problemática cuyo análisis extravasa nuestro cometido expositivo.

En virtud de la materia que constituye el único referente a tener en cuenta en este orden de cosas es evidente que la categoría sometida a debate acredita unos perfiles considerablemente definidos. Otra cosa es que al amparo de un tratado militar básico se pretendan sustraer del conocimiento de las Cortes otros convenios de esta u otra tipología que en cuanto relacionados con los mismos puedan recibir el calificativo de accesorios de éstos, tema que enlaza más bien con el problema de la autorización anticipada en este ámbito y cuyo estudio no nos interesa ahora.

4') Tratados territoriales

El Estado, en cuanto ente con subjetividad internacional plena, se arroja de una serie de notas que, dada su importancia, podríamos calificar de institucionales, de entre las que destaca la que se materializa en la idea de que el mismo debe dotarse inexorablemente de un ámbito de validez espacial, emblema de estatalidad a la que alude JULIO A. BARBERIS en su libro antes indicado, página 40, autor que tras acoplar diversas opiniones sobre el particular de GUGGENHEIM, *Traite de Droit international publique*, Geneve, 1953; NIELSEN, *American and British Claims Arbitration*; Washington, 1926, y Kelsen, *General Theory of Law of State*, Cambridge (Mass), 1946, elabora su propia reflexión sobre este referente caracterizador señalando literalmente que «Todo orden jurídico estatal es válido dentro de cierto espacio limitado que se da en llamar el territorio del Estado. El territorio del Estado es el ámbito dentro del cual los órganos de dicho Estado pueden realizar los actos coactivos previstos por el ordenamiento jurídico. El territorio del Estado comprende un espacio tridimensional, abarca la superficie terrestre, el subsuelo hasta cierta profundidad y el espacio suprayacente hasta cierta altura».

Es, en suma, el soporte fáctico de la propia idea del Estado, en cuanto ente soberano y dentro de cuyos confines ejerce el grueso de sus competencias (y, desde luego, todas las territoriales), siendo consustancial a su propia existencia, consustancialidad que llega hasta tal punto que sin él el Estado carece de realidad.

Ahora bien, esta importancia no presupone en modo alguno que las dimensiones actuales de un Estado determinado deban perpetuarse hasta la eternidad, siendo perfectamente factible que éstas experimenten variaciones que pueden ser mínimas (modificación de límites fronterizos) o que pueden arrojarse de mayor consistencia dimensional.

En este último caso, el origen de tales variaciones puede ser convencional o impuesto, hipótesis esta última que resulta consecuencia de comportamientos bélicos, siendo de resaltar al efecto como la Carta de las Naciones Unidas reconoce en su artículo 51 un derecho inmanente de legítima defensa en favor de los Estados en caso de un ataque armado, tema que ha sido debatido últimamente con incuestionable profundidad en la obra *La legítima defensa del territorio del Estado*, Tecnos, Madrid, 1991, escrita por MARTÍN C. ORTEGA CARCELÉN.

En relación con la concreción de dicho territorio, cuya esencialidad estamos considerando, las Constituciones mantienen criterios normativos diversos, ya que mientras que algunas de ellas precisan los lindes del territorio nacional (por ejemplo, la portuguesa) otras los omiten, y este es precisamente el caso de la española que, pese a recalcar la importancia del elemento territorial que estamos viendo imponiendo la unidad e indivisibilidad del mismo (caso de sus arts. 2, 8.1, 56.1, reservando al Ejército el papel de custodio al efecto) no efectúa ninguna precisión de qué es lo que constituye en definitiva la encarnadura fáctica de tal territorio, limitándose simplemente a darla por supuesta.

En relación con este escapismo constitucional, REMIRO BROTONS, en su obra dicha, página 53, tras interrogarse sobre su validez, pone de relieve que su operatividad es un indicio de que para el Estado cuya Constitución proceda de tal guisa el confin de su territorio resulta consolidado y pacífico, razón por la que la de 1812, nacido en momentos difíciles para la Monarquía y el Imperio, sí que se ocupó con toda la delectación del mundo en indicar, punto por punto, los límites territoriales de España, praxis, sin embargo, abandonada en las Constituciones posteriores, incluyendo la vigente, señalando a este respecto el autor citado *ut supra*, en su obra antes dicha, página 56 (después de efectuar una reseña histórica sobre la materia en la que la tónica general ha sido, como hemos apuntado ya, no descender al detalle descriptivo del territorio nacional), que «Igualmente, quien se acerque a la Constitución de 1978, fiera y extrovertida en la confesión voluntarista de unidad, indisolubilidad e integridad, buscará en vano la

determinación de los espacios —terrestres, marítimos y aéreos— sobre los que se extiende la soberanía española. No faltan las alusiones al “territorio español” (arts. 138.1, 139.2, 158.1 y 161.1), al “territorio de España” (art. 68.5), al “territorio nacional” (art. 19) o al “territorio del Estado” (art. 139.1) y cerca de veinte veces se hace mención de “España”. La Constitución rompe una lanza por la integridad, pone a su servicio las espadas, pero se abstiene de definir nuestro territorio, fijar sus límites geográficos, señalar sus partes componentes».

Respecto a cuáles sean las razones determinantes de esta falta de objetivación territorial, si partimos de la base de la teoría antes explicitada es evidente que la misma hunde sus raíces en la falta de problemas sobre el particular, es decir, en que los lindes de la «finca nacional» no se discuten.

Ahora bien, con ser esta cuestión pacífica desde el punto de vista oficial, la misma no deja de presentar un telón de fondo ciertamente inquietante en méritos a que la pertenencia al predio nacional de los territorios de Africa no resulta todo lo consolidada que se pretende hacer creer, circunstancia que unida a la existencia en el espacio peninsular del enclave colonial de Gibraltar aflora una inmarcesible conflictividad en este sector.

Teniendo en cuenta lo que acabo de explicar, parece razonable entender que el tenaz silencio de los constituyentes obedeció a otros motivos, tales como aquellos a los que se refiere REMIRO BROTONS, en su obra dicha, página 57, motivos cuya *ratio*, y aludimos a esta cuestión en síntesis, enlaza con la idea de no positivar en modo alguno tal territorio con la finalidad de eludir el nexo entre la exigencia constitucional de mantener la integridad del mismo a todo trance (tal como impone la CE en los preceptos antes relacionados) y una relación territorial concreta de partes de un todo cuya incolumnidad constituye un dogma del más alto rango constitucional.

Lo explica muy bien dicho autor al decir literalmente al efecto que «La indisoluble unidad sería fundamento del Estado, pero las plazas norteafricanas quedarían al margen de esa unidad, no conmovida por su destino. Las Fuerzas Armadas defenderían la integridad de nuestro territorio, pero la adjetivación por sorpresa, al ritmo de la necesidad o la conveniencia, de una parcela del mismo como excrecencia y no como esencial, permitiría excusar su misión constitucional y consentiría a las Cancillerías negociar la cesión».

Volviendo al tema central de nuestro discurso, la categoría que estamos considerando, si bien acredita un perfil suficientemente nítido en lo tocante a su objetividad, llama la atención por el hecho de su enorme radio aplicativo ya que interpretado literalmente el artículo 94.1.c) CE pueden encontrar acomodo en el mismo tanto los tratados que afectan «mínimamente» a la integridad territorial, como aquellos que permiten una amputación de una parte sustancial del mismo, o dicho en otras palabras, resultan subsu- mibles bajo su régimen tanto los instrumentos de fijación de límites entre

España y los países limítrofes como aquellos que posibilitarían la cesión de Ceuta o Melilla a Marruecos.

Con abstracción de este matiz, es de notar también que nuestro ordenamiento constitucional no ha considerado con especial atención la variante de tratado que estamos viendo, distanciándose así de otros modelos constitucionales que teniendo en cuenta la enorme trascendencia de los mismos para sus respectivas vidas nacionales han erigido sistemas más alambicados para la asunción de sus compromisos, bien demandando mayorías parlamentarias reforzadas para ello, bien exigiendo el refrendo directo de las poblaciones concernidas o bien requiriendo la intervención institucional de los representantes de éstas.

Ninguna de estas posibilidades de rigidificar la materia ha sido contemplada por la CE, con lo que la modalidad convencional sujeta a consideración queda sometida al régimen autorizativo consagrado por el artículo 94.1 de la CE, sometimiento íntegro, sin ningún matiz diferenciador que viniera a drenar, aunque fuese en mínima medida, la falta de rigor con que en este orden de cosas se condujeron los constituyentes.

5') Tratados que afectan a los derechos y deberes fundamentales del individuo

A diferencia de los supuestos cuyas líneas maestras de sustentación acabo de patentizar, éste carece de antecedentes en nuestra historia constitucional, constituyendo su sustancia la potencial «afectación» de los Derechos básicos consagrados, reconocidos, sancionados o establecidos por la CE, afectación, sin embargo, que en modo alguno puede ser *ad peyus*, ya que de intentarse una operativa convencional en tal sentido el cauce adecuado para autorizar el tratado que así procediese no sería el trazado por el artículo 94.1 CE sino por el 95.1.

Así pues, tal afectación tendría que ser integradora o desarrolladora, al estilo de la recibida ya por propia exigencia constitucional por la vía del artículo 10.2 CE, precepto que acredita otras sedes distintas de ésta para su explicación.

Una vez ello explicado, sólo cabe añadir que la categoría presentemente analizada ha sido puesta en tela de juicio por lo tocante a su utilidad (siempre considerando la cuestión desde el marco de funcionalidad que estamos viendo), tema al que se refiere REMIRO BROTONS, en su colaboración a la obra colectiva antes indicada, señalando literalmente que «Una vez señalados los límites de la categoría, surgen las dudas acerca de su utilidad. Los tratados que afectan a los derechos y deberes fundamentales caben perfectamente en el supuesto de los que suponen modificación o derogación de alguna ley o

exigen medidas legislativas para su ejecución (art. 94.1 *e*), pues, en efecto, materia de ley es, conforme a la Constitución (art. 53.1), la regulación del ejercicio de los derechos y libertades. No faltaron en este sentido algunas voces que aconsejaron juiciosamente, aunque sin éxito, la supresión de una categoría tan poco común. Esta hubiera estado justificada sólo en el caso de que la conclusión de los tratados que son su objeto se hubiera sometido a un régimen especial de autorización. Pero no ha sido así».

6') *Tratados que implican obligaciones financieras para la Hacienda Pública*

Con este tipo la lista positiva de tratados sujetos al régimen de autorización parlamentaria por la vía del artículo 94.1 CE reinicia la positivación de categorías de honda raigambre en el ordenamiento constitucional español, siendo así que la modalidad convencional que nos ocupa fue de las primeras a tener sustancia constitucional.

Ahora bien, las circunstancias que motivaron el temprano interés sobre el tema (limitar el poder regio en sede de los tratados) habían desaparecido y ello provocó la necesidad de positivar de manera diferente la rotulación de los instrumentos sujetos a debate a fin de conseguir adecuadamente el centramiento de su objetivo ya que si se exigiese la intervención parlamentaria para todo tipo de tratados que impliquen gasto para la Hacienda pública (aún mínimo) las competencias del Gobierno en este foro quedarían profundamente deterioradas.

Por esta razón, en el Anteproyecto de la Constitución sometido al análisis de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas se redujo el nivel de exigencia en este campo requiriendo la susodicha autorización parlamentaria sólo para aquellos casos en los que las obligaciones financieras asumidas por España fuesen «importantes», discurso normológico que estuvo a punto de prosperar y que se frustró en aras a lo explicado por el Senador L. MARTÍN RETORTILLO, en el sentido de que tal locución objetivaba un concepto jurídico indeterminado de enorme magnitud, permitiendo de cualquier tipo de valoraciones y provocador de inseguridad jurídica y de quiebras del sistema democrático, razones que debidamente atendidas dieron paso a la enunciación del tipo actual.

Ahora bien, con la tipificación efectuada no cabe duda que las potestades detentadas por el Gobierno se resienten de forma considerable, generando ello un potencial de sensibilidad al que no ha sido ajeno el Consejo de Estado, órgano consultivo que en el dictamen de su Comisión Permanente de 27 de agosto de 1981 ha venido a efectuar una lectura en clave de restricción de la variante convencional que estamos viendo, en lo tocante

a su sujeción al régimen del artículo 94.1, postulando su elusión del mismo en aquellos supuestos en que los gastos correspondientes puedan ser atendidos con las consignaciones presupuestarias ordinarias, ya aprobadas por las Cortes, fórmula en definitiva que, con mayor o menor acierto, tiende a centrar el tema competencial que en este entorno acredita como protagonistas supremos a las Cortes y al Gobierno, centramiento cuya exigencia venía impuesta por la enorme holgura de la tipificación efectuada por el artículo 94.1 en relación con el tipo descrito.

Otra cosa es que la praxis que preconiza el Consejo de Estado sea la más adecuada, aspecto al que alude REMIRO BROTONS en su colaboración en la obra colectiva dicha, página 495, autor que tras formular la sospecha de que «El Gobierno intentara evadirse de este precepto (el que tipifica la modalidad instrumental comentada) cuando pueda amparar la ejecución de obligaciones financieras de un convenio en epígrafes presupuestarios ya aprobados por las Cortes. La maniobra es hábil, pero constitucionalmente forzada. Las circunstancias de las que pudiera derivar fueron desestimadas al redactarse el artículo 94.1.d) y avalarlas conduce a chocar con él».

Como complemento de esta observación crítica, dicho autor, en la nota 165, al pie de la meritada página, tras hacer alusión al dictamen del Consejo de Estado antes mencionado, que sustrae del ámbito de aplicación del artículo 94.1 aquellos tratados que supongan obligaciones financieras para la Hacienda pública cuando éstas puedan ser satisfechas con cantidades previamente presupuestadas (y que por consiguiente limita la efectividad del sistema autorizativo del artículo 94.1 en relación con las categorías de tratados debatida cuando éstos «impliquen directamente gastos no previstos en las obligaciones presupuestadas», tal como también reza dicho Dictamen) señala literalmente que «Esta interpretación es considerada por A. J. RODRÍGUEZ CARRIÓN, *Control de los Tratados* ..., cit., páginas 115-116, como peligrosa, en la medida en que puede incitar al Ejecutivo a la inclusión masiva de partidas presupuestarias extraordinarias. Adviértase, por otro lado, que la dictaminación de los Tratados corresponde a una Comisión —la de Asuntos Exteriores— y la de créditos a otra, la de Presupuestos.

7') *Tratados que supongan modificación o derogación de alguna ley o exijan medidas legislativas para su ejecución*

Para la mejor inteligencia del precepto creemos útil diferenciar los dos supuestos que se alojan en su *dictum*, es decir, aquel que exige la autorización parlamentaria en los términos del artículo 94.1 cuando el tratado en cuestión implique en virtud de su contenido la derogación total o parcial de

una ley y el que impone tal exigencia cuando el tratado a convenir sea de aquellos que demandan una ulterior actuación legislativa interna.

Ahora bien, esta dualidad de supuestos acreditan en común la nota de que la explicación de ambos es la misma: la de no violentar los esquemas ordinamentales internos respecto al rango de las leyes.

Lógicamente, para que tal noción —la del rango— tenga que ver en la justificación de la categoría es imprescindible el que no existan a nivel constitucional ni internacional reservas de ley ni de tratado, circunstancia que determina que tanto un producto normativo como el otro puedan incidir en los mismos supuestos fácticos, imputando a los mismos consecuencias jurídicas diferentes, o sea, discrepando en cuanto a concreta regulación impuesta, hipótesis que se trata de solventar, cuando la ley haya tomado la delantera al tratado, mediante la exigencia a la que hemos hecho alusión, es decir, la que impone la previa ratificación parlamentaria (por la vía del art. 94.1) del tratado ulterior contradictorio.

En la segunda de las eventualidades dichas, cuyo trasfondo continúa siendo un eventual desencuentro normativo entre el tratado y la ley, este, en vez de ser el primer producto normativo con el cual colisiona un tratado ulterior, lo que podría ser es un texto legal cuya adopción resultaría forzada para el legislador interno, siendo por ello de una impertinencia total, posibilidad que se trata de salvaguardar exigiendo la previa autorización del tratado que demandare desarrollo por vía legislativa interna.

Hipótesis de tratados derogatorios de leyes.—Esta categoría fue muy tempranamente atisbada por los estudiosos del tema (ver en tal sentido el Diario de Sesiones de 6 de enero de 1811, número 102, en el que se recoge la propuesta de DOU sobre la materia, referencia que recibo de la colaboración de REMIRO BROTONS a la obra colectiva dicha, página 496, nota 167) y tenida en cuenta bajo una fórmula locucionaria u otra, por los diversos textos constitucionales que han antecedido al actual, constituyendo la misma una manera de evitar, en lo posible, los aludidos conflictos entre leyes anteriores y tratados ulteriores, conflictividad que se trata de atajar imponiendo tal autorización que, consecuentemente, y teniendo en cuenta su carácter no legal, deberá ir acompañada de la promulgación de la consiguiente ley abrogatoria.

Ahora bien, entender que por la previa autorización concedida al tratado nos encontramos en presencia de una competencia legislativa tasada en virtud de la cual tal ley abrogatoria sea de obligada promulgación es mucho suponer, cuestión siempre abierta y en la que ofician diferentemente los autores.

Hipótesis de tratados que impliquen la adopción de medidas legislativas para su ejecución.—En este caso, lo que se trata es de evitar que la adopción de un tratado por parte del Ejecutivo o quede incumplido en el orden interno o se imponga a las Cortes la tarea de jurisdecir forzosamente.

Ahora bien, esta categoría resulta mucho menos definida que la anterior, que ya parte de un dato cierto —la existencia de una ley anterior total o parcialmente contradictoria con el contenido del tratado que se pretenda concertar—, certeza que no se da en modo alguno en la eventualidad sometida a debate ya que al no existir —salvo muy cualificadas excepciones— una reserva de ley, no puede decirse que ningún tratado, por incidir inicialmente en la misma tenga que ser desarrollado ineluctablemente por vía legal.

Planteado así el tema, resulta evidente que la alternativa contemplada carece de la más absoluta virtualidad, situación que se pretende evitar imponiendo interpretaciones «razonables» que yo no alcanzo a vislumbrar de ninguna manera.

Con abstracción de lo dicho, y partiendo de que efectivamente se obtenga *ad casum* la autorización a la que venimos aludiendo, se vuelve de nuevo a plantear el problema de hasta qué punto las Cortes deben prestar su colaboración al tratado previamente autorizado bajo las condiciones dichas, tema, repito, siempre abierto teniendo en cuenta lo complejo de su solución.

6. HOMOLOGACION DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LOS TRATADOS

A) INTRODUCCIÓN

Que la Constitución, en cuanto norma suprema, debe ser respetada por todo tipo de disposiciones de inferior rango (que son todas las que puedan positivarse en el foro interno) es un hecho evidente que no demanda más explicación.

Ahora bien, la aplicación de esta evidencia en sede de los tratados lleva aparejada un cierto componente de singularidad, teniendo en cuenta la dual virtualidad procedimental y sustantiva de los mismos, internacional e interna.

En virtud de la vertiente internacional, la norma de reconocimiento que debe acreditar beligerancia en relación con su proceso constitutivo es, en lo fundamental, el Convenio de Viena, que acredita un triple componente preceptual: el imperativo, el remisivo y el dispositivo. El primero de ellos es aquel cuya cogencia no puede quedar sin efecto por vía de la actuación en contrario de los Estados implicados. El segundo es el que reenvía forzosamente a los sendos derechos internos reconociéndoles una competencia exclusiva en cuanto a la regulación de alguna parte del iter constitutivo de que se trate. El último es aquel cuya virtualidad puede quedar sin efecto por

vía de las pertinentes disposiciones internas, pero que en el caso de que no existan se adorna de una vigencia indiscutible como derecho supletorio de primer grado.

En obsequio a lo dicho resulta evidente que el gobierno del íter fundacional de los tratados se ejerce por dos ordenamientos absolutamente distintos y soberanos, circunstancia que patentiza ya una absoluta especialidad en este orden de magnitudes, siendo así que perfectamente cabe que la convergencia *ad casum* de los ordenamientos dichos (el internacional y el interno) no sea simétrica, con lo que la instauración de una situación de aporía resulta en hipótesis perfectamente plausible, quedando instaurada la misma, por ejemplo, cuando el tratado concertado fuese inválido en el plano interno y absolutamente legítimo en el internacional o viceversa, situación de eventual encarnación que en lo posible se trata de paliar por el Convenio de Viena al establecer su artículo 46 que:

«Disposiciones de derecho internacional concernientes a la competencia para celebrar tratados.—1. El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifestado en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma fundamental de su derecho interno.

2. Una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y a la buena fe.»

En obediencia al tenor transcrito resulta claro que para el ordenamiento internacional una eventual violación del derecho interno de los Estados contratantes que se encarga de la oportuna delimitación competencial en sede de la celebración de los tratados es irrelevante y su alegación no resulta pertinente, salvo que las normas domésticas vulneradas lo sean manifiestamente y las mismas acrediten una importancia trascendental (obviamente para el Estado concernido).

Así pues, del *dictum* del artículo transcrito se deriva la primacía absoluta del Derecho internacional en cuanto regla de reconocimiento o primaria de los tratados (importancia que se desprende asimismo de otros artículos de dicho Convenio, tales como el 42 y el 53, en la medida en que uno y otros, en sus respectivos ámbitos de actuación, priorizan el valor del Derecho de gentes en relación con el proceso constitutivo de los tratados), prevalencia, sin embargo, modulada por la posibilidad de alegar con éxito una violación de los sendos ordenamientos domésticos en los términos explicados.

Ahora bien, en este caso, es decir, cuando el ordenamiento interno acredite protagonismo en cuanto derecho cuya vulneración pueda determinar la anulación de un tratado, se plantea el interrogante de cuál sea la sede idónea para aducir la susodicha violación, si la internacional o la interna.

Ni que decir tiene que esta fijación competencial acredita largo alcance ya que no resulta baladí para los ordenamientos concernidos quien deba decidir acerca de si ha existido tal violación del ordenamiento doméstico con relevancia internacional, tema, repito, de aguda conflictividad y resuelto de distinta manera y que, por lo tocante al ordenamiento español se ha traducido en el predominio resolutorio del Tribunal Constitucional, tal como vamos a ver de inmediato.

Continuando con este apunte introductorio tengo que referirme ahora a que en ocasiones, el proceso fundacional del tratado que se acomoda en su cabal integridad a los parámetros constitutivos preordenados por las reglas de reconocimiento internacionales e internas da a luz un instrumento atentatorio de las normas imperativas de uno u otro de los ordenamientos interno o internacional puestos en juego.

De nuevo en el enfoque de esta temática debe partirse del dato de que para el ordenamiento internacional no existe problema, ya que en virtud de sus directrices cardinales, lo único a tomar en consideración son sus propios preceptos, constituyendo la columna vertebral de esta primacía el anteriormente citado artículo 53 del Convenio de Viena, precepto que por su amplio espectro atina tanto a las normas internacionales procedimentales como a aquellas cuya cogencia e inderogabilidad para los Estados deriva de su propio contenido material, y que sienta literalmente que:

«Tratados que están en oposición con una norma imperativa de Derecho internacional general (*ius cogens*).—Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de Derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de Derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.»

El otro de los pilares de la fundamentalidad esencial de la norma internacional material en este foro es el artículo 27 de dicho Convenio, según el cual:

«El derecho interno y la observancia de los tratados.—Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 16.»

Teniendo a la vista el tándem de preceptos dichos, resultan inconcusas las siguientes conclusiones:

- a) Lo pactable por vía de tratado (que puede ser todo dado que no existe una reserva de tratado de carácter excluyente de posibilidades) sólo debe ser «legítimo» para el Derecho internacional, *ex* artículo 53 del Convenio, siendo indiferente que lo sea asimismo para el ordenamiento interno, *ex* artículo 27 de dicho Convenio.
- b) La prevalencia que la normativa expuesta supone para el Derecho internacional es absoluta y no modulable de la forma antes indicada para el supuesto de que existan desviaciones procedimentales importantes y manifiestas según los respectivos ordenamientos domésticos.

En base a todo lo dicho, queda suficientemente clara la primacía del Derecho internacional respecto del interno en aquellos casos en que se suscite una situación de controversia entre los mismos respecto a si un determinado tratado fue o no debidamente conformado o si, partiendo de este dato, sus cláusulas atentan o no a normas imperativas.

Ahora bien, esta visión no tiene por qué coincidir con la aportada por los sendos ordenamientos domésticos, los cuales, arrancando de unas premisas de operatividad diversas, pueden llegar a la conclusión opuesta, es decir, aquella que encarna en la prevalencia de su ordenamiento sobre el interno, conclusión que en caso de alcanzarse puede ser objeto de optimización a través del establecimiento de sedes jurisdiccionales (normalmente constitucionales) cuya misión es la de decidir si el íter de celebración ha sido el adecuado (valorándose éste, siempre, según los cánones propios) y si descartado este aspecto el contenido del tratado vulnera o no la Constitución.

En las páginas a venir vamos a abordar esta problemática en relación con nuestro ordenamiento constitucional, y quiero evidenciar ahora que el tema que voy a explayar de inmediato mantiene una cierta sintonía con el relativo a las relaciones que median entre los tratados y las leyes, afinidad derivada del hecho de que en ambos supuestos el principio de jerarquía ordinamental tiene bastante que decir, si bien es de advertir que tales similitudes no deben conducir hasta el extremo de intentar la globalización de dichos supuestos, ya que son muy distintas sus bases y sus eventuales soluciones.

De todos modos, antes de iniciar el estudio de la relación Constitución Española-tratado, voy a efectuar una composición disquisitiva sumaria sobre los principios de jerarquía y competencia, directrices de jurisdicción

sin cuya cabal intelección no resultaría entendible la problemática que a continuación voy a comentar.

B) ALUSIÓN A LOS CRITERIOS DE JERARQUÍA Y COMPETENCIA EN CUANTO ACTUANTES EN EL SENO DE LA TEORÍA GENERAL NORMATIVA

Considerándose el ordenamiento como un tejido más o menos denso de normas y no requiriéndose como elemento racionalizador del mismo la vigencia de un principio general de coherencia es evidente que los materiales que integran su entramado pueden, en un momento dado, entrar en colisión, situación que no forzosamente debe producirse, pero que efectivamente puede tener lugar.

Ante tal situación, la conflictividad que resulta de la misma y que encarna en la idea de que un mismo *factum* pueda ser objeto de inferencias jurídicas de signo contradictorio se resuelve en primer término aplicando *ad casum* el principio de competencia y ulteriormente, y en la hipótesis de que no sea fructífera la entrada en liza de éste, el de jerarquía.

El principio de competencia entraña su sustancia en la idea de que el cosmos ordinamental se diversifica en compartimentos normativos estancos en cuyo seno se efectúa la regulación de las materias integrantes de los mismos a base de una serie de normas que monopolizan en su sede la potestad innovadora, monopolio que excluye por completo una posible injerencia ordinamental proveniente de estrategias jurisdicentes adventicias.

En suma, se reserva a cierto linaje y etnia de normas la regulación exclusivista de una materia determinada, quedando ésta sustraída por completo a una eventual disciplina por dispositivos normológicos ajenos, que de incidir en el terreno acotado, imponiendo decisiones que le son prohibidas por carecer de título competencial *ad hoc*, serían inválidas aunque no fueren antinómicas con las que al supuesto considerado le son ofertadas por su legislación «natural».

Arrancando de las ideas expuestas, es claro que el principio competencial objeto de alusión sólo puede acreditar protagonismo en aquellos países en los que exista una determinada estamentización normativa, y no en los que sólo hace acto de presencia un solo poder jurisdicente con proyección nomotética global en todos los ámbitos de facticidad a considerar.

Ahora bien, tal fragmentación normativa debe ser el resultado de un previo proceso *ad hoc*, sometido a un poder soberano normológico común «supremo» que no sólo es la raíz de la misma sino también la fuente de su concreta operatividad y de las soluciones a su posible singladura disfuncional.

Partiendo de este *ratio*, el criterio objeto de debate resulta beligerante no sólo cuando la estructura del Estado es federal o quasi federal (supuesto de España), sino también cuando siendo unitario, por propia decisión de sus

órganos de poder la facultad de normación resulta escindida en diversos órganos competenciales que actúan, a los efectos que estamos viendo, con poder jurisdicente autónomo.

En base a lo dicho, y sea cual fuere la concreta articulación del sistema competencial que estamos viendo, lo cierto y verdad es que, incluso en los países federales donde su actuación es más nítida, su funcionalidad debe entroncarse con el principio de jerarquía ya que sólo por una norma superior a todos los eventuales acervos normativos autónomos esta distribución de títulos competenciales habrá podido ver la luz.

Con independencia de ello también es de reseñar que este principio de jerarquía será el que determine la concreta posición de las normas, en el caso de que éstas fueren de distinto tipo, dentro de cada uno de los conjuntos ordinamentales posibilitados por la vigencia del consiguiente canon competencial.

Ahora bien, la virtualidad de este último principio (el de jerarquía), decisivo para explicar el papel de cada norma dentro del ordenamiento competencial considerado, resulta absolutamente impertinente para explicar el por qué las disposiciones que invadan terrenos preceptualmente acotados son inválidas, invalidez que se produce por el simple hecho de tal extravasación, sea cual fuere el rango genérico de la norma invasora y aunque su inferencia jurídica coincida con la conformada por la norma competente, carencia de eficacia que se produce por la mera circunstancia de no acreditar la norma que estamos viendo el necesario soporte legitimador justificador de su eficacia innovatoria (o en su caso, derogatoria).

En ocasiones, este fenómeno redistributivo de materias no se produce, y entonces, y ante la posibilidad de que las distintas normas converjan asimétricamente sobre un mismo supuesto de hecho (posibilidad siempre latente cuando no existe una previa delimitación competencial al efecto), extrayendo del mismo consecuencias jurídicas divergentes, la norma primaria o de reconocimiento fundamental de los distintos Estados resuelve el problema a base de imponer una gradación jerárquica de las distintas disposiciones operantes en su seno, imponiendo la invalidez de aquellas que contradigan otras de rango superior, invalidez que actúa en un doble sentido, imposibilitando la eficacia derogatoria de las mismas, y permitiendo su no toma en consideración y/o anulación en el foro de que se trate.

Ahora bien, este principio de gradación o asignación jerárquica de las normas con vigencia en un mismo ordenamiento jurídico acredita como premisas ineludibles el que:

- a) Actúen en el mismo orden competencial.
- b) Sean formalmente válidas atendiendo a su propio proceso de alumbramiento.

- c) Incidan sobre idéntico *factum* de imputación al mismo tiempo que otras imponiendo soluciones nomotéticas inconciliables entre sí.

Si no se concita la trilogía basamental aludida, el problema o es de competencia (de conformidad con lo antes explicado) o es de incidencia en supuestos de afloración patológica de las normas o simplemente es irrelevante por no existir discordancia ordinamental que dirimir.

Dándose estos presupuestos, el conflicto se resuelve a base del principio de jerarquía en virtud del cual la norma de inferior rango nada puede en contra de la superior, corriendo además el riesgo de ser anulada por los órganos competentes.

Por lo que se refiere a nuestro ordenamiento, así constitucional como ordinario, ambos principios aparecen formalmente reconocidos. Así, el de la competencia aparece claramente consignado en la CE teniendo en cuenta que la misma, en sus funciones de racionalización del poder político nacional, asume una clara orientación federal, distinguiendo entre competencias ejercibles por las Comunidades Autónomas y aquellas que sólo pueden ser detenidas por el Estado, y ello con independencia de aquellos casos en los que se prevé la posibilidad de compartir, bajo determinadas condiciones, alguna o algunas de las competencias dichas, *ex* artículos 148 y siguientes de la CE.

Con abstracción de esta manifestación, que podríamos calificar de suprema en este orden de cosas, también se detectan importantes visos de la clave competencial objeto de referencia en todo aquel abanico de supuestos en los que existe una reserva de ley orgánica, dispositivo que, posibilitado por el artículo 81 de la CE, sólo resulta explicable en méritos a la directriz objeto de referencia.

También, en el seno de la legislación infraconstitucional, no cabe duda de que el principio competencial materia de debate anida en no pocas temáticas, no siendo necesaria su reseña para no alargar en demasía estas consideraciones.

Por lo tocante al principio jerárquico, éste se adorna de una doble virtualidad. La primera es la que explica el porqué la Constitución acredita el carácter de norma fundamental y ello tanto en la esfera fundacional de las normas como en aquella que opera respecto a determinados contenidos de éstas.

Baste apuntar, para concluir adecuadamente con esta batería de reflexiones sobre el índice competencial objeto de debate, que éste ha sido considerado en su aspecto de canon sustancial de la teoría normativista en sede administrativa (englobando con el jerárquico) por el artículo 51 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de 26 de noviembre de 1992, texto legal que endo-

sando en lo necesario directrices ya sumamente consolidadas en estas áreas y teniendo en cuenta los nuevos planteamientos constitucionales sobre la materia sienta que:

«Jerarquía y competencia.

1. Las disposiciones administrativas no podrán vulnerar la Constitución o las Leyes ni regular aquellas materias que la Constitución o los Estatutos de Autonomía reconocen de la competencia de las Cortes Generales o de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas.

2. Ninguna disposición administrativa podrá vulnerar los preceptos de otra de rango superior.

3. Las disposiciones administrativas se ajustarán al orden de jerarquía que establezcan las leyes.»

La primera manifestación de este principio jerárquico acredita un evidente matiz filosófico, correspondiendo su estudio a la teoría general del derecho, rama del conocimiento que investiga la eventual relación jerárquica que mantienen los textos constitucionales con criterios u ordenamientos superiores.

De todos modos, y aprovechando la coyuntura expositiva actual, tengo que poner de relieve que ciertas corrientes normativistas han explicado la relación DIP-Derechos internos en base al principio jerárquico que estamos viendo, discurso que es el propio de las escuelas monistas que parten de la base de una profunda imbricación o sinergia entre los ordenamientos relacionados, orientación profesoral que se escinde en una doble variante: la de los que patrocinan la primacía de los ordenamientos internacionales sobre los internos y las que sostienen la antítesis de esta postura.

Pues bien, los que militan en la primera de dichas banderías parten de la premisa de que la Constitución es una norma subordinada al Derecho internacional, opinión que tras diversos altibajos fue la definitivamente sustentada por Kelsen y Verdross, tesis, en suma, que se hace reposar en la clave jerárquica a la que venimos haciendo constante alusión.

Sea cual fuere la mejor opinión doctrinal acerca de la última *ratio* de la Constitución, lo cierto es que ésta ocupa la cúspide de los sistemas normativos de los distintos Estados y desde luego del nuestro, y ello tanto en la vertiente estrictamente normológica como en aquella conectada con las posibilidades materiales acreditadas por la legislación infraconstitucional que en ningún caso pueden atentar contra los cánones impuestos por la CE.

En relación con el primero de los aspectos aludidos, es decir, con el carácter que acredita la CE como norma de normas, su reconocimiento viene de la mano de la consagración por su artículo 9.3 del principio de jerarquía en su visión más polivalente, hecho que se traduce, por una parte,

en que en su seno se contenga una relación de los procedimientos para la adopción de las mismas (praxis de inexorable cumplimiento dado el carácter de norma fundamental con que se adorna la CE) y, por otra, en que la infracción de los *topois* constitucionales en este foro sea susceptible de provocar la intervención del Tribunal Constitucional, órgano que una vez comprobada ésta anulará el producto normativo de concepción antinómica con tales apremios, siendo en suma todo ello consecuencia de la primacía absoluta que en este orden de cosas acredita la Constitución.

Ahora bien, el que esto sea así no es propiamente una consecuencia de la beligerancia del principio jerárquico en esta sede, ya que, como apuntamos antes, para que éste asuma el protagonismo que se le es debido resulta imprescindible que las normas en conflicto lo sean tales, es decir, que hayan sido engendradas en buena y debida forma. Por el contrario, en la eventualidad que estamos viendo no es que las disposiciones que adolezcan de vicios insanables en su proceso constitutivo resulten anulables porque se hallen en contradicción jerárquica con la Constitución, sino simplemente porque tales disposiciones sólo lo son en apariencia al haberse incubado en confrontación con los planteamientos normológicos impuestos por ésta.

La jerarquía que aquí se postula en relación con el carácter de fuente suprema de todo el ordenamiento español que acredita la CE tiene valor para explicar esta cuestión desde posicionamientos muy generales, pero no es suficientemente hábil para razonar el por qué una norma que no se acomode al diseño procedimental impuesto por la CE resulta anulable por el Tribunal Constitucional y ello por una razón muy simple y es la de que no hay entre la CE y tal norma un conflicto de intereses como consecuencia de incidir ambos en supuestos fácticos comunes, sino simplemente un incumplimiento de lo ordenado a nivel constitucional que se sanciona con la anulación de la disposición cuestionada, vertiente penológica cuya virtualidad podría aducirse como argumento *a fortiori* para extraer el supuesto que estamos viendo de lo estrictamente jerárquico.

La situación es completamente distinta cuando se trata del enfoque de la relación en su aspecto material Constitución-ley, ya que en tal supuesto el principio jerárquico instaurado por el artículo 9.3 sí que opera en toda su extensión en aquellos casos en los que la legislación ordinaria entre en colisión con el Texto constitucional respecto al nomenclator de *factums* materialmente considerados, imputados o inferidos por ella.

En esta hipótesis, la fuerza activa o innovadora de la Constitución (y tratándose cuestiones ya reguladas precedentemente de forma contradictoria, derogatoria) es absoluta, acreditando también este paradigma su fuerza pasiva en la medida en que la misma resulta absolutamente inmune a cualquier abrogación de su contenido material por parte de la legislación que con ulterioridad a la misma se adopte.

Para que esta entrada en liza del principio jerárquico se arrope de la suficiente plenitud resulta imprescindible que se parta de la base de que la CE es una norma y ello no sólo en cuanto su carácter ordenador del poder, distribuidor de títulos competenciales de todo tipo y racionalizador del proceso productivo de todas las demás normas, sino también en lo tocante a su efectiva aptitud de innovación de toda aquella suerte de supuestos de hecho sujetos a su consideración ordinamental, extrayendo de los mismos una serie de inferencias, consecuencias e imputaciones jurídicas que obligan directamente a todos los operadores jurídicos incluyendo entre ellos a los jurisdicentes que se hallan compelidos al respeto absoluto de sus criterios sobre el particular.

En suma, la CE es una norma material, ubicada en la cúspide de todo el sistema normativo material y cuyos planteamientos, también normativos, representan el más alto rango de juridicidad, forma de ver las cosas, que en caso de colisión con la correlativa de otras normas anteriores o posteriores, prevalece siempre traduciéndose este hecho en la derogación de las primeras y en la invalidez de las segundas, situación que queda plasmada en concreto en la anulación de las mismas por el Tribunal Constitucional.

Ahora bien, esta conclusión, que en el día de hoy parece absolutamente lógica, no es sino el cenit de un largo proceso a través del cual las Constituciones han ido ganando gramaje de «materialidad», este fenómeno por un lado provocando un engrosamiento de su núcleo (en un principio confinado a lo estrictamente político) y, por otro, la necesidad de arbitrar un tipo de jurisdicción cuya misión fundamental sea la de velar por la primacía «efectiva» del contenido material dicho, proceso, repito, que puede darse por concluso y cuyo corolario normológico consiste en la entronización de la idea de que la Constitución es una norma como las demás, solo que superior (y ello también en lo material) a todas ellas.

En relación con la positivación de este principio —el de la primacía absoluta de la CE sobre todo el tejido normativo español— es de resaltar la contundencia de sus perfiles en la Ley Orgánica del Poder Judicial, texto que, tras sancionar en su Exposición de Motivos el carácter normativo supremo del que se adorna la CE («Una de las características de la Constitución española es la superación del carácter meramente programático que antaño se asignó a las normas constitucionales, la asunción de una eficacia jurídica directa e inmediata y, como resumen, la posición de indiscutible supremacía de que goza en el ordenamiento jurídico. Todo ello hace de nuestra Constitución una norma directamente aplicable, con preferencia a cualquier otra») instrumenta en sus artículos 5 y 6 un conjunto de enunciaciones cuyo significado sólo resulta comprensible desde la inteligencia de la CE como norma suprema, reflexiones normativas que en gran medida tienden a aportar practicidad al alcance superior de la CE (que el art. 5

dicho se encarga de remachar en su apartado 1 («La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico y vincula a todos los Jueces y Tribunales quienes interpretaran y aplicaran las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos») y cuyo detalle no nos interesa ahora.

También constituye un claro exponente de este proceso positivador de la CE como norma suprema (y con sus citas concluyo el repertorio de las posibles), la vigente Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, texto legal que tras referirse de forma abundante al texto constitucional en su Exposición de Motivos en su adjetivación de fundamental y básico no se olvida de rendirle concreta pleitesía en su articulado, siendo buena muestra de ello el *dictum* alojado en su artículo 51.1 antes transcrito.

Hasta aquí la alusión al principio de jerarquía desde aspectos constitucionales, es decir, en cuanto solucionador de conflictos entre la CE y la legislatura infraconstitucional.

En lo que atañe al protagonismo del mismo como dispositivo para solventar las tensiones que pueden suscitarse entre normas integrantes de la legalidad ordinaria, los materiales a tener en cuenta son, aparte del fundamental artículo 9.3 CE, aquellos que se ocupan de delinear el ámbito (competencial y jerárquico, que de todo hay) de las leyes orgánicas, es decir, de aquellas mencionadas en el artículo 81 CE, leyes que presentan singular dificultad por lo que se refiere a su encaje en el cosmos ordinamental y cuyo eventual conflicto con las leyes ordinarias ha sido especialmente debatido en la doctrina y en la jurisprudencia constitucional [ver STC 5/1981, con su peculiar teoría de las materias conexas con las propiamente orgánicas y la consiguiente congelación del rango de las mismas, no susceptibles de derogación, pese a su falta de «organicidad», por una ley ordinaria posterior (tema que ahora no nos corresponde analizar)].

Hecha abstracción de esta especial vertiente del problema, que se da exclusivamente entre normas de tipología legal, donde el principio que nos ocupa acredita su foro natural es en el seno de la relación ley-reglamento y entre los reglamentos entre sí.

En el contexto de la primera de las relaciones dichas, resulta plenamente vigente la tesis desarrollada por ADOLF MERKL, en *Teoría General del Derecho Administrativo* (traducción española), México, 1980, páginas 208 y siguientes, en el sentido de que —y en línea con las enseñanzas kelsenianas— cada acto creador de derecho es concomitantemente impositor de soluciones normativas de obligado acatamiento para los inferiores y mero ejecutor de los superiores.

De esta síntesis magistral de lo que da de sí la relación Ley-Reglamento, se desprende con toda facilidad el que la primera se adorna de un rango normativo superior al del segundo, dato del que se infiere, en riguroso correlato, la afectación de éste por una norma legal contradictoria posterior y la impotencia del mismo para abrogar una *lex* previa antinómica con sus planteamientos, bloque de consecuencias determinantes de la ineficacia del Reglamento de que se trate y la posibilidad de que éste resulte anulado por el órgano jurisdiccional competente.

Por su parte, esta teoría general sobre la materia, en realidad común a todo tipo de ordenamientos jurídicos modernos, resulta plenamente consagrada en nuestro foro ordinamental, constituyendo el espinazo de su instrumentación institucional lo postulado al efecto por los artículos 103.1 («La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho») y 106.1 (Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican»), ambos de la CE, preceptos de los que dimana una subordinación evidente de la actuación administrativa en general (abarcando ésta a la estrictamente normativa) a la ley, actuación que en todas sus vertientes (incluida la reglamentaria) se halla sometida al control de los Tribunales, control (que no alcanza a las leyes) que se diversifica en un doble sentido, sustanciándose el primero de ellos en el artículo 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985, según el cual «Los jueces y Tribunales no aplicarán los Reglamentos o cualquier otra disposición contrarios a la Constitución, a la ley o al principio de jerarquía normativa», posibilidad en modo alguno virtual cuando se trate de leyes ya que en tal caso, y ante la duda de que la misma fuese anticonstitucional, el órgano jurisdiccional que deba aplicarla sólo se halla legitimado para formular la consiguiente cuestión de inconstitucionalidad, todo ello de conformidad con lo previsto en los artículos 163 CE, 35 y siguientes de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de 3 de octubre de 1979 y 5.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial antes mencionada.

En lo que atina a la otra manifestación del control que los Tribunales ejercen sobre los Reglamentos, éstos, cuando son ilegales, pueden ser objeto de la pertinente anulación, posibilidad en la que inciden cuando los mismos contradigan leyes anteriores, todo ello de conformidad con lo explicado hasta aquí y también con lo que literalmente se desprende del artículo 26 de la Ley del Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio, de 1957, precepto que traduciendo a lo estrictamente jurídico lo indicado en el Preámbulo de dicho texto legal sobre la materia («El título tercero... proclama el principio de la jerarquía normativa entre

las disposiciones de diferente grado y el obligado respecto a la Ley en todo caso») sienta literalmente que «La Administración no podrá dictar disposiciones contrarias a las leyes...»), exigencia cuya eventual contravención determinará la utilización de la baza a la que se refiere el artículo 28 siguiente, según el cual «Serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que infrinjan lo establecido en los artículos anteriores», entre los cuales se incluye, obviamente, el 26 que acabamos de literalizar.

Este es dispositivo material que permite la entrada en juego del mecanismo jurisdiccional anulatorio de los reglamentos ilegales, mecanismo cuya sincronía opera en consonancia con lo precisado al efecto por la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, texto que considera como potenciales actos sujetos a la consideración de los Tribunales cuya actuación regula «las disposiciones de categoría inferior a la ley», *ex art. 1*, «disposiciones de carácter general de la Administración Central», *ex art. 28.1.b)*, o también «disposiciones de carácter general que dictaren la Administración del Estado, así como las Entidades locales y las Corporaciones e Instituciones Públicas», *ex artículo 39.1*.

Este es el marco operacional en cuyos contornos actúa el principio de jerarquía como instrumento en virtud del cual se dirimen determinadas contiendas entre la ley y el reglamento, praxis cuya efectividad se traduce siempre en la ineffectividad *ad casum* del Reglamento ilegal cuando su aplicación corra a cargo de los Jueces y Tribunales y en determinados supuestos, en la anulación formal de dicho Reglamento a manos de los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo.

Ahora bien, y con la finalidad de agotar estas reflexiones generales sobre el particular tengo que poner en evidencia que las soluciones relacionadas también acreditan beligerancia en el seno de los conflictos que se susciten entre las propias normas reglamentarias, siendo ello consecuencia de la lógica y de lo positivado por la preceptiva que se ocupa de esta materia, siendo al efecto reseñables los tenores literales del artículo 51.2 y 3 de la LRJAE-PAC ya literalizados y el del artículo 23 de la LRJAE, según el cual:

«1. Ninguna disposición administrativa podrá vulnerar los preceptos de otra de grado superior.

2. Las disposiciones administrativas de carácter general se ajustarán a la siguiente jerarquía normativa:

Primero, Decretos; segundo, Ordenes acordadas por las Comisiones Delegadas del Gobierno; tercero, Ordenes Ministeriales; cuarto, disposiciones de autoridades y órganos inferiores, según el orden de su respectiva jerarquía.»

Partiendo de este dispositivo ordinamental, instaurador en el foro administrativo del principio jerárquico objeto de permanente alusión, aquellos reglamentos que incumplan el apremio conformado por el artículo 23 transcrito quedarán sometidos al régimen de invalidez patrocinado por el artículo 28 de la LRJAE (también literalizado con anterioridad), artículo cuya efectividad práctica queda encomendada a la jurisdicción de los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo en los mismos términos antes expuestos, solución radical que también resulta acompañada en este ámbito por la propuesta del artículo 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, texto que permite al Juez que entienda del litigio el dejar de aplicar *ad casum* un reglamento formalmente vigente en aquella hipótesis en la que el mismo, pese a su colacionabilidad material en la litis, vulnere el principio de jerarquía en sede estrictamente reglamentaria.

No quiero concluir estas consideraciones generales sobre la materia sin poner de relieve que cuando la antinomia quede instaurada entre normas de igual rango entonces, aun cuando no puede decirse en puridad que la norma posterior es jerárquicamente superior a la anterior, lo cierto y verdad es que en virtud de la fuerza activa de esta última la primera queda derogada, todo ello en méritos a un régimen cuya explicación aparece perfectamente instrumentada en la obra de LUIS MARÍA DíEZ-PICAZO «La derogación de las leyes», Cívitas, Madrid, 1990.

7. HIPOTESIS DE DISFUNCION ENTRE EL TRATADO Y LA NORMATIVA ERICTAMENTE DOMESTICA ESPAÑOLA

A) IDEA GENERAL

Teniendo en cuenta todo el componente alegacional que ha antecedido lo que debemos considerar ahora es que influencia pueden acreditar en el foro constitucional los principios antes dicho de competencia y jerarquía cuando lo que se somete a estudio es la posición del tratado frente a la Constitución y la legislación subconstitucional española.

En relación con el primero de ellos —el de competencia— se produce un fenómeno de convergencia de órdenes normativos absolutamente independientes, razón por la que la problemática de los tratados no pueda ser contemplada desde esta perspectiva competencial, siendo así que su vigencia en el orden doméstico aparece en última medida modulada por la existencia de ciertos dispositivos correctores de su eventual disfuncionalidad que no se dan cuando los que entran en discordia son el derecho interno y el internacional (dispositivo que en el orden doméstico encarna en la posibilidad de dirimir los conflictos competenciales que puedan surgir entre el

Estado y las Comunidades autónomas o entre éstas entre sí, *ex* artículo 161.1.c) CE y 59 y sigs. de la LOTC).

Siendo ello así, el que se produzca una aplicación asimétrica entre tales órdenes competenciales en relación con el proceso formativo de los tratados es una cuestión cuya solución depende en exclusividad de lo que cada uno de ellos diga, convergencia que en el caso español debe examinarse sólo a la luz de lo previsto en su ordenamiento doméstico.

B) SOLUCIONES IMPUESTAS POR LA LEY ESPAÑOLA

a) *Respecto al proceso formativo del tratado*

La CE, de entre todas las opciones posibles (y ya sabemos que era soberana en su búsqueda de soluciones al respecto) ha seguido un criterio absolutamente territorialista en torno a qué derecho formativo —el interno o el internacional—, debía ser tenido en cuenta con carácter prioritario —y en suma prevalecer en caso de confrontación— criterio cuya existencia se capta con claridad al permitir la anulación de los tratados por su eventual inconstitucionalidad extrínseca (y ello con absoluta independencia de lo que postula para el foro internacional el artículo 46, del Convenio de Viena antes transcrito), categoría de antijuridicidad motivadora de la sustanciación del consiguiente recurso (o cuestión) de inconstitucionalidad, que, de prosperar, dará al traste con el tratado concluido y ello aunque según el DIP el mismo resultase perfectamente conformado.

A este tipo de vicios (provocadores en su caso de la anulación del tratado en cuestión) se refiere REMIRO BROTONS, en su colaboración a la obra colectiva antes dicha (pág. 544) al decir que «Las manifestaciones de inconstitucionalidad extrínseca se deducen de la infracción de los preceptos constitucionales —y de los que, no siéndolo, se integran en el denominado bloque de constitucionalidad— que ordenan la participación de los distintos poderes del Estado en la celebración de los tratados internacionales. Se dice de un tratado que es formalmente inconstitucional por incompetencia o exceso de poder del órgano que manifestó el consentimiento o por vicios procesales graves en el iter formativo de la voluntad del Estado. Piénsese, por ejemplo, en que el Gobierno, sin autorización de las Cortes, concierte un tratado encuadrable en uno de los apartados del artículo 94.1 de la Constitución, o en que se preste el consentimiento a un tratado de los previstos en el artículo 93 sin que la autorización se formalice mediante ley orgánica».

En suma, pues, lo que se sanciona por la vía de la consiguiente anulación del tratado concertado —con independencia, repito, de que el mismo

sea válido en su consideración desde el DIP— es la vulneración del alcance que como norma de reconocimiento o primaria acredita la Constitución, condición que por propia decisión de la misma también se proyecta sobre el proceso constitutivo de los tratados, anulación que únicamente podrá ser decretada por el Tribunal Constitucional una vez que triunfe en tal sentido el recurso previsto al efecto, procedimiento que también es el operativo cuando el tratado en cuestión vulnere el contenido material de la Constitución, aspecto que vamos a debatir de inmediato en las páginas siguientes, aludiendo a ellas, de forma global (incluyendo por tanto la posibilidad anulatoria con vigencia en estas áreas por inconstitucionalidad extrínseca), a la praxis concreta de dicho recurso.

b) *Respecto de su contenido*

a') *Idea general*

El DIP, partiendo de la noción amplia de los tratados que el mismo propicia (tema ya visto en este trabajo) no auspicia ninguna reserva material concreta en beneficio de ellos, razón por la que una eventual antinomia con las normas internas de los países signatarios de los mismos es siempre una posibilidad a considerar.

Para el DIP, la cuestión está clara: debe prevalecer siempre el contenido pactado, *ex* artículo 27 del Convenio de Viena (ya literalizado).

Para los Derechos internos, la solución que deba darse a este problema será la impuesta por su propio criterio normológico (absolutamente soberano en este ámbito), dependiendo la calidad de la solución adoptada entre otras razones, de la mayor o menor incidencia del DIP en el foro interno, cuestión esencialmente política y alejada de reglas fijas.

Por lo que concierne al Derecho español debemos distinguir según que la divergencia de imputaciones jurídicas respecto de un mismo supuesto de hecho afecte a los tratados en su relación con la Constitución o con la legalidad infraconstitucional, díptico de posibilidades que pasamos a evidenciar de inmediato, siempre partiendo de que en ambos supuestos lo único que debe preponderar para el DIP es el mensaje ordenador aportado por el contenido del tratado en cuestión.

b') *Supuesto de disconformidad del tratado con la Constitución*

La solución que impuso la CE respecto a la eventualidad de que se plantease un problema del tipo que estamos viendo, es decir, aquel mate-

rializado en la conclusión de un tratado vulnerador de sus apremios materiales fue:

- a) Intentar evitar que éste emergiese, instrumentando al efecto un mecanismo preventivo de tal posibilidad.
- b) Una vez esté aflorado, imponer la primacía absoluta de su propio criterio normativo, posibilitando la anulación del tratado contradictorio por la incidencia de éste en una hipótesis de inconstitucionalidad que REMIRO BROTONS, en su colaboración a la obra colectiva antes dicha, página 544, clasifica de «intrínseca», señalando literalmente que ésta «se produce, a su vez, cuando el tratado es por su contenido, incompatible con las normas de la Constitución».

Pues bien, la teoría general constitucional (encarnada en las dos conclusiones dichas, de las cuales emerge el corolario de que si el tratado que se pretende celebrar es manifiestamente inconstitucional [o si en caso de duda el TC decide en este sentido] lo que procede es que antes de su celebración se revise adecuadamente la CE) es la que resulta de los artículos que se ocupan de este temática, y que son el 95 y el 161, ambos de la CE (así como los que desarrollan este último, contenidos en la LOTC y en los Reglamentos del Congreso y el Senado).

El primero de ellos sienta literalmente que:

- «1. La celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional.
2. El Gobierno o cualquiera de las Cámaras puede requerir al Tribunal Constitucional para que declare si existe o no esa contradicción.»

Por su parte, el artículo 161 CE, al elaborar el capítulo interventor del Tribunal Constitucional, incluye en el mismo su potestad de conocer «Del recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley», expresión, esta última, de significado ciertamente ambiguo y abierto al interrogante que fue a la postre clarificado por la LOTC, que aporta detalle a su evanescente tenor al incluir expresamente entre los textos susceptibles de declaración de inconstitucionalidad a los «tratados internacionales», despejándose así las dudas suscitadas en esta sede, dudas que, por el contrario, nunca se suscitaron, dada la claridad de concepción del artículo 95.2 CE, acerca de la posibilidad consultiva que el mismo instaura, y que fue asimismo mencionada por los artículos 2.1, 10.4 y 78 LOTC (y los Reglamentos del Congreso y del Senado aludidos).

Así pues, y este puede ser el colofón de esta serie de observaciones, la primacía de la Constitución, en cuanto norma suprema aportadora de soluciones materiales es absoluta, esfumándose cualquier posibilidad de que

ésta fuese más respetuosa con los apremios internacionalistas, respeto sin embargo que si se ha evidenciado en el hecho de que la promulgación de la misma no provocó la derogación, por incompatibilidad, de los tratados anteriores a diferencia de lo que sí sucedió con las leyes preconstitucionales, tratados no afectados por la disposición derogatoria 3 de dicha Constitución y que en virtud de lo previsto en el artículo 96.1 (que veremos luego) y en los artículos 161 CE y 27 LOTC sólo pueden ser anulados por el procedimiento de declaración de inconstitucionalidad, tema al que aludiremos con ulterioridad.

a'') Alusión al control previo a desplegar en este campo

1') Introducción

Con la finalidad de evitar en lo posible la eventual responsabilidad del Estado en méritos a los postulados alojados en el artículo 27 del Convenio de Viena (ya literalizado), en virtud del cual no se puede excepcionar la exigencia del contenido de los tratados en base a la potencial aducción como excusa de lo previsto en sus sendas normativas domésticas (criterio absolutamente antinómico, tal como hemos advertido, con la solución adoptada por el ordenamiento constitucional español), la CE impone la beligerancia de un sistema tendente a drenar en lo posible las dudas que puedan suscitarse acerca de si el tejido obligatorio de un tratado hacedero infringe o no las normas materiales de la CE, todo ello con la finalidad de evitar su conclusión.

Por tanto, la hipotética virtualidad del remedio que estamos viendo sólo resulta activable en el caso de que sus potenciales detonadores (los operadores legitimados para su desencadenamiento) no se hallen convencidos bien de su absoluta anticonstitucionalidad o bien de todo lo contrario, ya que en esta hipótesis el planteamiento del dispositivo que nos ocupa carecería de sentido.

Ello alegado, vamos a efectuar la radiografía del mecanismo de dicho proceso controlador, diversificando la misma en sendos apartados relativos a la legitimación que se requiere para actuar en su sede, al aspecto objetivo sobre el que debe versar la duda que constituye la última ratio del sistema, a su concreta procesalidad y a su desenlace.

2') Legitimación para actuar ad hoc

Debe partirse del principio nuclear de que la aptitud para instar en este foro sólo resulta reconocible en aquellos órganos que actúan, en un sentido

o en otro, en el proceso formativo del tratado en cuestión, quedando por ello al margen de este capítulo de posibilidades aquellos otros que acreditando capacidad genérica para operar en el foro de la justicia constitucional por su carencia de protagonismo en relación con dicho proceso formativo no acreditan ningún tipo de posibilidades al efecto, siendo este el caso de las Comunidades Autónomas y del Defensor del Pueblo, y ello aun cuando tal exclusión suponga una neta diferenciación con el régimen que para la denuncia de la constitucionalidad de los tratados ya celebrados se instrumenta por nuestro ordenamiento, ya que en este foro la capacidad postulativa del Defensor del Pueblo es evidente, y la de las Comunidades Autónomas, en aquellos tratados que afecten «a su propio ámbito de autonomía», para un sector doctrinal, también, todo ello como consecuencia de lo que al efecto señala el artículo 32 de la LOTC (en relación con el 162.1 CE), tal como veremos luego.

Mención expresa merece la exclusión de la figura del Rey en este orden de cosas, exclusión derivada del hecho de que permitirle actuar en este ámbito supondría una contradicción flagrante de su sentido simbólico y representativo, amén de que su legitimación postulativa en sede del Tribunal Constitucional no está tampoco prevista en relación con ninguna de sus actividades de control.

Retengamos, pues, que para que la «duda» a la que nos venimos refiriendo insistentemente tenga la adecuada correspondencia en estas áreas, la misma debe ser tenida por alguno de los órganos expresamente legitimados para intervenir en este plano preventivo y cautelar, órganos que son, en suma, aquellos a los que se refiere expresamente el artículo 78 de la LOTC, precepto que junto con los anteriormente mencionados 2.1, e) y 10.d) constituye el cuerpo normativo básico, a nivel de desarrollo, de lo precisado, a nivel constitucional, por el artículo 95.2 CE, artículo, el 78 dicho, que se ocupa del aspecto legitimador que estamos viendo en su apartado 1 al señalar literalmente que:

«El Gobierno o cualquiera de ambas Cámaras podrá requerir al Tribunal Constitucional para que se pronuncie sobre la existencia o inexistencia de contradicción entre la Constitución y las estipulaciones de un tratado internacional cuyo texto estuviera ya definitivamente fijado, pero al que no se hubiere prestado aún el consentimiento del Estado.»

En relación con este repertorio de supuestos, y descendiendo al detalle de su concreción, tengo que señalar que la aptitud postulativa del Gobierno en este ámbito se adorna de unas condiciones de racionalidad evidentes, siendo así que el mismo es el supremo propiciador de su celebración. Otra cosa es que tal aptitud se ejerza plenamente, aspecto muy bien debatido por

REMIRO BROTONS en su colaboración a la obra colectiva antes dicha en la que se lee sobre el particular (pág. 558) que «La legitimación del Gobierno es, ciertamente, inobjetable. Cabe dudar, sin embargo, de su disponibilidad para ejercer realmente la facultad que se le reconoce. El Gobierno es, en efecto, el hacedor del tratado y el depositario de la iniciativa para su tramitación parlamentaria. Decidido políticamente a la conclusión, no parece ser el órgano tentado a inquirir un horóscopo de constitucionalidad para el tratado que desea perfeccionar. Sólo el desacuerdo entre los componentes de una coalición, un cambio en la composición y orientación política del Gobierno o un incómodo dictamen del Consejo de Estado, obligarán a modificar este pronóstico».

Por mi parte, y sin perjuicio de avalar en términos generales el sentido de la tesis expuesta, no puedo menos de reconocer que hasta ahora el único caso de entrada en juego del mecanismo cautelar que estamos analizando lo fue a instancias del Gobierno, siendo este el supuesto resuelto por el TC como consecuencia de la iniciativa adoptada en tal sentido por el Ejecutivo en su reunión de 24 de abril de 1992, iniciativa que una vez tramitada y resuelta dio pie a la adopción de la Ley de reforma constitucional de 27 de agosto de 1992, por la que se dio nueva redacción al apartado 2 del artículo 13 de la CE, permitiéndose así la asunción por parte de España de todos los apremios contenidos en el Tratado de Maastricht, texto cuya contradicción parcial con el indicado artículo 13 CE fue objeto de expresa evidencia por el dictamen *ad hoc* de dicho TC.

En lo tocante a la capacidad postulativa atribuida a los Cuerpos colegisladores, su expresa articulación se efectúa por los Reglamentos de los mismos.

Así, en lo que se refiere al Congreso, su Reglamento alude al tema al sancionar en su artículo 157.1 que:

«Si durante la tramitación de un tratado o convenio en el Congreso de los Diputados se suscitaren dudas sobre la constitucionalidad de alguna de sus estipulaciones, el Pleno del Congreso, a iniciativa de dos Grupos Parlamentarios o una quinta parte de los Diputados, podrá acordar dirigir al Tribunal Constitucional el requerimiento previsto en el artículo 95.2 de la Constitución.»

Por su parte, el artículo 147, inciso primero, del Reglamento del Senado señala sobre el particular que:

«La Cámara, a propuesta de un Grupo Parlamentario o de veinticinco Senadores, podrá requerir al Tribunal Constitucional para que declare si un Tratado o Convenio, sometido a su consideración, es o no contrario a la Constitución.»

Con independencia de las disfunciones que en cuanto a fijación concreta de los *quorum* resultan de los sendos artículos dichos, lo que más llama la atención de los mismos es su rechazo a permitir la actuación de las minorías discrepantes en este foro, tema muy bien comentado por REMIRO BROTONS, que en su colaboración a la obra colectiva dicha, página 560, tras hacerse eco de las presuntas desventajas del sistema opuesto al vigente (retrasar indebidamente la conclusión de los tratados, politizar al TC, etc.), censura con cierta acritud la praxis ordinamental provocadora de esta lectura restrictiva de las posibilidades ofertadas por el artículo 95.2 CE señalando literalmente que «Pero esta aproximación institucional a la legitimación no es convincente: 1) porque todos los males que anuncia tienen remedio ponderando adecuadamente el número o porcentaje de parlamentarios mínimos para despachar la solicitud, agilizando el procedimiento y reclamando templanza de los grupos parlamentarios; 2) porque el objetivo primordial del control es la salvaguardia de la Constitución y, en relación con las Cámaras legislativas son las mayorías y no las minorías las que determinan los actos que puedan violentarlas, y 3) porque los peligros del acceso de las minorías al Tribunal son independientes del carácter preventivo o reparador del control, siendo un despropósito negarlo en el primer supuesto y aceptarlo en el segundo —como ocurre en nuestro país, donde la misma Constitución reconoce a 50 diputados o a 50 senadores la facultad de interponer recursos de inconstitucionalidad contra leyes vigentes y disposiciones normativas con fuerza de ley (arts. 161.1.a) y 162.1.a)— a menos que se haya caído en el maquiavélico cálculo de que el Tribunal siempre será más reacio a declarar la inconstitucionalidad de un tratado ya en vigor o de que los parlamentarios de la oposición, perdida la batalla política de la conclusión menguaron en su interés por suscribir el recurso».

3') *Clases de tratados que pueden motivar la activación del íter que nos ocupa*

Debe partirse de la evidencia de que sólo los que se celebren con ulterioridad a la entrada en vigor de la CE pueden ser objeto del recurso que estamos comentando sin que pueda establecerse ninguna diferencia al respecto según que el instrumento en cuestión a valorar encaje en alguna de las categorías apuntadas por los artículos 93 o 94, categorización cuya virtualidad es sumamente trascendente en otro orden de cosas, pero no éste, ya que cualquier modalidad de tratado, por su contenido, puede vulnerar los dictados constitucionales.

En relación con la objetivación del trámite materia de comentario suscitó una peculiar incertidumbre la cuestión de si los tratados celebrados bajo

el régimen del artículo 93 excusaban la necesidad de instar la modificación constitucional prevista por el artículo 95, y con ella, y en su caso, la exigencia de demandar el parecer del TC previsto en el apartado 2 de dicho precepto, cuestión que en el día de hoy ha sido totalmente clarificada por el propio TC a través del dictamen que dio paso a la modificación del artículo 13 CE, dictamen al que antes nos hemos referido y que en lo tocante a la problemática a la que acabamos de referirnos dijo literalmente (respondiendo así negativamente a la tesis sustentada por el Abogado del Estado en su informe sobre el caso), que «Por lo demás, tampoco el artículo 93 de la Constitución se prestaría a ser empleado como instrumento para contrariar o rectificar mandatos o prohibiciones contenidos en la norma fundamental, pues, ni tal precepto es cauce legítimo para la reforma implícita o tácita de la Constitución, ni podría ser llamada atribución del ejercicio de competencias, en coherencia con ello, una tal contradicción, a través del tratado, de los imperativos constitucionales.

Que lo primero, como queda dicho, no requiere ahora argumentación muy prolija, pues el tenor literal y el sentido mismo del artículo 95.1, aplicable a todo tipo de tratados, excluyen con claridad el que mediante cualquiera de ellos pueden llegar a ser contradichas o excepcionadas las reglas constitucionales que limitan, justamente, el ejercicio de todas las competencias que la Constitución confiere, algunas de las cuales pueden ser cedidas, *quo ad exercertium*, en virtud de lo dispuesto en el artículo 93. Los poderes públicos no están menos sujetos a la Constitución cuando actúan en las relaciones institucionales o supranacionales que al ejercer *ad intra* sus atribuciones y no otra cosa ha querido preservar el artículo 95, precepto cuya función de garantía no debe resultar contrariada o disminuida por lo prevenido en el artículo 93 de la misma Norma fundamental. Se ha de procurar, más bien, una interpretación que concilie ambas previsiones constitucionales; lo que supone afirmar, de una parte, que los enunciados de la Constitución no pueden ser contradichos sino mediante su reforma expresa (por los cauces del Título X), y reconocer también, de la otra, que cabe autorizar, mediante ley orgánica, la ratificación de tratados que, según quedó dicho, transfieran o atribuyan a organizaciones internacionales el ejercicio de competencias *ex Constitutione*, modulándose así, por tanto, el ámbito de aplicación, no el enunciado, de las reglas que las han instituido y ordenado. Este es, sin duda, un efecto previsto por la Constitución, y, en cuanto tal, legítimo, pero ninguna relación guarda con el que depararía la colisión textual y directa entre la propia Norma fundamental y una o varias estipulaciones de un tratado. Tal hipótesis —la del tratado contra *constitutionem*— ha sido, en definitiva, excluido por el artículo 95.»

De todo lo que acabo de explicitar se desprende, y ello es lo único que ahora nos interesa, que todo tipo de tratados, sea cual fuere su expresa

denominación y la relación que guarden con otros (y ello aunque éstos fuesen de los aprobados mediante ley orgánica) cuando los mismos presenten dudas acerca de su constitucionalidad deben ser valorados de conformidad con el trámite adverbador que estamos analizando.

4') Metodología del mismo

Partiendo del apunte legitimador indicado y de la referencia a la objetivación sustancial del íter que nos ocupa, éste debe activarse tempestivamente, queriendo ello decir que el mismo ha de iniciarse una vez debidamente autenticado el texto y antes de su aprobación parlamentaria, *tempus hábil* cuya reseña, implícita en el artículo 95.2 CE, aparece literalmente consagrado por el artículo 78.1 LOTC.

Ahora bien, partiendo de la existencia de este listón cronológico básico nada veta la posibilidad de que el Gobierno pueda instar en estas áreas antes o durante la tramitación parlamentaria aunque lo normal es que se efectúe antes, siendo asimismo lógico que cuando la iniciativa en cuestión parta del Congreso o el Senado ésta se active una vez que en el curso del debate que la misma motive aflore la duda a la que nos hemos referido insistentemente.

Una vez desencadenado en tiempo oportuno el debate constitucional al efecto, frente al silencio de la LOTC que no impuso la suspensión cautelar del trámite aprobatorio en cuestión, cuando éste resulta detonado por el Congreso o el Senado tal paralización provisoria resulta de sus respectivos Reglamentos.

Así, el artículo 157 del Congreso indica, en su apartado 2, que «La tramitación del tratado o convenio se interrumpirá (una vez activado el trámite) y sólo podrá reanudarse si el criterio del Tribunal es favorable a la constitucionalidad de las estipulaciones contenidas en aquél».

Por su parte, el artículo 147 del Reglamento del Senado, incidiendo en la misma línea nomotética, señala en su inciso último que «Acordado dicho requerimiento (el alusivo a la presunta inconstitucionalidad intrínseca del tratado a concluir) se suspenderá la tramitación del Tratado o Convenio hasta la decisión del Tribunal. En el caso de que ésta fuese negativa, se continuará el procedimiento».

Planteada en debida forma (y en tiempo oportuno) la iniciativa *ad hoc*, tendrá lugar lo previsto en el artículo 78.2 y 3 LOTC, según el cual:

«Recibido el requerimiento, el Tribunal Constitucional emplazará al solicitante y a los restantes órganos legitimados, según lo previsto en el apartado anterior, a fin de que, en el término de un mes, expresen su opinión fundada sobre la cuestión. Dentro del mes siguiente al transcurso

de este plazo y salvo lo dispuesto en el apartado siguiente, el Tribunal Constitucional emitirá su declaración que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 95 de la Constitución, tendrá carácter vinculante.

3. En cualquier momento podrá el Tribunal Constitucional solicitar de los órganos mencionados en el apartado anterior o de otras personas físicas o jurídicas u otros Organos del Estado o de las Comunidades Autónomas, cuantas aclaraciones, ampliaciones o precisiones estimen necesarias, alargando el plazo de un mes antes citado en el mismo tiempo que hubiesen concedido para responder a sus consultas, que no podrán exceder de treinta días.»

A través de todo el entramado de informes que puedan adjetivar el *corpus* procedimental del trámite que estamos analizando, el TC debe adquirir la plena convicción sobre la constitucionalidad o no del convenio sometido a su conocimiento, debiendo tenerse en cuenta que el parámetro normativo con el cual debe establecerse la consiguiente ecuación adverativa aparece compuesto por lo que se denomina «el bloque de constitucionalidad», integrado no sólo por la CE sino por toda aquella suerte de disposiciones subconstitucionales orbitantes en sus aledaños más próximos, conjunto de normatividad sustancial a preservar sin que para su eventual violación sirva de excusa el que el tratado en cuestión sea un simple desarrollo o ejecución de otro previamente aprobado por ley orgánica, cuestión a la que me referí con anterioridad.

5') Acto terminal del iter en cuestión

Este se materializa en un dictamen del Tribunal, cuya adopción pone término al trámite considerado y que sólo puede consistir en una roboración concreta de la contradicción del tratado con el bloque de constitucionalidad tomado como componente de la ecuación homologadora dicha (y en definitiva, como canon de viabilidad del tratado en cuestión) o todo lo contrario, en cuyo caso se procederá a la conclusión del tratado en los términos previstos para cada uno de ellos, levantándose así el entredicho que sobre la misma pendía, alternativa, esta última, a la que aluden literalmente, en sus sendos incisos últimos, los artículos de los textos reglamentarios antes evidenciados.

En la primera de las hipótesis conclusivas dichas, la manifestación de la contrariedad del tratado de que se trate con los apremios constitucionales impedirá que su conclusión acaezca forzando bien a una renuncia del tratado controvertido, bien a su renegociación o bien, como última posibilidad, a la modificación del texto constitucional en el sentido que se desprende del dictamen que puso término al trámite instruido al efecto.

En relación con el acto terminal que nos ocupa se suscita el interrogante de si el mismo tiene una virtualidad equivalente a la de la cosa juzgada en el orden jurisdiccional normal, incertidumbre que de resolverse positivamente impediría que la eventual antinomia del tratado positivamente homologado pudiere plantearse de nuevo en sede de un recurso o cuestión de constitucionalidad, problemática de enconados perfiles, desdibujados, además, por el hecho de que se haya huido de atribuir expresamente a este acto conclusivo el calificativo de sentencia, y cuya solución no resulta pacífica, ni mucho menos, barajándose argumentos en pro y en contra de las tesis de atribuir o negar tales efectos.

En este orden de cosas tengo que señalar la circunstancia de que uno de los argumentos que con mayor frecuencia se esgrimía en favor de la tesis de que el dictamen en cuestión no acredita efectos equivalentes a los de la cosa juzgada en sede jurisdiccional era el de que el recurso previo de inconstitucionalidad que resultó instaurado para las leyes orgánicas por el que fue el artículo 79 de la LOTC tampoco los producía, argumento que ahora carece de toda virtualidad, siendo así que dicho artículo 79 ha sido derogado por la LO 4/1985, de 7 de junio.

Pero es que tampoco este razonamiento era del todo convincente (cuando regía dicho art. 79), ya que, como señaló REMIRO BROTONS,¹ en su colaboración al libro colectivo dicho, página 565 (hallándose vigente dicho art. 79), el argumento consistente en mantener idéntico criterio para el supuesto de adveración constitucional de los tratados que el sustentado por dicho precepto en relación con las leyes orgánicas «puede retorcerse: el silencio del artículo 78 en punto que el artículo 79 afronta, equivale a la afirmación del principio contrario; el tratado no es la ley; el propio artículo 79.5 admite otras interpretaciones y no basta razonar en términos de proceso y sentencia para negar a la declaración prevista en el artículo 78 todo efecto ulterior».

En suma, la perplejidad persiste en este foro y, como señala el autor citado, como remate de su interés por el tema «La controversia sigue viva y no es suficiente para deshincharla señalar que, en cualquier caso, el Tribunal no adoptará, por coherencia consigo mismo, resoluciones contradictorias. De un día para otro las circunstancias —y la composición— del Tribunal pueden cambiar».

b'') Alusión al control posterior a desplegar en este ámbito

1') Introducción

Nuestra CE, a diferencia de otras (por ejemplo, la francesa, que sólo articula el tipo de control hasta ahora debatido y excluye el ulterior eventual-

mente reparador de la inconstitucionalidad del tratado de que se trate) mantiene una posición nacionalista a ultranza en este entorno permitiendo que con independencia de cuál fuere el resultado del control previo de inconstitucionalidad según una determinada corriente de opinión) y, en todo caso, cuando éste no se haya activado, sea factible la interposición del correspondiente recurso de inconstitucionalidad a fin de contrastar si el tratado sometido al entredicho que ello supone adolece de algún vicio de inconstitucionalidad extrínseca afectante a su proceso formativo (tal como apuntamos con anterioridad) o intrínseca, por resultar alguna de sus cláusulas contradictorias con los planteamientos normativos materiales de la CE.

En cuanto a la concreción de las fuentes de esta posibilidad controladora (y en suma anulatoria) de los tratados inválidamente celebrados (material o formalmente) la misma es el artículo 161.b) CE, tal como indicamos precepto cuya indefinición sobre el significado a aportar a su locución «disposiciones normativas con fuerza de ley», en cuanto adjetivadora del tipo de productos jurídicos sometibles a su poder homologador, ha sido debidamente clarificado por el artículo 27.2 LOTC que ya habla de forma literal de «los tratados internacionales» en cuanto englobados en la categoría genérica de tales productos.

2') Legitimación para actuar ad hoc

La materia se encuentra gobernada por el artículo 32 de la LOTC, precepto que en la línea de desarrollo de lo sustentado al efecto por el artículo 162 CE elabora el retablo de posibilidades postulativas *ad quem*, señalando literalmente que:

«Están legitimados para el ejercicio del recurso de inconstitucionalidad cuando se trate de Estatutos de autonomía y demás Leyes del Estado, orgánicas o en cualquiera de sus formas, y disposiciones normativas y actos del Estado o de las Comunidades Autónomas con fuerza de Ley, tratados internacionales y Reglamentos de las Cámaras y de las Cortes Generales:

- a) El Presidente del Gobierno.
- b) El Defensor del Pueblo.
- c) Cincuenta diputados.
- d) Cincuenta senadores.

2. Para el ejercicio del recurso de inconstitucionalidad contra Leyes, disposiciones o actos con fuerza de Ley del Estado que puedan afectar a su propio ámbito de autonomía, están también legitimados los órganos colegiados ejecutivos y las Asambleas de las Comunidades autónomas, previo acuerdo adoptado al efecto.»

En relación con este precepto es de remarcar, en primer término, que la relación de órganos legitimados no coincide, tal como advertimos con el cuadro de posibilidades instrumentado en relación con la interposición del recurso previo de inconstitucionalidad previsto por el artículo 95.2 (y organizado por el 78 LOTC), coincidencia que tampoco existe en lo tocante a la articulación de las mayorías del Congreso y del Senado para accionar en este sentido.

Por otra parte, y en directa atinencia al tenor del apartado 2 de dicho precepto, se discute a nivel doctrinal si las Comunidades Autónomas (a través de sus Ejecutivos o Asambleas) pueden instar *ad hoc*, habiendo quienes en estricta apelación a una lectura literalista del indicado artículo mantienen la tesis de la falta de legitimación de dichas Comunidades al efecto, postura cuya antítesis cuenta también con sólidos argumentos, efectuando una recopilación de los mismos REMIRO BROTONS, en su colaboración a la obra colectiva dicha, autor que en la nota a pie de la página 53 rebate la tesis anteriormente expuesta señalando que la legitimación de las Comunidades en esta sede encuentra importantes sustentáculos, que dicho autor identifica con las siguientes consideraciones: «Primera: el artículo 162.1.a) de la Constitución incluye a los órganos autonómicos entre los legitimados para interponer el recurso de inconstitucionalidad que, según el artículo 161.1.a) cabe contra “leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley”. Este precepto es el artículo 27.2.c) de la LOTC y, por tanto, en la misma medida le es aplicable lo dispuesto en el artículo 162.1.a) de la Ley Fundamental, no teniendo la LOTC rango suficiente para sustraer una facultad que la misma Constitución otorga. Segunda: los Estatutos de Autonomía forman parte del bloque de constitucionalidad y nadie más interesado en su salvaguarda que los órganos legislativos y ejecutivos de las Comunidades. Y, tercera, los objetivos del control tendrían una expectativa de satisfacción menor si tal legitimación se limita o desconoce allí precisamente donde, en realidad, se van a plantear un alto porcentaje de los eventuales conflictos».

Tal es el repertorio de supuestos de legitimación que permite postular en el foro constitucional acerca de la adecuación del tratado en cuestión a los apremios de formación y contenido resultantes del texto básico, postulación que servirá de vehículo de la duda sentida por el órgano actuante acerca de la adecuación del tratado denunciado a los meritados apremios formativos o materiales.

3') Clases de tratados que pueden motivar la activación del iter que nos ocupa

Todo tipo de tratados, sea cual fuere su concreto contenido, su trascendencia jurídica o metajurídica, y el régimen al que debe someterse su

proceso de conclusión, quedan sujetos al régimen de reparación constitucional que acabamos de debatir, régimen que también resulta factible respecto de los tratados celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de la CE, todo ello como consecuencia del sometimiento de éstos al esquema normativo general construido por la disposición transitoria segunda de la LOTC, apartado 1, según la cual:

«Los plazos previstos en esta Ley para interponer el recurso de inconstitucionalidad o de amparo o promover un conflicto constitucional comenzarán a contarse desde el día en que quede constituido el Tribunal de acuerdo con la disposición transitoria anterior, cuando las Leyes, disposiciones, resoluciones o actos que originen el recurso o conflicto fueren anteriores a aquella fecha y no hubieran agotado sus efectos.»

En aras a lo establecido por dicha norma, los tratados preconstitucionales que adolecieren de inconstitucionalidad intrínseca (la extrínseca queda descartada del seno de dicha disposición por la propia lógica del sistema) resultan anulables en méritos al seguimiento del correspondiente procedimiento de inconstitucionalidad, siempre, por supuesto, que los mismos sean de tracto sucesivo, anulabilidad, sin embargo que teniendo en cuenta el finamiento con creces del plazo establecido en dicha disposición transitoria sólo podría venir auspiciada por el planteamiento de la consiguiente cuestión de inconstitucionalidad.

4') Metodología del mismo

Teniendo en cuenta que los constituyentes no han hecho pilotar esta materia por una praxis específica, es evidente que la misma se gobierna por las normas comunes, y ello en todos sus aspectos de tiempo para la activación del trámite, concreta adjetivación del mismo, y resultado de éste, cuestiones cuya inespecificidad *ad hoc* nos ahorra el tener que aludir especialmente a las mismas, remitiendo al lector a las obras que desde estrategias especulativas constitucionales generales o monográficas abordan los detalles del trámite por el que se encauzan las pretensiones que estamos viendo.

Concluyo poniendo de relieve el hecho de que si en materia de la apreciación constitucional de las leyes, el TC debe proceder con suma cautela a fin de no invadir competencias legislativas ajenas, intentando evitar el trauma de la anulación de la ley denunciada a base de una interpretación *ad hoc* de la misma, con mayor prudencia debe procederse cuando lo que está en juego es un tratado internacional, siendo así que su

eventual anulación puede engendrar una grave responsabilidad internacional para España y ello vale tanto cuando lo denunciado ha sido un vicio intrínseco como extrínseco (siempre partiendo de la base de que éste tenga relevancia constitucional por implicar la adopción del tratado cuestionado la vulneración de los arts. 93 o 94 CE).

c') Supuesto de desconformidad del tratado con la legalidad subconstitucional

a'') Introducción

El análisis del tema planteado no puede despacharse con la misma facilidad expositiva con que hemos efectuado lo propio en relación con el tema de las relaciones constitución-tratado, sino que la problemática a debatir ahora requiere una apoyatura considerativa previa en la que deberá comentarse la eventual eficacia interna de los tratados, su recepción por el derecho doméstico, su integración en el sistema de fuentes interno y las relaciones de convergencia y asimetría que mantenga la normativa de los tratados con la resultante de la legislación infraconstitucional, temas que vamos a estudiar a continuación.

b'') Cuestión relativa a la eventual eficacia interna de los tratados

1') Idea general

Todo tratado, por el mero hecho de serlo, acredita una indiscutible eficacia normativa de apresto internacional, tal como hemos tenido ocasión de puntualizar debidamente a lo largo de estas páginas, eficacia que desde planos supraestatales aparece contemplada por la preceptiva internacional que se ocupa de la materia, la cual, en realidad, no viene sino a condensar, previa su positivación, criterios ya perfectamente consolidados en sede de la jurisprudencia arbitral y del Tribunal de La Haya, objetivación normativa efectuada en un primer momento por la Carta de las Naciones Unidas (Preámbulo y art. 2.2), y ulteriormente por el Preámbulo y el artículo 26 de la Convención de Viena, según el cual «*Pacta sunt servanda*. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe», exigencia de cumplimiento que no es sino un simple corolario de los postulados generales de la teoría que enseñorea todo tipo contractual, sea de factura interna o internacional, cumplimiento que, en todo caso, queda hurtado en su consecuente dosis de compulsividad de cualquier impedimen-

to que pudiere oponerse al mismo procedente de vertientes de jurisdicción interna, aseveración de rotundos confines que entraña su legitimidad en la dicción terminante del artículo 27 del Convenio que nos ocupa, según el cual (y reitero su textualización) «El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 16 (alusivo al canje o depósito de los instrumentos de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión)».

Sobre tal díptico de preceptos se asienta la clave de bóveda fundamental en este orden de cosas, y es la de la absoluta autonomía del tratado por lo que se refiere a su eficacia internacional (que es la única atendible desde la delimitada perspectiva del DIP), visión, sin embargo, que debe ser matizada en razón de algunas consideraciones. En primer término, esta eficacia internacional, que no depende en principio de ningún acto de recepción de su preceptividad que eventualmente deba impulsar el Estado parte, no puede en ocasiones lograrse sin la concomitante colaboración normofehaciente del mismo (legal o simplemente reglamentaria), siendo, por otro lado, muy escasos los tratados cuya eficacia se consuma en virtud de su propia entidad (caso de los «executive agreements»). En segundo término, un gran número de convenios internacionales también acreditan una eficacia doméstica incuestionable, materializada en la inmensa mayoría de los supuestos en una limitación de las soberanías de los Estados implicados que en sus eventuales actuaciones administrativas o normativas deberán respetar las obligaciones de futuro asumidas por los mismos en virtud de ellos, engendrados, además, en determinadas hipótesis, un caudal de potencialidades a ejercer en su caso frente al Estado en cuestión por sus nacionales o por los extranjeros ubicados en el mismo (o pretendientes a su ingreso en él), eficacia interna a adosar a la internacional que plantea el problema del condicionado de su desencadenamiento y con él, de la precisión de qué sistema acoge nuestro ordenamiento sobre el particular, constituyendo posibilidades teóricas al respecto las cristalizadas en los sistemas de recepción automática o previo acto especial, dualidad de alternativas a las que vamos a dedicar las líneas siguientes.

2') Consideraciones generales sobre los sistemas de recepción automática o especial

Deben quedar claras dos cuestiones sobre el particular:

- a) El seguir un sistema u otro, o incluso no seguir ninguno de ellos, es un tema que para el DIP resulta irrelevante, teniendo en cuenta

lo que patrocinan sobre la eficacia inmediata de los tratados los antes indicados artículos 26 y 27 del Convenio de Viena.

- b) La exigencia de tal recepción, que sólo atina a la eficacia internizada de tales tratados, puede ir seguida o no de aquella relativa a la adopción de medidas legislativas o ejecutivas por parte de las soberanías domésticas, problema que, aunque conectado con el que vamos a abordar de inmediato no debe confundirse con éste, orientándose el de la recepción a tonalizar la internización de la normativa consignada en el tratado recibido y gravitando el segundo sobre la concreta eficacia de tal internización, siendo constatable el dato de que así como la recepción es demandable en todo tipo de tratados, la praxis ejecutiva a la que hemos hecho referencia sólo resulta requerible cuando el convenio previamente recibido no es un «executive agreement», o por lo menos no lo es en toda su integridad, ya que si se arropare de semejante característica tales medidas de ejecución, siempre partiendo de la previa recepción del mismo, resultarían improcedentes, aunque es ciertamente evidente que en un sistema de recepción automática y tratándose de un tratado «self-executing» integral, las dos alternativas a las que venimos refiriéndonos en cuanto materializadoras de trámites diferentes acreditarían el común denominador de su propia inanidad existencial.

Siendo ello así, vamos a referirnos seguidamente a los hipotéticos sistemas que se pueden seguir respecto a la transposición al ordenamiento interno de la reglatividad contenida en los tratados y con posterioridad a las particularidades que nuestro ordenamiento presenta tanto en lo que afecta a tal trámite como en lo relativo a la ejecución doméstica de la preceptiva de los tratados previamente recibidos.

Siguiendo por este orden intelectual, tengo que puntualizar que los sistemas de teórica funcionalidad en este ámbito son los ya dichos, o sea, el de recepción automática y el de recepción especial. Para el primero de ellos el contenido del tratado se entiende recibido en el ordenamiento interno por el mero hecho de su conclusión, sin que sea demandable un trámite específico *ad hoc* gobernado por directrices normativas domésticas. Para el segundo, tal trámite, de diversa factura, se requiere de modo inexorable.

ANTONIO REMIRO BROTONS, en su antes indicado libro, pone de manifiesto en su página 264, la diversidad de circunstancias que en su convergencia determinan que un determinado ordenamiento nacional opte por un sistema u otro (factores que son ideológicos, políticos, históricos y de técnica legislativa), siendo indudablemente estos últimos los de más acusado protagonis-

mo, centrándose su efectiva beligerancia en la constatación del dato de que si los tratados se reciben sin más en los sendos ordenamientos internos se puede producir una importante fractura del principio de la hegemonía normativa doméstica que constitucionalmente acredita el poder legislativo, eventualidad que acaece sobre todo si éste no controla previamente la celebración del tratado recibido, o dicho de otro modo, y cedo la palabra al autor citado, «Allí donde las Cámaras no intervienen de manera decisiva en la estipulación de los tratados, procediendo a autorizarlos, aceptar la recepción automática de sus disposiciones equivaldría a atribuir al Gobierno un poder legislativo en detrimento del que a ellas corresponde, a menos que por definición se estimase a los tratados de rango inferior a las leyes», situación en cambio de diferente cariz, si las Cámaras legislativas controlan el proceso de formación del tratado en cuestión, supuesto al que también alude con sintética maestría el autor al que nos venimos refiriendo, que se encarga de señalar al efecto que «En cambio, en los países donde las Cámaras legislativas intervienen autorizando la conclusión de los tratados nada —salvo alguno de los factores mencionados en el párrafo anterior— explicaría que se obstaculizase la recepción inmediata de los tratados, una vez perfeccionados e internacionalmente en vigor. Antes al contrario, una segunda intervención de las Cámaras, dirigida ahora a facilitar la eficacia doméstica de las disposiciones convencionales sería superflua y hasta peligrosa. Superflua por consideraciones de economía y coherencia: no se concibe que la misma Cámara autorice la conclusión de un tratado para, a continuación, negarle eficacia interior; peligrosa, porque, aparte de la mala traducción que se arriesga a hacerse de las obligaciones convencionales, hay que cuidarse de los imprevistos deslizamientos políticos de las Cámaras en un proceso relativamente largo. Cosa distinta es que la observancia de las disposiciones “non self-executing” de un tratado requiera una vehiculización legislativa y/o reglamentaria».

En cualquier caso, la disyuntiva recepción automática-recepción condicionada que estamos debatiendo sólo puede ser tomada en consideración respecto de aquellos tratados que contengan normas con influencia en el orden interno, bien porque las mismas se proyecten en el ámbito de las relaciones intersubjetivas de los sujetos a la soberanía o jurisdicción del Estado de que se trate o bien porque tal proyección se materializa en la sede del comportamiento que tal Estado debe mantener con los indicados sujetos de Derecho.

Y decimos ello porque en aquellos supuestos en los que el instrumento en cuestión sólo establezca un marco de derechos y obligaciones que afecten en exclusividad a los Estados firmantes sin ninguna trascendencia directa para los individuos sujetos a sus respectivos *imperiums*, entonces el Tratado en cuestión se integra en los ordenamientos de los sendos Estados firmantes de

forma automática, sin necesidad de subordinarse tal integración —y sus consecuencias— al cumplimiento de ningún condicionante ulterior.

Ello explicado, y a fin de centrar adecuadamente esta problemática, tengo que puntualizar que en aquellas hipótesis de Tratados con influencia directa en las aludidas personas, el sistema de incorporación automática al que hemos hecho mención presenta una doble modalidad, según que en el foro del Estado concernido se demande o no la publicación oficial del mismo, publicación o puesta de manifiesto general de la normatividad del Instrumento en cuestión cuya eventual presencia implica el tránsito del sistema de recepción considerado a la sede de la restante posibilidad, que es, como hemos dejado ya apuntado, el de recepción condicionada, constituyendo un claro ejemplo de esta última alternativa, la forma de proceder *ad hoc* estipulada por la Constitución italiana de 1947, texto constitucional que en estas áreas exige la entrada en juego del «adettamento» o transformación del tratado en una norma jurídica interna, que se arropara del rango de ley en aquellos supuestos en los que el Instrumento en cuestión sólo pueda convenirse mediante la intervención competencial del Parlamento o el dictado de un Decreto en las restantes hipótesis.

A esta concreta metodología receptiva se refiere Díez DE VELASCO en su libro *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Tecnos, Madrid, autor que al enfocar esta problemática señala en la página 174 de su meritada obra que «Dicha ley o decreto produce la transformación del tratado en una norma de derecho interno de idéntico contenido y que tendrá la misma jerarquía que la norma interna que operó su transformación, pudiendo derogar normas internas de igual rango que le sean incompatibles; pero también el tratado en cuanto ley o decreto interno puede sufrir derogaciones por normas internas posteriores de igual rango».

Vemos, pues, cuál es la filosofía sustancial del indicado sistema de recepción condicionada, en su consideración desde la variante a la que se atiene el Derecho italiano (que en gran medida viene a constituir un modelo en este orden de cosas) y al hilo de lo expuesto es justo reconocer que con esta forma de actuar se eliminan los problemas derivados de la eventual concurrencia en contradicción de normas netamente internas y de tratados anteriores o posteriores, contradicción que aflora cuando unas y otros regulan contradictoriamente idénticos supuestos de hecho, tema que analizaremos ulteriormente, aunque también resulta obvio que con el seguimiento de la operativa normológica dicha se consuma un evidente deterioro de imperativos básicos derivados de la simple existencia del Derecho Internacional, en la medida en que sus planteamientos pueden ser removidos por vía de la legislación doméstica de los Estados implicados, provocando ello una gran inseguridad jurídica (aparte de la consiguiente responsabilidad internacional del Estado que de tal guisa actuare, es decir, de aquel que dejare sin

efectos compromisos internacionales asumidos por vía convencional mediante el expediente de promulgar disposiciones internas derogatorias de aquéllos, posibilidad plenamente vigente según lo postulado por la Constitución italiana, cuestión que ha hecho apuntar al autor citado, en la misma obra y página antes dicha, que «Si esto último sucede (la derogación de un Convenio internacional de la forma que acabamos de explicar) la violación del tratado será un hecho ilícito internacional, incurriendo Italia en responsabilidad internacional. Puede comprenderse, pues, que el sistema italiano es imperfecto técnicamente y no ofrece suficiente seguridad en las relaciones jurídicas internacionales, hasta el punto de que el ordenamiento jurídico italiano y su máxima jurisdicción, el Tribunal Constitucional italiano, no han podido mantener este sistema en relación con el particular orden jurídico comunitario reconociendo de forma excepcional al derecho comunitario europeo aplicación directa, inmediata (sin transformación) y primacía sobre el Derecho italiano».

c'') Sistema operativo en el Derecho español

1') Idea general

Teniendo en cuenta todos los antecedentes considerativos que han quedado plasmados en las páginas precedentes podemos llegar a la conclusión de que nuestra normativa sigue el sistema de recepción automática en cuanto al procedimiento para integrar el Tratado en nuestro ordenamiento y ello no sólo en lo referente a su funcionalidad internacional sino también en lo que atañe a su eventual virtualidad interna, siendo así que la exigencia que impone consistente en que la concreta eficacia de tal integración quede condicionada a su publicación efectiva no afecta en modo alguno a la esencialidad de la caracterización dicha.

De todos modos, y a pesar de que la aludida publicación, impuesta por los artículos 1.5 («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*») del CC y 96.1 («Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios Tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional»), es un condicionante de la integración dicha, su falta no provoca otro efecto respecto del Tratado no publicado que el encarnado en la idea de que los particulares afectados por su tenor no podrán hacer valer (o que-

dar atendidos) por su normatividad, mientras que tal publicación no tenga lugar.

Como colofón de esta breve aproximación al tema expuesto tengo que poner de relieve que la jurisprudencia del TS se decanta con claridad hacia la tesis de la recepción automática, siendo suficientemente expresivos en esta línea discursiva las tesis jurisdiccionales —ciertamente algo tópicas en sus planteamientos— de sus SS de 30 de septiembre de 1982 y 22 de mayo de 1989, resoluciones judiciales a destacar (entre otras más antiguas) a las que luego haremos especial mención en el curso de estas observaciones cuando aludamos al siempre candente tema de las eventuales relaciones de antinomia entre el tratado y la ley.

2') Alusión a la publicidad de los tratados

Esta actúa, tal como hemos advertido, en su calidad de condicionante de la integración del instrumento de que se trate en el ordenamiento doméstico, constituyendo las fuentes de su régimen lo postulado al efecto por los artículos anteriormente indicados, publicidad, en suma, que con independencia de las particularidades dichas (relativismo en cuanto a su carencia) entraña su *ratio* en la idea que hace aflorar el artículo 9.3 CE que incluye entre los principios constitucionales que instaura el de «la publicidad de las normas».

Siendo ello así (y teniendo en cuenta lo ya explicado) insistir más en el tema de la publicación de los tratados sólo tendría sentido en base a un eventual intento por nuestra parte de elaborar algo así como una teoría general sobre la indicada publicidad, tema que voy a soslayar porque el estudio de esta exigencia nomotética desde planos de generalidad se efectúa de forma singularizada en las obras de Derecho constitucional, civil y administrativo, obras en las que se pasa revista a temas tales como los del significado constitutivo de la meritada publicación, la concreta beligerancia de la norma objeto de la misma en tanto ésta no tiene lugar, el valor que la misma acredita respecto de la fijación de la fecha determinante de su entrada en vigor, la explicación de tal exigencia a la luz del artículo 6.1 («La ignorancia de las leyes no exime de su cumplimiento»), la situación que se plantea cuando la norma publicada es objeto de una rectificación ulterior, la cuestión de la autenticidad de la versión publicada.

En realidad, el descarte de la indicada teoría general sobre la materia implica el de los aludidos puntos, aunque sí que debo referirme a que la exigencia de que la publicación de la norma en cuestión sea íntegra asume una especial relevancia y problematicidad en el foro en el que estamos especulando, tema al que se refiere acertadamente LUIS IGNACIO SÁNCHEZ

RODRÍGUEZ en el libro *Comentarios al Código Civil y Legislaciones Forales*, tomo I, Cívitas, Madrid, 1992, autor que señala sobre el particular que «... debe publicarse el texto íntegro del tratado, pues a diferencia de las normas internas, un tratado puede figurar en uno o varios instrumentos conexos, o puede tener documentos anejos o complementarios que forman parte de su texto. Por no hacer referencia a las declaraciones y reservas que pueden formularse a los tratados, con sus correspondientes aceptaciones y objeciones, lo que puede modificar el contenido negocial entre España y otro u otros Estados partes. En suma, la integridad de la publicación reclama la publicidad de todos los textos en que, de cualquier forma, conste el contenido de derechos y obligaciones acordadas por los Estados».

Ni qué decir tiene que no sólo debe publicarse el tratado de que se trate, sino también todos aquellos acuerdos ulteriores novatorios de su tenor inicial (en definitiva, supuestos de supresión o novación parcial de su contenido), aspecto del propio modo analizado por el autor dicho en su colaboración al libro indicado, quien en la misma página mencionada forja la siguiente reflexión sobre la materia: «... la publicación debe ser continua, es decir, ha de extenderse a todas las modificaciones *ratione personae* (adhesiones o denuncias de ciertos Estados), *ratione materiae* (declaraciones, reservas y enmiendas) y *ratione temporis* (terminación o suspensión de la aplicación de un Tratado). Estas modificaciones alteran las condiciones de aplicación del tratado en el plano internacional y, por tanto, deben ser conocidas con exactitud en el ámbito interno; en otro caso, al no ser conocidos ciertos presupuestos de aplicación (por no haber sido publicados), por los Jueces y autoridades españoles, es verosímil que se produzca una aplicación técnicamente incorrecta del tratado».

Por lo tocante a qué normativa gobierna el trámite que estamos viendo tengo que señalar ahora que el mismo aparece pilotado por el Decreto de 24 de marzo de 1972, conjunto normativo, que destina sus artículos 29 al 34 a delinear el íter a tener en cuenta en este orden de cuestiones (aspecto que debatiremos ulteriormente).

Hasta aquí la exigencia general de publicación de los tratados, que siempre se objetiva en su manifestación en el *BOE*, exigencia cuyas cuerdas de sustentación ceden cuando lo tomable en cuenta es el Derecho derivado comunitario, y ello por un doble orden de razones. En primer término, porque el mismo no es producto de ningún tratado, sino de las instituciones conformadas por una serie de Instrumentos *ad hoc*. En segundo lugar, porque aun cuando desde una visión amplia se atribuyese etiología convencional a esta normativa, la cesión de soberanía que supuso la erección de la CEE, primero, y tras Maastricht, de la Unión Europea, implica el que deba decaer el sistema publicitario interno por el propuesto para la preceptiva comunitaria por sus normas específicas, razón por la que dicha

preceptiva europea derivada se entiende publicada una vez que haya visto la luz en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*.

3') Concreta metodología normativa ad hoc

Se ocupan del íter a seguir al efecto los indicados artículos 29 al 34 del mencionado D 801/1972, partiendo esta normativa especializada de una corroboración de la exigencia —ahora de rango constitucional, como hemos advertido ya— de que los tratados —todos— se publiquen en el *BOE*, compelmiento cuya encarnadura resulta, en absoluta sintonía con los artículos 1.5 CC y 96.1 de la CE, del artículo 29 de dicho Decreto, al sentar en su apartado 1 que «Los tratados en los cuales España sea parte se publicarán en el *Boletín Oficial del Estado*».

No se establecen, por tanto, distinguos, y por ello todo tipo de tratados, agoten éstos su eficacia en lo netamente internacional o desplieguen algún repunte de virtualidad doméstica, deben pasar por el *BOE*, práctica, por tanto, que resulta incompatible con la categoría de tratados secretos, praxis que pese a contar con la enemiga acérrima de las teorías generales constitucionales operativas en el Derecho comparado (y desde luego, con la de la española, en méritos a los artículos objeto de nuestro presente comentario) materializa lo que REMIRO BROTONS bautiza como «especie inmortal», y su insensencia es incluso sorprendente porque la misma ha sido combatida no sólo desde estrategias ordenancistas internas (tal como hemos apuntado), sino también, y ello es lo grave para la pervivencia de la figura, desde estrictas logísticas internacionales, sublimándose esta tesis en los sendos tenores literales de los artículos 102 de la Carta de las Naciones Unidas y 80 del Convenio de Viena, expresivo el primero de que:

«1. Todo tratado y todo acuerdo internacional concertados por cualesquiera Miembros de las Naciones Unidas después de entrar en vigor esta Carta, serán registrados en la Secretaría y publicados por ésta a la mayor brevedad posible.

2. Ninguna de las partes de un tratado o acuerdo internacional que no haya sido registrado conforme a las disposiciones del párrafo 1 de este artículo, podrá invocar dicho tratado o acuerdo ante órgano alguno de las Naciones Unidas.»

Por su parte, el segundo de los preceptos mencionados sienta, también literalmente, que:

«Registro y publicación de los tratados.—1. Los tratados, después de su entrada en vigor, se transmitirán a la Secretaría de las Naciones

Unidas para su registro o archivo e inscripción, según el caso, y para su publicación.

2. La designación de un depositario constituirá la autorización para que éste realice los actos previstos en el párrafo precedente.»

Y no sólo por ello, sino que las soberanías normativas domésticas, en su afán de cooperar con estos apremios internacionales orientados a la erradicación de los tratados secretos, suelen adoptar textos tendentes a la consecución del objetivo pretendido por los mismos, finalidad que aflora con toda claridad del *dictum* del artículo 28 del Decreto objeto de análisis, según el cual:

«El Ministerio de Asuntos Exteriores adoptará las medidas pertinentes para dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 102 de la Carta de las Naciones Unidas respecto al registro de la Secretaría de la Organización de los tratados celebrados por España.»

Con abstracción de lo expuesto, nuestro ordenamiento se constituye en cabecera de grupo de aquellos países en los que la práctica del tratado secreto resulta especialmente odiosa, y por ello no sólo impone la publicación obligatoria que nos ocupa en el *BOE* de todo tipo de tratados, sino que también prevé dar noticia de los mismos utilizando cauces de manifestación distintos a los del periódico oficial, siendo la fuente concreta de tal posibilidad lo postulado al efecto por el artículo 34 del Decreto materia de estudio, según el cual:

«Sin perjuicio de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*, para facilitar a todos los órganos de la Administración y a los particulares el debido conocimiento de las obligaciones internacionales asumidas por España, corresponde al Ministerio de Asuntos Exteriores adoptar las medidas pertinentes para llevar a cabo:

- a) La publicación periódica de colecciones de los tratados en los que sea parte España.
- b) La publicación periódica de una lista de tratados en vigor y obligatorios para España.
- c) El establecimiento de sistemas de ordenación de datos relativos a los tratados.»

Precisamente, para facilitar toda esta praxis de publicidad (y obviamente también con finalidades distintas) es por lo que el artículo 33 del Decreto objeto de constante alusión sienta que «Los textos originales de los tratados celebrados por España o, en su caso, ejemplares autorizados de los mismos,

y cualquier instrumento o comunicación relativa a un tratado serán custodiados en el Registro de Tratados del Ministerio de Asuntos Exteriores».

A pesar de toda esta aparatología normativa, de cuyo núcleo se desprende el repudio sin paliativos de los tratados secretos, éstos son una realidad innegable, siendo a estos efectos sumamente indicativas las observaciones de REMIRO BROTONS, en su obra dicha, página 206, autor que tras relacionar toda una suerte de acuerdos internacionales celebrados por España sustraídos por completo a las exigencias de publicidad mencionadas (determinados acuerdos con EE.UU. a partir de los de 26 de septiembre de 1953, los acuerdos sobre navegación y transporte marítimo con la Unión Soviética de 17 de febrero de 1967; los acuerdos con Marruecos y Mauritania sobre el Sahara de 14 de noviembre de 1975, etc.) pone de relieve que «Los tratados secretos están en la vida, no al margen de ella. En el ámbito internacional, no son invocables ante Naciones Unidas, pero como instrumentos cuyo contenido es jurídicamente exigible sólo desfallecerán en el caso de que una de las partes alegue oportunamente su nulidad como consecuencia de la inconstitucionalidad de su conclusión. Aún así, podrán ser considerados acuerdos entre caballeros, que empeñan pública y personalmente a sus signatarios, aunque no a sus sucesores. En el ámbito interno son, generalmente tolerados y consentidos, con tal que los acompañe la discreción y puedan aplicarlos los departamentos ministeriales apurando la potestad reglamentaria con disposiciones que, sin mencionarlos, los presupongan, y recurriendo a órganos selectivos en áreas que no incidan directamente sobre los derechos individuales».

En suma, mucha literatura, pero poca efectividad (llegado el caso), razón por la que en el día de hoy no falten países que enfoquen con menos dosis de ingenuidad «oficial» el tema y partan de premisas menos visionarias, siendo éste los casos de Holanda y Suecia, países que, y cojo el detalle de la obra indicada *ut supra*, página 207, posibilitan, vía constitucional, que el Gobierno, por razones de alto interés nacional, adopten acuerdos que se sustraigan a las premisas publicitarias dichas, sometiendo tales hipótesis a una serie de garantías adicionales (en sustitución de la materializada por el protagonismo *ad casum* de las Cámaras legislativas), consistente en la intervención *ad hoc* de órganos de composición numérica exigua y actuación oficialmente reservada, ejemplo que sobre el papel se halla muy lejos del seguido por nuestro país.

Así pues, en relación con la potencial eficacia internacional, la secretud de un tratado no provoca sino unos efectos limitados.

¿*Quid* cuando lo que está en juego es la eficacia interna del tratado en cuestión, es decir, del no publicado, bien intencionalmente o bien por incuria de la Administración?

Partiendo del significado a aportar a los artículos 1.5 CC y 96.1 CE (y

29.1 del Decreto que estamos comentando) la eventual eficacia interna del tratado en cuestión quedaría en estado latente mientras que tal publicación no acaeciese, no siendo ésta, tal como quedó antes apuntado, un presupuesto de validez (ni internacional ni interna) de dicho tratado, pero sí de eficacia, razón por la que los operadores jurídicos encargados oficialmente de la aplicación del derecho no podrían servirse en sus consecuentes funciones del instrumento no publicado, que a los efectos de su eventual toma en consideración interna sería considerado como «inexistente», y ello con independencia de si el mismo ha sido sometido, en lo tocante al íter de su celebración, a la intervención competencial de las Cortes, y también hecha abstracción de si la demora en su no publicación es efectivamente traducible en una condena patrimonial de la Administración en obediencia a lo que sobre su responsabilidad se establece en los artículos 106.2 CE y 145 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de 26 de noviembre de 1992 (y antes en el que fue el art. 40, ahora derogado por el texto que acabo de citar, de la LRJAE).

De todos modos, esta teoría general tiene muchas fisuras y en la práctica de cada día se va abriendo paso la postura de considerar como vinculante para los indicados operadores jurídicos aquellos tratados que aun no publicados acreditan una cognoscibilidad que podríamos calificar de indubitada en cuanto oficial aunque siempre teniendo en cuenta que esta posibilidad de su toma en consideración nunca podría revestir un carácter *ad peyus* o *ad malam partem* para los individuos, tesis en cuya consagración normativa también ha sido pionera la Constitución holandesa a través de su artículo 93.

En lo que atañe a la aplicación de los tratados no publicados por los órganos judiciales españoles, la inicial y potente reluctancia teórica va cediendo si bien su posibilidad, siempre va acompañada de la necesidad de que por los interesados en tal aplicación se dé cumplida satisfacción a la carga probatoria que les compete respecto a la acreditación de la existencia del tratado no publicado de cuyo contenido intenten prevalerse, siempre y cuando el indicado límite —el de la eventual toma en consideración *ad peyus* del tratado en cuestión— se respete a rejatabla (ver en este sentido la STS de 12 de marzo de 1985).

En cualquier caso, y así concluyo este apunte, un tratado no publicado en el BOE no es esgrimible de modo general y compulsivo en el foro aplicativo español, criterio sin embargo no monolítico, siendo de nota al respecto que las indicadas fisuras no sólo son visibles en sede de los tratados, sino incluso en el propio ámbito reglamentario, en el que frente a la teoría general de que el reglamento no publicado en el BOE es inexistente (publicación impuesta con carácter forzoso en este ámbito no sólo por el artículo 2.1 CC, sino también por el 29 de la LRJA y 133 LPA) se alza

la teoría jurisprudencial de conferir eficacia a dichos Reglamentos cuando de no hacerlo el Gobierno (o la Administración, en su caso) pudiere zafarse de sus propios compromisos, tesis jurisprudencial resultante de las SSTs 18 de julio de 1966 y 22 de diciembre de 1973, que viene a relativizar la eficacia de la publicación oficial y que, *quid pro quo*, puede también aducirse en la sede considerativa en la que estamos oficiando.

Volviendo a la centralidad del análisis que estamos instrumentando sobre la publicación de los tratados, ésta no es unívoca desde el punto de vista objetivo ni funcional, ya que en su seno se cobijan distintas alternativas.

Así, en la hipótesis del artículo 30 del Decreto que estamos viendo se contempla la publicación de un tratado provisionalmente aplicado, supuesto que demanda también la noticia oficial de la terminación de tal régimen, bien porque el instrumento en cuestión deje de existir o bien porque se consolide plenamente, siendo esta eventualidad la prevista por dicho artículo que sienta literalmente que:

«Si se hubiere convenido por los Estados negociadores la aplicación provisional, en todo o en parte, de un tratado, su texto se publicará en el *Boletín Oficial del Estado*. Posteriormente se publicará la fecha de su entrada en vigor o, en su caso, la determinación de su aplicación provisional.»

A la publicación «normal» se refiere el artículo 29 del Decreto materia de estudio, pero sus concretas dimensiones y documentos a remitir a la sede del periódico oficial para el logro de la inserción del tratado de que se trate será diferente, teniendo en cuenta la holgura concreta del precepto en cuestión, según el cual tal publicación se lograra:

«1. Mediante la inserción del texto íntegro del instrumento de ratificación o de adhesión de España a dicho tratado.

2. Mediante la inserción del texto íntegro del tratado, ya conste este en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos, así como, en su caso, de las reservas o declaraciones formuladas, y de cualquier otro instrumento anejo al tratado o complementario del mismo, en el caso de que España se hubiese obligado por la firma de su representante.»

Esta es la referencia a la publicación «básica» del tratado en cuanto procedimiento técnico idóneo para internizar su contenido.

Haciendo abstracción de la misma, el Decreto que nos ocupa se encarga de facilitar un conocimiento sistemático del tejido normativo resultante de la trama contractual universal, objetivo al que tiende el *dictum* del artículo 32, de dicho Decreto, según el cual:

«El Ministerio de Asuntos Exteriores adoptará las medidas pertinentes

para publicar en el *Boletín Oficial del Estado* comunicaciones suscritas por el Secretario general técnico del Ministerio de Asuntos Exteriores relativas a:

1. La participación de otros Estados en aquellos tratados multilaterales en los que sea parte España, con inclusión, en su caso, de las reservas formuladas por esos Estados y de las objeciones a las mismas hechas por España.
2. La retirada de las reservas formuladas por España o por otros Estados a los tratados multilaterales en los que sea parte España.
3. Cualquier otro acto internacional relativo a la enmienda, modificación, terminación o suspensión de la aplicación de los tratados en los que sea parte España.»

En relación con el momento en que debe procederse a la publicación de los tratados de conformidad con lo indicado en los artículos 29 y 30 dichos, cabía elegir entre diversas opciones, pudiendo procederse a ello una vez se obtuviese la autorización de las Cortes (si ésta fuere necesaria) para la celebración de los mismos, una vez el Estado se hubiese obligado en forma definitiva en virtud del tratado a publicar o bien, una vez éste hubiere entrado en vigor, trilogía de alternativas de la que las dos primeras son rechazables por un motivo u otro (marginación del sistema de los tratados celebrados sin intervención parlamentaria, incompatibilidad del esquema posible con la propia significación del acto de publicación, etc.), siendo el único idóneo la última posibilidad dicha, variante a la que alude el autor citado *ut supra*, cuando dice en su colaboración al libro colectivo ya mencionado, página 597, que «nos queda, pues, la tercera opción: una publicación sincrónica, en la medida de lo posible, con la entrada en vigor internacional del tratado, o, en su caso, con su aplicación provisional. Es la opción más simple y segura, a condición de que los reflejos de la Administración sean rápidos, y aunque en nuestro caso esto último dista de responder a la realidad, ha sido seguida —salvo en casos excepcionales— en España».

Así pues, una vez que se produce la entrada en vigor internacional del tratado de que se trate debe procederse de inmediato a su publicación por la vía que estamos comentando.

Ahora bien, a fin de evitar al máximo las disfunciones entre la obligatoriedad y eficacia internacional del instrumento en cuestión y la interna, sólo activable con la publicación que nos ocupa, los tratados suelen prever períodos de *vacatio* a fin de evitar la sumariedad extrema que gobierna la indicada publicación en el caso de que otra cosa no se contemple en el propio tratado, lapsos de tiempo permitientes a la Administración española de la práctica tempestiva de tal publicación.

En ocasiones, ésta no se logra en el plazo adecuado y entonces se produce un desajuste entre las sendas eficacias internacional y doméstica, salvable en su caso por el procedimiento de imponer la retroactividad de su entrada en vigor interna.

En aquellas hipótesis en las que tal previsión de retroactividad no tome cuerpo en el tratado se plantea el problema de precisar cuál es el alcance interno del mismo respecto de las situaciones generadas *medio tempore* entre la entrada en vigor internacional y la doméstica, cuestión que el DIP resuelve reconociendo como una única fecha fija a tener en cuenta aquella en que se desencadena la indicada virtualidad internacional, imponiendo así, en el caso descrito, una especie de retroactividad forzosa con repercusión en el plano interno, y ello con independencia de sea cual fuere la fecha de su publicación, circunstancia cuya rigurosidad se trata de paliar con lo postulado al respecto por el artículo 31 del Decreto materia de permanente mención, según el cual:

«Asimismo se publicará en el *Boletín Oficial del Estado*, a continuación de los textos señalados en los artículos 29 y 30, una comunicación suscrita por el Secretario general técnico del Ministerio de Asuntos Exteriores, en la que se indique la fecha en que el tratado obliga a España y debe, por tanto, procederse a su aplicación.»

Con este último tenor concluyo con la relación de actos administrativos de obligada constancia en el *BOE*, orientándose su *ratio* a agilizar el sistema de publicación y a disipar eventuales somnolencias funcionariales, siendo esta la única praxis a seguir en este orden de cosas, ya que, y lo apunta muy bien el autor supracitado, en su colaboración dicha, página 599 del libro colectivo que la contiene «Constitucionalizar, como llegó a proponerse en el proceso constituyente, una rígida *vacatio* de veinte días desde la publicación del tratado en el *BOE*, hubiera sido el lamentable resultado de una mala lectura y una impropcedente extrapolación del artículo 2.1 del Código Civil, según el cual “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” ».

8. CUESTION RELATIVA A LA EJECUCION POR VIA DE DISPOSICIONES INTERNAS DE LOS APREMIOS CONTENIDOS EN LOS TRATADOS

Ya hemos visto con anterioridad que esta problemática no debía confundirse con la que acabamos de evidenciar, si bien, en determinados supues-

tos, tal confusión devenía ineluctable acaeciendo ello cuando el acuerdo internacional de que se trate sea un «*executive agreement*» y el sistema adoptado por el país donde tuviese que desplegar éste su eficacia interna fuese el de recepción automática, caso en que tal recepción, combinada con la innecesariedad de medida ejecutiva alguna, determina el que el problema de la distinción temática antes referida ni siquiera tuviese razón de ser, situación por el contrario que si se da:

- a) Cuando pilotándose tal país por dicho sistema de recepción automática, el acuerdo internacional contemplado no sea un «*executive agreement*».
- b) Cuando rigiéndose el país en cuestión por el mismo sistema de recepción especial el tratado cuestionado sea por el contrario del tipo inmediatamente referenciado, díptico de posibilidades que teniendo como común denominador el que pueda hablarse en su seno del fenómeno ejecutivo que estamos viendo divergen por el dato de que mientras que en la primera de sus alternativas lo único planteable sea la fenomenología que vamos a analizar, en la segunda se produce no sólo ésta sino también la que hemos abordado precedentemente constituyéndose ésta en un *prius* de la ahora reseñada.

Por lo tocante a nuestro país, de recepción automática, el que el tratado en cuestión requiera de la pertinente apoyatura legislativa y/o reglamentaria interior, depende obviamente de cuál sea la concreta naturaleza del mismo: si «*executive agreement*» o no, dilema cuya realidad, aún no expresamente sancionada por nuestro ordenamiento constitucional u ordinario, se deduce con facilidad de la propia regulación que de la materia efectúa nuestra CE, texto que en su artículo 94, al enumerar la lista de tratados cuya adopción requiere una específica autorización parlamentaria, menciona entre los mismos a aquellos que «exijan medidas legislativas para su ejecución», categorización que, interpretada *a contrario*, nos permite vislumbrar la existencia de otros tratados, no incluidos en el capítulo de posibilidades diseñado por el susodicho artículo, que o bien no requieren medidas normativas internas de ejecución de ningún tipo o bien las demandadas son sólo de carácter reglamentario, posibilidad dual cuya primera alternativa aparece integrada por los tratados «*self-executing*» a los que estamos haciendo alusión, instrumentos, por otra parte, cuya virtualidad general en nuestro ordenamiento resulta del propio modo colegible de la dicción literal del artículo 1.5 del CC, que al aludir de forma específica «a las normas jurídicas contenidas en los tratados» parece que está haciendo singular alusión a la eficacia «*self-executing*» de los mismos (que por otra parte puede ser total o parcial).

En cualquier supuesto es de tener presente que tanto si se trata de tratados «*self-executing*» como sino, su recepción —automática— por el ordenamiento español se produce siempre a través del trámite de la publicación, sin que la ejecución interna de su eficacia internacional sea un condicionante de ello hasta tal punto de que resulta teóricamente factible que el texto del tratado en sí y su corte de disposiciones de ejecución se publiquen conjuntamente (caso no frecuente, pero no jurídicamente imposible), dinamina de ejecución interna que requiere por su parte la adopción de lo que TRIEPEL calificó como «Derecho interno internacionalmente indispensable», es decir, de un ordenamiento jurídico de transposición y desarrollo intermediario, de prole internizada, que permita sacar todo el jugo normativo posible de los muchas veces evanescentes pronunciamientos internacionales, positividad que unas veces requiere la promulgación de una ley y otras de simples disposiciones reglamentarias, pero que en cualquier caso no se halla exenta de problemas teniendo en cuenta que tales medidas sí son legislativas no pueden adoptarse si no es con la mediación de los correspondientes titulares de la potestad jurisdicente, los cuales pueden de alguna manera resistirse a asumir el papel de meros comparsas en este orden de cosas, pudiendo engendrar todo ello una dinámica de tensión entre el Gobierno, obligado a cumplir de forma inexorable sus correspondientes compromisos internacionales, *ex* artículos 26 y 27 del Convenio de Viena, y los detentadores del meritado poder legislativo que, aun habiendo intervenido en la prestación del consentimiento necesario para la adopción de tales disposiciones legislativas de ejecución, se ven embarcados en una vorágine de creatividad normativa que en realidad no responde a lo que se considera absolutamente normal en este ámbito, tema del que se ocupa con su destreza de costumbre ANTONIO REMIRO BROTONS, cuando en su indicado libro, página 265, al aludir a la existencia de los tratados no «*executive agreements*» pone el dedo en la llaga al plantearse la pregunta que podría considerarse cardinal al respecto y que es la de que ¿Qué hacer en el caso de que tales medidas (legislativas) —las de ejecución internizada— sean necesarias?, interrogante cuya holgura enriquece el mismo autor (en la misma página) con dos más: ¿Colocar a las Cámaras en la disyuntiva de aceptar el hecho consumado o encender la mecha de la responsabilidad internacional del Estado? ¿Sostener, tal vez, que su potestad es reglada en su integridad, debiendo hacer lo que el tratado ordene y en los términos en que lo ordene?, rosario de inquietantes preguntas que cada intérprete puede responder a su guisa y que en lo tocante a su enunciado merece la siguiente reflexión: «La fórmula parece poco acorde con los poderes soberanos del legislativo y, de hecho, su viabilidad dependerá de la habilidad del Gobierno para ganarse a la mayoría parlamentaria. De ahí que sea aconsejable una participación determinante de las Cámaras legislativas en la conclusión de

los tratados —incluidos, desde luego, los que suponen modificaciones legales o exigen medidas legislativas para su ejecución— y la recepción automática de sus disposiciones a partir de la entrada en vigor en el orden internacional».

Adentrándome ya en la panorámica netamente española al respecto, tengo que patentizar que nuestra CE no se hurta por completo al tratamiento de la problemática referenciada, toda vez que de una parte su artículo 94.1.e) impacta, tal como hemos advertido, en el centro de gravedad de la misma, pudiendo entroncar también con el núcleo de la cuestión suscitada el artículo 93 de dicho Texto Básico cuando imputa a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de los tratados que tal precepto prevé (los requirentes de ley orgánica para su legítima instrumentación, siendo asimismo citable que la Ley Orgánica del Consejo de Estado antes explicitada —la 3/1980, de 22 de abril— reclama la atención consultiva de tal organismo (en pleno o en comisión permanente, según las cosas) cuando se trate de la eventual promulgación de leyes que hayan de dictarse «en ejecución, cumplimiento o desarrollo de tratados o convenios o acuerdos internacionales», *ex* artículo 21.2, supuesto en el que debe intervenir el Pleno, intervención que se sustituye por la de la Comisión Permanente cuando se trate de la adopción de normas reglamentarias que se dicten en ejecución, cumplimiento y desarrollo de tratados, convenios o acuerdos internacionales, *ex* artículo 22.2).

En cualquier caso, también cabría utilizar la fórmula de la capacitación legislativa al Gobierno para tales efectos, aludiendo a esta posibilidad ANTONIO REMIRO BROTONS, en su indicada obra, señalando en la página 276 de la misma «La delegación o habilitación legislativa al Gobierno no se presume, desde luego, pero tampoco hay razón para prohibirla taxativamente. Las Cortes podrán otorgarla, para la ejecución de los tratados dentro de los límites, ciertamente riguroso con los que ha sido concebida con carácter general por el artículo 83.2 de la Constitución; intransferible, expresa, concreta y por tiempo limitado. Un buen ejemplo es la reciente Ley 47/1985, de 27 de diciembre, de habilitación al Gobierno para la adaptación de nuestro Derecho a las obligaciones derivadas de la adhesión de España a las Comunidades Europeas. Concebida por seis meses la habilitación interesaba a una lista de textos enumerados en anexos».

Como colofón de lo hasta aquí dicho, y haciendo acopio de las reflexiones aportadas por el autor meritado, tengo que poner de relieve que tratándose de ejecución de lo previsto en los tratados por vía de disposiciones reglamentarias a los mismos, en base a una interpretación rigurosa y coherente de su significado y a su evidente entronque con los «actos políticos del Estado y con las relaciones internacionales», parece lógico que resulten inmunes a cualquier tipo de recurribilidad por la vía contencioso-adminis-

trativa, *ex art. 2.b L J*, de la Lex Jurisdiccional, interdicción que también debe extenderse, por los mismos motivos, a la valoración jurisdiccional que eventualmente pudieren merecer los actos de autorización de un tratado y el propio acto de su aprobación.

9. PAPEL DE LAS COMUNIDADES AUTONOMAS EN LA EJECUCION DE LOS TRATADOS

Ya hemos contemplado el rol de éstas en el proceso formativo de los mismos, cupiéndonos ahora la función de efectuar lo propio en relación con el indicado proceso ejecutivo, pudiendo iniciar nuestra andadura analítica al respecto señalando ahora que así como siempre puede contemplarse el papel de dichos entes territoriales en relación con el mentado íter conformador, no sucede otro tanto con el ejecutivo, ya que éste no siempre se concita teniendo en cuenta que cuando el tratado en cuestión sea un «self-executive», entonces el papel de tales comunidades no acredita el más mínimo interés, limitándose las mismas a asumir su contenido en todo lo que éste les afecte, asunción de la que no podrán sustraerse en medida alguna alegando exceso de poder del Estado al adquirir el consiguiente compromiso internacional en estas áreas, todo ello en coherencia con la teoría general sobre la materia y a la que nos hemos referido abundantemente a lo largo de estas consideraciones.

Ahora bien, los tratados «executive-agreement» pertenecen en realidad a un linaje harto exiguo, siendo por ello mucho más frecuentes los casos en que de los mismos sólo brotan compromisos de un determinado hacer normativo para los Estados concernidos, compromisos cuya virtualidad hacedera sólo es comprensible, lógicamente, con la colaboración de los órganos jurisdicentes de los mismos, eventualidad cuya metodología se complica severamente en aquellas hipótesis en las que como consecuencia de la organización política del Estado signatario en cuestión la potestad normativa del mismo resulte más o menos fraccionada y competencialmente escindida, ya que en tal caso la posibilidad de dar cabal satisfacción a las exigencias de desarrollo normativo interno impuestas por el tratado en cuestión se halla en distintas manos.

Es evidente que en este supuesto, el Estado de que se trate no puede escudarse, en cuanto a un eventual incumplimiento del tratado, en que el ilícito internacional motivado por este hecho no le es imputable por no controlar debidamente los resortes del poder legisfehaciente titularizados por las diversas organizaciones territoriales que en suma constituyen su todo como nación, ya que este hecho, por muy notorio y trascendente que sea, es irrelevante a efectos internacionales.

Frente a la constatación de esta evidencia los Estados tratan de preverse de las consecuencias dañosas que se les puedan inferir por su falta de control de las potestades normativas de los entes territoriales de su integración imponiendo en ocasiones en el tenor de sus compromisos obligaciones *ad hoc*, la denominada cláusula federal que no es sino una exclusión anticipada de su potencial responsabilidad por el incumplimiento de sus compromisos internacionales debido a la aludida falta de control sobre competencias normativas relativamente adventicias a los mismos.

Sea cual fuere la mejor solución al respecto, si es que la hay, lo cierto es que el aludido planteamiento es traspolable al caso español dada la nueva organización del Estado en Comunidades Autónomas, coexistiendo éstas con un poder central a base de una articulación competencial de sus sendas posibilidades de jurisdicción.

No es del caso relatar las incidencias de la constitucionalización de la problemática relativa a la ejecución de los tratados, en sede normativa interna ni al cambio de rumbo cualitativo que nuestro Texto básico propició con respecto a la filosofía que sobre el particular mantuvo la Constitución de 1931, mucho más explícita que la actual, sino sólo puntualizar que la normal ambivalencia de muchos preceptos constitucionales se intensifica con particular intensidad en el foro normativo en el que nos estamos moviendo, siendo así que el artículo 149.1.3 CE, en cuanto sancionador de la competencia exclusiva del Estado en el ámbito de las «relaciones internacionales», admite una pluralidad de lecturas al efecto posibilitando tanto una atracción competencial de dicho Estado en todo lo concerniente a tales relaciones internacionales de factura totalizadora y consiguientemente excluyente de la que pudiere corresponder en tal sede a las Comunidades o bien, a base de una visión más templada del asunto, considerar factible una convergencia competencial en este ámbito, protagonizada tanto por el Estado como por las dichas Comunidades Autónomas, tesis, en suma, que es la que ha prevalecido en los distintos Estatutos de Autonomía, textos legales que, sin excepción, confieren a las correspondientes Comunidades Autónomas competencias en orden a la ejecución de los tratados en las materias que les afecten (art. 20.3 del País Vasco; 27.3 del de Cataluña; 23.2 del de Andalucía; 40.2 del de Aragón; 34 del de Castilla-La Mancha; 37.2 del de Canarias; 33.2 del de Madrid; 12 del de Asturias; 12 del de Murcia; 58 y 42.1 del de Navarra; 9.1 del de Extremadura; 12.1 del de Baleares y 28.7 del de Castilla y León).

¿*Quid* si las Comunidades Autónomas cumpliesen deficientemente con los deberes y cargas inherentes a las competencias asumidas al efecto? Es evidente que en este caso, el Estado, ante la necesidad de evitar su consiguiente responsabilidad internacional, se vería abocado a hacer uso de las posibilidades que le oferta el artículo 150.3 («El Estado podrá dictar leyes

que establezcan los principios necesarios para armonizar las disposiciones normativas de las Comunidades Autónomas, aun en el caso de materias atribuidas a la competencia de éstas, cuando así lo exija el interés general. Corresponde a las Cortes Generales, por mayoría absoluta de cada Cámara, la apreciación de esta necesidad») de la CE, alternativa que será de obligada comparecencia cuando la falta de ejecución de los apremios internacionales sean los derivados de la preceptiva comunitaria.

Más grave sería que tales Comunidades incumpliesen en toda su integridad los deberes competenciales que por su propia decisión adquirieron en el foro ejecutivo que estamos viendo, situación que obligaría a actuar en el sentido propuesto por el artículo 155 CE, precepto que viene a posibilitar el establecimiento de una especie de régimen de excepción en el área de la distribución competencial normativa y ejecutiva que gobierna las relaciones entre el Estado y las merитadas Comunidades Autónomas, todo ello en congruencia con los altos intereses nacionales en juego, siendo el tenor de dicho artículo el siguiente:

«Si una Comunidad Autónoma no cumpliera las obligaciones que la Constitución u otras leyes le imponen, o actuare de forma que atente gravemente al interés general de España, el Gobierno, previo requerimiento al Presidente de la Comunidad Autónoma y, en el caso de no ser atendido, con la aprobación por mayoría absoluta del Senado, podrá adoptar las medidas necesarias para obligar a aquélla al cumplimiento forzoso de dichas obligaciones o para la protección del mencionado interés general.

2. Para la ejecución de las medidas previstas en el apartado anterior, el Gobierno podrá dar instrucciones a todas las autoridades de las Comunidades Autónomas.»

De todos modos, esta es una situación límite, un «leading-case» político cuya entrada en liza debe aquilatarse hasta el máximo, opinión que es también compartida por el grueso de los comentaristas sirviendo como botón de muestra lo que sobre el particular apunta REMIRO BROTONS en su obra dicha, página 279, cuando al enfocar el alcance del eventual incumplimiento por parte de las Comunidades Autónomas del débito competencial que detentan en este ámbito en mérito a los planteamientos normativos de sus propios Estatutos de Autonomía califica al precepto que acabo de literalizar como una norma reservada para «hipótesis extremas y nada sería más deseable que ver envejecer a este precepto como un guardián durmiente», complementando este razonamiento el autor dicho, en su misma obra y página, señalando que «frente a la rebeldía, retraso o negligencia autonómicos, propiciados por el déficit de participación de las Comunidades Autónomas en la asunción de obligaciones que, luego, han de ejecutar, y la

heterogeneidad de quienes controlan las diferentes instancias de decisión, existe fundamento constitucional bastante en la atribución a los órganos centrales de las relaciones internacionales (art. 149.1.3) para justificar que las Cortes o el Gobierno, según los casos, tomen las disposiciones provisionales necesarias para evitar el incumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado, disposiciones que se aplicarían hasta el momento en que la Comunidad autónoma de que se trate asuma adecuadamente la función que le corresponde».

En resumen, en caso de desorden o disfunción ejecutiva graves, cabe hacer uso de lo patrocinado por el artículo 150.3 de la CE; en el supuesto de que exista incuria o pasividad leve o incluso grave (sin alcanzar en este caso la hipérbole o el paroxismo) el Estado asume, sin más, aunque *ad casum*, el ejercicio de las competencias ejecutivas ostentadas por las sendas Comunidades Autónomas en caso de gravedad exorbitante y exacerbada del meritado incumplimiento podrá hacer uso del artículo 155 CE antes literalizado.

10. EL TRATADO EN CUANTO NORMA CONVERGENTE CON OTRAS

A) IDEA GENERAL

Es obvio que el tratado sólo constituye una pieza más en el macrocosmos jurídico —y ello tanto a nivel nacional como en el propiamente internacional—, concurriendo casi siempre con otros preceptos en la innovación de unos mismos supuestos o situaciones jurídicas, provocando todo ello la necesidad de explicar ciertos aspectos de tal conjunción normativa, que no siempre se desarrolla en condiciones de armonía, tema que vamos a abordar de inmediato, sirviendo como pórtico considerativo autorizado de todo lo que voy a decir las reflexiones que sobre el particular emite ANTONIO REMIRO BROTONS, autor que en su indicado libro, página 325, inicia el tema señalando que «La concurrencia, al menos aparente, de dos o más tratados y de otras normas, internacionales o internas, en la regulación de una misma relación o situación, plantea problemas ante los que se va desperezando la atención de los negociadores, de los órganos de aplicación y de la doctrina. Ahora bien, la perspectiva desde la que se contemplan estos problemas y las soluciones que se proponen en el plano de la aplicación del derecho varían según la órbita, internacional o estatal, en que se mueve el órgano».

Siendo ello así, vamos a examinar la cuestión desde ambas vertientes, y ello tanto en relación con las situaciones de convergencia en la normalidad como con aquellas en que se plantean disfunciones más o menos

severas, si bien mi interés sobre el tema, aun pretendiendo ser pluridisciplinar, no rebasar el nivel de lo obvio, justificándose por demás su estudio en estas páginas dado el considerable protagonismo que acreditan en el ámbito de la extranjería los tratados, circunstancia que determina que tal estudio revista un interés especial en el contexto de esta obra.

B) EXAMEN DE LA CUESTIÓN DESDE VERTIENTES INTERNACIONALES

a) *Concurrencia de normalidad*

En este epígrafe nos vamos a centrar en el estudio de tal fenomenismo cuando todos sus protagonistas son tratados con influencia normativa sobre situaciones idénticas o conexas, dejando a los eruditos del DIP al estudio de las eventualidades de convergencia entre los susodichos tratados y las restantes normas del Derecho Internacional, tema que ahora no nos interesa especialmente.

Ello puntualizado, tengo que señalar que el referido fenómeno concurrencial, oportunamente cristalizado en la regulación convencional de un mismo supuesto de hecho sin clave de contradicción, acredita una dinámica de incentivación imparable debido sobre todo a la existencia en el día de hoy de una evidente inflación de concertabilidad internacional, optimizada además por la circunstancia de que cada vez es más frecuente un solapamiento competencial al efecto, debido a la creciente actividad de los Organos intergubernamentales, circunstancias a las que se agrega el que, como apunta muy bien ANTONIO REMIRO BROTONS en su indicado libro, página 326, en bastantes ocasiones «lo que aparece como objeto principal de un tratado se presenta en otro como objeto secundario o complementario», praxis de deficiente facturación negocial que muchas veces plantea delicados problemas de encaje y método, a los que se pretende hacer frente acudiendo a diversos remedios acuñados por el DIP, de entre los que nos interesa de modo exclusivo las cláusulas de compatibilidad («souple de surete» para negociadores que se adentran en un territorio donde no cuentan con una cartografía fiable, en expresión metafórica, feliz de autor indicado *ut supra*), cláusulas a las que alude, por cierto, el artículo 30.2 del Convenio de Viena al señalar que «Cuando un tratado especifique que está subordinado a un tratado anterior o posterior o que no debe ser considerado incompatible con ese otro tratado, prevalecerán las disposiciones de este último», precepto de alambicada redacción que articula el régimen a seguir con las cláusulas de subordinación y compatibilidad y del cual parece desprenderse, y ello resulta censurable para el meritado autor, la absoluta primacía de las estipulaciones del tratado primigenio, conclusión a la que

llega el mismo señalando en la página 328 de su libro que «Ahora bien, aun prescindiendo de que la compatibilidad entre las disposiciones de dos o más tratados no se puede imponer *a priori* por la vía del imperio sino sólo como resultado del análisis lógico y de la comparación de textos, sería craso error pretender que cualquier declaración de compatibilidad trae siempre como consecuencia necesaria la automática prioridad de las disposiciones del tratado previo, un tratado que, dicho sea de paso, también podría a su vez contar con una declaración similar. Siendo la voluntad última de las partes, expresada en el tratado posterior, la que establece hacia y hasta donde llegan las sedicentes cláusulas de compatibilidad, el órgano de aplicación ha de buscar esa voluntad atendiendo al tenor de la cláusula».

En ocasiones, tal cláusula no hace acto de presencia y se provoca en solapamiento —no contradictorio— entre distintos tratados sucesivos, circunstancia que engendra divergencias de regulación no esenciales y en cualquier caso perplejidad e incertidumbre, ocupándose específicamente de esta potencial fenomenología el artículo 30.3 del Convenio de Viena, según el cual «Cuando todas las partes en el tratado anterior sean también partes en el tratado posterior pero el tratado anterior no quede terminado ni su aplicación suspendida conforme al artículo 59, el tratado anterior se aplicará únicamente en la medida en que sus disposiciones sean compatibles con las del tratado posterior», texto que no resuelve ni mucho menos toda la problemática suscitada en el entorno de conjunción que estamos contemplando y que hace apuntar al autor supracitado, en su obra dicha, página 329, que «La aplicación prioritaria de las disposiciones de tratado posterior está en la naturaleza de las cosas cuando son más favorables para satisfacer los objetivos o más especiales para regular las materias que las del tratado anterior. Pero, ¿cabe decir lo mismo cuando el tratado posterior no es más especial ni más favorable? ¿Es que ha de preferirse a toda costa, aunque se llegue al convencimiento de que es menos favorable o más genérico, incidental o incompleto en la regulación de la materia?», solución rechazable por la propia coherencia sistémica del orden internacional, y con ella la del automatismo que parece implantar, en beneficio del tratado de fecha más reciente, el indicado artículo 30.3, debiendo indagarse sobre todo, a base de una interpretación a dos bandas, la voluntad real de los Estados partes, y siempre teniendo presente en el impulso y desarrollo de tal interpretación el criterio de que las normaciones sectoriales y especializadas prevalecen sobre las generales y específicas, regla de vigencia general en la comprensión de todo tipo de normología en conflicto que, por lo demás, aparece consagrada implícitamente en la propia convención de Viena a través de su artículo 30, precepto que al regular la concurrencia de tratados sucesivos constriñe su eficacia a los «concernientes a la misma materia».

b) *Concurrencia disfuncional*

Según los propios apremios internacionales, una concurrencia de este tipo, que únicamente resulta comprensible en relación con las normas cogentes del Derecho Internacional general provoca la nulidad o la terminación del tratado que incida en tal situación aludiendo a la primera de las alternativas dichas el artículo 53 («Tratados que están en oposición con una norma imperativa de Derecho Internacional general (*ius cogens*).—Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa del Derecho Internacional general. Para los efectos de la presente Convención una norma imperativa de Derecho Internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto de norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior del Derecho Internacional general que tenga el mismo carácter») y a la segunda el 64 («Aparición de una nueva norma imperativa de Derecho Internacional general (*ius cogens*).—Si surge una nueva norma imperativa de Derecho Internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará»), ambos de la Convención de Viena, siendo asimismo colacionable el plus valor de intangibilidad que en relación con la Carta de las Naciones Unidas brota del artículo 30.1 de dicha Convención, precepto del que resulta la imperatividad de su contenido y por eso la prevalencia del mismo frente a aquel resultante de algún tratado que la contradiga.

C) EXAMEN DE LA CUESTIÓN DESDE VERTIENTES NACIONALES

a) *Concurrencia de normalidad*

Son raros los tratados internacionales que se agotan en su propia mismidad internacional (los tratados no flotan en el vacío, gustan de decir los internacionalistas), siendo lo más normal que en relación con los mismos se produzca una arborificación normativa y ello no sólo en el plano internacional (aspecto que acabamos de abordar), sino también en el interno, vertiente a la que también nos hemos referido con anterioridad cuando aludimos al problema de la trasposición al orden doméstico de la preceptividad (total o parcial) de tales tratados, tema que enriquecemos ahora poniendo de relieve que las conexiones entre los tratados y los sendos ordenamientos nacionales son profundas e intensas y que a la evitación de su divergencia, contemplando la cuestión desde el plano constitucional, se destinan los remedios preventivos y represivos a los que con anterioridad aludimos.

Descartado el análisis de este punto, vamos a centrarnos ahora en el resaltamiento de las relaciones y concomitancias que pueden mediar entre el tratado y la ley, cuestión contemplada con singular agudeza por ANTONIO REMIRO BROTONS, que en su meritado libro, página 338, traza una panorámica de amplio espectro sobre el particular elaborando un conjunto de posibilidades de un ciertamente abigarrado discurso operativo, incluyendo en el mismo aquellos supuestos en los que la normativa doméstica es objeto de algún tipo de reenvío por parte del convenio internacional, bien porque éste permita regulaciones internas más favorables que las ofertadas por sus apremios normativos, bien por la entrada en juego de algún tipo de cláusula especial, bien porque el tratado en cuestión requiera el soporte de algún concepto jurídico indeterminado valorable exclusivamente según la ley del foro o bien, en suma, porque la perceptividad internacional sólo adquiere plena virtualidad a base de algún comportamiento ordinamental interno, relación que incluye entre sus alternativas algunas que acreditan una marcada beligerancia en el contexto expositivo de este libro, y me refiero así al hecho de que la primera de las manifestaciones de cooperación apuntadas es la que predomina en los convenios sobre derechos humanos (textos positivadores de derechos básicos que siempre dejan a salvo las regulaciones más progresivas provenientes de los derechos internos, tal como tendremos ocasión de examinar con más detalle ulteriormente), ello con independencia de que precisamente en el ámbito del derecho de extranjería la llamada al derecho interno por la vía del tratado se conjuga también con una constante llamada del ordenamiento interno al tratado, siendo fuentes del mismo no sólo el artículo 13 de la CE, sino también otros preceptos integrantes del bloque de constitucionalidad, concretamente el artículo 3 de la LOE (y apartados 2 y 3 del art. único del RD 1119/1986, aprobatorio del RLOE), y de la preceptiva ordinaria (arts. 28 del CC y 15 del CC).

Precisamente, en esta línea de colaboración entre la normativa interna y el tratado debe enmarcarse, en las áreas constitucionales, el artículo 10.2 CE, que señala literalmente (y efectuamos ahora su retranscripción para mayor comodidad del lector), que «Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España».

Este precepto reenvía a los tratados positivadores de los Derechos Humanos a los pertinentes efectos interpretativos de los derechos y potencialidades de igual condición sancionados por la CE, llamada que no nos puede hacer olvidar que los indicados tratados resultan del propio modo obligatorios para España en base a la asunción por ésta del compromiso obligacional que de los mismos emerge.

En base de todo ello, existe un solapamiento de positivaciones respecto a tales Derechos Humanos, ya que los residentes en el territorio nacional —españoles o extranjeros— tienen los mismos reconocidos tanto por los indicados Convenios como por la CE, y todo ello con independencia de que los preceptos de éstos deban ser en su caso interpretados de conformidad con lo estipulado en tales tratados y en la Jurisprudencia internacional que los mismos hagan aflorar.

No es el momento oportuno de penetrar en el entresijo de esta interpenetración ordinamental, tema que será especialmente considerado en el curso de esta obra, especialmente cuando aludamos a la virtualidad esencial de los aludidos tratados en el orden interno y a la influencia que los mismos desplegaron en sede del ordenamiento de extranjería como consecuencia de su toma en consideración por la STC 115/1987, que será debidamente analizada en su lugar oportuno.

Ahora bien, y ciñéndonos estrictamente al indicado valor interpretativo, tengo que puntualizar que en ocasiones el mismo se ha convertido en directo, y ello unas veces en beneficio de los justiciables sometidos a la jurisdicción española y otras en todo lo contrario, constituyendo un claro ejemplo de esto último la toma en consideración por el TC de la filosofía normativa resultante del artículo 5.1.f) del Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950, texto que tenido en cuenta como norma directamente obligatoria permitió la sanción constitucional por parte del TC (en su antes indicada Sentencia) de la especial detención cautelar que es dable infligir al extranjero en obsequio a lo que sobre el particular se postula en el artículo 26.2 LOE, y ello pese a que con la CE en la mano este tipo de detención no se sostenga.

En otras ocasiones, el alcance interpretativo del meritado artículo 10 se convierte en directo *ad bonus* para el meritado justiciable, siendo este el caso que tuvo ocasión de manifestarse a través de la STC 254/1993, de 20 de julio (Ponente: señor GARCÍA-MON Y GONZÁLEZ-REGUERA), en la que con motivo de debatirse la pulcritud constitucional de las Sentencias de los Tribunales ordinarios que confirmaron la denegatoria tácita de la Administración alusiva a la pretensión del demandante en amparo de conocer el contenido de la información que personalmente le afectaba almacenada en los ficheros automatizados a cargo de la misma, el TC, al tener en cuenta los apremios normativos resignados por el Convenio de 28 de enero de 1981, objetivador de la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal (instrumento hecho en Estrasburgo en la fecha indicada y ratificado por España mediante el documento pertinente de 27 de enero de 1984, publicado en el *BOE* el 15 de noviembre de 1985), potenció la eficacia de tal instrumento al atribuirle funciones de desarrollo del artículo 18.4 CE (expresivo de que «La ley

limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de sus ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos»).

Siendo ello así, y pese a que tal ley no había sido todavía adoptada en el momento en que se produjo la denegación tácita administrativa objeto del entredicho constitucional, el TC, basándose fundamentalmente en el contenido del meritado tratado declaró que el derecho a la intimidad del postulante en amparo había sido violado, reconociéndose la legitimidad de su pretensión a obtener la información instada por el mismo, facultad cuya concreta fuente se hallaba en aquel momento no precisamente en ninguna Ley (prevista pero todavía no promulgada), sino en el indicado Convenio, que en definitiva vino a tomarse en consideración como elemento integrador del artículo 18.1 y 4 CE, tesis que fue suscrita mayoritariamente por los miembros de la Sala 1.^a del TC (que fue la que conoció del recurso), pero que no contó con el respaldo del Magistrado integrante de la misma, señor RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, Magistrado que, fundando su discrepancia en la filosofía de anteriores SSTC llega a una conclusión contraria a la que a la postre prevaleció, constituyendo lo más relevante de su diferendo con el criterio mayoritario, lo que resulta del tenor literal siguiente (de su voto particular).

«En suma, si este Tribunal ha afirmado que nunca una norma convencional en materia de libertades públicas puede abrir al justiciable recursos que la Ley no ha previsto (STC 42/1982, FJ 3) o que la falta de integración del mandato del legislador para regular la objeción de conciencia sólo permitía amparar al objetor en cuanto al contenido mínimo del derecho (suspensión de la incorporación a filas) (STC 15/1982, FJ 8), la solución no debía haber sido otra en el presente caso: el Convenio del Consejo de Europa de 28 de enero de 1981 no puede hacer las veces de la legislación a la que remite el artículo 28.4 CE; dictar esa legislación es, para las Cortes, un imperativo constitucional, pero su omisión no podía dar lugar a la habilitación por la Administración o por los Tribunales de procedimientos extralegislativos, de incierta configuración, que permitieran satisfacer pretensiones positivas cuya ordenación sólo corresponde al legislador. Semejante carencia de ley —ya paliada— sólo permitiría amparar, eventualmente, la negativa de la persona a suministrar determinados datos a la Administración en tanto no hubiera sido articulada la garantía del citado artículo 18.4, pero nunca crear una obligación abierta de hacer para la Administración, sin base legislativa alguna.

A mi juicio, ni la Administración, al negarse a suministrar unos datos, basando la pretensión en la aplicación directa de un Convenio publicado pocas semanas antes en el *BOE*, dejando al margen la incorrección que supone en materia de libertades públicas la falta de una respuesta explícita, ni el órgano judicial han desconocido el derecho fundamental del recurrente

negando una aplicación directa e inmediata del citado Convenio. No es ocioso recordar que, como ha dicho la STC 84/1989, «una cosa es que los Convenios internacionales a que se refiere dicho precepto (art. 10.2 CE) hayan de presidir la interpretación de los preceptos constitucionales relativos a los derechos fundamentales y otra, muy distinta, es erigir dichas normas internacionales en norma fundamental que pudiera sustanciar exclusivamente una pretensión de amparo». Y esto es lo que sucede en el presente caso, en el que el Convenio no se utiliza meramente, frente a lo que se dice, como una fuente interpretativa que contribuye a la mejor interpretación del contenido de los derechos (STC 64/1991, FJ 4.a), sino como elemento de integración ante la demora en el desarrollo legislativo del precepto constitucional, para cuyo desarrollo desde luego habría de servir de pauta, aunque no canon autónomo de validez, el contenido de dicho Convenio.

b) *Concurrencia disfuncional*

a') *Idea general*

Con anterioridad hemos aludido al problema de la relación de adverso entre la Constitución y los tratados, poniendo de relieve qué tipo de soluciones al mismo ha sido ofertado por nuestro Texto básico, así como el sistema de resortes cuya eventual activación se destina a evitar que surjan ulteriores situaciones de conflicto o a solventar éstas, siempre en beneficio de la Constitución, cuando las mismas han surgido ya.

Ahora nos toca plantear idéntica problemática cuando la misma aflora como consecuencia de una discordancia entre la legislación subconstitucional y el tratado, engendrándose esta hipótesis en aquellos casos en los que un mismo supuesto factual es objeto de imputación jurídica diferenciada por ambos órdenes jurídicos, que ofrecen en la misma sede inferencial mensajes normológicos antinómicos, no reconducibles a una ratio única coherente por vía interpretativa, tema que, dada su trascendencia, ha preocupado de forma constante a la doctrina, terciando en la polémica sustanciada al efecto no sólo autores que profesan en las áreas considerativas conectadas con el DIP, sino otros muchos que hacen lo propio en los foros administrativo y civil, motivando todo ello un vocerío considerable al respecto que, a pesar de su intensidad, no alcanza a encontrar respuestas al problema planteado, especialmente reluctantante a cualquier tipo de solución.

Y es que en España el problema se agrava por la propia dinámica impulsada en este ámbito por la CE, ya que al imponer ésta en relación con determinados tipos de tratados que la prestación del consentimiento para

obligarse por parte del Estado sólo pueda tener lugar previa aquiescencia de las Cortes ha venido a hacer trizas una referente que podría ser útil para el hallazgo de un apunte de solución en este entorno y que es el de la unidad categorial de los tratados, unidad cuya fractura conduce inevitablemente a una consecuente escisión considerativa sobre el particular, entendiendo que la colisión antes apuntada entre la ley y el tratado puede acreditar una solución distinta en estricta obediencia a qué tipo de tratado se trata.

Ello alegado, vamos a entrar en el quid de esta temática diversificando su estudio en dos apartados, debatiendo en el primero el índice de resistencia del tratado en relación con una ley posterior antinómica y la misma reluctancia derogativa, pero invirtiendo los términos, utilizando en el análisis de estos supuestos ingredientes doctrinales adventicios concluyendo su explicación con algunas conclusiones personales.

b') Resistencia del tratado a la ley posterior antinómica

Si tanto los tratados como la ley mantuviesen idéntica posición jerárquica en el pentagrama jurídico del ordenamiento español como si la ley acreditase un rango jerárquico superior en el mismo, resulta evidente que toda ley posterior dejaría sin efecto el tratado anterior por el mero hecho de su promulgación.

Pero tal derogación no se produce, y la eficacia ofensiva de dicha ley (posterior) respecto del tratado contradictorio anterior zozobra ante la absoluta renuncia de éste a ser afectado por la meritada ley.

¿Y ello por qué? Pues sencillamente porque no sólo lo establece así el propio ordenamiento internacional, del cual son absolutamente tributarios los instrumentos que estamos viendo (arts. 26, 27 y otros del Convenio de Viena), sino que también impone este criterio la CE al indicar su artículo 96.1, que «Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formaran parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional».

De este tenor —el del indicado artículo— no se puede colegir ninguna instauración en estas áreas del principio de jerarquía como medio de solucionar los conflictos entre normas de un mismo ordenamiento jurídico, sino una simple confirmación, por vía de ley interna, de lo que es un canon ordinamental internacionalista, absolutamente consolidado.

Considerar que el precepto en cuestión viene a sancionar en esta sede el principio de jerarquía supondría la fractura de sus cuadernas tal como éstas son concebidas desde la dogmática jurídica más depurada, teniendo en

cuenta que su virtualidad sólo resulta concebible, partiendo del presupuesto básico, tal como hemos explicado, de que las normas en eventual conflicto acreditan en alguna manera su sujeción a una soberanía común, todo ello en consonancia con lo anteriormente explicado, soberanía que impone precisamente el protagonismo de tal criterio y la modulación de su entrada en juego, soberanía común que no puede utilizarse como elemento explicativo de la entrada en liza de tal criterio cuando los ordenamientos a tener en consideración son el internacional y el doméstico, razón que priva de significado a dicho principio jerárquico en este foro.

A pesar de ello, la tesis de la supralegalidad del tratado (que parte de la toma en consideración plena de tal principio, entendido éste en el más depurado de sus sentidos) es la que enseña la praxis jurisdiccional y la doctrina mayoritaria.

Así, y en lo tocante a la doctrina legal sobre la materia, con independencia de las enunciaciones que en el sentido expuesto fueron efectuadas por el TS en lo que podríamos calificar como bloque jurisprudencial pre-constitucional y primerizo sobre la materia (SS de 17 de diciembre de 1968, 27 de febrero de 1970 y 17 de abril de 1971) la afluencia con ulterioridad a la adopción de la CE incide con especial delectación en este discurso, siendo buena muestra de ello la tesis que sobre el particular emerge de la STS (Sala 3.ª), de 30 de septiembre de 1982, resolución que, siguiendo el ejemplo de otra previa del mismo Tribunal del 16 del mismo mes y año urde un tejido de consideraciones sobre el particular netamente optimizador del rango supralegal del tratado en el ordenamiento español, barajando al efecto tanto el artículo 1.5 del CC como los preceptos constitucionales objeto de consideración en este trabajo, bloque preceptual cuyo alcance se hace tonalizar por aquellos preceptos de la preceptiva internacional de más directo impacto sobre la materia.

Esta línea jurisdiccional, ciertamente maximizadora del papel del tratado en nuestro cosmos jurídico, tuvo su seguimiento en otras posteriores tales como la del 2 de diciembre, también de 1982 y aún más francamente en la de 22 de mayo de 1989, en la que tras efectuarse en su Fundamento de Derecho primero una serie de consideraciones de esmerada obediencia internacionalista («La interdependencia de las relaciones jurídicas en un ámbito superador de fronteras entre Estados ha venido a consagrar la realidad de una verdadera Comunidad jurídica supranacional asentada en Tratados y Convenios Internacionales, de modo que el Derecho de cada país no puede ya concebirse como simple resultante de parciales actividades legislativas de los Estados, sino que sobre la base del principio de solidaridad e interdependencia en las relaciones internacionales se ha venido a reconocer y a configurar una nueva concepción de la idea de soberanía asentada en las ideas de integración y acatamiento de principios y normas

de ámbito supranacional. Tal es, en realidad, el fundamento justificador y básico del Capítulo III de la vigente Constitución Española (arts. 93 a 96, ambos inclusive) que, dando reconocimiento a los Tratados y Convenios Internacionales, los incorpora al Ordenamiento interno una vez que, válidamente celebrados, hayan sido publicados íntegramente en el *Boletín Oficial del Estado* (arts. 96.1 de la Constitución y 1.5 del Código Civil).

Frente a la antigua doctrina dominante entre los internacionalistas clásicos que sostenían el criterio de que los Tratados y Convenios Internacionales no eran en sí mismos fuentes creadoras de Derecho interno, sino una regla solamente vinculante entre los Estados signatarios que para dotarla de fuerza de obligar respecto de sus ciudadanos necesitaban del acto jurídico interno adecuado (Ley, Real Decreto, etc.), la práctica de las más intensas y coordinadas relaciones internacionales y la consagración plena de Organizaciones supranacionales ha llevado a ese reconocimiento de la aplicación entre los Estados signatarios como Derecho interno, una vez cumplidas las formalidades previstas para formar parte del Ordenamiento jurídico interno de cada uno de los Estados firmantes, sin necesidad de que se produzca ninguna otra disposición legislativa por parte de éstos, confirmadora o desarrolladora de lo que ya pasó a ser Derecho interno». Se optó por la preferencia aplicativa de un determinado Convenio (el de unificación de ciertas reglas relativas a los privilegios e hipotecas marítimas firmado en Bruselas el 10 de abril de 1926, ratificado por España el 2 de junio de 1930 y debidamente publicado en la Gaceta de Madrid el 31 de julio del mismo año), y ello pese a que los recurrentes habían alegado su derogación por el Estatuto de los Trabajadores de 1980, es decir, la cesación de su vigencia por su contradicción con una ley posterior, postulación que el TS desestimó previa la alegación de todo lo explicitado en el Fundamento de Derecho primero y la consideración que, de prevalecer lo pretendido por los recurrentes, quedaría en entredicho «el principio de legalidad y la jerarquía normativa (art. 9.3 CE)». Consagrándose así la primacía de dicho Instrumento internacional y su resistencia a ser derogado por una ley posterior contradictoria.

De todos modos, la construcción de esta tesis no es todo lo sólida que pretenden los autores, que en el enfoque de esta materia parten como premisa indiscutible de la supralegalidad de los tratados y ello porque si bien la pretensión de los recurrentes fue a la postre desestimada por el TS, éste introdujo en su *ratio decidendi* una consideración que venía a vaciar de parte de su contenido a toda la suerte de reflexiones de neta apelación internacionalista, siendo esta la alusiva a que la derogación pretendida del tratado por el Estatuto de los Trabajadores dicho no podía prosperar «en ortodoxa aplicación del principio de derecho de que lo especial (normas del aludido Convenio concretadas a preferencias de créditos sobre buques), no

puede entenderse derogado por lo general (normas del mencionado Estatuto de los Trabajadores referentes a éstos en general)», sustentáculo de la impertinencia de la derogación instada que nada tiene que ver con la beligerancia en estas áreas del principio jerárquico al que estamos, y cuya aducción al hilo de la argumentación del TS no acreditaba, dado su contexto y dicción imperativa, el carácter de mero argumento *a fortiori*.

Desde el punto de vista doctrinal, IGNACIO DE OTTO, en su obra dicha, efectúa una severa crítica de aquella parte de la doctrina que pretende explicar la relación Ley-tratado desde perspectivas competenciales, censura que se hace en la página 125 de dicha obra («La inderogabilidad de los tratados por las leyes se ha querido explicar también a partir del principio de competencia, afirmando que aquello que ha sido objeto de un tratado queda sustraído a la competencia del legislador interno y sometido a un tratamiento específico. Sin embargo, tal uso del criterio de la competencia es distorsionador, pues éste supone una distribución de materia entre normas, cosa que no se da en absoluto en los tratados internacionales, que pueden versar sobre cualquier materia, exactamente igual que puede hacerlo la ley. La inderogabilidad de los tratados por las leyes podría explicarse a partir de la competencia si los tratados sólo pudieran regular ciertas materias y la inderogabilidad se produjera sólo en ese campo. Pero no es ese el caso: el tratado puede imponerse a las leyes en cualquier materia»), y de la que personalmente me hurto por todo lo que explique con anterioridad en relación a que efectivamente el principio competencial no tiene nada que decir en este foro, pero no sólo por lo postulado, sino sobre todo porque no se dan las premisas mínimas imprescindibles para su toma en consideración.

Descartado, pues, este índice explicativo, quiérase o no, con un matiz u otro, no hay más remedio que volver a hacer uso del criterio jerárquico, si bien dicho autor lo hace de forma sutil y aludiendo sólo a una manifestación formal del mismo: la de la resistencia pasiva del producto normativo superior a ser derogado por el inferior, tesis que es la que campea en las siguientes consideraciones de dicho autor, contenidas en la página 125 de su indicado libro:

«Por el contrario, todos los tratados sin excepción tienen una peculiar resistencia frente a las leyes, por imperativo del artículo 96.1, que tras regular la incorporación de los tratados al ordenamiento, establece que “sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del derecho internacional”. Y añade que «para la denuncia de los tratados y convenios internacionales se utilizará el mismo procedimiento previsto para su aprobación en el artículo 94 (art. 96.2). Esta norma impide que los tratados puedan ser modificados o derogados por las leyes y lo hace

sin distinción alguna, también para los que han sido aprobados únicamente por el Gobierno sin intervención del legislador. Con ello se cumple una exigencia en virtud de la cual el derecho internacional prima sobre el derecho interno. Esa inderogabilidad de los tratados por las leyes internas ha sido reconocida reiteradamente por la jurisprudencia española, que siempre ha afirmado que ante la contradicción entre un tratado y una ley debe prevalecer aquél.»

De lo que no cabe duda es de que la traída a colación en esta sede del principio jerárquico, bien de la forma atenuada vista o bien procediendo de manera directa (tal como postulan no pocos sectores doctrinales internacionistas), sólo puede hacerse bajo severos condicionantes ya que en ningún concepto su eventual virtualidad llevará aparejado su normal corolario que es el de la ineficacia en todo caso de la norma ulterior contradictoria, corolario al que se agrega en determinados supuestos —no en todos— la nulidad de dicha disposición (contradictoria).

Así, es cierto que el tratado anterior, sea cual fuere su concreta tipología, es inmune a la eventual beligerancia abrogatoria de una ley ulterior contradictoria, pero ésta nunca es nula por tal motivo y su eficacia *ad casum* dependerá, en suma, de cuál sea el criterio del juzgador *ad hoc* que puede o bien atender a la superioridad de rango del tratado o todo lo contrario, es decir, aplicar sin más la ley posterior al mismo, pese a la carencia de abrogación de dicho instrumento internacional, disyuntiva de estricta legalidad ordinaria y de decisión soberana del Juzgador.

Quiérase o no, este es el planteamiento que debe prevalecer en este entorno y su última *ratio* se asienta en la idea de la absoluta autonomía que mantienen entre sí los ordenamientos internacional y el doméstico a los efectos de imponer cada uno sus propias directrices normativas y si bien es cierto que el artículo 96 CE reenvía al primero de ellos en lo tocante a la eventual derogación de los tratados regidos por el mismo no deja de ser también significativo que el mismo no haga la más mínima alusión ni a la instauración concreta del principio jerárquico en este orden de cosas (reconociendo taxativamente el rango superior del tratado) ni a la consecuencia lógica de lo que sería tan categorización jerárquica, y que es la mentada ineficacia-invalidez de la ley contradictoria con el mismo.

Lo único que impone en realidad es la resistencia pasiva de los tratados a ser derogados por una ley posterior contradictoria y esta afirmación puede perfectamente interpretarse en clave internacionalista, es decir, en línea con aquellos artículos del Convenio de Viena que permiten la exigencia de responsabilidad internacional en relación con aquellos Estados que por las razones que sean incumplen sus compromisos internacionales, clave que no

impide que una ley posterior a un tratado se aplique y que bajo ningún concepto sea anulable por su contradicción con dicho tratado.

En definitiva, frente a un caso de contradicción indiscutible entre un tratado y una ley, es el Juzgador que deba aplicar la normativa idónea quien, ponderadas las circunstancias del caso, deberá optar entre aplicar una disposición u otra, siendo legítima cualquiera de las decisiones que adopte, aunque debe tener también claro que la inaplicación del tratado llevará aparejada como consecuencia ineluctable la responsabilidad internacional de España, pero sin que este matiz coarte lo más mínimo su función jurisdiccional, siendo así que la Ley contradictoria a aplicar eventualmente es una disposición en absoluto afectada por dicha presunta responsabilidad internacional.

c') Eficacia ofensiva del tratado en relación con la ley anterior contradictoria

Continúa incidiendo IGNACIO DE OTTO en esta problemática, poniendo de relieve, en su indicado libro, página 125, en línea con el rimero de consideraciones propedéuticas sustanciales ya debidamente vertidas en estas páginas, que «las relaciones entre el tratado y las leyes anteriores a él se articulan sobre la base de la validez, equiparando leyes y tratados cuando éstos han sido aprobados con ley orgánica o con autorización de las Cortes y subordinando el tratado a la ley cuando aquél ha sido aprobado sólo por el Gobierno, supuesto en que el tratado será nulo si contradice la ley».

En virtud de este planteamiento general, una eventual relación de autonomía insanable no solventada por la vía de la interpretación entre una ley anterior y un tratado contradictorio posterior tendrá para el citado autor un desenlace diverso según que tal tratado sea alguno de los previstos en los artículos 94 y 94.1 CE o, por el contrario, sea de los enumerados en el apartado 2 del último de los preceptos dichos, conclusión que cristaliza en lo que al efecto patrocina el meritado autor, que en su pluraludido libro, página 124, señala literalmente al efecto que «La fuerza activa propia de la ley, esto es, la capacidad de derogar o modificar cualquier otra norma, leyes incluidas, no se da, en cambio, más que cuando el tratado ha sido aprobado por ley orgánica (art. 93) o con autorización de las Cortes (art. 94.1.e). Si la Constitución exige autorización de las Cortes para los tratados que supongan modificación o derogación de alguna ley, es claro que los tratados celebrados únicamente por el Gobierno (art. 94.2) no tienen esa fuerza activa frente a las leyes y que, en consecuencia, serán nulos los que contradigan preceptos legales vigentes. En resumen, los tratados pueden innovar el ordenamiento jurídico derogando o modificando leyes

sólo cuando han sido aprobados con intervención del poder legislativo», conclusión que LUIS MARÍA DíEZ PICAZO, en su antes indicado libro, tras puntualizar la ambivalencia del vocablo «derogación» que estamos utilizando, comprensivo tanto de la expresa como de la tácita, pone en tela de juicio basando su crítica en el dato de que ni la ley orgánica prevista en el artículo 93 ni el acto de autorización parlamentario mencionado en el 94.1, ambos de la CE, parecen ser los cauces normológicos más idóneos para el éxito de la derogación analizada, razonamiento que estriba en lo fundamental en la especial naturaleza jurídica del meritado acto de autorización (tema antes considerado), calidad que impide, según el autor al que venimos aludiendo, el seguimiento de la tesis sustentada por IGNACIO DE OTTO, rematando su razonamiento DíEZ-PICAZO con la indicación de que «Todo ello convierte en extraordinariamente difícil sostener que es en la intervención parlamentaria donde radica el acto de derogación; si no hay potestad normativa, no cabe hablar de derogación. Pero es más: ni siquiera se podría hablar de derogación en los supuestos de autorización por ley orgánica ya que, como se ha dicho, el tratado podría no llegar a celebrarse y, en todo caso, siempre transcurre un cierto lapso de tiempo entre autorización y celebración».

Con el intento de buscar algún tipo de explicación a la problemática relacionada, DíEZ PICAZO, un poco más tarde, concretamente en la página 137 de su meritada obra, precisa que la clave del problema se halla en el artículo 94.1 CE, ya que, dice el autor, «Cuando la Constitución exige previa autorización parlamentaria para la celebración de tratados que “supongan modificación o derogación de alguna ley” parece que no hace referencia a una derogación por parte del acto de autorización —aunque literalmente cabría esta interpretación, no puede acogerse por las razones ya expuestas— sino a una derogación por parte del tratado mismo, una vez incorporado al Derecho interno. Ello, por lo demás, es aplicable *a fortiori* a los tratados previstos en el artículo 93 CE. En consecuencia, la derogación de las leyes por parte de tratados internacionales se produce a través de un mecanismo especial y por expresa previsión del artículo 94.1.e) CE».

Por mi parte, y apoyándome en lo que he ido sustentando hasta ahora acerca de la absoluta independencia que mantienen entre sí los ordenamientos internacional y el interno en este foro, entiendo que la diversificación de tratados a la que hacen referencia los autores dichos acredita suprema importancia en lo tocante a la prestación del consentimiento del Estado para obligarse, y ello no sólo en el orden doméstico sino también en el internacional en base a lo previsto para este último en el artículo 46 del Convenio de Viena, ya que si los tratados mencionados en el artículo 94.1.e) se celebran al margen del régimen estructurado por tal artículo, tales tratados

podrán ser anulados por el TC, previa postulación al efecto, anulación que de producirse será debidamente tomada en cuenta por el ordenamiento internacional por la vía del artículo 46 dicho.

Ahora bien, entiendo que el alcance de la diversificación dicha no va más allá, y en todo supuesto de un tratado ulterior que resulte contradictorio con una ley anterior (con independencia de que éste pueda ser anulado por dicha vía), mientras se halle formalmente vigente si bien no acredita potencialidad derogatoria de dicha ley tampoco es nulo por el exclusivo imperio de la misma, siendo así que la homologación de su eventual contradicción con ésta requiere —y ya lo hemos apuntado hasta la saciedad— la intervención de dicho TC.

Por otra parte, tampoco comparto la tesis de que la derogación de la ley anterior contradictoria se produzca por el mero hecho de que se obtenga la autorización para obligarse por el Estado en la hipótesis antes dicha alojada en el artículo 94.1.e) ni tampoco por la efectiva celebración de éste, sino que en todo caso se requiere la aprobación de una ley derogatoria *ad hoc*, no siendo del caso detenerme en el análisis de si en este orden de cosas las competencias jurisdiccionales detentadas por las Cortes son de obligado cumplimiento o no.

Concluyo el análisis de esta problemática poniendo de relieve que todo lo aducido debe pasarse por el matraz de la puntualización en cuanto lo mismo deba aplicarse al derecho comunitario, ya que respecto de él sí que se puede postular la entrada en juego de los principios de jerarquía y competencia en la medida en que como consecuencia de la singularidad de tal derecho —y de los tratados que lo posibilitan— existe una verdadera potestad que ejerce imperio de forma conjunta sobre el ordenamiento español y sobre el comunitario, soberanía que impone soluciones en este orden de cosas todavía en agraz, pero efectiva.

En base de ello, la virtualidad de tales principios resulte coherente como dispositivo de solventación de las eventuales antinomias entre los productos normativos comunitarios y los internos cuando ambos coincidan sobre un mismo supuesto fáctico extrayendo de él consecuencias jurídicas diferentes, antinomias que deben ser resueltas en beneficio de la solución aportada por el aludido Derecho comunitario.

De todos modos, conviene tener en cuenta que esta soberanía común, producto de la correspondiente transferencia efectuada por los Estados miembros de una determinada porción de la previamente ostentada por ellos, no aparece claramente consagrada por la preceptiva comunitaria, que no efectuó ningún tipo de manifestación acerca de la indicada prevalencia, siendo el elemento de su incubación la indicada postura jurisprudencial.

Ahora bien, la actuación de este criterio presenta en este foro algo de anómalo teniendo en cuenta que en principio la relación entre los ordena-

mientos comunitarios e internos (de los Estados miembros) se rige por el principio de competencia, criterio que cuando acredita beligerancia excluye la eventual intervención del jerárquico.

De todos modos, la formulación del indicado principio competencial aparece muy imperfectamente formulado, razón por la que su protagonismo no llega a ser autosuficiente, imperfección derivada del hecho de que el mismo no se lleva a sus últimas consecuencias, en la medida que la reserva material en favor del derecho comunitario no excluye propiamente la posibilidad de que las potestades jurisdiccionales de los Estados miembros incidan (en un sentido o en otro) sobre las mismas materias, y ello con abstracción de que tales acotamientos competenciales presentan en su definición objetiva muchas zonas oscuras.

Siendo ello así, la entrada en liza del principio jerárquico se impone, aunque al igual que sucede en la potencial relación de antinomia entre la ley y el tratado, la que medie en su caso entre la preceptiva normativa y la comunitaria no se conjuga en términos de invalidez-derogación sino en términos de inaplicación.

En cualquier caso, y teniendo en cuenta la evolución de los acontecimientos y el afincamiento cada vez más consistente de los postulados comunitarios, es de prever que la formulación del principio competencial por parte de los mismos será asimismo cada vez más concreta, objetivación que permitirá explicar en un futuro no muy lejano las relaciones entre los sendos ordenamientos comunitarios y domésticos en estricta obediencia al principio competencial, con lo que una vez debidamente constatada la invasión del terreno acotado en beneficio de la normación del primero la inaplicación-invalidez del segundo será cosa hecha y ello sin tener que encontrar el núcleo de contradicción entre un ordenamiento y otro cuyo hallazgo es ahora imprescindible para el éxito de la invocación *ad casum* del más que citado principio jerárquico.

d') Apunte jurisprudencial sobre la materia

Concluyo esta problemática reafirmando que su *quid* sustancial asume siempre máximo protagonismo en el foro jurisdiccional, siendo así que frente a una concreta hipótesis de eventual colisión de normas en relación con un mismo objeto a innovar el órgano judicial pertinente, en cuanto aplicador oficial del Derecho, tendrá que elegir entre alguna de ellas, bien sea esta la aflorada por el tratado o bien la ley contradictoria, supuesto en el que tendrá que zanjar a base de la utilización de los criterios normológicos antes expuestos y ello previo agotamiento del máximo de posibilidades de llegar a una situación de consenso entre tales productos normativos

logrado a base de potenciar una interpretación-integración convergente de las mismas.

Llegado el caso de que tal conciliación normativa no sea factible, por ser absolutamente antinómicos los sendos planteamientos puestos en el fiel de la balanza preceptual a tener en cuenta, el Juez que entienda del proceso deberá efectuar la elección de la regla —interna o internacional— que estime más pertinente, todo ello en obsequio a su absoluta soberanía jurisdiccional, debiendo considerarse este trámite selectivo como un problema estricto de aplicación del Derecho (y, en principio, de legalidad ordinaria), tema al que ha tenido ocasión de referirse el TC en su Sentencia 49/1988, en la que, con ocasión de debatirse la presunta inconstitucionalidad de una Ley concreta, se sostuvo por los recurrentes contra la misma la tesis de que determinados aspectos de ésta resultaban vulneratorios de un tratado anterior en vigor, señalando el TC frente a tal alegación —en la que se pretendía fundar también la inconstitucionalidad de la Ley en cuestión, que «En su opinión (en la de los recurrentes) al suponer tal precepto una infracción de un convenio internacional, vulnera el artículo 96.1 de la Constitución, ya que éste establece que los Tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados en España, formarán parte del ordenamiento interno, y sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional. Pero la Ley impugnada no deroga, modifica o suspende cláusula alguna del Convenio con la Santa Sede citado. Lo que se discute por los recurrentes es si el contenido de la Disposición adicional segunda es o no contrario a lo previsto en el Convenio, es decir, la adecuación de una norma legal a lo preceptuado por el tratado, que tiene también fuerza de ley en el ordenamiento interior. Ahora bien, el examen de esa supuesta contradicción no corresponde a este Tribunal y no procede, por tanto, entrar en el fondo de este motivo alegado por los recurrentes, ya que no puede considerarse vulnerado el artículo 96.1 de la Constitución».

Este es el tenor del *dictum* de la STC alusivo a la materia, y con independencia de su cierta ambigüedad, que se refleja en el hecho de que pese a estimar que el TC no debe valorar la eventual antinomia entre el tratado y la ley, tal valoración queda patente, lo que resulta claro del mismo es que el conocimiento y decisión acerca de las hipotéticas contradicciones que se den entre los tipos de normas que estamos viendo compete en exclusiva a los Tribunales ordinarios, discurso, sin embargo, que podría tener otro contenido si la solución del conflicto por parte de los mismos fuese absolutamente irrazonable, ya que en tal hipótesis el tema podría ser objeto del pertinente recurso de amparo.

En cualquier caso, es de tener en cuenta que la facultad de resolver las

eventuales antinomias entre el tratado y la ley interna no es un atributo exclusivo de los órganos judiciales, sino que también dicha potestad resulta atribuida a todos los aplicadores oficiales del Derecho, incluyéndose entre los mismos a los Notarios y Registradores de la Propiedad.

Por otra parte, y siempre en relación con esta aplicación extrajudicial del Derecho, es de resaltar el papel relevante que en su sede acredita la Dirección General de los Registros y del Notariado en el ámbito de su competencialidad específica, debiendo señalarse al respecto que el tema que genéricamente nos ocupa ha constituido el *leit motiv* de una serie muy reciente de Resoluciones, constituyendo un claro ejemplo de esta línea jurisprudencial la de 10 de febrero de 1993, en la que con motivo de enjuiciarse una previa denegatoria judicial de una solicitud de adquisición de la nacionalidad española por parte de una súbdita guatemalteca, fundada en el Convenio de doble nacionalidad concertado por nuestro país con Guatemala el 28 de julio de 1961, se revocó el acuerdo judicial apelado accediéndose a la pretensión nacionalizadora deducida por la apelante haciéndose valer el contenido de dicho Instrumento internacional sobre las exigencias residenciales impuestas en general por la LOE, prevaleciendo, pues, lo concertado sobre lo impuesto legalmente (la apelante dedujo su pretensión en fase de «estancia» y sin contar con ningún tipo de autorización de residencia), tesis que resulta del Fundamento de Derecho segundo de dicha Resolución que predica literalmente que:

«La cuestión ha sido examinada recientemente por las Resoluciones de este Centro Directivo de 6 de noviembre y 22 de diciembre de 1992, cuya doctrina ha de ser mantenida. En ellas se señala que el problema ha de ser resuelto a la vista de las normas del Tratado Internacional vigente, el cual, desde su publicación, forma parte del ordenamiento interno español y se sobrepone a las normas internas sobre extranjería; que la interpretación de los artículos 1.º y 3.º del Convenio de doble nacionalidad entre España y Guatemala lleva a la conclusión de que basta la voluntad del guatemalteco por nacimiento de establecer domicilio en España y de adquirir la nacionalidad española para que ésta efectivamente se adquiera, constituyéndose el domicilio con la inscripción en el Registro Civil; que el Canje de Notas entre España y Guatemala de 16-10-1968, al permitir a los guatemaltecos entrar en España y permanecer en ella noventa días sin necesidad de visado especial no contradice las previsiones del Convenio de doble nacionalidad, y, en fin, que las dificultades que pueda presentar en la actualidad el sistema tan liberal y voluntarista de este Convenio han de solucionarse por el mecanismo establecido por su artículo 12, pero no pueden solucionarse por esta Dirección General».

11. LA DENUNCIA DE LOS TRATADOS EN EL MARCO CONSTITUCIONAL

A) INTRODUCCIÓN

Entendido el tratado de la forma que hemos tenido ocasión de considerar anteriormente, es evidente que el mismo, en cuanto concreta categoría jurídica, no tiene por qué acreditar una duración o vigencia eterna, sino que la misma puede adornarse de mayor o menor efimeridad según sus términos de concepción y la materia que rijan.

Por otra parte, bien en el inicio de su andadura como negocio jurídico internacional o bien durante su vida en tal concepto pueden hacer actos de presencia en su seno determinados vicios de gestación o de funcionamiento que debidamente denunciados provocan la invalidación o pérdida de eficacia de los mismos.

Siendo ello así, resulta plenamente lógico que el DIP se ocupe de la gobernación de toda la etnia de causas que pueden dar al traste con el tratado ya celebrado, estableciendo al efecto su rímero y el procedimiento de su concreta virtualidad, causas que son las que bajo un signo u otro aparecen agavilladas en la Parte V («Nulidad, terminación y suspensión de la aplicación de los tratados») del Convenio de Viena, porción normativa que inicia su singladura ordinamental al efecto reivindicando su total protagonismo en la sede dicha al decir, a través de su artículo 42, que:

«Validez y continuación en vigor de los tratados.—1. La validez de un tratado o del consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado no podrá ser impugnada sino mediante la aplicación de la presente Convención.

2. La terminación de un tratado, su denuncia o el retiro de una parte no podrán tener lugar sino como resultado de la aplicación de las disposiciones del tratado o de la presente Convención. La misma norma se aplicará a la suspensión de la aplicación de un tratado.»

Así pues, tratándose de las causas que eventualmente puedan provocar la invalidez de un tratado (sea cual fuere el ámbito de su proyección sobre el proceso formativo del mismo), el aludido protagonismo de la normativa internacional especializada es absoluto, no dejándose ningún resquicio a una potencial actuación convencional de los Estados implicados en este sentido, posibilidad sin embargo factible cuando se trata del resto de alternativas alojadas en dicho artículo, es decir, aquellas a las que alude expresamente el artículo 2 del mismo (terminación, denuncia o retiro), ya que en su foro sí que acreditan beligerancia las posibles previsiones de las partes acerca de su concreta regulación.

Dicho ello, tengo que puntualizar que queda totalmente al margen de mis pretensiones inquisitivas sobre el particular la incubación de lo que podría ser una teoría general sobre la materia, teoría que tiene su encaje adecuado en las obras de Derecho Internacional, pero no este trabajo, en el que partiendo del apunte competencial dicho voy a aludir simplemente a cuál es la doctrina de la CE al respecto, doctrina que tiene sus puntas de lanza en los dos apartados de su artículo 96, según el cual:

«1. Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte de su ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional.

2. Para la denuncia de los tratados y convenios internacionales se utilizará el mismo procedimiento previsto para su aprobación en el artículo 94.»

La verdad es que resulta bastante difícil de comprender el criterio de los constituyentes de aglutinar en un solo artículo los apremios normativos que acabamos de literalizar, teniendo en cuenta que en puridad ninguna relación guardan entre sí.

Y ello es evidente siendo así que del primer apartado transcrito (y de su último inciso, que es el único que ahora nos interesa), lo que aparece claro es un reenvío de la Constitución a la normativa internacional a la que hemos aludido, llamada que en definitiva viene a constitucionalizar los cánones internacionalistas reguladores de la nulidad, terminación, suspensión y revisión (constitucionalización bastante incorrectamente formulada en la medida de que el vocablo «derogación» que usa el precepto en cuestión resulta de un uso absolutamente improcedente en este foro), internización al más alto nivel jerárquico que puede dar mucho de sí si el Tribunal Constitucional se decide a actuar con firmeza en este ámbito competencial.

Ahora bien, el tenor del apartado 2 del artículo 96 CE, impositivo de la regla general de que los tratados celebrados con la autorización de las Cortes sólo pueden ser denunciados previa aquiescencia de éstas resulta equívoco en relación con la llamada del apartado 1 y además confuso en lo tocante a su verdadero alcance.

Así, del tenor de dicho apartado 2, los instrumentos internacionales en cuya celebración medió la autorización parlamentaria pertinente por pertenecer a la etnia de los señalados por el artículo 94 quedan literalmente sometidos al régimen de previo beneplácito que estamos viendo, quedando marginados del mismo no sólo aquellos cuya conclusión fue ultimada de

forma unilateral por el Gobierno sino también los que encajan en el marco operacional del artículo 93 CE.

Respecto de la categoría de instrumentos excluidos —aquellos celebrados bajo el exclusivo imperio del Gobierno— tal exclusión opera en toda su integridad aun en la hipótesis de que el régimen de celebración hubiese sido indebidamente activado por ser en realidad el instrumento en cuestión uno de los incluidos en la progenie concebida por el artículo 94.1, siendo ello una simple consecuencia de que mientras que el tratado de que se trate no se denuncie por su potencial inconstitucionalidad extrínseca y se anule por el TC, se entiende que el régimen utilizado por el Gobierno para su celebración era el adecuado, quedando por tanto también a su exclusivo arbitrio su concreta denuncia.

Respecto a la exclusión de los tratados sujetos al régimen de celebración descrito por el artículo 93 CE del sistema diseñado por el 95.2 CE hemos de coincidir con REMIRO BROTONS, en su colaboración a la obra colectiva dicha, página 621, de que la misma adolece de total falta de coherencia, razón por la que dicho autor postula la subsunción de dichos instrumentos en el régimen autorizativo general patrocinado por el artículo 96.2 CE.

Ahora bien, con esta conclusión no se agota la problematicidad al respecto, siendo así que ante el total vacío legal sobre la materia cabe preguntarse cuál sea la forma idónea para la conformación de la meritada autorización, tema que hace decir al autor citado, en la obra y página indicadas que: ¿exigirá la aprobación de una ley orgánica o se realizará conforme a lo dispuesto por los artículos 94 y 79 de la Constitución? He aquí un segundo problema. Nuevamente, la lógica se decanta por lo primero, pues es propósito del 96.2 someter la denuncia de los tratados a una tramitación en las Cortes idéntica a la de su conclusión. Pero la expresa remisión de este artículo al procedimiento previsto... en el artículo 94 es un obstáculo en el camino.

Ahora bien, el problema interpretativo del artículo que nos ocupa no se agota en lo dicho, sino que también se hace particularmente visible en lo referente a la objetivación de su concreta virtualidad ya que la alusión al instituto de «denuncia» resulta imprecisa en su propia mismidad.

Y esto es así porque el aludido vocablo no presenta una delimitación de perfiles denotativos ni siquiera en cuanto actuante en el seno del DIP, toda vez que en dicha sede se utiliza éste en algunos casos como alternativa a la «terminación» del tratado, *ex* artículos 42, 43 y 56 del Convenio de Viena y en otras se parte de la consideración de que el mismo implica una modalidad de la categoría extintiva apellidada en dicho foro con la voz «terminación», *ex* artículo 44 de dicho Convenio.

Deficiencias terminológicas aparte, lo que resulta evidente es que para nuestra Constitución no se puede partir de un concepto *latu sensu* del vocablo en cuestión, toda vez que de postularse éste el *dictum* del artícu-

lo 96.1, *in fine*, carecería de sentido, al quedar englobados los supuestos por él atendidos en el proveimiento ofertado por el apartado 2 del mismo precepto, razón que impulsa a la doctrina a estimar que el vocablo objeto de referencia sólo hace alusión a aquellos supuestos estrictamente extintivos del tratado de que se trate (no provocadores de su nulidad ni los que afloran de la suspensión de sus efectos) que operen al margen de cualquier automatismo en cuanto a su concreta eficacia, y siempre que según los parámetros normativos del propio DIP tal denuncia sea posible, directrices *ad hoc* que son las aportadas a estas áreas por el artículo 56.1 el Convenio de Viena, según el cual:

«Denuncia o retiro en el caso de que el tratado no contenga disposiciones sobre la terminación la denuncia o el retiro.

1. Un tratado que no contenga disposiciones sobre su terminación ni prevea la denuncia o el retiro del mismo, no podrá ser objeto de denuncia o retiro a menos:

- a) Que conste que fue intención de las partes admitir la posibilidad de denuncia o retiro.
- b) Que el derecho de denuncia o de retiro pueda inferirse de la naturaleza del tratado.»

Así pues, para este precepto, la denuncia (o el retiro) no es sino una de las causas en virtud de las cuales el tratado incide en ineficacia sobrevenida para la parte denunciante (causas cuya globalización no nos interesa ahora), denuncia, por tanto, cuyo análisis desde la pura lógica interpretativa nos conduce al remarcamiento de su autonomía frente a las restantes y también en relación con la posibilidad que detentan los Estados implicados de dejar sin efecto (en todo o en parte) el contenido del tratado en cuestión por violación grave de éste (art. 60), imposibilidad sobrevenida, definitiva o no, de su cumplimiento (art. 61); cambio fundamental de las circunstancias existentes en el momento de su celebración (arts. 61 y 62) y oposición sobrevenida del tratado a una norma imperativa del DIP (art. 64) (artículos, todos ellos, de la Convención de Viena), batería de supuestos integrantes de lo que se califica por la doctrina internacionalista como casos de terminación (o suspensión) extrínseca de los tratados, cuya activación *ad hoc* requiere el seguimiento de una determinada praxis (regida por los arts. 65 y sigs. de dicha Convención) que a base de una interpretación *sensu larguísimo* de su propia textura podrían considerarse como hipótesis de denuncia de los tratados afectados.

No es este el alcance que debe primar en relación con el tenor del artículo 96.2 CE del cual deben distanciarse todos aquellos supuestos de

extinción que, según el DIP, no encajen en el *factum* del artículo 56.1 del Convenio de Viena, no debiendo extenderse, pues, la exigencia de la autorización prevista en el mismo:

- a) A los casos en los que el tratado sea nulo (y se denuncie tal condición).
- b) A aquellos casos en los que sólo se pretenda obtener una suspensión de su eficacia.
- c) A aquellos en los que la terminación es el resultado de la concurrencia *ad casum* de estipulaciones provocadoras de la conclusión automática de los tratados o es el ineluctable corolario de las pretensiones de extinción extrínseca instadas por España que hubieren alcanzado éxito.

Esta es mi visión sobre el particular, aunque tengo que advertir de inmediato que existen tesis doctrinales que extienden muy considerablemente el ámbito operativo del artículo que estamos comentando, incluyendo dentro de él no sólo aquellas hipótesis de denuncia ligadas estrictamente con la terminación de los tratados sino también todos aquellos supuestos en los que tal «denuncia» es sólo el ejercicio de las pretensiones extintivas de eventual activación por el Estado en aquellos casos a los que con anterioridad alude en su calificación de supuestos de extinción extrínsecos, rimero de posibilidades que yo dejo al margen del artículo 96.2 por considerar que, autorizado un tratado compete al Gobierno vigilar las condiciones de su cumplimiento, competencia que también debe extenderse a la denuncia de aquellas situaciones (subjetivas u objetivas) que imposibilitan el mismo, y a la extracción de las consecuencias que de ello se deriven.

B) PRAXIS QUE HA DE SEGUIRSE AL EFECTO

Centrado el *quid* de la intervención competencial descrita por el artículo 96.2 CE, tengo que señalar que el desencadenamiento de su potencial compete de forma monopolística al Gobierno, todo ello en aras a lo postulado con pretensiones de absoluta generalidad por el artículo 97 CE en el sentido de atribuir a dicho organismo la gerencia en exclusiva de las relaciones internacionales.

Sometido el texto de la denuncia aprobado por dicho Gobierno a las Cortes (y ultimado por supuesto el trámite denunciativo al que desde estrategias internacionales alude el artículo 56.2 del Convenio de Viena impositor de que «Una parte deberá notificar con doce meses por lo menos de antelación su intención de denunciar un tratado o de retirarse de él confor-

me al párrafo 1») deberá seguirse la misma liturgia que la exigida para la hipótesis de la autorización de su celebración, exigencia cuyo recordatorio viene de la mano del artículo 160 del Reglamento del Congreso, según el cual «En el supuesto de denuncia de un tratado o convenio se seguirá igual procedimiento que el previsto para la prestación del consentimiento para obligarse por dicho tratado o convenio».

Evidentemente, de triunfar la tesis amplia a la que hicimos alusión con anterioridad en el sentido de que bajo el vocablo «denuncia» se cobijan todos aquellos supuestos en mérito de los cuales el Estado puede desligarse del cumplimiento de un convenio por darse en el supuesto sometido a consideración alguno de los casos de extinción extrínseca antes aludidos, entonces, y evidentemente, el Gobierno habrá debido proceder a la ejecución de lo previsto por los artículos 65 y 66 del Convenio de Viena, materializándose el trámite seguido a estos efectos en el documento al que se refiere el artículo 67 de dicho Texto Convencional.

Una vez en manos de las Cortes el texto en cuestión, su valoración deberá extenderse forzosamente a si las razones políticas generales justifican o no el éxito de la denuncia pretendida, exigencia valorativa que deberá hacer acto de presencia en todo caso, y que de prosperar el discurso amplio sobre la materia, deberá extenderse a si en el supuesto en cuestión se ha dado cumplimiento a toda la suerte de condicionantes y requisitos que para el éxito de una regular terminación extrínseca del tratado pretendida por el Gobierno son demandados por la normativa internacional que preside esta temática, normativa con absoluta vigencia en el foro interno en virtud de lo predicado al respecto por el artículo 96.1 CE.

C) CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN ESTAS ÁREAS

A diferencia de lo que acontece en sede de la autorización, en la que estamos viendo no existe ningún filtro previo de inconstitucionalidad, ya que lo único que puede convenirse sobre el particular es en la beligerancia de un eventual control reparador de dicha inconstitucionalidad, considerándose que el acto de denuncia de los tratados es uno de los actos con fuerza de ley a los que alude —*in genere*— el artículo 27.2.b) de la LOTC.

Partiendo de este planteamiento inicial, tengo que puntualizar que el comentario del mismo sólo puede reflejar la extrema espinosidad del asunto, y así en relación con una eventual inconstitucionalidad extrínseca de dicho acto de denuncia ésta sólo podría operar cuando lo denunciado fuese un tratado de los previamente autorizados en méritos a lo previsto en el artículo 94 (y en su caso, en el 93, ambos de la CE), pero en modo alguno cuando lo propio acaeciese respecto de aquellos tratados que «debiendo»

incluirse en el rimero de alternativas descritas en el meritado artículo 94 (o en el 93, en su caso) hubiesen sido celebrados por el contrario, por el exclusivo imperio gubernativo, ya que en esta hipótesis lo que tendría que haber procedido era la previa interposición del consiguiente recurso de inconstitucionalidad contra el mismo por mediar defectos extrínsecos en el acto de su aprobación, acto que de no invalidarse tempestivamente queda purificado en su integridad, purificación que alcanza por supuesto al acto de denuncia que de dicho tratado se consumase ulteriormente.

Trasladando el tema a la eventual alegación de vicios materiales de dicho acto de denuncia, es difícil en realidad que la cesación de vigencia de un tratado lesione en medida alguna los apremios fundamentales de la CE, siendo así que su eficacia no va más allá de dejar las cosas tal como estaban con anterioridad a su celebración (siempre en relación a los estrictos postulados constitucionales). Por otra parte, el componente político concreto del acto de denuncia no resulta, en sí mismo, susceptible de conocimiento constitucional.

Sólo queda, en suma, entender que la homologación a activar por el TC en estas áreas se centra con exclusividad en la comprobación de si el acto de denuncia se ha atendido a los apremios internacionales sobre la materia, pedimentos constitucionalizados, como antes quedó apuntado, por la vía del artículo 96.1 CE, posibilidad evidente pero chocante y que en todo caso todavía está por ver, siendo así que hasta el momento no se ha consumado ninguna actuación en tal sentido, actuación que de producirse se adentraría en el tema de la reparación de los ilícitos internacionales cometidos por España en el foro internacional alusivo a la terminación de los tratados.

JOSÉ ANTONIO MIQUEL CALATAYUD
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Tendencias del Derecho hacia el arbitraje institucional mercantil (*)

Excelentísimos e Ilustrísimos señores, compañeros, amigos, señoras y señores:

Ante todo, y junto con el saludo cordial de la Cámara de Comercio e Industria de Madrid y de su Corte de Arbitraje, quiero expresarles muy sinceramente mi agradecimiento por esta invitación con motivo de la presentación oficial del *Tribunal de Arbitraje de la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Salamanca*, creado en colaboración con el Ilustre Colegio de Abogados de esta ciudad, que fuera centro fundamental del pensamiento jurídico-filosófico en el siglo XVI con figuras inigualables, como, entre otras, Fray LUIS DE LEÓN, FRANCISCO DE VITORIA y FRANCISCO SUÁREZ.

Ciertamente es este un acontecimiento importante en el marco de las funciones de las Cámaras de Comercio y de los Colegios de Abogados, llamados en este momento a constituir un *servicio*, a buen seguro eficaz, en la resolución de los conflictos extrajudiciales, dirigido a los empresarios y abogados de Salamanca y de su entorno, y de cuantos desde cualquier lugar del territorio nacional o del extranjero quieran someterle sus diferencias.

Permítame que, como hombre de la Cámara de Madrid, y como jurista, destaque en esta charla la relevancia del arbitraje en el contexto mercantil e internacional de nuestro tiempo así como las facultades arbitrales de las Cámaras, haciendo una introducción; una consideración a las Cámaras y al arbitraje nacional e internacional; un análisis comparativo de diversos aspectos del Tribunal de Arbitraje de Salamanca y de la Corte de Arbitraje

(*) Conferencia pronunciada por don JOSÉ DIEZ CLAVERO, Secretario General de la Cámara de Comercio e Industria de Madrid, de la Corte de Arbitraje de Madrid y de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial, con motivo de la presentación del Tribunal de Arbitraje de la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Salamanca.

de Madrid; y un avance de las últimas novedades jurisprudenciales, para concluir con una afirmación acerca de la eficacia del arbitraje.

I. INTRODUCCION: REALIDAD SOCIAL Y EMPRESA

A modo de introducción, indicaré que aunque con *antecedentes* remotos —en la Grecia clásica, el Derecho Romano y el *Liber Iudiciorum*—, el arbitraje comienza a desarrollarse a partir de la época medieval, coincidiendo con el florecimiento del comercio en determinadas ciudades europeas. Los nuevos mercaderes, agrupados en corporaciones, sienten la necesidad de un nuevo derecho que regule sus relaciones y diferencias contractuales, a través de los consulados que se van creando. Nace así el *Derecho Mercantil* como un derecho privado, paralelo al puro Derecho Civil, y como un derecho subjetivista, consular, profesional. Más adelante, en la etapa de la codificación, si bien esta disciplina se objetiva hacia los «actos de comercio» en la línea napoleónica, el arbitraje se regula ya en las leyes procesales y va a extenderse con la aparición de las Cámaras de Comercio, y con la teoría doctrinal de la empresa como organización, actividad y *status* jurídico.

Frente a los viejos sistemas de *solución de controversias* que se podrían concretar en la violencia o en el pacto, en las sociedades civilizadas la atribución de estas facultades suele corresponder fundamentalmente a los *jueces* y en ocasiones a los árbitros. En el típico sistema judicial, los primeros quedan investidos de la potestad jurisdiccional, como facultad del Estado, para la interpretación y aplicación de las normas, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado. Los *árbitros*, carentes de ese *imperium*, resuelven las cuestiones y conflictos que las partes interesadas, previamente de acuerdo, deciden presentarles, sometiéndose al fallo o laudo.

No obstante, hay que reconocer que no ha habido propiamente, ni en España, ni en otros países europeos, una «cultura arbitral», remitiendo al poder judicial del Estado el remedio de las controversias, en mengua de la propia autorregulación y de la autonomía de la voluntad. Y tampoco tuvo el arbitraje en los países hispanoamericanos una inicial buena acogida, dominando durante largo tiempo y de forma extendida la «doctrina CALVO», aquel internacionalista argentino que propugnara que las empresas extranjeras se sometieron a las leyes y a la jurisdicción del país donde desarrollaban sus actividades.

Pero a pesar de estos claros recelos, las *nuevas realidades económicas* de los últimos tiempos que conforman un nuevo Derecho Mercantil y Empresarial, cuales son: apertura de mercados, desarrollo de los medios de comunicación, tendencias hacia la integración europea e interamericana, innovación de las estrategias comerciales y alocado desarrollo del tráfico en masa, así como las lógicas preferencias del comerciante moderno por la celeridad, la economía en costes y la especialización, van a reforzar la

virtualidad de la institución arbitral como medio idóneo de resolución de controversias.

Y hoy, estas circunstancias, juntamente con el impulso de la *práctica jurisdiccional y del Derecho Convencional* en la materia, determinan que el arbitraje sea una alternativa cada vez más atractiva para las empresas. A todo ello ha contribuido, sin duda alguna, la posibilidad del llamado arbitraje «institucional», «corporativo» o «administrativo», al permitir que los contratantes difieran en favor de un tercero (sobre todo, Cámaras de Comercio como Corporaciones de Derecho Público, que han desempeñado tradicionalmente funciones arbitrales) la administración del arbitraje así como la designación de los árbitros.

La viabilidad y oportunidad del arbitraje se ha manifestado legislativamente en disposiciones especiales, a veces próximas al Derecho Administrativo, por la concurrencia de los poderes públicos, dictándose procedimientos arbitrales y creándose comisiones o juntas arbitrales en materia de consumo, seguro privado, transportes y propiedad intelectual. En esta línea debe resaltarse además el artículo 107.2 de la nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de 26 de noviembre de 1992, al permitir que las leyes sustituyan el recurso ordinario, en supuestos o ámbitos sectoriales determinados y cuando la especificidad de la materia así lo justifique, por otros procedimientos de impugnación o reclamación, incluidos los de conciliación, mediación y arbitraje, ante órganos colegiados o comisiones específicas no sometidas a instrucciones jerárquicas, con respeto a los principios, garantías y plazos que dicha Ley reconoce a los ciudadanos y a los interesados en todo procedimiento administrativo.

La significación de la vía arbitral como medio de aproximación y solución posterior de conflictos presentes o futuros, también fue destacada, si bien desde una perspectiva política y económica, por el Tratado de la Unión Europea, conocido con el nombre de Maastricht, toda vez que al referirse a las etapas de período transitorio para el establecimiento del mercado común, prevé en determinados casos la constitución de un órgano de arbitraje, que cualquier Estado miembro podría pedir al Consejo de las Comunidades Europeas, a efectos de la comprobación del cumplimiento de los objetos del proceso de transición.

II. CAMARAS DE COMERCIO (LEY 3/1993) Y ARBITRAJE (LEY 36/1988)

Pasemos, ahora, a unas consideraciones sobre las Cámaras de Comercio y el Arbitraje nacional e internacional.

Las Cámaras nacieron en España por necesidades tanto reales como

sociales, y fundamentalmente por una decisión de los poderes públicos, dada la relevancia de su función: la consecución de fines de interés general, que son beneficiosos no sólo para sus integrantes sino para el propio Estado. Su creación, regulación, estructura, régimen de recursos y demás aspectos de su organización y funciones, es por Ley, correspondiendo al Estado la determinación de la presencia y extensión de las dimensiones privadas de su actuación en cuanto están bajo su tutela.

Ha sido la *Ley 3/1993, de 22 de marzo, Básica de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación* la que ha servido para confirmar el régimen jurídico y las experiencias anteriores en cuanto a la naturaleza, funciones y financiación de estas Instituciones, además de considerar la nueva distribución territorial del Estado fruto de la Constitución de 1978, la integración europea y las recientes exigencias del tráfico empresarial en España.

Se trata, no de simples asociaciones constituidas por voluntad privada sujetas al régimen de libertad asociativa, sino de *Corporaciones de Derecho Público* creadas por voluntad superior del Derecho, con personalidad jurídica y plena capacidad de obrar, y configuradas como órganos consultivos y de colaboración con las Administraciones Públicas. La finalidad primordial de las Cámaras, cuya estructura y funcionamiento han de ser democráticos, es la *representación, promoción y defensa* de los intereses generales del comercio, la industria y la navegación, así como la *prestación de servicios* —cada día más variados— a las empresas que ejerzan las indicadas actividades.

Efectivamente, tanto las Cámaras de Comercio como los Colegios Profesionales, conforme al artículo 1 de su Ley reguladora, participan de la naturaleza de Corporaciones de Derecho Público, lo cual, en ambos casos, ha sido confirmado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencias de 20 de noviembre de 1987, de 7 de marzo de 1981, 22 de marzo de 1954 y 17 de noviembre de 1993) y del Tribunal Constitucional (Sentencias 132/1989, de 18 de julio; 76/1983, de 5 de agosto, en el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley Orgánica de Armonización del Proceso Autonómico; 23/1984, de 20 de febrero; 123/1987, de 15 de julio y 20/1988, de 18 de febrero).

Por su parte, la Ley del Proceso Autonómico de 14 de octubre de 1989, en su artículo 15, se ocupa de las Comunidades Autónomas que hayan asumido estatutariamente competencias en relación con las Corporaciones de Derecho Público representativas de intereses económicos y profesionales. De forma correlativa, es oportuno recordar que las Leyes Orgánicas 10/1994 y 11/1994, de 24 de marzo, han reformado respectivamente los Estatutos de Autonomía de Madrid y de Castilla-León, procediendo a ampliar las facultades de estas Comunidades Autónomas, atribuyéndolas en este punto al desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica del Estado sobre este particular.

Para la realización y complemento de estos fines generales, la Ley 3/1993 atribuye a las instituciones camerales unas *funciones público-administrativas*, destacando, entre otras, al amparo de su artículo 2.1.i), precepto que no sufrió alteraciones en todo su desarrollo parlamentario, la siguiente:

«Desempeñar funciones de arbitraje mercantil, nacional e internacional, de conformidad con lo establecido en la legislación vigente.»

El carácter «público-administrativo» de esta función debe entenderse en una correcta interpretación, como un reconocimiento legislativo expreso de una función público-administrativa encomendada a las Cámaras de Comercio y sobre la base de ser estas Corporaciones Públicas las entidades administradoras del arbitraje, y todo ello sin perjuicio de ser el arbitraje una institución clásica del Derecho Privado.

Parece oportuno, aquí, hacer una referencia a las *tendencias en España hacia el arbitraje institucional*, hasta llegar a su versión definitiva y superior, en la Ley 36/1988, actualmente vigente. Así, la Base 3.ª de la Ley de 29 de junio de 1911, al referirse al objeto de las Cámaras de Comercio, señalaba que:

«Intervendrán como amigables componedores en las cuestiones que se susciten entre los elementos cuyos intereses representan.»

Igualmente, el Decreto de 27 de noviembre de 1935, que aprueba el Estatuto de las Cámaras Españolas de Comercio en el exterior y ultramar dispuso como función principal de éstas (art. 2.7.ª):

«La intervención como amigables componedores o árbitros en los litigios que sobre interpretación o ejecución de disposiciones mercantiles o contratos, les sometan comerciantes de la misma demarcación o de otra distinta, siempre que se consigne por escrito el consentimiento, con arreglo a las normas de procedimiento vigentes o que en lo sucesivo se dicten, así como la práctica de peritaje, en condiciones análogas.»

Especial interés merece el Reglamento General de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación de España, aprobado por Decreto 1291/1974, de 2 de mayo, modificado por los Reales Decretos 753/1978, de 27 de marzo, y 816/1990, de 22 de junio. Así, su artículo 3, en su redacción de 1974, faculta a las Cámaras en sus respectivas demarcaciones para:

«B) Intervenir como árbitro de equidad, crear o patrocinar órganos, servicios o comisiones que puedan resolver con aquel

carácter las cuestiones de naturaleza mercantil que les puedan ser sometidas y emitir dictámenes y peritajes.»

En todo caso, y pese a estas últimas declaraciones reseñadas, debe recordarse que en esa época regía la Ley de 22 de diciembre de 1953, de Arbitrajes de Derecho Privado, la cual, no facilitada en la práctica, por las razones a las que me referiré a continuación, la efectividad de la institución arbitral. No obstante ello, la citada Ley sí representó «un innegable avance sobre la situación existente con anterioridad», tal y como se destaca en la Exposición de Motivos de la Ley vigente de 1988, la cual, por cierto, deja sin contenido los artículos 1.820 y 1.821 del Código Civil.

En tal sentido, esta Ley de 1953 impidió el arbitraje institucional, toda vez que disponía la invalidez del pacto de deferir a una de las partes, o a un tercero, la facultad de hacer el nombramiento de alguno de los árbitros e incluso la organización del sistema arbitral. Finalmente silenció la dimensión internacional de la institución arbitral, además de que los Tribunales españoles, invocando la excepción de orden público de sus normas, no procedían a ejecutar laudos arbitrales internacionales.

Sin embargo, las mismas circunstancias del comercio internacional, la apertura de España hacia el exterior favorecida por el desarrollo de la época, así como los convenios internacionales sobre la materia van a motivar nuevas orientaciones más favorecedoras del arbitraje.

Así, el Estado Español ratifica en 1975 el Convenio Europeo sobre arbitraje comercial internacional de Ginebra de 1961, y en 1977 el Convenio sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras de Nueva York de 1958, que habían dado carta de naturaleza al arbitraje institucional. En consecuencia, podemos señalar que desde 1975, y sobre todo desde 1977, España, por vía del Derecho Convencional, ratificado e integrado en su orden jurídico, admite lo que por la vía del Derecho interno (Ley de 1953) quedaba prohibido y sancionado con nulidad. En cualquier caso, sigue pendiente nuestro país de ratificar, y parece muy conveniente, el Convenio Interamericano sobre Arbitraje Comercial Internacional de Panamá de 1975. Es destacable, sin embargo, la próxima publicación en el *Boletín Oficial del Estado* del Instrumento de Ratificación por España del Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, de Washington de 1965, ahora en la fase final de su tramitación parlamentaria.

Todo este proceso que venimos exponiendo en el avance del Derecho español hacia el arbitraje institucional mercantil culminó en la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje, la cual introduce, como novedades, entre otras, las siguientes: la eliminación de la distinción entre el contrato preliminar de arbitraje y el de compromiso; el principio de libertad formal en

el convenio arbitral; el principio de separabilidad del convenio arbitral accesorio de un negocio jurídico principal y, sobre todo, como ya he destacado, la consagración del arbitraje corporativo.

Frente al arbitraje *ad hoc*, previsto específicamente en cada contrato, con fijación por las partes de determinadas reglas de constitución y funcionamiento, el arbitraje institucional ofrece las garantías ya conocidas, bien expuestas en el folleto informativo del Tribunal de Arbitraje de la Cámara de Salamanca, destacando ante todo la especialización, la confidencialidad, la celeridad y la economía, siempre en todo caso con sujeción a los principios esenciales de audiencia, contradicción e igualdad entre las partes.

La Ley de Arbitraje parte como institución básica del *convenio arbitral*, regulado en sus artículos 5 y siguientes, y cuyo *contenido necesario* deberá extenderse a la expresión, por un lado, de la voluntad inequívoca de las partes de someter la solución de todas las cuestiones litigiosas o algunas de estas cuestiones, surgidas o que puedan surgir de relaciones jurídicas determinadas, sean o no contractuales, a la decisión de uno o más árbitros, así como, por otro lado, a la expresión o compromiso de la obligación de cumplir esa decisión (art. 5).

A su vez, el *contenido potestativo* del convenio hace referencia (art. 9) a la designación de los árbitros y a la determinación de las reglas de procedimiento.

Bajo estas ideas, tras disponer el artículo 9.2 de la Ley de 1988 que «las partes podrán deferir a un tercero, ya sea persona física o jurídica la designación de los árbitros», en su artículo 10 estatuye:

«1. Las partes podrán también encomendar la administración del arbitraje y la designación de los árbitros, de acuerdo con su reglamento, a:

- a) Corporaciones de Derecho Público que puedan desempeñar funciones arbitrales, según sus normas reguladoras.
- b) Asociaciones y entidades sin ánimo de lucro en cuyos estatutos se prevean funciones arbitrales.

2. Los reglamentos arbitrales de las Corporaciones de Derecho Público y de las Asociaciones y sus modificaciones, se protocolizarán notarialmente.

3. La Corporación o Asociación quedará obligada, desde su aceptación, a la administración del arbitraje.»

Aparecen asimismo en la Ley, además de este último precepto, otras referencias expresas a las Corporaciones de Derecho Público en los artículos 4.2, 13, 14, 15.3, 16, 21.2 y 38.2.

Por todo ello, dada la función esencial del convenio arbitral, la Ley de 1988 parece confirmar la *naturaleza* contractual del arbitraje, partiendo de su momento inicial, cual es la cláusula arbitral, línea ya mantenida por el Tribunal Supremo en Sentencias de 2 de mayo de 1962 y 29 de noviembre de 1963. Ello no impide que al propio tiempo, dando lugar a una postura intermedia, pueda configurarse el arbitraje como un verdadero proceso (arts. 21 y sigs.), teniendo presente la función de los árbitros, los efectos del laudo (art. 37), y las diferentes manifestaciones de la intervención de la jurisdicción ordinaria dirigidas a garantizar la eficacia del convenio y del laudo (arts. 38 y sigs., 45 y sigs. y 52 y sigs.), junto con el clásico auxilio judicial (art. 27).

En esta materia, tratándose del arbitraje institucional, se incrementan las garantías de los particulares sometidos a él, frente a la posible conducta dolosa o culposa de los árbitros, pues además de que la aceptación supone un deber de cumplimiento fiel del encargo y una posible responsabilidad por daños y perjuicios (art. 16.1 de la Ley), lo cual no es sino una derivación de la responsabilidad contractual de los artículos 1.089 y 1.101 del Código Civil, aquél continúa señalando que:

«En los arbitrajes encomendados a una Corporación o Asociación, el perjudicado tendrá *acción directa* contra la misma, con independencia de las acciones de resarcimiento que asistan a aquélla contra los árbitros.»

Nos encontramos en presencia de una acción directa al objeto de hacer efectiva la responsabilidad civil contra la institución «gestora» del arbitraje y a favor de las partes perjudicadas por cualesquiera actividades y omisiones de los árbitros, siempre que ella haya admitido su administración a la vista del escrito inicial de solicitud y de la suficiencia del convenio arbitral. Es una norma procesal de legitimación pasiva de la persona jurídica administradora del arbitraje, si bien queda a salvo la acción de repetición de la misma contra el árbitro.

III. ANALISIS COMPARATIVO DE LA FUNCION ARBITRAL DEL TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE SALAMANCA Y LA CORTE DE ARBITRAJE DE MADRID

Apuntadas así algunas cuestiones de interés que plantea la Ley de Arbitraje, en relación a las Cámaras de Comercio, permítanme aludir comparativamente a ciertos aspectos de las normas reguladoras del Tribunal de Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria de Salamanca, en conexión con las propias de la Corte de Arbitraje de Madrid.

En primer lugar, los Estatutos del Tribunal de Arbitraje de Salamanca, estructurados en seis títulos, se ocupan de la composición y órganos (Consejo Arbitral, Comité Permanente y Secretaría), duración de los cargos, reforzándose las garantías arbitrales por el régimen de incompatibilidades para ser árbitros que han de soportar los miembros de los citados órganos, por el carácter reservado de las deliberaciones y por las disposiciones también previstas sobre régimen económico, cuentas anuales y memoria de actividades.

Por otro lado, el Reglamento de Funcionamiento se asemeja en gran medida al de la Corte de Arbitraje de Madrid, tal vez con un mayor detalle en múltiples preceptos, bajo su división en capítulos, y recogiendo, en otros momentos, aspectos derivados de los usos y prácticas arbitrales. En todo caso, sí quiero hacer mención particular a algunos puntos diferenciales respecto del Reglamento de la Corte de Arbitraje de Madrid:

- En cuanto al *cómputo* de los plazos, en el Tribunal de Salamanca se excluyen los días inhábiles (art. 7), mientras que en la Corte de Madrid se entiende que los días son siempre naturales.
- A propósito de la *notificación* de la solicitud de arbitraje a la parte demandada, se hará en un plazo de diez días según el Reglamento del Tribunal de Salamanca (art. 11), con un plazo previo de tres días para examinar su conformidad a Derecho, mientras en la Corte de Arbitraje de Madrid dicha notificación se hará por la Secretaría en el plazo de quince días a los efectos de contestar la demanda.
- En el Tribunal de Salamanca, si las partes no han acordado el *número de árbitros*, se entenderá que se opta por uno solo (art. 14). Sin embargo, conforme al Reglamento de la Corte de Madrid, se entenderá, en defecto de acuerdo de las partes, que el Colegio Arbitral está compuesto de tres árbitros.
- El Colegio Arbitral debe dictar su laudo en el *plazo* de seis meses contados desde la fecha de aceptación del último árbitro (art. 28 del Reglamento del Tribunal de Salamanca), frente a los cinco meses previstos por la Corte de Arbitraje de Madrid.
- El Capítulo III del Reglamento de Funcionamiento del Tribunal de Arbitraje de Salamanca se ocupa de un nuevo *procedimiento oral*, no prevenido específicamente en el ámbito de la Corte de Madrid, llamado a cumplir una función relevante, por la extensión de sus posibilidades, y con reforzamiento de los principios de oralidad, agilidad y celeridad, con un plazo breve de dos meses para dictar el laudo, para los supuestos que previene, limitados por su cuantía inferior a diez millones de pesetas, acreditación de hechos mediante documentos y urgencia.

Por esto y por otros muchos aspectos los Estatutos y el Reglamento del Tribunal de Arbitraje de Salamanca contienen elementos innovadores, y merecen los máximos elogios.

- Asimismo, el Tribunal de Arbitraje de Salamanca recomienda dos modelos de *cláusula arbitral*. Uno, el más común, y el otro, específico para sociedades, respecto de las divergencias que puedan surgir entre éstas, sus administradores y socios, por razón del contrato social. En todo caso, y aunque es discutible, debe ello entenderse sin perjuicio de que nuestro orden jurídico (Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 1956) impide la intervención arbitral, plasmada en normas estatutarias de sociedades mercantiles, que se extienda al conocimiento de la impugnación de los acuerdos adoptados por la Junta General y demás órganos colegiados de administración, lo cual, de acuerdo con la Ley de Sociedades Anónimas, habrá de tramitarse con arreglo a las normas del juicio declarativo de menor cuantía. Su Texto Refundido ha configurado el derecho de impugnación de los acuerdos sociales como un derecho mínimo de la cualidad de socio (art. 48.2), quedando desde otra perspectiva los motivos de impugnación sustraídos a la libre disposición de las partes y, en tal concepto, extraños a la disciplina arbitral, toda vez que el artículo 2 de la Ley de 1988 excluye de su objeto «las materias inseparablemente unidas a otras sobre las que las partes no tengan poder de disposición».

- A título informativo, quiero destacar que la Corte de Arbitraje de Madrid, en la administración del *arbitraje internacional*, y salvo manifestación expresa en contrario de las partes, procederá según lo dispuesto en el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional aprobado por Resolución 31/98 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, con determinadas particularidades estatutarias. Asimismo, la Corte de Arbitraje de Madrid actúa como Sección Nacional de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial, de la que me honro en ser su Secretario General, fundada en 1934, y que celebró precisamente su XI Conferencia en el marco de la Corte de Arbitraje de Madrid en octubre de 1992 bajo la Presidencia de Honor de S. M. el Rey de España, y la XII en la Ciudad de México el pasado mes de noviembre de 1993.

En estas Conferencias se confirmó la relevancia de la institución del arbitraje para la seguridad jurídica de las relaciones del Derecho Privado surgidas de la pluralidad de órdenes jurídicos y conexiones plurinacionales de las realidades comerciales y práctica mercantil internacionales.

IV. ULTIMAS NOVEDADES JURISPRUDENCIALES

Llegados a este punto, conforme les anticipé al inicio de esta conferencia, me referiré a recientes pronunciamientos jurisprudenciales posteriores a 1988 en materia de arbitraje, en relación a plazos y nulidad, derecho transitorio, aplicabilidad a conflictos de compañías mercantiles y requisitos de formalización, por cuanto pueden tener de interés para la práctica arbitral.

□ PLAZOS Y NULIDAD DEL LAUDO

En lo que se refiere a plazos y nulidad del laudo, el *Tribunal Supremo*, en una *Sentencia de 12 de noviembre de 1992*, ha considerado que «la nulidad del laudo arbitral por haberse dictado fuera del plazo viene impuesta por la significación que para estos procedimientos arbitrales tiene el señalamiento de un plazo, pues la doctrina científica es unánime en reconocer que una de las ventajas de la institución arbitral y que le sirve de fundamento es que la misma sólo dura lo que las partes determinan..., pues mediante ella se evitan los inconvenientes que lleva consigo el procedimiento judicial (carestía y dilación, principalmente) hasta obtener la solicitada declaración de los derechos controvertidos, o sea, el logro de una mayor prontitud y economía en la resolución».

El plazo fijado para emitir el laudo arbitral vincula a los árbitros y debe ser respetado de un modo inexorable, porque es el lapso de tiempo durante el cual las partes voluntariamente renuncian al ejercicio jurisdiccional de sus diferencias, y dotan de facultades decisorias a los árbitros, por lo que pasado el plazo cesa la potestad de los mismos, por haber rebasado el límite, quedando viciada de nulidad cualquier actividad arbitral extemporánea.

□ DERECHO TRANSITORIO

Pasando al Derecho transitorio, una muy reciente *Sentencia de 4 de febrero de 1994* reafirma la validez de la cláusula arbitral, aunque no lo sea el contrato en que se recoge, lo cual consagra hoy el artículo 8 de la Ley de Arbitraje de 1988. Por otra parte, esta *Sentencia* confirma la virtualidad de la Disposición Transitoria de la Ley de Arbitraje vigente, a cuyo tenor:

«Salvo en los casos en que el procedimiento arbitral se hubiese iniciado ya, los arbitrajes cuyo convenio arbitral se hubiese celebrado antes de la entrada en vigor de esta Ley se regirán por las disposiciones contenidas en la misma.»

El Tribunal Supremo declara en esta Sentencia que si las diferencias hubieren surgido durante la vigencia de la Ley de 1953, la falta de formalización judicial o notarial de la cláusula compromisoria hubiera impedido que la excepción de sumisión de las partes a arbitraje de derecho prosperara, puesto que, conforme a los artículos 11 y 19 de aquella Ley, sólo el arbitraje ya formalizado daba lugar a esta excepción, señalándose, en consecuencia, que aplicable hoy la Ley de 1988 al contrato de autos, cabe que las partes planteen, en virtud de la Disposición Transitoria reproducida, la excepción de la cuestión litigiosa a arbitraje, actualmente incorporada como dilatoria en el artículo 533.8.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

□ EMPATES EN LA ADOPCIÓN DE ACUERDOS POR EL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN

Por lo que hace a los conflictos estatutarios de las compañías mercantiles, se había planteado, en un asunto concreto, la determinación de la aplicabilidad, en su totalidad, del arbitraje para resolver los empates producidos en la adopción de acuerdos por el Consejo de Administración de una sociedad anónima. En una norma estatutaria, tras no reconocerse al Presidente del mismo o persona que hace sus veces el voto de calidad, posibilidad hoy muy frecuente sin embargo, se disponía que «necesariamente» se había de acudir a una solución arbitral para deshacer los empates que hubiere.

El Registrador Mercantil competente rechazó la inscripción de esa cláusula estatutaria-arbitral por un doble fundamento:

- a) La decisión del Consejo de Administración no puede depender de la intervención de persona extraña al mismo.
- b) La remisión al procedimiento de arbitraje es incongruente con las exigencias de la marcha de una empresa.

El conflicto, si bien planteado bajo la vigencia de la Ley de Arbitrajes de Derecho Privado de 1953, fue conocido por la *Dirección General de los Registros y del Notariado*, en su *Resolución de 27 de abril de 1989*, partiendo de la idea previa de que los empates que se pretenden dirimir por vía arbitral se desenvuelven en el seno del proceso de formación de la voluntad social. En otras palabras, los consejeros, al votar, lo hacen en su calidad de miembros del órgano social, no actuando, al menos directamente, sus propios derechos e intereses, ni tratando de conciliar pretensiones jurídicas enfrentadas sino que con sus posiciones contribuyen a definir una voluntad jurídicamente ajena.

Esta Resolución entendió que no hay en los empates, todavía, contienda o conflicto litigioso ni pretensiones merecedoras de tutela judicial, no procediendo, por tanto, la intervención de la jurisdicción ni, tampoco, la aplicación del arbitraje, ideado para sustituir, en los conflictos litigiosos, la actuación de los Tribunales y que, precisamente por eso, tiene en su normativa aspectos que por su carácter procesal no están sujetos a la libre disposición de los particulares.

□ SANCIONES POR LA OMISIÓN DE LA FORMALIZACIÓN VOLUNTARIA DEL ARBITRAJE

Permítanme que me refiera también a la *Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 10 de noviembre de 1993*, que recuerda que la Ley de Arbitraje de 1988 se caracteriza, de un lado, por la ampliación introducida en el campo objetivo del arbitraje que se hace extensivo, precisamente, a las controversias del tráfico mercantil; y, por otro, por la simplificación y mayor eficacia que supone la eliminación de la antigua distinción entre el contrato preliminar de arbitraje y el compromiso.

En este caso, se establecía en un artículo de Estatutos de una sociedad mercantil, con el valor de convenio arbitral, la sujeción a arbitraje de equidad de las controversias entre la sociedad, sus administradores, consejero delegado, accionistas, liquidadores o entre alguno de los expresados, con ocasión de la interpretación y aplicación de los estatutos. Asimismo, se imponía a la parte que promoviera la cuestión, la obligación de requerir a la otra para que compareciera ante Notario, al objeto de aceptar en escritura pública la materia y contenido del arbitraje, previendo que el no compareciente al otorgamiento de la escritura o causante de la frustración de su formalización voluntaria, hubiera de soportar los gastos, costas y honorarios de la formalización judicial.

Pues bien, según el Centro Directivo, fijadas en la norma estatutaria las cuestiones litigiosas futuras que, de surgir, se encomiendan a arbitraje, podrá oponerse en su momento la falta de competencia objetiva de los árbitros, impugnarse el laudo por este motivo, o apreciar los propios árbitros si la cuestión concreta que se somete a su decisión es o no de las previstas en el artículo 23 de la Ley, pero lo que ya no cabe es que para su concreción se puedan imponer, sancionando además su omisión, actuaciones u obligaciones cuyo incumplimiento se quiere hacer desembocar en una intervención judicial no sólo no prevista, sino expresamente excluida por la Ley.

V. EFECTOS DEL LAUDO

Tras estas acotaciones jurisprudenciales, me ocuparé por último de resaltar que el fin normal del procedimiento arbitral es el *laudo*, regido por el Título V de la Ley de Arbitraje de 1988, y que una vez notificado a las partes, deviene eficaz (art. 53).

Los Reglamentos arbitrales del Tribunal de Salamanca y de la Corte de Madrid expresan que el laudo arbitral es definitivo y firme, tanto en la decisión sobre el fondo como en lo que se refiere a los gastos, comprometiéndose las partes a ejecutarlo sin demora por el solo hecho de haber sometido sus diferencias a su respectivo Tribunal o Corte, añadiéndose en el artículo 35 del Reglamento de Funcionamiento del Tribunal de Salamanca, «salvo que alguna acredite haber interpuesto el recurso correspondiente».

Efectivamente, el convenio arbitral no implica una renuncia de los contratantes al principio de tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución Española, y por ello la Ley de Arbitraje prevé un *recurso de anulación* del laudo ante la Audiencia Provincial del lugar donde éste se haya dictado, y únicamente por las causas tipificadas en el artículo 45 de la Ley, esto es: la nulidad del convenio arbitral; la falta de formalidades y principios esenciales en el nombramiento de árbitros y en el desarrollo arbitral; haberse dictado el laudo fuera de plazo; haber resuelto puntos no sometidos a la decisión arbitral o que no sean objeto de arbitraje, y por ser contrario el laudo al orden público. Todo lo cual otorga las máximas garantías a las partes, contribuyendo a la confianza y seguridad jurídicas, que son expresión del Estado de Derecho.

En caso de falta de cumplimiento del laudo, es posible obtener en el plazo de diez días siguientes al de su notificación fehaciente, la *ejecución forzosa* del mismo ante el Juez de Primera Instancia del lugar en donde se haya dictado (arts. 52 y sigs.).

Además, y como ustedes saben, según el artículo 37 de la Ley, «el laudo arbitral firme produce efectos idénticos a la cosa juzgada» y «contra el mismo sólo cabrá el *recurso de revisión*, conforme a lo establecido en la legislación procesal para las sentencias judiciales firmes».

En relación a todo ello, e insistiendo en la relevancia del arbitraje en nuestro orden jurídico, y de cara al principio superior de seguridad jurídica (art. 9.3 de la Constitución) es muy expresiva la Sentencia 288/1993, de 4 de octubre, del *Tribunal Constitucional*, al establecer que la inalterabilidad de las decisiones judiciales firmes es también predicable, en virtud de su configuración legal, de los laudos arbitrales, los cuales, conforme al artículo 37 de la Ley de Arbitraje, producen efectos idénticos a la cosa juzgada.

Todo ello es conforme con la naturaleza del *arbitraje como «un equivalente jurisdiccional*, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil, esto es, la obtención de una decisión al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada».

* * *

Estas son, señoras y señores, las ideas que he querido destacar con motivo de la constitución del Tribunal de Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria de Salamanca, que en estos días celebramos, con la eficaz asistencia y colaboración del Ilustre Colegio de Abogados de esta ciudad de Salamanca y que va a constituir, sin duda alguna, un instrumento más para administrar, con rigor y plenas garantías de seguridad y confianza jurídicas, los arbitrajes que las partes, en base al principio máximo de la autonomía de la voluntad, les sometan, en cumplimiento de su vocación de servicio para las empresas y la sociedad.

Muchas gracias.

JOSÉ DíEZ CLAVERO

La aportación registral al urbanismo (*)

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. LA FACETA SOCIAL DEL REGISTRO.—
III. LA PUBLICIDAD REGISTRAL DE LA VIVIENDA Y EL URBANIS-
MO.—IV. LA LABOR DE LOS REGISTRADORES URBANISTAS.—
V. JOSE MARIA CHICO, UN ESTUDIOSO DEL URBANISMO.—VI. CON-
CLUSION.

I. INTRODUCCION

Urbana o rústica es la única alternativa para poner la primera palabra en los asientos del Registro y que nos indica de entrada la naturaleza de la finca.

Aunque la legislación del suelo nos ha aportado después un mayor abanico de posibilidades al distinguir entre el suelo urbano y el no urbanizable, con otras no claras categorías intermedias, según haya o no programas por medio, la legislación hipotecaria, repetimos, sólo nos deja el binomio urbana-rústica para elegir. Y a eso nos hemos de atener de momento.

El comienzo de la carrera profesional de los Registradores suele transcurrir, casi sin excepción, en los distritos rurales y por ello la esfera del iusagrarismo es la dominante en los primeros años de ejercicio. El urbanismo viene después, pero lo hace empujando con tal fuerza que ya invade no sólo a las poblaciones pequeñas, sino hasta el propio campo en su sentido estricto, como resultado de ese afán de las administraciones públicas de ordenar e intervenir en todo el suelo y que da lugar a una regulación cada vez más amplia y absorbente.

Y aquí están los funcionarios encargados por la Ley para ejercer el control de la legalidad de las actuaciones que se llevan a cabo sobre el suelo, cualquiera que sea su clasificación.

(*) Trabajo escrito para el libro homenaje a don JOSÉ MARÍA CHICO.

El Registrador de la Propiedad, mediante su calificación, que es a la vez facultad y deber indeclinable, tiene como profesión velar por el cumplimiento de las normas que se establezcan para ordenar la propiedad de la tierra. A esta tarea se ha venido dedicando fielmente no sólo por deber sino, en muchos casos, por auténtica vocación, como hemos de ver más adelante.

En ocasión del homenaje a nuestro compañero desaparecido TIRSO CARRETERO expuse un apunte de la aportación de los Registradores al Derecho Agrario, recogiendo nuestra actuación en el ámbito rural (1). Ahora, para el homenaje a otro compañero, JOSÉ MARÍA CHICO ORTIZ, éste vivo afortunadamente, *jad muchos annos!*, he considerado adecuado el tema de intentar exponer lo que significa el Registro para el Urbanismo y lo que han hecho los Registradores en el ámbito urbanístico. Y eso no sólo por completar el ciclo operativo, sino además porque JOSÉ MARÍA CHICO, entre sus variadas y múltiples tareas doctrinales, ha sido y sigue siendo un gran estudioso del Urbanismo.

Por ello quiero exponer la importancia de la publicidad del Urbanismo en el Registro de la Propiedad, mostrando así su faceta social, tan importante y hasta por encima de la manida etiqueta de defensor de individualidades que algunos le colocaron. Y a continuación intentaré reseñar la brillante labor de los Registradores urbanistas, difícil tarea, pues implica la posibilidad de omitir o minusvalorar la obra de alguien, cosa que me atemoriza y de ningún modo deseo. Como final, trataré de resumir los trabajos que JOSÉ MARÍA CHICO ha publicado en esta materia. Pido perdón si no consigo ni medianamente alcanzar lo que, con evidente osadía, me propongo. Valga, al menos, la buena voluntad.

II. LA FACETA SOCIAL DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

Que una ordenación del territorio sea rústico o urbano no se puede llevar a cabo actualmente sin contar con la colaboración indispensable de la publicidad registral es algo que ya nadie discute.

La doctrina ha tratado de modo amplio el tema y ya va quedando lejos la idea de que el Registro sólo valía para proteger los derechos de los titulares inscritos o, todo lo más, para basar el crédito hipotecario y la seguridad jurídica. Si bien esa idea individualista pudo mover a los legisladores del siglo pasado, la situación actual es bien distinta.

Leyendo el conocido párrafo de la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861 se deduce que se trataba de proteger la propiedad,

(1) «La aportación registral al agrarismo», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1983.

garantizar el crédito territorial, propiciar la circulación de la riqueza, moderar el interés del dinero, facilitar la adquisición de las fincas y asegurar sus capitales a quienes prestaban con esta garantía real.

Pero el concepto de la propiedad del suelo de nuestros días se parece bien poco al que imperaba en aquella época liberal e individualista. No es necesario esforzarse mucho para apreciar las grandes diferencias existentes entre aquella concepción ilimitada del dominio y las actuales determinaciones, planificaciones y hasta obligaciones positivas que han de soportar los titulares del suelo, por mor del sentido social que todos los ordenamientos jurídicos imponen hoy a la propiedad territorial.

De aquella Exposición de Motivos de 1861 a la de la Ley de reforma hipotecaria de 1944 hay un abismo. En esta última se señala la gran transformación operada sobre el concepto y la función de la propiedad inmueble; por ello, se dice, al amparo de indeclinables deberes sociales, se crean nuevas e importantes limitaciones en los derechos dominicales encaminadas al mejor cumplimiento de tales objetivos superiores. Preo, dice también esa Exposición de la Ley de 1944, a pesar de esa transformación que implica la tesis de la función social atribuida a la riqueza inmobiliaria, no se estima necesaria una innovación de los principios cardinales del sistema legal, porque «el fin económico y social de la propiedad se desenvuelve con independencia casi completa de las normas hipotecarias».

Esta última afirmación no ha resultado cierta del todo, pues el Registro tiene actualmente una faceta social que no le permite desentenderse de las exigencias impuestas por la comunidad y que conforman el vigente estatuto especial de la tierra. Los asientos registrales sirven de base para conformar adecuadamente la ordenación territorial, tanto en sus fases iniciales de preparación como en la efectiva ejecución de los planes y más aún en la fase de conservación de las nuevas fincas y de mantenimiento de la disciplina.

Quizá nadie ha expresado el aspecto social del Registro de la Propiedad como RAMÓN DE LA RICA ARENAL (2). Decía nuestro ilustre compañero que de una propiedad privada individual entregada a su libérrimo arbitrio por el liberalismo económico se ha pasado a una propiedad de marcado matiz social o de interés común que impone nuevos deberes a los propietarios en aras de ese bien social y que esta función social halla en la institución del Registro de la Propiedad y en su sistema el instrumento más apto, el auxiliar más idóneo para el cumplimiento práctico de las funciones que esas modernas concepciones requieren. Su razonamiento es bien sencillo y convincente.

(2) *Realidades y problemas de nuestro Derecho Registral Inmobiliario*, Discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, leído el 12 de marzo de 1962.

te: La propiedad privada inscrita en el Registro cumple dócil y acata resignadamente los mandatos del Estado relativos al cumplimiento de la función social en los muy diversos órdenes que éste abarca; por el contrario, la propiedad no inscrita vive en la clandestinidad y suele convertirse en anárquica y rehúye o se exime de sus deberes sociales.

Lo que queremos resaltar es que si bien el Registro ha cumplido el papel que inicialmente le asignaron los legisladores del siglo pasado de proteger las adquisiciones y el crédito territorial, lo cual es muy importante en cuanto que se obtiene la seguridad jurídica, no es menos fundamental hacer constar que la institución registral está además perfectamente preparada para servir de cauce a las nuevas tendencias funcionales del dominio del suelo y también lo está realizando a total satisfacción.

Si en toda ordenación racional del territorio debe conjugarse el reconocimiento de las facultades de los titulares con el sentido social del dominio, es necesario contar con un sistema de publicidad que refleje claramente tanto el contenido como los deberes de la propiedad ordenada. Con esta publicidad se hace posible el control social del dominio del suelo al poder ser conocido de todos el conjunto de limitaciones y deberes que recaen sobre las fincas afectadas por la planificación. Así pues, el Registro no sólo está demostrando ampliamente su eficacia y aptitud para ser soporte de actuaciones ordenadas del suelo sino que contiene muchas posibilidades para cooperar en cuantas relaciones puedan producirse. Y todo esto dentro de su puro carácter civilista y sin tener que convertirse en un órgano administrativo. Este es el aspecto indudablemente social de nuestra institución.

Aunque el urbanismo es más moderno que el agrarismo, en el tiempo de su aplicación ya ha dado de sí lo suficiente como para que el Registro haya podido mostrar su adecuación y eficacia; del mismo modo, también los Registradores han constatado su colaboración indudable. Eso es lo que queremos exponer.

III. LA PUBLICIDAD REGISTRAL DE LA VIVIENDA Y EL URBANISMO

Los problemas derivados del traslado casi masivo de la población rural hacia los núcleos urbanos que empezaron a mostrarse desde principios de este siglo se han agudizado en la época del desarrollo, especialmente a partir de los años sesenta.

Las normas reguladoras de la vivienda y de la ordenación territorial del suelo urbano tuvieron al principio unos tintes puramente técnicos. Paulatinamente se han ido complementando con las necesarias medidas jurídicas, imprescindibles para lograr una mayor eficacia a la hora de mantener la deseable disciplina urbanística.

Y en esta tarea, uno de los medios que pronto se reveló extraordinariamente eficaz, y como tal se mantiene, ha sido la publicidad registral de esas situaciones jurídicas realizadas bajo el control o por iniciativa de las administraciones públicas.

Las normas de las llamadas casas baratas y económicas de 1925, la ley de 1939 sobre viviendas protegidas, la de 1944 de viviendas bonificables, la de 1954 sobre viviendas de renta limitada y las que a partir de 1960 se han venido promulgando para regular las que genéricamente podríamos llamar viviendas de protección oficial, han acudido al Registro de la Propiedad como un auténtico centro coordinador de derechos y a la vez resorte para el cumplimiento de deberes administrativos y fiscales. JOSÉ MARÍA CHICO (3) nos recuerda que en los asientos registrales de estas fincas se hacen constar las situaciones de calificación provisional o definitiva de esas viviendas, así como la afección fiscal que se hará efectiva si, por incumplimiento de las normas legales, desaparecen las bonificaciones impositivas que se concedieron en aras a la finalidad social de dotar de viviendas a clases modestas.

El sistema de la división horizontal que ha servido para proporcionar viviendas familiares en propiedad y que se ha revelado como eficaz remedio a la escasez y carestía del suelo urbano, debe su éxito total, ni más ni menos, que a la publicidad registral. En nuestros asientos constan el dominio individualizado sobre cada piso y las normas que rigen la comunidad de un modo tan claro que proporciona el sentido de seguridad suficiente como para hacer que la figura haya sido aceptada sin rebozo alguno. La reforma del artículo 396 del Código Civil en 1939, completada por la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960, no hubieran tenido plena aplicación si no se hubiesen practicado las inscripciones de estas fincas especiales.

En resumen, se puede decir que la propiedad de las viviendas en España ha dado un enorme cambio, a mejor por supuesto, en dos o tres decenios y en ese cambio ha tenido una parte importantísima la publicidad del Registro y la actuación profesional de los Registradores.

Y si pasamos ya al punto concreto de la ordenación del suelo en las ciudades, disciplina más corrientemente conocida por Urbanismo, y cuya aplicación va *in crescendo*, aquí sí que la publicidad registral es básica. Porque las administraciones públicas han comprendido que no es posible llevar a cabo actuaciones inmobiliarias sin que concurren los resortes de garantía jurídica en la actuación y de seguridad en la conservación, proporcionados por los asientos registrales de modo inigualable.

(3) En su trabajo «El Urbanismo y el Registro de la Propiedad», en *Revista de Derecho Notarial*, núm. 78, pág. 251.

A estas alturas, el Texto vigente de la Ley del Suelo nos proporciona una base firme para asegurar claramente, sin posibilidad de opiniones contrarias, que ya no caben las operaciones urbanísticas sin que medie la correspondiente publicidad registral.

Pero esto ha precisado de un largo y no fácil camino, lleno de discusiones y críticas doctrinales y de avatares normativos.

El primer texto de la Ley del Suelo y Ordenación Urbana que llevó fecha de 12 de mayo de 1956 tenía un aspecto casi exclusivamente técnico y mínimamente jurídico. En lo referente al Registro de la Propiedad apenas si recurría a él en algún caso muy concreto. Sólo se podría destacar la norma genérica de su artículo 209, en el que con carácter puramente potestativo, se decía que «los actos administrativos que se produjeran en el ejercicio de las funciones reguladas en la presente Ley *podrán* ser inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad, conforme a lo establecido en la legislación hipotecaria». El Registrador NARCISO DE FUENTES SANCHÍS, uno de nuestros primeros y más destacados urbanistas (4), estudió los aspectos registrales de esta Ley y se mostraba animoso a la vista del artículo antes citado, aun reconociendo las dificultades que habría de presentar tal actuación; aunque tendremos que hacer frente a nuevos problemas y asimilar otras técnicas, decía que el Registro cumple un servicio al bien público al prestar seguridad jurídica; por ello no se podría eludir el cumplimiento de tal obligación, por difícil que ésta pudiera ser. No obstante, expresaba en la conclusión última de su ponencia que la Ley del Suelo debía modificarse para que sus preceptos alcancen virtualidad práctica en el campo del Derecho privado.

La Ley de Reforma de 2 de mayo de 1975, después de recoger el texto del artículo 209 que hemos visto, venía a reconocer su inaplicabilidad práctica al tener que añadir una Disposición Final 13.^a llena de buenos deseos, pero cuyo cumplimiento también se ha hecho esperar un montón de años. Según ella, se autorizaba al Gobierno para que, a propuesta del Ministerio de Justicia y previo informe del Ministerio de la Vivienda, se dictasen las disposiciones precisas para acomodar la legislación hipotecaria a lo dispuesto en la Ley del Suelo, a fin de asegurar que las limitaciones y deberes establecidos en la misma y en los planes y programas, proyectos, normas, ordenanzas y catálogos, se reflejen con toda exactitud en el Registro de la Propiedad.

Este reconocimiento de la necesidad de adecuación de las normas hipotecarias y urbanísticas no produjo, ya lo hemos dicho, los efectos normales

(4) En su ponencia *El Registro de la Propiedad y el Urbanismo*, en el Congreso Registral de Madrid, 1961. Libro editado por el Colegio de Registradores.

que pudieran imaginarse, dados los términos del mandato que hemos visto. Aunque el texto subsiguiente de la Ley del Suelo de 9 de abril de 1976 aumentó el número de preceptos en los que se acude al Registro en busca de una mayor efectividad, no hay entre ellos una clara coordinación, ni mucho menos suponen una regulación orgánica de la materia registral en Urbanismo.

Más completa ha sido, forzosamente, la regulación en los varios Reglamentos aparecidos en este ámbito: el de edificación forzosa de 1964, el de reparcelaciones de 1966, el de planeamiento y el de disciplina urbanística de 1978 y, sobre todo, el Reglamento de Gestión Urbanística de 25 de agosto de 1978. En todos ellos hay ya normas completas para llevar a cabo la registración de diversas actuaciones urbanísticas. Se ve claramente que en su redacción han tenido parte muy importante algunos de nuestros compañeros Registradores que diremos y a los que debemos agradecer su colaboración muy apreciable.

Esta participación de los Registradores se ha hecho notar también en las varias normas autonómicas aparecidas hasta ahora en materia de Urbanismo en cuanto han tenido contacto con el Registro. No vamos a entrar ahora en el tema de las competencias, que dio lugar, con ocasión de estas actuaciones, a dos Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado en 1984, de todos conocidas. Lo que queremos decir es que cuando los Registradores han intervenido, las normas dejan notararlo, sin dudas. Sírvanos como ejemplo el artículo 3.º de la Ley de Cataluña de 1981, sobre protección de la legalidad urbanística, donde se dice que «el Registro de la Propiedad en su función de publicidad de las relaciones jurídico-inmobiliarias, debe reforzar la eficacia de los actos administrativos en materia urbanística y debe ser medio idóneo de información y garantía de la actividad controladora y sancionadora de la Administración».

En varios congresos profesionales, tanto de ámbito nacional como internacional, el tema del Urbanismo ha sido objeto de debate y las conclusiones han sido siempre acordes en proclamar la necesidad de que sus actos y situaciones ingresen en el Registro para obtener la debida publicidad.

Siguiendo un orden cronológico, citemos en primer lugar el Congreso de Derecho Registral celebrado en Madrid en 1961. Tras la completa exposición de NARCISO DE FUENTES y la discusión consiguiente, se aprobaron varias conclusiones que podrían resumirse en la idea central de que la situación urbanística de las fincas debe hacerse constar en el Registro de la Propiedad, así como el uso y el volumen de eficacia de las mismas.

En los Congresos Internacionales se ha tratado repetidamente la cuestión de la publicidad registral de las situaciones urbanísticas:

En el IV Congreso, celebrado en México en 1980, fue objeto de la 3.ª Comisión, adoptándose la solución de distinguir las fases de planificación

y de ejecución del planeamiento; cuando la decisión planificadora se refiera directamente y mediante individualización precisa a fincas o parcelas que constituyan unidades registrales, sus previsiones deben relacionarse en el asiento correspondiente como elemento colaborador del principio de determinación o especialidad; ya en la segunda fase, se acordó que la ejecución del planeamiento, en cuanto implique modificación física de los predios, alteraciones en la titularidad de los derechos inscritos, limitaciones de carácter real o gravámenes hipotecarios en garantía de obligaciones urbanísticas, debe ser objeto de inscripción para dotar de la necesaria eficacia frente a terceros de estos actos o negocios jurídicos de ejecución derivados de los planes.

En el V Congreso, Roma, 1982, con referencia a los conjuntos inmobiliarios, se afirmó que el Registro de la Propiedad es el medio idóneo para conseguir la seguridad jurídica en cuanto que facilita la solución de las complejas relaciones entre los partícipes del conjunto y da certeza a los terceros del contenido de sus determinaciones.

En el VI Congreso, que se celebró en Madrid en 1984, se tocó la constitución y publicidad del derecho de superficie, figura que puede abrir posibilidades en el tráfico inmobiliario, facilita la política del suelo de las administraciones públicas y puede crear equipamientos.

El VII Congreso, celebrado en Río de Janeiro en 1987, se ocupó de la registración de la multipropiedad, estimándose que el medio idóneo para reflejar el estatuto de la propiedad temporal, los derechos de los cotitulares y las garantías de los terceros es el Registro inmobiliario, en cuanto que, dentro de sus finalidades, cabe perfectamente la inclusión de cuantas nuevas figuras de organización de la propiedad inmueble surjan de la realidad social.

Y, volviendo de nuevo al ámbito puramente español, fue también muy importante en este aspecto la Asamblea de Registradores de la Propiedad celebrada en Barcelona en diciembre de 1988. Allí, haciéndose eco de la necesidad urgente de la regulación de la publicidad registral del Urbanismo y para dar solución a la anemia normativa que existía por entonces, se expresó formalmente la conveniencia de que ingrese en el Registro la intención de promover planeamientos de iniciativa particular, así como la práctica de los asientos que hagan constar, respecto de cada finca, las determinaciones del plan de ordenación de que se trate, una vez aprobado definitivamente, así como del sistema de ejecución de la organización y de su conservación. Asimismo, se dijo, es conveniente la constatación registral de la calificación urbanística de las fincas cuando las medidas técnicas lo permitan. Igualmente se solicitó de los poderes públicos, como urgente, que se promulguen las correspondientes normas reglamentarias que desarrollen las inscripciones de expedientes de expropiación forzosa en materia urba-

nística, de los proyectos de compensación y reparcelación, de cesiones de suelo para equipamiento o en concepto de aprovechamiento medio, fuera del esquema de un sistema de actuación determinada, de inscripción de negocios jurídicos que tengan por objeto el aprovechamiento urbanístico, de la publicidad registral de medidas cautelares administrativas o jurisdiccionales en materia de disciplina urbanística y sobre el reflejo registral de licencias de parcelación y de edificación.

La evidente presión profesional del Colegio y de los Registradores en varios trabajos doctrinales publicados produjo un ambiente propicio para que estos deseos se plasmasen en normas positivas. Al promulgarse la Ley de 25 de julio de 1990, de Reforma del régimen urbanístico y de valoraciones del suelo se introdujo ya un sistema articulado en su Disposición Adicional 10.^a, redactada por una comisión de compañeros apoyados por el indudable impulso colegial.

Esta Ley de 1990 ha supuesto un paso decisivo en la incardinación, ya dentro de la propia Ley del Suelo, de la publicidad registral de Urbanismo. La Disposición Adicional citada venía a señalar los actos inscribibles en el Registro, relacionando un amplio abanico de los que integran las fases sucesivas del proceso urbanístico. Aparte de ello, se incluían también otros preceptos concretos de diversas situaciones más, como por ejemplo las inscripciones de obras nuevas.

Como dijo CHICO ORTIZ (5), esta Ley ha venido a reconocer que la actividad administrativa urbanística estaba distanciando su problemática de la institución registral que, aparte su raigambre histórica, goza de la confianza general; a partir de ahora ha variado la idea y comienza a contarse con el Registro como elemento que permite relaciones que contribuyen a resolver problemas de titularidad, cargas, publicidad y, sobre todo, de regularización de la propiedad.

Con fecha 26 de junio de 1992 se ha publicado el actual y vigente Texto refundido de la Ley del Suelo. Dentro de su título IX, «Régimen jurídico», se integra el capítulo III, «Registro de la Propiedad», que comprende los artículos 307 a 310 dedicados a la publicidad registral, recogiendo el texto íntegro de la Disposición Adicional precedente de la Ley de 1990.

El artículo 307 hace una enumeración de siete grupos de actos inscribibles y termina en el número 8 con un *numerus apertus* parecido al del artículo 7.º del Reglamento Hipotecario al decir que también será inscribible cualquier otro acto administrativo que en desarrollo del planeamiento o de sus instrumentos de ejecución modifique, desde luego o en lo futuro, el dominio o cualquier otro derecho real sobre fincas determinadas.

(5) En su trabajo «La propiedad urbanística y el Registro de la Propiedad», en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, febrero 1991.

El artículo 308 señala el título inscribible; en el 309 se señalan las clases de asientos a practicar según los diversos actos y en el 310 se detallan las operaciones registrales a verificar en las distintas fases de la reparcelación y la compensación.

En el último inciso de este artículo 310 se hace referencia a unas normas reglamentarias que aún están por dictarse. En la Ley de 1990 se daba un plazo de seis meses para estas reglamentaciones complementarias. Estamos en los cinco años y no se ha cumplido el mandato legal, ni se ha dado satisfacción a lo que los Registradores solicitaron formalmente en Barcelona el año 1988. Y no será porque desde los ámbitos profesionales se haya escatimado la colaboración ni haya faltado el empuje preciso; por la comisión colegial encargada se ha redactado, corregido y pulido un anteproyecto cuya última redacción que conocemos es de junio de 1993. Hasta el momento, el trabajo espera la mano amiga que diga levántate y anda.

Es preciso solucionar esta cuestión a la mayor brevedad, no sólo porque se está incumpliendo un mandato legal, sino porque las operaciones urbanísticas siguen llegando, cada vez más numerosas y complicadas, a nuestros Registros y ya es hora de que los Registradores dejen de tener que obrar en bastantes casos por intuición. Aunque tienen formación y profesionalidad suficientes para seguir adelante, siempre será mejor proporcionarles una normativa clara para que puedan obrar sobre bases firmes y sin necesidad de improvisaciones.

De este modo podremos mejor cumplir con nuestro deber calificador, sobre todo teniendo en cuenta que esta publicidad no es sólo productora de efectos sustantivos, sino que en el Urbanismo tiene además el aspecto importantísimo del control de la legalidad de los actos de las administraciones y de los particulares implicados en la ordenación del suelo.

Aquí el Registro actúa como instrumento de cooperación en la disciplina y corrección de actuaciones contrarias al interés público, y esto se puede conseguir de varias formas:

1.º Mediante la publicidad de la iniciación de los procedimientos de revisión en vía administrativa o impugnación jurisdiccional o expedientes de infracciones urbanísticas.

2.º Mediante la utilización de medidas registrales de aseguramiento de obligaciones pecuniarias, ya sea en cuanto a la obligación de conservar la urbanización o ejecutarla.

3.º Publicación de las situaciones reales de apartamiento de la ordenación territorial aprobada, como son el incumplimiento de la obligación de construir o urbanizar o las situaciones fuera de la ordenación.

4.º La sujeción de los bienes a los procesos de ejecución de la planificación, por la reparcelación o la expropiación.

5.º Por fin, cuantas medidas tiendan a la publicidad de situaciones particulares, en especial anotaciones preventivas derivadas de los procedimientos de disciplina urbanística o los demás de que sean susceptibles (6).

Hemos visto, desde los ángulos legal y doctrinal, lo que el Registro como institución aporta al Urbanismo.

Por medio de su publicidad produce efectos sustantivos y, además, mediante el control de legalidad, sirve para asegurar de modo eficiente el cumplimiento de los fines pretendidos por la política del suelo y para hacer efectivas las normas sobre edificación y disciplina urbanística en general.

Como Institución, repetimos, el Registro de la Propiedad ha aportado ya tanto al Urbanismo que se ha hecho indispensable.

Ahora, trasladándonos al aspecto humano, vamos a ver lo que han aportado los Registradores como funcionarios que cumplen y también como urbanistas vocacionales.

IV. LA LABOR DE LOS REGISTRADORES URBANISTAS

A) SUS DIVERSAS ACTUACIONES

Desde tres puntos de vista podríamos resumir las direcciones en que los Registradores colaboran con el Urbanismo.

En primer lugar, mediante una tarea continua y callada y que es común a todos: ejerciendo una profesión que les faculta, y a la vez les obliga, a calificar la legalidad de los documentos que llegan al Registro mediante los cuales se constituyen, declaran, modifican o extinguen las situaciones jurídicas urbanísticas, en cuanto que recaen sobre fincas que son soportes de esos derechos u obligaciones. Con los preceptos de la Ley del Suelo y de las normas urbanísticas que correspondan, el control de la legalidad de los actos sobre el suelo se extiende en la práctica a la totalidad de las fincas, incluso las inicialmente rústicas en cuanto que resulten afectadas por una regulación o planificación de carácter urbanístico.

Aquí está el deber indeclinable de conocer y hacer cumplir tales normas que afecta a todo Registrador, radique en un distrito hipotecario rural o urbano. Todos los Registradores aportan su saber y califican bajo su responsabilidad, bajo la lupa de las normas del suelo, la legalidad de los actos a

(6) Ver ampliamente tratados estos aspectos en el trabajo «La publicidad inmobiliaria en la ordenación del territorio», de JOSÉ LUIS LASO MARTÍNEZ y FRANCISCO CORRAL DUEÑAS, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, marzo-abril 1983, págs. 313 y siguientes.

inscribir. Todos ellos, pues, hacen algo en materia de urbanismo, en este sentido.

El segundo grupo es el de los activos o vocacionales. Los que han intervenido en tareas de colaboración, asesoramiento o información con instituciones, órganos o empresas relacionados con el Urbanismo. Las actuaciones en este campo, mediante comisiones de servicios, prestación de informes jurídicos, estudios previos y consultas, han sido muy importantes y valiosísimas a la hora de encontrar soluciones a las cuestiones planteadas, aportando su ciencia y su experiencia. Por eso los hemos llamado vocacionales, puesto que no se han limitado a cumplir su deber profesional, sino que prestando una colaboración extraordinaria, han dejado con su impronta personal una prestigiosa huella que todos debemos recordar y agradecer.

Y queda un tercer grupo, también importante, formado por los doctri-narios, los que han estudiado en sus libros y publicaciones las cuestiones más candentes y discutibles del Urbanismo. En la práctica se suelen confundir con los del anterior, pues salvo casos aislados de escritores puros, también los «activos» suelen plasmar sus experiencias en estudios y comentarios posteriores que resultan utilísimos a la hora de aplicar las normas del Urbanismo en nuestros despachos.

B) COLABORADORES CON ÓRGANOS URBANÍSTICOS

Manifestada ya la faceta netamente profesional que comprende a todos los Registradores en general, vamos a referirnos a los casos vocacionales que conocemos, en los que nuestros compañeros han actuado activamente, contribuyendo a conformar y dar vida al aspecto jurídico del Urbanismo.

a) *Grupo de Regiones Devastadas*

Por orden cronológico, hemos de empezar por una de las grandes actuaciones urbanísticas de ámbito nacional, realizada para reconstruir las poblaciones afectadas por la guerra de 1936-1939. Un buen plantel de técnicos de Arquitectura llevaron a cabo las edificaciones de varias comarcas, reconstruyéndose pueblos enteros, mediante ordenaciones del suelo adecuadas; recordemos Guernica, Brihuega, Brunete, Teruel y Belchite, entre otras poblaciones. En todas ellas, si la tarea fue impecable en lo técnico, quedó incompleta en lo jurídico; se trataba de actuaciones urgentes y no se anduvo con miramientos. La legalización de las expropiaciones y demás mutaciones dominicales vino después.

Y para llevar a cabo todas las operaciones necesarias a fin de titular

debidamente el suelo y las edificaciones se acudió a un equipo de Registradores que hubieron de trabajar de firme, cumpliendo con minuciosidad y entusiasmo la tarea encomendada. Este equipo estuvo formado por TIRSO CARRETERO GARCÍA, ISIDORO DELGADO ROLLÁN, FRANCISCO MOLINA y SÁENZ DE TEJADA y CARLOS JESÚS ALVAREZ ROMERO. Los dos primeros ya faltan de entre nosotros, pero dejando con su trabajo y su recuerdo una huella permanente; TIRSO CARRETERO, además de Registrador práctico, fue un teórico bien conocido por sus estudios; ISIDORO DELGADO también lo fue, publicando dos artículos, uno sobre viviendas de protección oficial y otro sobre reparcelaciones parciales. FRANCISCO MOLINA añade a su actuación en Regiones Devastadas el haber sido durante largos años un eficiente asesor jurídico de la Obra Sindical del Hogar, en donde pasaron por sus manos los expedientes de construcción de unas 350.000 viviendas, que ya es hacer. CARLOS ALVAREZ ROMERO también ha destacado por sus trabajos doctrinales y sus múltiples e importantes servicios en distintas ramas de la Administración. A estos dos últimos agradezco los útiles datos que me han proporcionado, informándome también de que tanto en la Obra Sindical del Hogar como en el Instituto Nacional de la Vivienda actuó como asesor jurídico otro Registrador, JOAQUÍN PUIG DE LA BELLACASA.

b) *Reconstrucción de Santander*

Otra actuación quizá poco conocida pero que debe destacarse por ser acaso una de las primeras ordenaciones urbanísticas realizadas en España fue la reconstrucción de Santander. Asolada la ciudad por un incendio que destruyó casi todo el casco, en los primeros años cuarenta, era por entonces Gobernador Civil de la provincia el Registrador JOAQUÍN REGUERA SEVILLA, que luego se reveló también como buen teórico del Urbanismo, publicando dos trabajos. Este acudió, para llevar a efecto las tareas necesarias, a sus dos compañeros de Santoña y Ramales, que eran, respectivamente, JOSÉ GARCÍA-REVILLA GARCÍA y ANTONIO DUQUE HIDALGO. Estos llevaron a cabo, con absoluta perfección, la investigación de la propiedad y la regularización de los títulos de los nuevos solares y edificaciones resultantes de la reconstrucción y ordenación urbana efectuadas. Estos fueron precursores de la aplicación práctica de una propiedad horizontal que entonces apenas se conocía. El compañero ANTONIO DUQUE, que aún vive jubilado en Córdoba, recordará sin duda aquella labor coronada por el éxito.

c) *Una gran figura del Urbanismo*

Uno de los Registradores que destacaron en este campo con luz propia fue NARCISO DE FUENTES SANCHÍS, pues ha sido uno de los creadores del Derecho Urbanístico en España y por ello merece tratamiento por separado.

Desde su juventud hasta su fallecimiento, ya como titular de un Registro de Madrid, dedicó la mayor parte de su actividad operativa y doctrinal al Urbanismo. Ingresó en el Cuerpo de Registradores de la Propiedad en la oposición de 1941, formó después parte de la Junta de Gobierno de nuestro Colegio durante más de veinticinco años, llegando a ser un eficiente Decano que todos recordamos.

En el Congreso de Derecho Registral de 1961 presentó la ponencia sobre Urbanismo a la que ya nos hemos referido, haciendo un completo estudio de la naciente Ley del Suelo y aclarando las dudas que le propusieron los congresistas con una claridad meridiana.

Pronto mostró su faceta de conocedor como pocos de esta naciente disciplina, por lo que diversos organismos acudieron a él solicitando su colaboración. En 1960 se le llama a formar parte de una comisión que elaboró el Plan General de Ordenación Urbana del Area Metropolitana de Madrid. En 1961 es designado Delegado de Programación y Coordinación de la Comisión para la Ordenación Urbana de Madrid y sus alrededores y por Orden de 13 de diciembre del mismo año se le designa Subdirector General de Régimen del Suelo de la Dirección General de Urbanismo del Ministerio de la Vivienda, cargo que desempeñó con entrega absoluta hasta octubre de 1965.

En la conocida e importantísima actuación urbanística de la zona comercial conocida por «AZCA», de Madrid, primero se le elige como Vicepresidente y luego Gerente de la Asociación mixta de compensación, realizando una labor jurídica insustituible y decisiva.

Por Orden de 28 de noviembre de 1962 se le designó miembro de la comisión de estudio y propuesta de textos legales del Ministerio de la Vivienda, puesto en el que se le confirmó al reorganizarse dicha comisión por Orden de 30 de mayo de 1968. Participó, como secretario de la comisión interministerial al efecto en la redacción de la Ley 121/1963, de 2 de diciembre, sobre el Area Metropolitana de Madrid, siendo también Secretario-Ponente de la comisión que redactó su reglamento. Y fue Ponente también de la comisión redactora de los Reglamentos de Edificación Forzosa, del Registro Municipal de Solares y del Reglamento de Reparcelaciones, de gran importancia para la publicidad registral de estas operaciones. Finalmente hemos de señalar que fue designado miembro de las comisiones de Vivienda y Estructura y servicios urbanos que contribuyeron a redactar el II Plan de Desarrollo Económico y Social de 1968-1971.

En el aspecto doctrinal, la lista de trabajos y conferencias de NARCISO DE FUENTES es amplísima, por lo que, para evitar repeticiones, nos remitimos al apéndice final. A título de síntesis, digamos que redactó varios programas de actuación y proyectos de normas urbanísticas, pronunció también conferencias en varios foros e intervino, además de en el Congreso de 1961, en otros dos celebrados en París en 1967 y 1968, por la «Union Internationale de la Propriété foncière bâtie», en representación del Consejo Superior de Cámaras de la Propiedad de España, presentando una ponencia sobre «La collaboration de la propriete privee dans le processus de l'urbanisation».

Aparte de ello, siempre desempeñó con singular dedicación su profesión de Registrador de la Propiedad y en todo caso fue el oráculo indispensable al que acudíamos los compañeros para consultar cuantas dudas surgían en esta materia, que él conocía como nadie, pues no hay que olvidar que fue uno de sus artífices. Fue, sin ninguna discusión, uno de los ases del Derecho Urbanístico en España.

d) Colaboraciones en el Ministerio de la Vivienda

Continuando la labor iniciada por NARCISO DE FUENTES, también trabajaron otros varios Registradores en este Departamento, cuya Subsecretaría estaba desempeñada, y este es dato importante, por el también compañero ANTONIO LEYVA Y ANDÍA, excelente Registrador que llegó a ser igualmente Decano del Colegio años más tarde y cuya actuación en el campo de la vivienda y el Urbanismo fue realmente positiva.

Aquí trabajó también JOSÉ ANTONIO NORTES TRIVIÑO, actualmente Registrador en Madrid, quien prestó sus servicios durante la década de los sesenta y bastantes años de los setenta, primero en la Gerencia Nacional de Urbanización y después en la Comisión de Planeamiento y Coordinación del Área Metropolitana de Madrid. Ambos organismos fueron pioneros en la aplicación de la primitiva Ley del Suelo de 1956, teniendo que vencer múltiples resistencias derivadas de no haber calado todavía en la sociedad muchos de los principios que le servían de fundamento y que hoy ya se admiten de modo más general y pacífico.

JOSÉ ANTONIO NORTES colaboró eficazmente en trabajos de gestión y participó además en la elaboración de algunos proyectos de disposiciones urbanísticas de carácter general. Señalemos entre ellas el Decreto-Ley 7/1970, de 27 de junio, sobre Actuaciones Urbanísticas Urgentes, el Decreto 2432/1972, de 18 de agosto, sobre concursos públicos de suelo o urbanismo concertado en la provincia de Madrid y especialmente la materia registral sobre expropiación de la Ley 19/1975, de 2 de mayo, de reforma de la del Suelo.

Ha sido asesor de la entidad urbanística AZCA de Madrid, redactando sus estatutos con anterioridad a la admisión expresa de esta figura por el Reglamento de Gestión Urbanística de 1978. También ha formado parte de varias comisiones nombradas dentro del Ministerio de Justicia, a propuesta del Colegio de Registradores, para el estudio de temas urbanísticos y de propiedad horizontal, como las formadas para redactar el proyecto de la Ley de conjuntos inmobiliarios y el que fructificó en la Disposición Adicional 10.^a de la Ley de reforma de la del Suelo de 1990. Ha pronunciado varias conferencias y escrito numerosos artículos sobre tema urbanístico, el último por ahora en las Jornadas sobre Urbanismo en Valladolid, en octubre de 1988.

Dentro también del ámbito del Ministerio de la Vivienda, formaron parte del Gabinete de la Subsecretaría, durante los años 1972 y 1973, tres Registradores de la Propiedad: EMILIANO HERNÁNDEZ GARCÍA, JUAN BAUTISTA FUENTES LÓPEZ y JOSÉ LUIS BENAVIDES DEL REY. Con modestia que les honra me dicen que se limitaron a seguir la orientación marcada por NARCISO DE FUENTES y JOSÉ ANTONIO NORTES, como veteranos en las cuestiones relacionadas con el planeamiento y la gestión urbanísticas. Todos sabemos que hicieron algo más. Con la intención de profundizar y al mismo tiempo con el deseo de colaborar en la solución de problemas civiles y registrales planteados por el Urbanismo, trabajaron en la recepción y glosa de las enmiendas presentadas al proyecto de Ley que luego cristalizó en la reforma de la Ley del Suelo de 1975 y en el Texto refundido de 9 de abril de 1976. Igualmente colaboraron en la realización de diversas tareas, entre ellas preparar trabajos, informes y conferencias que les encomendaba el Subsecretario del Ministerio, por entonces el Registrador ANTONIO DE LEYVA, como se ha dicho; especialmente llevaron los estudios sobre problemas puntuales que planteaba el Derecho Urbanístico en la calificación y práctica registral.

Ya fuera del Ministerio, JOSÉ LUIS BENAVIDES ha continuado su vocación urbanística con la asistencia a varios seminarios en Lieja y La Haya, sobre sistemas de información urbana y ordenación del territorio, aparte de los organizados en España por la *Revista de Derecho Urbanístico*, de cuyo Consejo editorial forma parte, impartiendo clases en los cursos que organiza dicha revista. Últimamente ha participado en el curso sobre incidencia registral que tuvo la Ley de reforma de 1990. Ha publicado numerosos trabajos sobre Urbanismo, que después relacionaremos, destacando a nuestros efectos el titulado «Algunas consideraciones sobre el Registro y su papel en la política de Urbanismo» (*Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 538), en el que anticipa soluciones en materia de parcelaciones que han sido recogidas en el anteproyecto de Reglamento en preparación.

e) *En la Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Madrid*

En este Organismo han prestado su colaboración en comisión de servicios dos Registradores que han resultado dos auténticos especialistas en Derecho Urbanístico. Estamos refiriéndonos a JOSÉ LUIS LASO MARTÍNEZ y RAFAEL ARNAIZ EGUREN, cuyas prestigiosas trayectorias profesionales confirman su gran talla y preparación.

JOSÉ LUIS LASO, Asesor Jurídico de la citada Gerencia Municipal de Urbanismo, ha actuado con total eficacia en los actos de preparación, creación y titulación del suelo urbano, especialmente en cuanto al derecho de superficie, figura frecuentemente utilizada por el Ayuntamiento de Madrid. Redactó el pliego de condiciones para las actuaciones urbanísticas por concesionario, el Plan Especial de la Avenida de la Paz, en Plan parcial de ordenación de Ciudad Lineal y el especial del Barrio Histórico de Madrid, más otros muchos trabajos jurídicos. De entre éstos, cabe destacar que redactó las enmiendas presentadas por el Ayuntamiento de Madrid al proyecto de Ley de reforma de la del Suelo de 1975.

Aparte estos servicios del ámbito municipal, JOSÉ LUIS LASO ha colaborado en esferas más amplias. Así, intervino en la elaboración del anteproyecto de Ley sobre urbanizaciones y conjuntos inmobiliarios, ha sido miembro activo de la comisión redactora de las normas hipotecarias que se plasmaron en la Disposición Adicional de la Ley de 1990 y también forma parte de la comisión que está redactando y estudiando el proyecto del reglamento de adaptación del régimen registral a la legislación urbanística, aún en el telar y cuya publicación estamos esperando.

Para la Comunidad Autónoma de Madrid intervino en la redacción de la Ley de 1984, sobre Disciplina Urbanística, así como en el informe y ponencia sobre urbanizaciones clandestinas, aparte otras reglamentaciones particulares.

Su prestigio ha saltado el Atlántico y por ello se le encomendó la redacción de los documentos jurídicos que determinaron la adjudicación del concurso internacional convocado por la Municipalidad de Buenos Aires en 1969, para la remodelación del sector sur de dicha ciudad.

Es autor de una obra monumental, *Derecho Urbanístico*, en tres tomos, que supone un estudio exhaustivo de la materia. Ha redactado la voz «Urbanismo» del Diccionario Jurídico de Espasa-Calpe, 1992. Es autor del trabajo *Urbanismo y Registro de la Propiedad* en la publicación colectiva del Ayuntamiento de Madrid sobre el Texto refundido de la Ley del Suelo de 1992, de varias ponencias y comunicaciones en Congresos Internacionales de Derecho Registral y de multitud de artículos y trabajos monográficos, llenos de doctrina, cuya relación dejamos para el apéndice. Ha impartido cursos y conferencias sobre Urbanismo en varios Organismos, Universidades e instituciones de todo tipo, públicas y privadas.

El otro Registrador citado, RAFAEL ARNAIZ EGUREN, empezó también sus actuaciones urbanísticas en la asesoría jurídica de la Gerencia Municipal de Urbanismo del Ayuntamiento de Madrid. Allí realizó las tareas y estudios propios del organismo municipal que lleva este tema en la capital de España.

En 1974 fue nombrado jefe del gabinete de estudios de la reorganizada COPLACO, dentro del Ministerio de la Vivienda. Por entonces se inició una tarea de planeamiento del entorno metropolitano de Madrid, de gran importancia en su desarrollo futuro, especialmente a través de la redacción de normas subsidiarias para todos los ayuntamientos de la provincia y también se redactaron determinados planes especiales como el de protección del medio físico, en los cuales participó. Igualmente lo hizo en comisiones técnicas de redacción parcial de determinadas normas que luego se integraron en la Ley del Suelo de 1975 y en el Reglamento de Gestión Urbanística de 1978.

Al trasladarse como titular al Registro de Puigcerdá, del que pasó después al de Santa Coloma de Farnés, a partir de 1977 participa activamente en varias comisiones formadas en el seno de la Generalidad de Cataluña, con el fin de estudiar y articular la normativa urbanística de aquella Comunidad Autónoma. Los trabajos de estas comisiones, en las que también participó otro gran urbanista, el Registrador de Barcelona JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA, dieron base a la legislación autonómica sobre protección a la legalidad urbanística, alguno de cuyos preceptos han servido de antecedente directo a las normas registrales del texto vigente de la Ley del Suelo.

RAFAEL ARNAIZ también ha tomado parte en las comisiones redactoras de la Disposición Adicional 10.^a de la Ley de 1990 y en la que ha preparado el proyecto de reglamento sobre adaptación de la legislación hipotecaria a la urbanística.

En el plano teórico o doctrinal, fue Ponente de las conclusiones del Congreso Internacional de Derecho Registral celebrado en Méjico en 1980, presentando un acabado trabajo sobre el tema «La planificación urbanística y el Registro de la Propiedad». También es conferenciante habitual sobre estos temas, en las Escuelas Técnicas Superiores de Arquitectura de Madrid y Barcelona, en las Universidades Autónoma y Carlos III de Madrid y últimamente en el Instituto de Empresa y ha publicado bastantes trabajos, especialmente sobre sistemas de gestión urbanística, expropiaciones, declaraciones de obra nueva, aprovechamientos urbanísticos e inscripción de condiciones impuestas en las licencias, que relacionamos con detalle en el apéndice.

Otros Registradores han colaborado más recientemente con la Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Madrid en sus tareas relacionadas con la vertiente jurídica del urbanismo. Aquí cabe citar a MANUEL AMORÓS GUARDIOLA, Registrador de Madrid y Catedrático de Derecho Civil, que ha actuado como Asesor Jurídico en el plan de urbanismo conocido con el

nombre de Pasillo Verde Ferroviario, de gran complejidad, aportando sus acertadas soluciones.

Y digamos como final de este apartado de colaboraciones con organismos que actualmente está desempeñando la jefatura de la asesoría jurídica de la Empresa Municipal de la Vivienda de Madrid el Registrador FERNANDO ACEDO-RICO HENNING, ahora en situación de excedencia. Su labor es importante en las tareas de titulación de las viviendas que se construyen y adjudican, cooperando en la publicidad registral de estas viviendas sociales de promoción municipal.

C) ACTUACIONES DEL COLEGIO DE REGISTRADORES

Por supuesto, no es preciso aclarar que en los casos anteriores los Registradores no han operado como francotiradores aislados. Aunque se haya dejado a salvo su libertad personal, bien garantizada por su acreditada formación doctrinal y profesional, es lógico pensar que hayan seguido una línea acorde con la genérica orientación deseable en estos casos. La importancia de una labor que pudiera afectar de modo importante a la publicidad inmobiliaria y, en consecuencia, a la institución registral y a los profesionales que la sirven, justificaría cualquier preocupación colegial por orientar y patrocinar debidamente las actuaciones en este campo.

De ahí que el Colegio de Registradores no sólo haya impulsado con su aliento estas colaboraciones con los órganos y entidades que hemos visto, sino que, como tal corporación profesional ha procurado aportar en lo posible las iniciativas y asesoramientos acordes con sus propias finalidades.

El Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España tiene, entre los fines que le asigna el artículo 562 del Reglamento hipotecario, el de fomentar los estudios de Derecho Inmobiliario y su divulgación mediante conferencias, memorias, emisión de informes y otras iniciativas análogas. Al aparecer la Ley del Suelo se sintió la lógica necesidad de su estudio y aplicación y ya hemos visto cómo fue objeto de una de las ponencias del Congreso de Derecho Registral de 1961.

Con razón se ha dicho que si las normas de la Ley del Suelo perduran o logran cierto nivel de vigencia, día llegará en que los hipotecaristas investigarán el entramado de aquélla por ser parte del Derecho Inmobiliario (7).

Además de numerosas reuniones de estudio llevadas a cabo en los

(7) EUGENIO PÉREZ BOTIJA, en su trabajo «Síntesis normativa de la Ley del Suelo. Hacia una justificación del Urbanismo», en *Revista de Estudios de la Vida Local*, núm. 88, pág. 502.

Seminarios regionales de Derecho Hipotecario, al promulgarse la Ley del Suelo de 1975 tuvieron lugar en el Colegio de Registradores unas jornadas sobre esta normativa, orientadas sobre todo a analizar sus aplicaciones registrales.

Debemos destacar también el papel preponderante del Colegio en la organización y desarrollo de los Congresos Internacionales de Derecho Registral en los que, como vimos, se ha estudiado el tema urbanístico con gran amplitud. En ellos la aportación española ha sido importantísima, no sólo por las valiosas ponencias y comunicaciones aportadas, sino también a la hora de redactar las conclusiones. En éstas se han concretado de modo indeleble los principios sobre la publicidad registral del Urbanismo que después han servido de pauta orientadora a la hora de redactar las normas positivas.

En el año 1981 se constituye en el seno del Colegio de Registradores una comisión para estudiar la reforma del Reglamento Hipotecario, en cuyo borrador se recogía la materia urbanística en relación con el Registro. Conveniencias puramente políticas del momento dieron lugar a dificultades insalvables y no pudo llegar a buen puerto aquella regulación proyectada de la que, sin duda, se hubieran derivado apreciables ventajas.

A partir de 1982, en que se inicia la eficaz etapa en el Decanato de CARLOS-MIGUEL HERNÁNDEZ CRESPO, se intenta una y otra vez sacar adelante la indicada reforma reglamentaria, pero de nuevo surgen dificultades infranqueables derivadas de los cambios políticos que impidieron el propósito.

Como consecuencia de estas dificultades y dado que algunas Comunidades Autónomas dictaron sus propias normas urbanísticas, se llevaron a cabo en algunas de aquellas regiones unos acuerdos o protocolos parciales mediante los que se pretendía conseguir una mínima armonización entre la legislación hipotecaria y esas normas autonómicas nacientes. Esto provocó una Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 9 de abril de 1984, fuertemente crítica para esos protocolos; pero una vez aclarado que no se trataba de sustituir o saltar por encima del Ministerio de Justicia, sino sólo de establecer un *modus operandi*, se rectificó poco después con otra Resolución aclaratoria. Realmente se trataba tan sólo de evitar que la publicidad de las situaciones urbanísticas quedase paralizada por la ausencia de las normas que se hacían cada vez más necesarias.

Desde el Colegio se impulsó la idea de que los Registradores colaborasen en toda clase de trabajos preparatorios que se les propusieran a los efectos de redactar normas sobre suelo y disciplina urbanística en los ámbitos de las distintas Comunidades. Ya hemos visto el resultado en Cataluña, donde intervinieron de modo notable nuestros compañeros RAFAEL ARNAIZ y JOSÉ MANUEL GARCÍA. Por entonces, el propio Decano CARLOS

HERNÁNDEZ CRESPO y otros Registradores intervinieron en las reuniones previas de preparación de la Ley de la Comunidad de Madrid de 1984, sobre Legalidad de la Disciplina Urbanística, en la que se incluyó la necesidad de la certificación de titularidad registral de las fincas a nombre de los promotores como requisito para iniciar actuaciones urbanísticas.

También el Colegio procuró en estos años, que fueron decisivos a estos efectos, la participación de sus colegiados en conferencias, mesas redondas, jornadas de estudio y otros sistemas de emisión de ideas, tanto en el ámbito autonómico como en el nacional.

Recordemos las Jornadas celebradas en Madrid, organizadas por la Unión Profesional que presidía el Decano del Colegio de Abogados don Antonio Pedrol Rius, en las cuales la ponencia «La publicidad registral en la Ordenación del territorio» fue expuesta por JOSÉ LUIS LASO MARTÍNEZ y quien escribe, en nombre del Colegio de Registradores, habiendo tenido el honor de que presidiese la sesión Su Majestad la Reina.

Igualmente recordamos que se celebraron unas Jornadas sobre Urbanismo y publicidad registral celebradas en el Ayuntamiento de Valladolid en octubre de 1988, en las que intervinieron los Registradores JOSÉ LUIS LASO, RAFAEL ARNAIZ, JORGE REQUEJO, CÉSAR GARCÍA ARANGO, MARTÍN MARCOS JIMÉNEZ, PEDRO AVILA NAVARRO, JOSÉ ANTONIO NORTES y ANTONIO MANZANO. El libro que se editó tiene un importante prólogo del Decano HERNÁNDEZ CRESPO.

La Asamblea General de los Registradores españoles celebrada en Barcelona en diciembre de 1988 fijó de nuevo la necesidad de reglamentar debidamente las relaciones del Registro y el Urbanismo en los términos que vimos antes. En las conclusiones que se aprobaron se insistía en la urgente adaptación de ambos sistemas.

En relación con la ponencia especial de «Transacciones Inmobiliarias» que se estudiaba en el Congreso de los Diputados, CARLOS HERNÁNDEZ CRESPO, como Decano del Colegio de Registradores, compareció personalmente ante la Comisión al efecto, contestando a las preguntas formuladas sobre varios temas que interesaban; también, entre ellos, se hizo referencia a la adaptación de la legislación hipotecaria al Urbanismo, ofreciendo presentar un informe escrito ampliatorio. Así se hizo, remitiendo un informe que se redactó por una comisión colegial en la que intervino el propio Decano.

En este informe, aparte otras cuestiones indirectamente relacionadas con el tema, como la Organización de la propiedad inmueble, la multipropiedad y los conjuntos inmobiliarios, se estudió la cuestión central de la coordinación de Urbanismo y Registro.

El informe, amplio, tenía una introducción en la que se hacía constar que para estructurar debidamente la materia convenía distinguir los siguientes aspectos:

1) La adaptación de la legislación hipotecaria en materia de ejecución del planeamiento. Dentro de éste se proponían como ideas básicas la distinción entre los sistemas de actuación por expropiación, el de compensación y el de cooperación.

2) La colaboración de la institución registral en el ámbito de la disciplina urbanística, a través del control de licencias de parcelación y edificación.

3) La coordinación de ambas legislaciones en materia de conservación de la urbanización.

Entre otras medidas se propugnaba la posibilidad de que en los planeamientos de iniciativa particular se pueda hacer constar por nota marginal de las fincas la intención de su ordenación y la prefiguración contemplada en el plan a los efectos de fijar lo concerniente al tipo de edificación.

Resultado de este informe fue que se recabase la colaboración del Colegio a la hora de redactar los trabajos preparatorios de la que sería después la Ley de 1990. Una comisión formada por los Registradores JUAN JOSÉ PRETEL, JOSÉ ANTONIO NORTES, JOSÉ LUIS LASO, RAFAEL ARNAIZ y ANTONIO HUESO dio forma a la redacción de la Disposición Adicional 10.ª, básica en esta materia de la publicidad, que entraba ya por la puerta grande en la normativa del suelo con rango legal y propiciaba la reforma reglamentaria.

Promulgada la Ley de 1990, en el Colegio se desarrolló un importante ciclo de conferencias para estudiar sus diversos aspectos registrales, cuyo texto se recogió en un libro, editado por el Centro de Estudios Registrales bajo el título *Estudios sobre la reforma de la Ley del Suelo*.

Ya en 1993, la Dirección General de los Registros y del Notariado constituyó una comisión para redactar un borrador del esperado reglamento de adaptación, formada por CARLOS HERNÁNDEZ CRESPO, RAFAEL ARNAIZ, JOSÉ LUIS LASO, JUAN JOSÉ PRETEL, MANUEL PEÑA y BERNALDO DE QUIRÓS y JUAN SARMIENTO, como Registradores, aparte otros profesionales. Terminada su redacción, salvo algún punto concreto, las elecciones de 1993, con cambio en la cúpula del Ministerio, han supuesto un lamentable parón en esta obra urgente.

Como última noticia sobre el particular digamos que el actual Decano del Colegio, JOSÉ POVEDA DÍAZ, en reciente visita al Ministro, ha recordado la urgencia de que sea aprobado este Reglamento, según nos comunicó en carta a los colegiados. ¿Lo conseguiremos?

D) TRABAJOS DOCTRINALES DE LOS REGISTRADORES URBANISTAS

Casi todos los Registradores urbanistas «activos» han plasmado en libros o escritos sus experiencias e ideas, en algunos casos de modo abundante. Algo hemos visto ya y dejamos el total para el apéndice.

Pero también hay un gran número de libros o estudios escritos por Registradores que llamaremos «doctrinales». Aunque también los relacionaremos con detalle después, ahora queremos dar noticia de los más destacados.

Lugar preferente merecen los varios *Comentarios a la Ley del Suelo* en sus distintas redacciones, obra completa y utilísima del Registrador de la Propiedad, Catedrático de Derecho Administrativo y brillante Abogado JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ. Sabe todo sobre Urbanismo y ha publicado numerosos tratados sobre temas puntuales: Ha escrito sobre el registro municipal de solares (1965), la expropiación forzosa urbanística (1965), sobre planes de urbanismo de iniciativa particular (1973), planes de urbanismo en general (1974), sobre las licencias (1978), sobre el régimen de planeamiento (1982) y así un sinfín de trabajos, conferencias y lecciones en la cátedra. Es, sin duda, un Registrador urbanista de primera, un gran enseñante y doctrinario.

Hay, que sepamos, dos Tesis Doctorales sobre Urbanismo escritas por Registradores. JESÚS GONZÁLEZ SALINAS, que la defendió sobre «Sistemas de compensación y terceros adquirentes de suelo» y MARTÍN MARCOS JIMÉNEZ, que hizo su Tesis sobre «Parcelaciones y reparcelaciones en el Registro de la Propiedad». También tenemos noticia de que hay otro Registrador, FERNANDO ACEDO-RICO HENNING, que está preparando igualmente su tesis sobre Urbanismo en su aspecto registral.

Las ponencias, conferencias y trabajos doctrinales de toda índole de los Registradores se pueden ver en las revistas profesionales y en las publicaciones del Colegio o de las editoriales especializadas. Son de señalar las ponencias y comunicaciones a los congresos y los frecuentes artículos que aparecen en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, así como en la *Derecho Urbanístico*.

Tenemos que destacar al Registrador de Barcelona JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA, que ha dedicado un importante apartado en su monumental libro *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario* a la publicidad y otro especial a la relación entre Registro y Urbanismo. También ha escrito varios acertados trabajos sobre aspectos concretos de estas actuaciones, mereciendo especial mención la tripleta de completísimos artículos sobre la reparcelación y la compensación en el Registro de la Propiedad que publicó en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* y que constituyen una aportación fundamental, en lo teórico y en la práctica. Ya hemos dicho también que JOSÉ MANUEL GARCÍA, además ha prestado su colaboración, valiosísima dada su gran preparación, en varias actuaciones urbanísticas dentro del ámbito de Cataluña y en especial de Barcelona, donde ejerce su profesión.

Otro Registrador teórico notable es CAYETANO UTRERA RAVASSA, que tuvo una base de arranque bastante práctica por haber vivido los problemas

urbanísticos de Málaga, de donde fue eficiente Alcalde. También ha escrito varios trabajos, siendo de resaltar uno que se publicó en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* sobre los efectos de la publicidad de la nota marginal de iniciación de los expedientes y también su comunicación al V Congreso Internacional sobre el aprovechamiento urbanístico.

La lista de Registradores «teóricos» es muy abundante.

V. JOSE MARIA CHICO, ESTUDIOSO DEL URBANISMO

Nuestro compañero, en materia jurídica, ha escrito de casi todo. Su relación bibliográfica es impresionante en las distintas esferas, pero nos vamos a ceñir al tema del Urbanismo que nos ocupa y en especial a su publicidad registral.

En todos sus estudios se vislumbra a primera vista un denominador común, derivado del fuerte impacto que en un jurista de formación privatista han supuesto las nuevas normas de tinte público ordenadoras del suelo. Porque estas normas administrativas suponen una indudable perturbación en el tradicional régimen civilista de la propiedad.

JOSÉ MARÍA CHICO ha estudiado los sucesivos textos de la Ley del Suelo y en cada ocasión ha resaltado las carencias y discordancias que ha notado. Pero, eso sí, con la idea constructiva de procurar la adaptación de los sistemas urbanístico e hipotecario; por ello sus críticas muestran siempre deseos armonizadores y de cooperación. Bajo este prisma vamos a resumir estos estudios, siguiendo el orden cronológico de su publicación.

1. *Las urbanizaciones, la Ley del Suelo y el Registro de la Propiedad.* Se publicó este trabajo en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* en 1971, recogiendo ampliada una conferencia del autor en Santiago de Compostela, dictada en la clausura del curso 1969-1970 del Seminario de Derecho Hipotecario de Valladolid-Salamanca.

Empieza examinando los problemas que para el Registro se derivan del Derecho Urbanístico. La Ley del Suelo, dice, no es fácil y tiene más profundidad de la que deja entrever su apariencia; se trata de una ley técnica, de difícil comprensión para los no iniciados. La existencia de un plan de ordenación hace que entre en juego una singular clasificación de los terrenos que desborda la clásica admitida por las legislaciones civil e hipotecaria. La falta de enlace, decía por entonces CHICO, puede poner en entredicho la fuerza de la Ley del Suelo o la eficacia jurídica para la que se creó el Registro. Tras esto, examina las cuestiones que por entonces planteaban las nuevas reglas contenidas en la Ley del Suelo respecto a las parcelaciones, la reparcelación y la obra nueva, dando un detenido repaso a los diversos puntos.

También estudia el tema de las urbanizaciones en la Ley del Suelo, tocando igualmente la legislación sobre centros y zonas de interés turístico, entonces vigente y hoy derogada, para terminar con la que llama urbanización privada, o sea, la realizada en aquellos lugares donde no existe plan de ordenación, planteándose su posibilidad, que si entonces era discutible, ahora no cabría en modo alguno.

2. *El derecho de propiedad ante la nueva legislación urbanística.* La *Revista de Derecho Urbanístico* organizó un ciclo de conferencias sobre la reforma que entonces se proyectaba de la Ley del Suelo. JOSÉ MARÍA CHICO intervino y su disertación se publicó en el número 33 de 1973 de dicha revista.

Comienza el autor su trabajo diciendo que actualmente hay un problema político de penetración del poder público en la propiedad, que se manifiesta en lo que se ha llamado «desprivatización» del derecho de propiedad. El carácter unitario de este derecho ha sufrido un duro golpe al aparecer modernamente una legislación específica, administrativa, pública y casi estatutaria, referida sobre todo a la propiedad urbana, que ha hecho dudar a la doctrina si no estaremos ante una posible clase especial de propiedad.

Los límites son tan penetrantes que aquí se ha evolucionado igual que en la patria potestad, que de poder se ha convertido en función y nos recuerda cómo entendía CASTÁN la idea de la socialización de la propiedad; pero, sigue CHICO, en el fondo esta idea de la socialización es una fórmula vaga, llena de problemas y peligros.

Tras estos puntos iniciales sobre el concepto clásico de la propiedad y el que resulta a la luz de las limitaciones y determinaciones derivadas de la Ley del Suelo, examina estas últimas con detalle y se plantea el problema de su publicidad frente a terceros adquirentes. Critica la ausencia de la publicidad registral en la Ley entonces vigente, achacando esta carencia a que era una norma puramente técnica y hecha sólo por técnicos, por lo que no era jurídica, ni siquiera social, pues no entraba en las costumbres del pueblo. Dice que uno de los grandes errores que aquella ley cometió fue despreciar los servicios públicos que el Registro de la Propiedad le podía ofrecer; sólo en casos inevitables se acude a esta institución como necesario remedio. Sigue diciendo CHICO que sólo a las instituciones sospechosamente antisociales se les vuelve la espalda; pero el Registro de la Propiedad no lo es y por ello la razón de no llegar a una completa relación con el mismo reside en un posible desconocimiento de su función y de su servicio. Por eso considera necesario que la inscripción refleje la calificación del suelo, la indivisibilidad en su caso, las limitaciones, la edificación forzosa y la necesidad de licencia. Comprendo, decía, que todo ello signifique echar sobre el Registro una enorme responsabilidad y un gran trabajo, pero no debe olvidarse que estamos ante la prestación de un servicio con signo

social y estimo que es la única forma en que esta legislación del suelo empiece a coger vuelos. La predicción, como vemos, se está cumpliendo.

3. *El Urbanismo y el Registro de la Propiedad. Repercusiones de éste en la Ley del Suelo.* Como contestación a uno de los nuevos temas incluidos al reformarse el programa de oposiciones a ingreso en el Cuerpo de Registradores de la Propiedad, JOSÉ MARÍA CHICO redactó este trabajo, que incluyó en su libro *Complemento al Derecho Hipotecario y su legislación*, editado en 1974.

Empieza sentando que si el Urbanismo se refiere al estudio de la creación, desarrollo, reforma y progreso de los poblados en orden a las necesidades materiales de la vida humana, es evidente la gran relación que tiene este fenómeno con un instrumento de publicidad tan decisivo como el Registro de la Propiedad.

Tocando el tema del giro social que va adquiriendo el dominio, nos dice que la Ley del Suelo significa un paso avanzadísimo en el cual aquél se ve sometido a un rígido estatuto de limitaciones, atribuyendo a los planes de ordenación urbana el carácter de fuente de derechos que antes parecían emanar del propio concepto del derecho de propiedad, conforme a la tradicional definición del artículo 348 del Código Civil.

Este cuadro de límites dominicales se configura por unos como delimitaciones normales, por otros como verdaderas limitaciones y por otros como cargas, gravámenes o servidumbres de carácter real. El autor, haciendo verdaderos equilibrios y buceando entre varios preceptos de la Ley del Suelo de 1956, llega a afirmar que este conjunto de límites o deberes establecido por la Ley carece de efectos respecto de terceros que adquieren confiados en el contenido del Registro de la Propiedad y expresa sus argumentos, que quizá fueran un tanto atrevidos para aquella época. El caso es que hace una defensa numantina del Registro pese a que aquella Ley de 1956, como nos dice, se redactó con una postura entre ignorante y displicente de la institución registral, ya que sólo se acudía al Registro para solucionar unos pocos casos concretos, pero nada más.

El trabajo se completa para contestar al temario, con el estudio de las diversas operaciones registrales necesarias para llevar a cabo la inscripción de las parcelaciones y reparcelaciones, de acuerdo con la normativa vigente entonces, que ya había recibido un buen balón de oxígeno con el Reglamento de Reparcelaciones, en el que intervinieron Registradores, como vimos.

4. *Lo jurídico y lo urbanístico.* Publicada en 1975 la Ley de reforma de la del Suelo, JOSÉ MARÍA CHICO acusa pronto el retoque y lo estudia en una conferencia en el Seminario de Derecho Hipotecario de Valladolid-Salamanca, que luego publicó en el número 44 de la *Revista de Derecho Urbanístico*, de donde lo tomamos.

La reforma de 1975 merece al autor una aguda crítica. Tras una profun-

da disquisición, con abundante cita de doctrina en la que incluye hasta conocidos pasajes de la literatura universal (nada menos que *El mercader de Venecia*), analiza CHICO la diferencia entre lo que es jurídico *per se* y lo que se entiende por Derecho cuando sólo está apoyado en una norma, pero careciendo de bases éticas o sociales más sólidas. Si el Derecho en sentido propio es siempre justo, la norma puede no serlo en alguna ocasión.

El brillante prólogo le da vía para entrar en el análisis comparativo de la legislación urbanística entonces vigente con los principios que conforman la teoría general del Derecho. Un tanto duro es JOSÉ MARÍA CHICO al dudar y hasta negar en algunos casos a la Ley del Suelo primitiva su concordancia con los principios de certeza, legalidad, seguridad jurídica y de la función social de la propiedad, requisitos todos necesarios para una correcta construcción conceptual de la norma. A la vista de estos defectos iniciales, analiza la reforma propuesta y el resultado es también un tanto deprimente.

Concluye opinando que la Ley de Reforma de 1975 resulta difícil de enjuiciar en materia de posibilidades y omisiones. Desde el punto de vista jurídico, dice, el legislador ha tenido en sus manos una gran ocasión para haber dado forma legal a una nueva normativa del suelo, corrigiendo defectos o introduciendo las novedades precisas. Parece que no lo ve así cuando termina diciendo que se debería haber prolongado el rodaje de la Ley de 1956 hasta madurar un buen sistema con previsión de futuro.

5. *El tráfico inmobiliario en la nueva Ley del Suelo.* La *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* publicó en su tomo I del año 1977 una conferencia que había pronunciado JOSÉ MARÍA CHICO sobre el mismo tema para los Agentes de la Propiedad Inmobiliaria, la cual, como es lógico, estuvo orientada a las actividades propias de estos profesionales.

Para entonces ya había aparecido el texto refundido de la Ley del Suelo de 1976 y a su articulado se refirió el conferenciante, insistiendo en sus conocidas ideas sobre los condicionamientos que esta legislación impone a la titularidad dominical. Las facultades del dominio se ejercerán, decía su artículo 76, dentro de las limitaciones establecidas en la Ley; algo muy distinto de la expresión «sin más» del artículo 348 del Código Civil.

Después de exponer detalladamente los requisitos del tráfico inmobiliario, se refiere a la publicidad registral y entra en materia. Nuevamente afirma que dentro de la Ley del Suelo no se supo encuadrar debidamente la publicidad registral, recogiendo tan sólo en casos aislados. El legislador actual, dice, refiriéndose a la reforma de 1975, ha tratado de corregir aquel semivacio y ha mejorado la redacción de algunos artículos e instaura en la Disposición transitoria 13.^a la posibilidad de una coordinación entre la legislación del suelo y el Registro de la Propiedad.

Esta última Disposición, germen inicial de la futura adaptación, la veía por entonces CHICO llena de dificultades; como tales apuntaba el autor la

existencia de unos principios hipotecarios con los que habría de conjugarse «la absurda base de que parte la Ley del Suelo en cuanto a la configuración de los planes» (sic). Y es que veía difícil incorporar al Registro de la Propiedad el plan como tal, dada su estructura, dimensiones y técnicas especiales, ya que no parte de fincas sino de polígonos. Más factible considera la incorporación al Registro de las fincas y derechos resultantes de la ejecución de los planes; así, desde la certificación inicial, hasta la inscripción definitiva de las fincas, pasando por las notas marginales, anotaciones y asientos donde se pueden reflejar las correspondientes situaciones jurídicas; lo más importante a su juicio es el papel de un sistema calificador que asegure la legalidad de las actuaciones.

6. *La publicidad registral en relación con el Urbanismo y la preho-*
rontalidad. Este trabajo se presentó como comunicación de la Delegación española al III Congreso Internacional de Derecho Registral que se celebró en San Juan de Puerto Rico en 1977 y fue publicado en 1978 por el Instituto de Derecho Registral y Notarial de Puerto Rico.

En la comunicación se expone la función de la publicidad, diciendo el autor que la razón de ser del Registro de la Propiedad es precisamente ser base de esta publicidad, pero no como simple anuncio, sino productora de efectos sustantivos; con esto anticipa otra idea clave y que veremos es el centro de uno de sus últimos trabajos. Sigue diciendo que un registro secreto no pasaría de ser un archivo y si la publicidad no produjese más efecto que la noticia, este registro sólo sería un mero fichero administrativo. Cuando se dice que el contenido del Registro debe ser tenido por exacto mientras no se demuestre lo contrario, estamos aclarando el verdadero contenido de la publicidad y precisando los efectos que ésta produce. El Registro de la Propiedad es un medio técnico a través del cual se proyecta la publicidad en su función de proteger el tráfico jurídico.

Una vez exployado el punto de la publicidad registral y sus efectos, José MARÍA CHICO lo pone en relación con el fenómeno del Urbanismo. Señala como un precepto de excepción respecto a la protección registral el artículo de la Ley del Suelo que señalaba que la enajenación de las fincas no modificará la situación de su titular, quedando el adquirente subrogado «en el lugar y puesto» del anterior propietario en los compromisos que hubiera contraído respecto a la urbanización y edificación. La doctrina administrativa trata de justificar esta especial configuración de la propiedad urbanística en los textos de la Ley del Suelo: El principio de planificación y el juego de una serie de razones sociales del fenómeno del Urbanismo; de ellos se deduce que la propiedad urbana es especial, emana del plan y se traduce en el volumen edificable.

Estudia estos supuestos y viene a centrar la publicidad registral en la fase de ejecución de los planes; la idealización de la urbanización que se

contenía en el plan se transforma y concreta en fincas o unidades registrales y es evidente que la publicidad es entonces importante para la necesaria coordinación de lo que se puede ejecutar y lo que debe respetarse o tenerse en cuenta en la realidad jurídica.

En una de las conclusiones de este trabajo, CHICO resume su tesis diciendo que el Urbanismo ha irrumpido en la vida real bajo el signo de lo administrativo, olvidando que el principio de legalidad debe aceptar en todos sus condicionamientos el ordenamiento legal establecido; ni sus construcciones jurídicas en torno a la propiedad, sus limitaciones, su afección frente a terceros, ni la falta de la publicidad de los planes de ordenación, pueden justificar una descoordinación con la institución registral.

7. «*El Urbanismo y el Registro de la Propiedad*».—Este amplio estudio que se publicó en la *Revista de Derecho Notarial* en enero-marzo de 1978 es uno de los más completos, importantes y mejor contruidos de los que ha escrito sobre el tema JOSÉ MARÍA CHICO.

La grandeza de la función calificadora que el Estado ha conferido al Registrador de la Propiedad, dice el autor para justificar su trabajo, tiene su base única y exclusiva en su condición de jurista; además lo justifica el reto que la legislación urbanística supone para una institución tradicional como el Registro de la Propiedad. Y es que aquí puede radicar la solución técnica de muchos de los problemas que el Urbanismo plantea en ese impresionante e incontenible avance de la «desprivatización del Derecho». El Registro de la Propiedad es una institución que sirve públicamente en forma intertemporal las diferentes etapas por la que la política económica y social de la propiedad atraviesa. Se trata de una institución con permanencia en el tiempo, pues la serie de principios que estructuran el sistema permiten garantizar la seguridad de un derecho sobre una propiedad, sea ésta individual o social.

Para demostrarlo expone una detallada trayectoria histórica de los servicios sociales prestados por el Registro, empeñado por las realizaciones agrarias, de gran efectividad, para seguir ya en el terreno de la vivienda y el Urbanismo, por los que también hace un amplio recorrido.

Después estudia el Urbanismo como fenómeno social y jurídico. Desde que aparece, el Urbanismo está marcado por la idea de lo social que se manifiesta en que sus normas pretenden constituir un auténtico «estatuto de la propiedad» basado en el plan de ordenación y el juego de requisitos y licencias que permiten su realización. El aspecto jurídico se manifiesta en el mismo concepto de la propiedad diciendo que sus facultades se ejercerán dentro de los límites y con el cumplimiento de los deberes establecidos en la propia Ley del Suelo y en los planes de ordenación, con arreglo a la calificación urbanística de los predios. Así pues, CHICO ve a la propiedad urbana como especial, con facultades que más bien emanan del plan y con un nuevo dato importante que es el volumen edificable.

A los efectos de la publicidad, el autor desarrolla la dogmática de las limitaciones del dominio, propugnando que las cargas precisan para su efectividad frente a terceros la debida constancia en el Registro, criticando el precepto que subroga al adquirente en el «puesto» del anterior en todo caso a los efectos urbanísticos.

Tal como lo hiciera en otra ocasión, JOSÉ MARÍA CHICO pone en tela de juicio que la Ley del Suelo entonces vigente estuviera de acuerdo con los principios jurídicos de certeza, publicidad y seguridad jurídica. Piensa que esta Ley hubiera podido muy bien estructurarse dentro del conjunto normativo vigente y ser lo suficientemente flexible para ir adaptando sus principios y normas a la realidad de un ordenamiento vivo.

Con arreglo a estas ideas el autor reflejaba las realidades presentes en aquel momento en cuanto a las relaciones del Derecho Urbanístico y el Registro de la Propiedad y exponía sus deseos de que la celebrada Disposición Transitoria 13.^a se plasmara en la realidad de una mayor concordancia que, como sabemos, se ha hecho esperar bastante y aún no está completa.

8. «*El Urbanismo y la necesaria publicidad registral*». Fue una de las comunicaciones que el autor presentó al IV Congreso Internacional de Derecho Registral, celebrado en México en 1980.

En la trayectoria histórica inicial se expone cómo apareció en España esta regulación especial urbanística, caracterizada, según CHICO, por suponer una desviación frente a los principios jurídicos generales, escasa precisión de los conceptos, olvido de la realidad social y falta de unidad y coherencia legislativa. Las primeras leyes del suelo trataron de modo insuficiente la publicidad registral, aunque reconoce que este alejamiento se corrigió después parcialmente en los Reglamentos dictados para su aplicación.

Promulgada ya por entonces la vigente Constitución Española, CHICO ORTIZ examina la postura de ésta respecto a la propiedad y sus delimitaciones por razones de orden social, para resaltar la urgencia de una regulación que ponga la normativa urbanística acorde con tales principios. Para ello debe considerarse necesaria la publicidad registral con el fin de que el Urbanismo pueda aprovechar los grandes avances de la técnica registral para asegurar, a través de la calificación, el respeto a la Ley del Suelo. Con la adaptación de sus normas a las del ordenamiento hipotecario se lograría además la seguridad en el tráfico y la debida claridad y transparencia de la institución de la propiedad.

Termina su comunicación diciendo que las garantías del cumplimiento de los planes y de las obligaciones impuestas, evitando también la indebida invasión de los derechos de los particulares, son medidas que encajan perfectamente dentro de la sistemática de los Registros jurídicos de bienes. Esto se basa tanto en su propia estructura como porque se verifica la legalidad de la acción a través de la calificación de un funcionario indepen-

diente y responsable que así colabora en el mantenimiento del orden social y en la formación de los conceptos jurídicos de la sociedad.

9. «*La propiedad urbanística y el Registro de la Propiedad*». Poco tiempo después de promulgarse la Ley 8/1990, de 25 de julio, de Reforma del Régimen Urbanístico y de Valoraciones del Suelo, se produjeron múltiples estudios, conferencias y reuniones para analizarla. Un ciclo muy interesante se desarrolló en el Colegio de Registradores y allí tuvieron lugar varias importantes intervenciones según se iban defendiendo las distintas ponencias; recuerdo unas apostillas muy vivas de JOSÉ MARÍA CHICO. Este plasmó por escrito sus ideas en este trabajo, que se publicó en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* número 602, enero-febrero de 1991.

La importancia de esta Ley en la norma que introdujo sobre publicidad registral del Urbanismo es decisiva en cuanto que por fin se daba cumplimiento al propósito expresado quince años antes de armonizar ambas legislaciones, regulando ya de un modo más completo y organizado, con rango legal, el acceso al Registro de un amplio cuadro básico de situaciones jurídicas urbanísticas.

El autor analiza los caracteres de esta nueva Ley, a la que sigue considerando excesivamente técnica, con unas ideas de función social y un contenido más bien económico que jurídico de la propiedad. Uno de los principales escollos es la concurrencia de las competencias de las Comunidades Autónomas, por lo que esta Ley no es de aplicación íntegra a todo el territorio nacional, teniendo que hacerse una distinción entre normas directamente aplicables, otras básicas y otras supletorias. Señala sus inconvenientes y ventajas, entre éstas la principal es la busca de publicidad de las situaciones y limitaciones, poniendo en conexión los actos administrativos con el Registro de la Propiedad. Entiende CHICO que en esta Ley se ha reconocido que la actividad administrativa urbanística estaba distanciando su problemática de la institución registral. Esta, aparte su tradición histórica, tiene la confianza del público y por eso esta Ley ha variado la idea y ya comienza a contarse con el Registro como elemento que permite soluciones que contribuyen a resolver problemas de titularidad, cargas, publicidad y regularización de la propiedad.

Crítica la concepción que la nueva Ley tiene de la propiedad urbana a la que, según CHICO, ha dejado vacía de contenido, pues el derecho a urbanizar, al aprovechamiento y a la edificación depende siempre de la necesaria licencia. Se le ocurre el símil de la escalera: el propietario debe ir subiendo peldaño a peldaño por esa escalera de estadios sucesivos que la Ley le ofrece; cuando llega al final, siempre mediando licencias, hace suya la edificación, pero no por la acusación civil, sino por la ordenación urbanística. Si no sube debidamente, si se detiene o baja, ya sabe a lo que se expone, a sufrir las consecuencias administrativas correspondientes.

En el punto concreto de la coordinación con el Registro en la nueva Ley, examina las normas de la publicidad contenidas en la Disposición Adicional y la constancia registral de las edificaciones, ahora objeto de una rígida pero necesaria regulación.

JOSÉ MARÍA CHICO, que escribió este trabajo pocos meses después de promulgarse la Ley, no se atrevió a dar un pronóstico sobre su efectividad, dejando al tiempo por testigo.

10. «*Publicidad efecto y publicidad noticia*». Según el Texto refundido de la Ley del Suelo de 1992 se harán constar por nota marginal las condiciones especiales de concesión de licencias y los actos de transferencia y gravamen del aprovechamiento urbanístico. Así se dispone en los números 4 y 5 del artículo 307, en relación con el número 3 del artículo 309.

Precisamente estos preceptos son los que motivan el trabajo que ha publicado JOSÉ MARÍA CHICO en la *Revista de Derecho Privado* de febrero de 1994 y que se reproduce en el *Boletín del Colegio de Registradores* del mes de abril siguiente.

En efecto, el número 3 del artículo 309 de la Ley del Suelo de 1992 señala que estas notas marginales «no producirán otro efecto que dar a conocer la situación urbanística en el momento a que se refiere el título que las origina». Esta disposición es fuertemente criticada por JOSÉ MARÍA CHICO diciendo que resulta auténticamente paradójico que se permita hacer constar algo en el Registro para luego negarle cualquiera de los efectos que sus pronunciamientos producen, dejando reducida su fuente de eficacia a una información, una divulgación, una noticia; para eso es mejor no hacer constar nada y con ello no se entorpece el tráfico jurídico ante la posible creencia de aquel que, acostumbrado a fiarse de lo que en el Registro se dice, se lleva la sorpresa de que de lo dicho no hay nada. Al mismo resultado, dice, llega la Ley Hipotecaria respecto a los derechos personales y las menciones en su artículo 98, ya que les niega efectos si indebidamente se han hecho constar; pero en estos casos se parte de una prohibición y en el presente de una permisión.

Por eso opina que la solución que se ha dado es raquítica, ineficaz, lleva a un enorme confusionismo, es atentatoria a los principios fundamentales del sistema, no se ajusta a la legalidad vigente y, a su entender, va a crear problemas y más conflictos que soluciones. Y se reafirma en que un Registro jurídico no puede tener otra publicidad que la que produce efectos, pues en otro caso se convertiría en uno administrativo o híbrido que va contra su normativa, sería inconstitucional y no añadiría ninguna garantía a la persona que lo consultase.

En consecuencia, entiende que la publicidad noticia debe ser interpretada restrictivamente, quedando sólo limitada a los casos estrictos que marca la Ley del Suelo; entonces, la función calificadora debe ser riguro-

sísima y rechazar toda nota marginal que refleje sólo situaciones temporales y advirtiendo en su redacción que no produce ningún efecto sustantivo, como las menciones o los derechos personales, sino que sólo sirve de información de situaciones que pueden ser inexactas y sin protección por los tribunales.

11. «*Estudios sobre Derecho Hipotecario*». En su edición de 1994, JOSÉ MARÍA CHICO introduce en los temas correspondientes las variaciones que se han producido después del Texto refundido de la Ley del Suelo de 1992. En el tema 37 recoge la nueva regulación de las inscripciones de obra nueva y en otro lugar lo pertinente al derecho de superficie, como puntos principales. Pero el tema central de las relaciones del Urbanismo con el Registro de la Propiedad se trata en el tema 35, donde se expone toda la regulación contenida en los artículos 307 a 310 de la Ley.

La opinión que la nueva Ley merece al autor se podría resumir en un inconformista «sí, pero...». En efecto, recibe bastante bien que ya se dé entrada abiertamente a todo un sistema de publicidad registral que antes se había regateado. Pero critica los puntos siguientes:

- El mantenimiento, que se sigue haciendo en el artículo 22 de la Ley, de la norma según la cual el adquirente de una finca queda «en el lugar y puesto» del anterior propietario en los derechos y deberes vinculados al proceso de urbanización. Entiende el autor que esto debía estar coordinado con las reglas generales de la publicidad registral.
- La desafortunada expresión del artículo 307-3 de que las notas marginales «solamente» sirven para dar a conocer la situación urbanística de las fincas. Ya hemos visto en el trabajo anterior la postura de CHICO sobre la llamada publicidad noticia.
- Entiende que se deja sin contenido el derecho de propiedad en cuanto se supedita la posibilidad de edificar al cumplimiento de las fases urbanísticas que señala el artículo 23 y que exigen en todo caso las licencias administrativas correspondientes.
- Y falta la reglamentación complementaria que desarrolle la norma legal.

Una vez más JOSÉ MARÍA CHICO, estudioso del Urbanismo, muestra su crítica constructiva. Tiene el mejor deseo, que nadie le puede discutir, de acercarse al mayor perfeccionamiento posible del sistema. Estos estudios críticos también han valido para la mejor adaptación de los sistemas hipotecario y urbanístico. Por eso, por igual hemos de agradecer la aportación que supone, al lado de la actitud colaboradora de los compañeros que antes hemos citado.

VI. CONCLUSION

Para hacer este resumen de la actuación registral en materia urbanística he recogido las fuentes a mi alcance y he preguntado hasta la pesadez a todos aquellos que han podido darme sus vivencias y recuerdos, lo que agradezco fervorosamente.

Quisiera haberme aproximado todo lo posible a la realidad, aunque el acierto total no es posible entre humanos y menos aún en mi caso, por lo que pido perdón de nuevo. Lo que me gustaría es haber reflejado, al menos de modo suficiente, lo que por profesión o vocación han llevado a cabo los Registradores en esta esfera social del Urbanismo, sin olvidar a ninguno.

Una vez más, como dijimos antaño al hablar del agrarismo, creo que ha quedado claro que el Registro no es sólo una oficina al servicio de una propiedad individualista, sino que cada vez más se acentúa su carácter de cooperador para propiciar y defender realidades sociales. Igualmente reiteramos que si el ordenamiento jurídico es único, el Registro de la Propiedad puede recibir por igual las construcciones civiles y las administrativas, sin desdoro de su función específica, en cuanto lo exija la publicidad de las nuevas concepciones funcionales de la propiedad.

Terminamos expresando nuestra esperanza de que el prestigio que hasta ahora han conseguido nuestros compañeros se consolide y aumente en el futuro por los Registradores venideros que sabrán mantener este contenido social del Registro de la Propiedad.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS
Registrador de la Propiedad

APENDICE

LIBROS O TRABAJOS PUBLICADOS POR REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD EN MATERIA DE URBANISMO

Autores, por orden alfabético:

AMENGUAL PONS, PEDRO JOSÉ: *El derecho de superficie y el volumen de construcción en relación con el Registro de la Propiedad*, Comunicación al III Congreso Internacional de Derecho Registral, editada por el Instituto de Derecho Registral y Notarial, Puerto Rico, 1978.

— «El derecho de superficie en la Ley del Suelo y en la legislación hipotecaria», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 532.

ALVAREZ ROMERO, CARLOS-JESÚS: *La ley sobre centros y zonas de interés turístico nacional y el Registro de la Propiedad*, Conferencia en Tarragona, Instituto de Estudios Jurídicos, vol. II.

- AMORÓS GUARDIOLA, MANUEL: *Sobre el Derecho Inmobiliario Registral y su posible autonomía*, Centro de Estudios Hipotecarios del Colegio de Registradores, Madrid, 1967.
- «Aspectos registrales de las urbanizaciones», en *Revista de Derecho Urbanístico*, núm. 62.
- ANGULO RODRÍGUEZ, JAVIER: «El Urbanismo y el Registro de la Propiedad; repercusiones en éste de la legislación sobre el suelo», en *Boletín del Centro de Estudios Registrales de Granada*, 1992.
- «La propiedad urbana: orientaciones actuales», en el mismo *Boletín*, año 1992.
 - «Derecho de superficie y transferencias de aprovechamientos urbanísticos en el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales», en el mismo *Boletín*, año 1993.
- ARNAIZ EGUREN, RAFAEL: «La planificación urbanística y el Registro de la Propiedad». Ponencia en el IV Congreso Internacional de Derecho Registral, Colegio de Registradores, Madrid, 1981.
- «La gestión urbanística y el Registro de la Propiedad», Ponencia en las Jornadas sobre Urbanismo y publicidad registral, Ayuntamiento de Valladolid, 1988.
 - «El acceso al Registro de la Propiedad de las transferencias de aprovechamiento urbanístico», Conferencia incluida en el tomo *Estudios sobre la reforma de la Ley del Suelo*, Colegio de Registradores, Madrid, 1991.
 - «Aspectos registrales de la expropiación forzosa», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 610, mayo-junio 1992.
 - «Aspectos civiles y registrales de la declaración de obra nueva. El alcance y significado del artículo 25 de la Ley de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo de 25 de junio de 1990», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, noviembre-diciembre 1991.
 - «El aprovechamiento urbanístico. La inscripción en el Registro de la Propiedad de su adquisición y de su transferencia», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, marzo-abril 1994.
- BENAVIDES DEL REY, JOSÉ LUIS: «Algunas consideraciones sobre el Registro de la Propiedad y su papel en la política de urbanismo», en *RCDI*, núm. 538, mayo-junio 1980.
- BONILLA ENCINA, JUAN FRANCISCO: «Titularidades delimitadas en la propiedad rústica y urbana: Su publicidad registral», Conferencia en el Seminario de Derecho Hipotecario de Valladolid-Salamanca, 1968-1969.
- BURGOS BRAVO, IGNACIO: «Problemas registrales del derecho de superficie y de la propiedad superficiaria», Comunicación, en colaboración con ALVARO JOSÉ MARTÍN MARTÍN al V Congreso Internacional de Derecho Registral, Madrid, 1985.
- CABELLO DE LOS COBOS MANCHA, LUIS MARÍA: *Régimen jurídico del suelo en Canarias*, editado por el Colegio de Registradores, Madrid, 1991.
- «Derecho de superficie: Diversidad especificativa y régimen jurídico», en colaboración con FERNANDO CABELLO DE LOS COBOS, Comunicación al V Congreso Internacional de Derecho Registral, Madrid, 1985.
 - «Disciplina urbanística y protección del consumidor», en el libro *Jurisprudencia autonómica y disciplina urbanística*, editado por el Colegio de Registradores, Madrid, 1991.

- «Urbanismo, publicidad registral y protección de los consumidores», en *RCDI*, núm. 620, enero-febrero 1994.
- CADENABA GOYA, JOSÉ MARÍA: «El derecho de superficie y el Registro de la Propiedad», en colaboración con EMILIO GARCÍA PUMARINO RAMOS, Comunicación al V Congreso Internacional de Derecho Registral, Madrid, 1985.
- CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, BUENAVENTURA: «Connotaciones hipotecarias de la Ley del Suelo», en *RCDI*, núm. 604, mayo-junio 1991.
- CARBONELL SERRANO, VICENTE: «Mas sobre la Ley del Suelo», en *Lunes* 4,30, núm. 62.
- CENTRO DE ESTUDIOS REGISTRALES DE GRANADA: «División y segregación de terrenos», en el *Boletín* de dicho Centro, año 1993, pág. 288.
- COLEGIO DE REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD Y MERCANTILES DE ESPAÑA: *Ponencias y comunicaciones de los diversos Congresos Internacionales de Derecho Registral*, 1972-1992.
- CORRAL DUEÑAS, FRANCISCO: «La publicidad inmobiliaria en la ordenación del territorio», en colaboración con LASO MARTÍNEZ, en *RCDI*, núm. 555, marzo-abril 1983.
- «La parcelación del suelo periurbano», Ponencia al IV Congreso Nal. de Derecho Agrario, 1994.
- CHICO ORTIZ, JOSÉ MARÍA: *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1994.
- «El urbanismo y el Registro de la Propiedad», en la *Revista de Derecho Notarial*, enero-marzo 1978.
- «El urbanismo y la necesaria publicidad registral», en el libro *Ponencias y comunicaciones al IV Congreso Internacional de Derecho Registral*, Colegio de Registradores, Madrid, 1981.
- «La publicidad registral en relación con el urbanismo y la prehorizontalidad», Comunicación al III Congreso Internacional de Derecho Registral, editado por el Instituto de Derecho Registral y Notarial de Puerto Rico, 1978.
- «La propiedad urbanística y el Registro de la Propiedad», en *RCDI*, núm. 602, enero-febrero 1991.
- *Complemento al Derecho Hipotecario y su legislación*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1974.
- «La publicidad efecto y la publicidad noticia», en *Revista de Derecho Privado*, febrero 1994, pág. 145.
- «El tráfico inmobiliario en la nueva Ley del Suelo», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo I, núm. 5, pág. 435.
- «El derecho de propiedad ante la nueva legislación urbanística», en *Revista de Derecho Urbanístico*, 1973, pág. 97.
- CHINCHILLA RUEDA, RAFAEL: «La parcelación de fincas rústicas con fines urbanísticos y sus problemas», en *Revista de Derecho Español y Americano*, octubre-diciembre 1966.
- DELGADO ROLLÁN, ISIDORO: «Reparcelación por compensación. ¿Actos reparcelatorios parciales o por fases?», en *RCDI*, 1982, pág. 1339.
- DIE LAMANA, FRANCISCO JAVIER: «Reparcelaciones», en *Boletín del Colegio Nacional de Registradores*, enero 1970, núm. 43, pág. 13.

- DE FUENTES SANCHÍS, NARCISO: «El Registro de la Propiedad y las actuaciones urbanísticas», en *RCDI*, 1973.
- «Registro de la Propiedad y urbanismo», Ponencia en el I Congreso Registral, Madrid, 1961. Editado por el Colegio de Registradores.
 - Redactó el *Programa de Actuación y Régimen del Suelo* para el Plan General de Ordenación Urbana del Area Metropolitana de Madrid, aprobado por Decreto de 26 de diciembre de 1963, número 3655.
 - En diciembre de 1963 redactó el anteproyecto de Estatutos para la Asociación Mixta de Compensación, «AZCA».
 - Redactó en febrero de 1964 una *Memoria sobre Política del Suelo* para la Dirección General de Urbanismo.
 - Redactó el Proyecto de Decreto número 489/1964, de 20 de febrero, por el que se determina el Régimen de Urbanización de la Zona Comercial de la Avenida del Generalísimo en Madrid.
 - Redactó la Ponencia sobre «Estudio de la especulación de terrenos y solares aptos para la edificación de viviendas», para el Segundo ciclo de Seminarios del Instituto Nacional de la Vivienda, en 1965.
 - Redactó en febrero de 1967 una *Memoria de bases para el control del suelo*.
 - Por encargo del Excmo. Sr. Alcalde de Madrid emitió un dictamen sobre *Actuación urbanística en la Avenida de la Paz*, con el objetivo de su «plena urbanización»: asentamiento de población, ordenación y urbanización con desarrollo comunitario del Sector. Y redactó el anteproyecto del Decreto número 1032/1968, de 11 de mayo *Para la Ordenación y Urbanización de la Avenida de la Paz*.
 - Redactó en 1968 el Prólogo al libro de don FRANCISCO JAVIER DIEZ MONTERO *Parcelaciones y Reparcelaciones Urbanísticas*, Madrid, 1968.

Conferencias:

- «La Reforma Hipotecaria y la Jurisprudencia Registral», en el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos de Madrid el 14 de marzo de 1956.
- «Problemas de Expropiación Forzosa» en la Academia Matritense del Notariado, del Ilustre Colegio Notarial de Madrid el 3 de junio de 1958.
- Siete lecciones en el Cursillo de Derecho y gestión urbanística a la II Promoción de Técnicos de Administración Civil 1962-1963, en la Escuela de Funcionarios de Alcalá de Henares.
- «La Propiedad Privada. Registro de la Propiedad y Catastro», el 5 de marzo de 1963. en el Instituto de Estudios Agro-Sociales, Curso de Problemas del desarrollo rural y reformas agrarias.
- «En torno al Urbanismo. Política del Suelo y Registro de la Propiedad», en el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos el 15 de marzo de 1963.
- «Problemas de la concentración urbana» el 17 de mayo de 1965 en la XXIV Semana Social de España, locución segunda, *Concentración regional y comarcal*.
- «Edificación Forzosa» el 1 de febrero de 1966, en el Curso sobre *Proble-*

- mas del Urbanismo Moderno*, del Instituto de Estudios de Administración Local.
- «Un caso práctico de urbanismo: el Centro Comercial de Madrid», el 5 de diciembre de 1968 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca.
 - EGEA IBÁÑEZ, RICARDO: «Expropiación urbanística», en *Lunes* 4,30, núm. 46.
 - GARCÍA-ARANGO Y DÍAZ-SAAVEDRA, CÉSAR: «El Derecho de superficie con reversión parcial de lo edificado como solución aplicable registralmente al cambio de suelo por vuelo», Comunicación al V Congreso Internacional de Derecho Registral, Madrid, 1985.
 - «Actuación de los principios de subrogación real y tracto sucesivo en las reparcelaciones urbanísticas», Jornadas sobre urbanismo y publicidad registral, Ayuntamiento de Valladolid, 1988.
 - GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL: *Derecho Inmobiliario, Registral o Hipotecario*, Editorial Cívitas, Madrid, tomo I, 1988, tomo II, 1993.
 - «La reparcelación y la compensación en relación con el Registro de la Propiedad», en *RCDI*, núms. 565, 567 y 576, noviembre-diciembre 1984, marzo-abril 1985 y septiembre-octubre 1986.
 - «Problemas que plantea la llamada cancelación de asientos posteriores a la nota marginal de reparcelación o compensación», en *RCDI*, núm. 618, septiembre-octubre 1993.
 - *Código de legislación hipotecaria y del Registro Mercantil*, Editorial Cívitas, Madrid, 1986.
 - «El tópico tema de las notas marginales de oficina, sucedáneas y de modificación jurídica», en *RCDI*, núm. 605, julio-agosto 1991.
 - GARCÍA-PUMARINO RAMOS, EMILIO: «El derecho de superficie y el Registro de la Propiedad», en colaboración con JOSÉ MARÍA CADENABA GOYA, Comunicación al V Congreso Internacional de Derecho Registral, Madrid, 1985.
 - GÓMEZ DURA, MARÍA DEL CARMEN: «Urbanismo y Registro de la Propiedad», en *Lunes* 4,30, pág. 24 del núm. 112.
 - GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS: *El registro municipal de solares*, 1965.
 - *La expropiación forzosa por razón de Urbanismo*, 1965.
 - «El principio de subsidiariedad en la Ley del Suelo», en el libro homenaje a SEGISMUNDO ROYO VILANOVA.
 - «Los planes de ordenación urbana de iniciativa particular», Conferencia en el Colegio de Registradores, 1973.
 - *Los planes de urbanismo*, 1974.
 - «La ordenación del suelo en la Comunidad Europea y su comparación con la legislación española», Conferencia en el Colegio, 1975.
 - *Las licencias de urbanismo*, 1978.
 - *El nuevo régimen de planeamiento urbanístico*, 1982.
 - *Comentarios a la Ley del Suelo*, Editorial Cívitas, Madrid, 1981 y 1993.
 - *Comentarios a la Ley de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo*, Editorial Cívitas, Madrid, 1991.
 - *Comentarios a la Ley del Suelo. Texto-refundido de 1992*, Editorial Cívitas, Madrid, 1993.
 - «Los efectos de la inscripción en el Registro Municipal de Solares», en *RCDI*, año 1985.

- GONZÁLEZ SALINAS, JESÚS: *Sistema de compensación y terceros adquirentes de suelo*, Tesis doctoral, Editorial Montecorvo, Madrid, 1987.
- «Las plusvalías urbanísticas: sistematización del alcance del art. 47 de la Constitución Española», en *Estudios de homenaje al Profesor GARCÍA DE ENTERRÍA*.
 - GOSÁLVEZ SIMBOR, INMACULADA: «El Urbanismo y el Registro de la Propiedad», en *Lunes 4,30*, núm. 80, pág. 32.
 - «La propiedad urbana», en *Lunes 4,30*, núm. 78, pág. 20.
 - HERNÁNDEZ CRESPO, CARLOS-MIGUEL: «Aproximación registral a la Ley del Suelo», Ponencia en el Seminario de Derecho Hipotecario de Valladolid, Salamanca. 1970.
 - LASO MARTÍNEZ, JOSÉ LUIS: *Derecho Urbanístico en tres tomos*, Editorial Montecorvo.
 - *Diccionario Jurídico Espasa-Calpe*, Voces de Urbanismo, año 1992.
 - Publicación colectiva del Ayuntamiento de Madrid: *Curso sobre el Texto Re-fundido de la Ley del Suelo de 26 de junio de 1992* (año 1993). *Urbanismo y Registro de la Propiedad* (págs. 83 y sigs.).
 - Publicaciones colectivas del Colegio de Registradores: «Estudios sobre la Reforma de la Ley del Suelo de 1991», en *La anotación en materia de urbanismo de la Ley 8/1990*
 - Jornadas sobre tipos especiales de garantía hipotecaria (año 1993). «Hipotecas sobre bienes sujetos a procesos de urbanización o edificación».
 - *Estudios Jurídicos en Homenaje a TIRSO CARRETERO* (año 1985), en «Ilícitud administrativa y validez civil».
 - Comunicaciones al Congreso Internacional de Derecho Registral de Madrid, en *El derecho de superficie en el ámbito urbanístico* (tomo I, pág. 519).
 - *Estudio en Homenaje de don JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ*, Editorial Cívitas, 1993, en «Cautelas registrales para el proceso contencioso-administrativo».

Estudios monográficos.

1) *En la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario.*

- «Régimen de la acción concertada en la agricultura» (año 1965, núm. 442, pág. 363).
- «Algunos aspectos registrales de la acción administrativa en general y de los actos de reparcelación en particular» (año 1975, núm. 510, pág. 1053).
- «La publicidad inmobiliaria en la ordenación del territorio», en colaboración con don FRANCISCO CORRAL DUEÑAS (año 1983, núm. 555, pág. 313).
- «Dictamen sobre el contenido de un proyecto de compensación respecto a los propietarios no adheridos a la Junta. Inscripción en el Registro» (año 1986, núm. 573, pág. 395).
- «Enfiteusis sobre fincas afectadas por Planes de Ordenación» (año 1987, núm. 578, pág. 47).
- «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» (año 1990, núm. 601, pág. 521).

- «Venta de terrenos afectados por vínculo de inedificabilidad» (año 1993, núm. 616, pág. 935).
- «De la propiedad de casas por pisos a los conjuntos inmobiliarios» (1993, núm. 619, pág. 1823 y sigs., número monográfico en homenaje a don JERÓNIMO GONZÁLEZ).

2) *En la Revista de Derecho Urbanístico:*

- «Dictamen sobre el cumplimiento temporal de las obligaciones de urbanizar y edificar» (1974, núm. 37, pág. 93).
- «Los estudios de detalle, nueva figura legal del planeamiento» (1975, núm. 43, pág. 41).
- «Dictamen sobre relaciones de vecindad dimanantes de urbanizaciones privadas sujetas a un Plan de Ordenación» (1976, núm. 47, pág. 97).
- «Dictamen sobre la cesión del 10 por 100 del aprovechamiento medio en los sectores comprendidos en planes parciales aprobados antes de la entrada en vigor de la Ley de 2 de mayo de 1975» (1981, núm. 74, pág. 75).
- «Las anotaciones preventivas de origen administrativo creadas por Ley de 25 de julio de 1990» (1991, núm. 122, pág. 65).

3) *Revista de la Administración Pública:*

- «La reparcelación como instrumento para corregir situaciones de abuso de derecho. Situaciones de abuso de derecho en el Derecho Urbanístico» (1974, núm. 73, pág. 95).

4) *Revista Española de Derecho Administrativo, Cívitas:*

- «Cautelas registrales para el proceso contencioso-administrativo» (1993, núm. 77, pág. 71).

5) *Razón y fe:*

- «Sobre la reforma de la Ley del Suelo» (1976, pág. 229).

6) *Boletín del Colegio Nacional de Registradores:*

- «Aportaciones al proceso urbanístico».

Conferencias y cursos:

- Ha impartido Cursos de Urbanismo en el Instituto de Administración Local de Madrid, y en la Delegación del mismo en Andalucía Oriental, Escuela Libre de Economía y Derecho de Madrid, Escuela Superior de Arquitectura de Barcelona, Universidad Carlos III de Madrid, Centro de Estudios Universitarios San Pablo de Madrid, y Ayuntamientos de Madrid y Valladolid.
- Ha dado conferencias sobre temas inmobiliarios, registrales y urbanísticos en

- distintos centros e instituciones públicas y privadas, tales como en la Universidad Complutense en San Lorenzo de El Escorial, Colegio Notarial de Granada, Colegios de Abogados de Barcelona, Bilbao, Murcia y Valladolid.
- LEYVA Y ANDÍA, ANTONIO: «Urbanismo concertado», Conferencia en el Colegio de Registradores, 1973.
- MANZANO SOLANO, ANTONIO: *Derecho Registral Inmobiliario*, Colegio de Registradores, Madrid, 1991.
- «Ordenación sistemática de las normas registrales de urbanismo», en *Lunes* 4,30, núms. 154 y 155.
- MARCOS JIMÉNEZ, MARTÍN: *Parcelaciones, reparcelaciones y el Registro de la Propiedad*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1976.
- «Parcelaciones de fincas y el Registro de la Propiedad», en el libro *Jornadas sobre urbanismo y publicidad registral*, editado por el Ayuntamiento de Valladolid, 1988.
- «Parcelaciones y reparcelaciones en el Registro de la Propiedad», en *Revista de Derecho Urbanístico*, núm. 49.
- «Parcelaciones de fincas en el Registro de la Propiedad», en *Revista de Derecho Urbanístico*, núm. 112.
- «Reparcelaciones urbanísticas y su relación con el Registro de la Propiedad», en *RCDI*, año 1971.
- «Necesidad de la licencia municipal para la inscripción en el Registro de la Propiedad de las escrituras de división de terrenos urbanos», en *RCDI*, 1973.
- MARTÍN MARTÍN, ALVARO-JOSÉ: «Problemas registrales del derecho de superficie y de la propiedad superficiaria», en colaboración con IGNACIO BURGOS BRAVO, Comunicación al V Congreso Internacional de Derecho Registral, Madrid, 1985.
- MENÉNDEZ HERNÁNDEZ, JOSÉ: «La publicidad inmobiliaria y la planificación urbanística», Ponencias y comunicaciones al IV Congreso Internacional de Derecho Registral, Colegio de Registradores, Madrid, 1981.
- MESA MARTÍN, FRANCISCO: «El derecho de superficie», Comunicación al V Congreso Internacional de Derecho Registral, Madrid, 1985.
- MIQUEL CALATAYUD, JOSÉ ANTONIO: «Consideraciones sobre el derecho de superficie en el ordenamiento jurídico español», Comunicación al V Congreso Internacional de Derecho Registral, Madrid, 1985.
- PÉREZ PASCUAL, EDUARDO: «Aspectos registrales de las parcelaciones y reparcelaciones», en *RCDI*, 1983.
- PRESA DE LA CUESTA, ALFONSO: «Causas del desinterés social en España por la propiedad superficiaria», Comunicación al V Congreso Internacional de Derecho Registral, Madrid, 1985.
- PRETEL SERRANO, JUAN JOSÉ: «La nota marginal de la situación jurídica de las fincas en la Ley 8/1990», en el libro *Estudios sobre la reforma de la Ley del Suelo*, Colegio de Registradores, Madrid, 1991.
- «La intervención del técnico competente del art. 25.2 de la Ley 8/1990 de 25 de julio, sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo», Conferencia en el Colegio de Arquitectos de Alicante, Publicada en *RCDI* núm. 607, noviembre-diciembre 1991.

- REGUERA SEVILLA, JOAQUÍN: «Mecánica de la Ley del Suelo en relación con el Código Civil y la legislación hipotecaria», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo XIV, página 246.
- «La legislación urbanística y sus repercusiones en el Derecho Civil», en *Estudios de Derecho Privado*, 1962.
- REY PORTOLÉS, JUAN MANUEL: «Conclusiones sobre división y segregación de terrenos», en *Lunes 4,30*, núm. 109, pág. 37, núm. 115, pág. 31.
- DE LA RICA Y ARENAL, RAMÓN: *Realidades y problemas en nuestro Derecho Registral Inmobiliario*, Discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, leído el 12 de marzo de 1962.
- RUANO BORRELLA, JUAN PABLO: «Esquema de la regulación del derecho de superficie en el ordenamiento jurídico español. El derecho de sobreelevación y profundización. Aspectos sustantivos y registrales», Comunicación al V Congreso Internacional de Derecho Registral, Madrid, 1985.
- RUIZ-RICO MÁRQUEZ, JUAN FRANCISCO: «Las parcelaciones urbanísticas y el Registro de la Propiedad», en *Boletín del Centro E.R. de Granada*, año 1993.
- UTRERA RAVASSA, CAYETANO: «El aprovechamiento urbanístico en suelo sin aprovechamiento», Comunicación al V Congreso Internacional de Derecho Registral, Madrid, 1985.
- «La nota marginal del artículo 169 del Reglamento de Gestión Urbanística», en *RCDI*, núm. 547, noviembre-diciembre 1981.

DICTAMENES Y NOTAS

El carácter personal o real del pacto de indivisión

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO: EL INTERES DE LA CUESTION.—II. LA PRETENDIDA EFICACIA PERSONAL.—III. LOS EFECTOS REALES DEL PACTO DE INDIVISION: A) LA VINCULACIÓN DE LOS TERCEROS. B) LA MODIFICACIÓN DEL CONTENIDO DEL DERECHO. C) LA NATURALEZA DE LAS OBLIGACIONES DERIVADAS DEL PACTO. D) LA POSIBLE INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD.

I. PLANTEAMIENTO: EL INTERES DE LA CUESTION

Goza de amplio predicamento la concepción de la comunidad de bienes como una fuente constante de conflictos. *Communio mater rixarum est*, se ha venido afirmando secularmente; garantizándose al comunero en el Derecho romano la posibilidad de salir de la comunidad en cualquier momento, mediante el ejercicio de la *actio communi dividundo* (1). Y así pasó, en líneas generales, a nuestro Derecho. Buena cuenta de ello la da el Código alfonsoino, viniendo a consagrar el principio de que cualquiera de los condóminos puede pedir, en cualquier momento, la división de la cosa común (2). En este sentido, el artículo 400 del Código Civil es un fiel exponente de esta ausencia de obligación, o mejor de vinculación (3), a permanecer en comunidad, cuando establece que ningún copropietario estará obligado a permanecer en la comunidad, pudiendo cada uno de ellos pedir en cualquier tiempo que se divida la cosa común.

No obstante, lo mismo en el Derecho romano que en nuestro Código,

(1) *Codex*, lib. III, tít. 37, ley 5; *Digesto*, lib. X, tít. III, leyes 8 y 14.

(2) Ley 3, tít. V, Part. 5.^a y leyes 27, tít. V y 35, tít. XI, Part. 3.^a

(3) JOSÉ M.^a MIQUEL GONZÁLEZ: *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO; t. V, vol. 2, pág. 439, comentando el art. 400 CC, habla de «ausencia de una vinculación jurídico-obligacional a permanecer en la comunidad».

se admite la posibilidad de que los distintos propietarios de una cosa acuerden la indivisión del bien. Lo que, en esencia, significa la renuncia voluntaria al ejercicio de la acción divisoria. Entre otros aspectos conviene destacar, amén de dicha voluntariedad, la temporalidad de tal abdicación. El párrafo segundo del aludido precepto sanciona la validez de dicho pacto siempre que su duración no exceda de diez años. De lo que se trata es de verificar si un acuerdo de tales características produce efectos tan sólo entre las partes que lo conciertan o si, por el contrario, cabe hacerlos extensivos a otras personas más allá del reducido círculo constituido por los contratantes. Dicho de otro modo, si el pacto de indivisión tiene naturaleza meramente obligacional, debiendo desplegar su eficacia en el marco subjetivo establecido por el párrafo primero del artículo 1.257 del Código («los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos»); o bien, si es posible que afecte a personas que no intervinieron en la adopción del acuerdo, ni son tampoco causahabientes de los mismos, lo que significaría dotar al pacto de eficacia real y, por ende, estimarlo vinculante para los terceros.

Si se estima que los efectos del pacto son puramente obligacionales no cabría transmitir la cuota de un comunero con la carga del acuerdo; de manera que el adquirente no se vería afectado por aquella obligación negativa establecida entre su transmitente y los restantes copropietarios. Así, el nuevo partícipe podría —de acuerdo con el párrafo 1.º del art. 400—, pedir en cualquier momento que la cosa se dividiese; lo que supondría una completa frustración de los deseos que movieron a los condueños a establecer la indivisión del bien (4). Por el contrario, si admitimos que un negocio de tales características genera efectos reales, el tercer adquirente de una cuota quedaría afectado por su contenido, de manera que le sería imposible solicitar la división del bien durante la vigencia del pacto. Si a ello añadimos la posibilidad de que entre en juego la mecánica registral, encontraremos que existe más de un interrogante a resolver.

II. LA PRETENDIDA EFICACIA PERSONAL

No cabe duda de ser el pacto del que venimos hablando un contrato (5).

(4) MANUEL GITRAMA: *La administración de la herencia en el Derecho español*, pág. 396, Madrid, 1950.

(5) MUCIUS SCAEVOLE: *Código Civil*, t. VII, pág. 461 (4.ª ed. a cargo de FRANCISCO ORTEGA LLORCA), Madrid, 1944; lo califica abiertamente como tal y, en igual sentido, JOSÉ M.ª MANRESA Y NAVARRO: *Comentarios al Código Civil español*, t. III, pág. 650 (8.ª ed. a cargo de FRANCISCO RICO PÉREZ), Madrid, 1976. En la doctrina extranjera también le atribuye la calificación de contrato, WOLFF: *Tratado de Derecho Civil*, de ENNECCERUS,

Un acuerdo voluntario y libre entre sujetos determinados, que conlleva la renuncia temporal al ejercicio de la acción divisoria. Vinculante sólo para aquellos comuneros que lo firmen o, en otras palabras, sin que puedan quedar sujetos por el mismo los copartícipes que no hubieran consentido en su suscripción. Esta primera aproximación puede inducir a pensar que únicamente produce efectos personales, como propios de cualquier contrato lícito.

En esta línea se orienta la posición del Profesor J. BELTRÁN DE HEREDIA (6). Considera que se trata de un acuerdo que implica una renuncia a dividir, o mejor, a solicitar la división; que además es una renuncia voluntaria, sin que en ningún caso pueda tener carácter forzoso; y que la única manera de que produzca efectos contra todos los comuneros es que haya sido suscrita por la totalidad de los mismos. Sobre estas bases, el pacto de indivisión sólo genera eficacia personal y nunca real. En opinión de este autor tal eficacia se concretará de distinta forma, según sea el supuesto contemplado. Así:

- a) No hace nacer el pacto una obligación personalísima; de manera que los herederos de los firmantes estarán afectados por el compromiso asumido por su causante.
- b) Igualmente quedarán afectados por los acreedores singulares de cualquier propietario que hubiera dado su consentimiento al pacto. En este caso se producirá la vinculación, por cuanto los acreedores que pretendiesen la división de la cosa no actuarían en el ejercicio de un derecho propio; antes bien, estarían ejercitando un derecho ajeno, el de su deudor, configurado por la existencia de un acuerdo en sentido contrario. De manera que no podrían llevar a cabo la referida división.
- c) Por último, para el caso de los sucesores a título singular, distingue BELTRÁN DE HEREDIA, según que el comunero hubiese transmitido una parte de la cosa para el momento de la división (en cuyo caso el cesionario estará obligado a respetar la indivisión acordada: debiendo esperar el momento de su extinción para poder hacer efectivo su derecho). O que el comunero hubiese dispuesto de su cuota, es decir, de su posición en la comunidad. En tal caso, el cesionario no estaría afectado por la indivisión acordada por su transmitente, en tanto al adquirir su porción no lo hubiese así estipulado con éste. Considera el mismo autor (7) que el pacto fue

KIPP y WOLFF, t. III, vol. 1.º, pág. 611 (3.ª ed. española a cargo de JOSÉ PUIG BRUTAU), Barcelona, 1971.

(6) JOSÉ BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO: *La comunidad de bienes en el Derecho español*, págs. 339 y sigs., Madrid, 1954.

(7) BELTRÁN, ob. cit., pág. 340

una obligación personalmente contraída por el cedente y a la que el cesionario resulta de todo punto ajeno. De forma que si instara la división del bien no ejercitaría —como sí sucede con los acreedores— un derecho ajeno, sino un derecho propio, el que le confiere el párrafo 1.º del artículo 400 CC. Sin que el resto de los copropietarios puedan oponerle la existencia de un acuerdo en el que el cesionario no intervino. La única fórmula con que éstos contarían para obtener la reparación del daño causado por la práctica de una división extemporánea sería la de reclamar la correspondiente indemnización al cedente, causante de los perjuicios derivados de una división practicada a pesar de la existencia del acuerdo suscrito. Pero en ningún caso podrán reconvenir al nuevo partícipe (subrogado en la posición del firmante) la indivisión anteriormente estipulada.

En un sentido muy similar se manifiesta el Profesor ALBALADEJO (8), quien sin mayores justificaciones, niega la posibilidad de que el pacto de indivisión obligue al que no hubiese intervenido en él, aun cuando recibiera la cosa de quien se comprometió a no dividirla. Y a salvo la regla general del párrafo 1.º del artículo 1.257 CC, y la particular contenida en el párrafo 2.º de la Ley 374 de la Compilación navarra.

En otros países también existen partidarios de reconocer una simple eficacia personal al pacto de indivisión. En la doctrina italiana la cuestión ha sido abordada por diferentes autores. BARBERO (9), al analizar la eficacia del reglamento interno de la comunidad, refiere la posibilidad de que —dentro o fuera del mismo— exista un pacto de indivisibilidad, el cual, como norma general, no obligará al condómino subentrante en la posición del que lo hubiese suscrito, a no ser que tal vínculo le haya sido expresamente impuesto o voluntariamente asumido con la transmisión de la cuota (10).

(8) MANUEL ALBALADEJO GARCÍA: *Derecho Civil*, t. III, vol. 1.º, pág. 412, Barcelona, 1989.

(9) DOMÉNICO BARBERO: *Sistema del Derecho Privado*, t. II, pág. 463 (trad. de SANTIAGO SENTÍS MELENDO), Buenos Aires, 1967.

(10) De semejante parecer son también LUDOVICO BARASSI: *La coproprietá*, pág. 277, Milano, 1929; y SALIS: *La comunione*, pág. 43, Torino, 1939.

III. LOS EFECTOS REALES DEL PACTO DE INDIVISION

A) LA VINCULACIÓN DE LOS TERCEROS

Reconocido el carácter contractual del pacto de indivisión, ello no debe significar sin más que éste sólo despliegue efectos obligacionales. Así, existen figuras contractuales que paralelamente operan, amén de aquellos efectos, otros resultados con trascendencia distinta a la simplemente personal. Contratos de los que se dice producen «efectos reales». A ellos se refiere el artículo 7 del Reglamento Hipotecario cuando habla de «contratos con trascendencia real». Ciertamente, como ha puesto de manifiesto el Profesor Díez-PICAZO, la expresión «efecto real» no es de frecuente utilización en nuestros textos legales, que parecen preferir la alocución «efectos contra terceros» o «efectos en perjuicio de terceros». Pero, en cualquier caso, ha de reconocerse la equivalencia de ambas expresiones, como manifestación de la idea de que el estatuto jurídico de un determinado bien, mueble o inmueble, se traslada a los sucesivos adquirentes del dominio o de derechos reales sobre tales bienes, de manera que estos últimos quedan, o bien obligados, o bien sometidos a tal situación (11).

Y en esta línea de pensamiento, no son pocos los autores que atribuyen eficacia real al acuerdo indivisorio. En el Derecho italiano, BRANCA (12), en el estudio de los distintos acuerdos internos que pueden suscribir todos los comuneros, pone de manifiesto que, tratándose del pacto de permanencia en la indivisión, éste producirá efectos reales: es decir, obligará —como ocurre con las deliberaciones de la asamblea o con el reglamento interno— a los adquirentes ulteriores de las cuotas en la comunidad; en suma, a los nuevos condueños que no han participado en su adopción. De igual modo, la doctrina alemana acepta la eficacia real del pacto por el que se excluye temporalmente la división de la cosa (13).

Por su parte, en nuestro Derecho también han sido numerosas las opiniones que reconocen la sujeción del tercer adquirente de una cuota al convenio por el cual su cedente había suscrito, con anterioridad a la transmisión, la voluntaria renuncia al ejercicio de la acción divisoria. SCAEVO-

(11) LUIS Díez-PICAZO: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, vol II, pág. 45, Madrid, 1986.

(12) GIUSEPPE BRANCA: *Instituciones de Derecho Privado*, tomo II, pág. 234 (trad. de PABLO MACEDO), México, 1978

(13) Así se desprende de la obra de ENNECERUS, KIPP y WOLFF, *Tratado de Derecho Civil*, tomo II, vol. 2.º, 2.ª parte, pág. 765; tomo III, vol. 1.º, pág. 611; y tomo V, vol. 2.º, pág. 266. No obstante, dadas las peculiares características de su sistema de publicidad, será necesaria —tratándose de bienes inmuebles— la inscripción en el Registro de la Propiedad.

LA (14) aplicaba a esta cuestión la solución adoptada por el Derecho romano, en el sentido de que podrían los comuneros repetir contra el cesionario la misma excepción (de indivisión) que tenían contra el cedente (15), atendida la subrogación de aquél en todos los derechos y obligaciones de éste. De manera que si el cedente se comprometió a permanecer en copropiedad durante cierto tiempo, este compromiso obliga al cesionario, que es la continuación de la personalidad de aquél, en todo lo que haya sido objeto de la cesión. También MANRESA (16) habló de continuación de la personalidad jurídica del transmitente para justificar la eficacia real del pacto frente al tercero que recibía una cuota de quien había firmado el pacto.

Asimismo, muchos tratadistas admiten el efecto real del convenio de indivisión (17), normalmente sobre la base de subrogarse el adquirente en la posición del comunero que se desprende de su porción, tal como acabamos de exponer. Y con un carácter más específico, algunas obras recogen directas contestaciones a la tesis personalista y, en especial, a la postura mantenida por BELTRÁN DE HEREDIA. En este sentido, AZPITARTE (18) la califica de inaceptable, por no hallar en la misma una justificación teórica suficiente, y advierte del riesgo —en el terreno práctico— de dejar inoperante y en pura entelequia la norma del párrafo 2.º del artículo 400 CC. No menos contundente se muestra CRESPO (19), el cual frente a las conclusiones de BELTRÁN DE HEREDIA —y sin perjuicio de admitir la solvencia de sus argumentos— no los estima suficientes. En efecto, el Tribunal Supremo reconoce que la doctrina del carácter relativo y personal de los contratos —art. 1.257 CC— no es obstáculo para que en otro aspecto puedan producir determinados efectos para los sucesores a título singular, cuando se adquiere por uno de los contratantes por un acto *inter vivos*, cual la venta, y como consecuencia de la regla «*nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipso habet*», el causahabiente a título particular soporta los efectos de los contratos celebrados por el causante de la transmisión con anterioridad a ella si influyen en el

(14) MUCIUS SCAEVOLA, ob. cit., pág. 462.

(15) Digesto, ley 14,3.º, tít. III, lib. X: «*Si inter socios convenisset, ne intra certum tempus divideretur, quia vendere liceat ei, qui tali conventionem tenetur, non est dubium: quare emtor quoque communi dividundo agendo eadem exceptione summovebitur, qua auctor etus summovebitur*».

(16) MANRESA Y NAVARRO, ob. cit., pág. 652.

(17) Entre otros, LUIS Díez-PICAZO: *Sistema de Derecho Civil*, vol. III, pág. 93, Madrid, 1990; JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO: *Elementos de Derecho Civil*, tomo III, vol. 2.º, págs. 481-482, Barcelona, 1991; FEDERICO PUIG PEÑA: *Tratado de Derecho Civil Español*, tomo III, vol. 1.º, págs. 338-339, Madrid, 1972, y tomo V, vol. 3.º, pág. 201, Madrid, 1965.

(18) RAFAEL AZPITARTE CAMY: «Los garages en el título constitutivo de la propiedad horizontal», en *RDN*, CIII, 1979, pág. 133.

(19) FERNANDO CRESPO ALLÚE: *La comunidad de bienes*, pág. 106, Madrid, 1992.

derecho que se transmite (20), consagrando con ello la doctrina de que «los derechos y obligaciones dimanantes del contrato trascienden, con excepción de los personalísimos, a los causahabientes a título particular que penetran en la situación jurídica creada mediante negocio celebrado con el primitivo contratante» (21). De ahí que, como ya habíamos apuntado, el contrato puede tener eficacia real, o lo que es lo mismo, puede afectar a terceros sucesores en la posición del contratante.

Admitida esta posibilidad, queda por ver de qué forma opera en el ámbito de la indivisión. Entiende el Profesor MIQUEL (22) que este acuerdo excluye la acción divisoria. La expresión del Código («pacto de conservar la cosa indivisa») no supone el mantenimiento de la comunidad, sino tan sólo la imposibilidad de pedir la división de la cosa; permaneciendo intacto el derecho de cada comunero a salir de aquélla mediante la transmisión de su cuota. De manera que lo cedido al tercero será la posición del comunero en la comunidad y esa posición, en el caso de existir el pacto, no incluye la facultad de pedir la división. La regla «*nemo dat quod non habet*» impone, en línea de principio, que el tercero no pueda pedir la división del mismo modo que no la podía pedir su transmitente. O dicho de otro modo, el tercero adquirente de una cuota sólo podrá invocar frente a la comunidad los mismos derechos que realmente, que efectivamente, tuviera su transmitente (23).

Sobre estos postulados resulta fácil admitir las correcciones que a la tesis personalista de BELTRÁN DE HEREDIA opone CRESPO (24), en el sentido de que, de un lado, el acreedor embargante efectuará la traba sobre el derecho del condómino tal como se encuentra en el patrimonio del copropietario deudor y el adjudicatario en subasta lo adquirirá tal como lo tenía aquél, y tal como le fue embargado, es decir, con la limitación temporal derivada del pacto de indivisión. De otro lado, en cuanto a los sucesores a título singular, si el comunero ha transmitido una parte de la cosa, para el momento de la división, habrá que esperar a que ésta se lleve a cabo, pero no porque le afecte el pacto de indivisión, sino porque el comunero, al disponer de una parte material de la cosa, o de una cuota sobre un bien de la comunidad o de la herencia, en su caso, ha dispuesto de algo diverso a

(20) Sentencia del TS de 2 de noviembre de 1981.

(21) Sentencias del TS de 3 de octubre de 1979 y de 20 de febrero de 1981. Doctrina con posterioridad reiterada en Sentencias del mismo Tribunal, de 27 de marzo de 1984, 4 de junio de 1990 y 20 de mayo de 1992.

(22) MIQUEL GONZÁLEZ, ob. cit., pág. 460.

(23) BARTOLOMÉ MENCHÉN BENÍTEZ y FRANCISCO MENCHÉN HERREROS: «Dictamen sobre uso y disfrute de plazas de garaje. Copropiedad», en *RCDI*, nov.-dic. de 1980, núm. 541, pág. 1497.

(24) CRESPO ALLÚE, ob. cit., pág. 109.

su derecho, porque su parte no es una parte determinada materialmente, pero la disposición con relación a los condueños puede ser también eficaz, si se le adjudica aquella parte y, por supuesto, con relación al adquirente, surtirán sus efectos el contrato obligatorio, según como haya sido celebrado (condicionalmente o no, de la parte material o del resultado de la partición, pues son modalidades diversas). Y si el comunero ha transmitido su derecho como tal, con posibilidad de usar y disfrutar de la cosa común como lo haría él mismo, esto es, con la limitación derivada del pacto de indivisión, éste produce efectos y vincula al adquirente.

B) LA MODIFICACIÓN DEL CONTENIDO DEL DERECHO

Hasta ahora hemos planteado la eficacia real del pacto de indivisión como la producción de efectos frente a terceros, en especial, frente a subadquirentes de la cuota de un comunero. Sin embargo, puede hablarse también de efectos reales en el sentido de producir este acuerdo la modificación del contenido del derecho de cada condueño. A esta virtud transformadora se refiere *in genere* el artículo 7 del Reglamento Hipotecario, cuando exige a los contratos con trascendencia real «que modifiquen, desde luego o en lo futuro, algunas de las facultades del dominio». Ya vimos que el pacto supone una exclusión temporal del ejercicio de la acción divisoria entre quienes lo firman. Y esta acción no es más que la concreción de una de las facultades de la copropiedad por cuotas: la de pedir la división —según reconoce el párrafo 1.º del artículo 400 CC— en cualquier tiempo. De manera que el Código concede a los comuneros un *ius dissolvendi* casi absoluto, sin apenas limitaciones, hasta el punto de afirmarse que este derecho (el de pedir la división) se configura a semejanza de una fórmula constitucional, estampada en aquél con la categoría de principio (25).

De ahí que el contrato lícito por el que se impida el ejercicio de tal derecho tiene una eficacia que va más allá de la meramente obligacional de indemnizar los daños y perjuicios generados al resto de los copropietarios como consecuencia del incumplimiento del pacto. Tiene, pues, una eficacia real, en el sentido de eliminar la *actio communi dividundo* y, por ende, en el de modificar la configuración del derecho del condómino mediante la incorporación de una limitación a una de las facultades inherentes al mismo (26). No es que el pacto de indivisión cree un derecho real nuevo, distinto al que tenía el comunero; pero sí supone una modificación de su

(25) PUIG PEÑA, ob. cit., pág. 337.

(26) CRESPO ALLÚE, ob. cit., pág. 106.

contenido, modeladora del estatuto jurídico de la comunidad (27). De un nuevo estatuto en el que, en definitiva, se ha prescindido de una facultad concreta y caracterizada.

C) LA NATURALEZA DE LAS OBLIGACIONES DERIVADAS DEL PACTO

Un punto interesante, junto al debatido, lo constituye la determinación del carácter de las obligaciones derivadas del pacto de indivisión. El Profesor GULLÓN (28), siguiendo a BRANCA y a ABERKANE, estima que a través del mencionado convenio se da nacimiento a una auténtica obligación *propter rem* (29). Y ésta ha sido también la opinión de la mayoría de los autores que admiten la eficacia real del pacto de indivisión (30). Sin embargo, no ya la calificación de tal obligación (de no dividir) como *propter rem*, sino incluso el contenido mismo de esta figura ha sido bastante cuestionado.

Efectivamente, las llamadas obligaciones *propter rem* no tienen en las fuentes una demarcación clara y precisa. En opinión de BIONDI (31) se trataba de casos de responsabilidad negativa, radicada en la propiedad o en la posesión de una cosa. Eran supuestos —como la *actio noxalis*, *actio aquae pluviae arcendae*, *actio quod metus causa*— completamente alejados de su realidad posterior y canalizados a través de otras vías reparatorias, como la del artículo 1.902 CC (32). En una posición totalmente contraria, F. HERNÁNDEZ GIL (33) las reconoce en el Derecho romano. De igual manera, CASTÁN (34) señala también las frecuentes oscilaciones doctrinales en torno a la configuración de estas obligaciones. Así, mientras para unos se trataría de relaciones complejas, otros aceptan que estamos ante verdaderos derechos reales *in faciendo*, ya que directamente se grava la finca y sólo

(27) Díez-PICAZO, *Sistema* .., pág. 93.

(28) ANTONIO GULLÓN BALLESTEROS: «La disolución de la comunidad de bienes en la Jurisprudencia», en *ADC*, 1965, I, pág. 380.

(29) HASEN ABERKANE. *Essai d'une théorie générale de l'obligation propter rem en Droit positif français*, pág. 85, París, 1957; considera que con este tipo de obligaciones se asegura el ejercicio simultáneo y concurrente de varios derechos reales.

(30) Entre otros, AZPITARTE, ob. cit., pág. 133; CRESPO, ob. cit., pág. 111; GITRAMA, ob. cit., pág. 397.

(31) BIONDO BIONDI: *Las servidumbres* (anotada por JOSÉ MANUEL GONZÁLEZ PORRAS), pág. 1284, Madrid, 1978.

(32) Según anota GONZÁLEZ PORRAS, ob. cit., pág. 1311.

(33) FRANCISCO HERNÁNDEZ GIL: «Concepto y naturaleza jurídica de las obligaciones *propter rem*», en *RDP*, 1962, págs. 853-855.

(34) JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho civil español, común y foral*, tomo II, vol. 1.º, págs. 54-55, Madrid, 1984.

mediatamente la persona que se encuentra en relación con ella, y además cabe el abandono de la cosa extinguiendo así la obligación.

Se suma a ello, como constata Díez-PICAZO (35), la excepcionalidad y aún heterogeneidad de los supuestos que pueden presentarse. De forma que sólo mediante la nota de la ambulatoriedad —característica admitida sin discusión en esta clase de obligaciones— pueden describirse las *propter rem*. Pero no es que sea ambulatoria la obligación, sino la posibilidad de su nacimiento (36): surgirá a cargo de cualquiera que sea titular del derecho en el momento en que se verifica la circunstancia prevista para su nacimiento. De suerte que dicha obligación, en lugar de contemplar la persona y la totalidad del patrimonio, se conecta con un bien peculiar y concreto, gravando al obligado en la medida que el mismo es propietario de la cosa, pudiéndose exonerar de dicha obligación ya en virtud del abandono, ya a través de una simple enajenación (en cuyo caso la obligación real se transfiere al adquirente a título particular) (37).

Así consideradas, es admisible interpretar que las obligaciones derivadas del pacto de indivisión son obligaciones *propter rem*, esto es, asentadas sobre el objeto de la indivisión y transmisibles con los derechos sobre aquél hasta su extinción por el transcurso del tiempo señalado a su vigencia. De esta manera, para el Profesor GITRAMA (38) resulta plenamente compatible la libertad de negociación o enajenación de las cuotas —libertad, como vimos, que el acuerdo indivisorio no tiende a limitar— con los fines perseguidos por el convenio. La enajenación implica así la transmisión del copartícipe y, por consiguiente, no correrá riesgo alguno la continuidad de una indivisión que el *tradens* había libremente pactado y a la que se hallaba sometido.

D) LA POSIBLE INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

Tratándose de comunidad sobre bienes inmuebles, y a la vista de todo lo expuesto, debe reconocerse el acceso del pacto de indivisión al Registro de la Propiedad, atendido el efecto modificador del derecho real de cada condueño. Desde luego, el artículo 2 de la Ley Hipotecaria sólo permite la inscripción de los títulos que contengan derechos de naturaleza real y el convenio por el que se acuerda la indivisión no crea, como hemos visto, un nuevo derecho de tal naturaleza. A pesar de este aparente obstáculo, es

(35) Díez-PICAZO: *Fundamentos*, pág. 61.

(36) BIONDI, ob. cit., pág. 1295.

(37) JEAN CARBONNIER: *Derecho civil*, tomo II, vol. 1.º, págs. 76-77 (trad y anot. de MANUEL ZORRILLA RUIZ), Barcelona, 1965.

(38) GITRAMA, ob. cit., pág. 397.

posible —de conformidad con el artículo 7 del Reglamento Hipotecario— el ingreso en el Registro de cualquier contrato de trascendencia real (la misma que hemos reconocido en el pacto de indivisión) que, sin tener nombre propio en derecho, modifique, desde luego o en lo futuro, algunas de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o derechos reales. La Dirección General de los Registros y del Notariado reconoció en cierta ocasión (39) el carácter real, y por tanto la posibilidad de su inscripción, de un pacto en el que los copropietarios acordaron el modo de proceder a la división material del bien, para el caso de extinción de la comunidad.

Interpretó la Dirección General que el contrato en cuestión reunía los caracteres típicos de absolutividad e inmediatez que determinaban su acceso a los libros registrales. Así, en uno de sus *Considerandos* estimó que el pacto (sobre la forma de dividir) ofrecía una naturaleza real, en cuanto que:

- a) Sujeto activo de la titularidad real lo es cada condueño, en tanto que sujetos pasivos son los restantes copropietarios que lo sean al tiempo de realizarse la disolución de la comunidad, los cuales se encuentran obligados como tales copropietarios y no por el vínculo personal.
- b) El derecho a que la división material se lleve a cabo en la forma pactada recae directamente sobre la finca, sobre la cuota intelectual y sobre una parte de finca físicamente determinada en el pacto.
- c) Produce una mutación jurídico-real inmobiliaria al modalizar el alcance de la cuota y excluir los procedimientos de disolución de la comunidad, a excepción del pactado; todo lo cual trae como consecuencia que el titular del derecho pueda exigir *erga omnes* que se le adjudique precisamente esa determinada porción de finca, y que este derecho sea exigible en perjuicio de tercero.

Se ha opuesto (40) que éstos, más que «requisitos» son «caracteres», resultantes de la atribución de carácter real al pacto; y de la misma manera, mediante su negación, podía haberse estimado que tenía naturaleza puramente obligacional. Sin que fuese suficiente la voluntad inequívoca de las partes para otorgarle carácter real al convenio (41), no obstante la conveniencia de dicha constancia explícita.

(39) Resolución de 1 de abril de 1981.

(40) JORGE SALAZAR GARCÍA: «Pacto de predivisión en el condominio: ¿naturaleza real o personal? Notas sobre la Resolución de la DGRN de 1 de abril de 1981», en *Rev La Ley*, 1981, págs. 985 y sigs

(41) En el caso en cuestión los contratantes manifestaron expresamente su deseo de que el pacto de predivisión tuviese trascendencia real.

A pesar de ello, parece admisible que un pacto de indivisión en el que se da cumplimiento a aquellas exigencias *[a)* determinación de los sujetos, activos y pasivos, *b)* vinculación directa y específica a un bien concreto y *c)* sobre todo, constancia de una transformación jurídico-real inmobiliaria] debe considerarse comprendido en la órbita del artículo 7 del Reglamento Hipotecario y, en consonancia con el artículo 2.2.º de la Ley Hipotecaria, tener franqueado el acceso al Registro de la Propiedad. Ello conllevará la posibilidad de ser opuesto a cualquier tercero que adquiera la cuota-parte de un condómino. Sin que pueda perjudicar —para el caso de ausencia de inscripción— al tercero de buena fe protegido por la norma del artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Los restantes acuerdos (aquellos que recaigan sobre inmuebles no inmatriculados o, incluso, sobre muebles) afectarán a los terceros, según el ya expresado criterio «*nemo dat quod non habet*», quienes no podrán solicitar la división en tanto subsista el pacto. No hay razón alguna —expresa MIQUEL— (42) para preferir el interés del adquirente al de los demás comuneros, quien adquiera una participación en el dominio de un bien que no goce de una especial publicidad tiene la carga de conocer la extensión y contenido del derecho que adquiere.

LUIS A. GODOY DOMÍNGUEZ
Profesor Asociado de Derecho Civil
Universidad de Las Palmas
de Gran Canaria

(42) MIQUEL GONZÁLEZ, ob. cit., pág. 461.

ACTUALIDAD JURIDICA

I. Información legislativa

A) Acuerdos Internacionales

1. *Organización Mundial del Comercio*.—En el *BOE* del 24 de enero se publica el Instrumento de ratificación del Acuerdo por el que se establece esta Organización y el Acuerdo sobre contratación pública, hechos en Marrakech el 15 de abril de 1994.

Transcribimos los tres primeros artículos:

Artículo I.—*Establecimiento de la Organización*

Se establece por el presente Acuerdo la Organización Mundial del Comercio (denominada en adelante «OMC»).

Artículo II.—*Ambito de la OMC*

1. La OMC constituirá el marco institucional común para el desarrollo de las relaciones comerciales entre sus Miembros en los asuntos relacionados con los acuerdos e instrumentos jurídicos conexos incluidos en los Anexos del presente Acuerdo.

2. Los acuerdos y los instrumentos jurídicos conexos incluidos en los Anexos 1, 2 y 3 (denominados en adelante «Acuerdos Comerciales Multilaterales») forman parte integrante del presente Acuerdo y son vinculantes para todos sus Miembros.

3. Los acuerdos y los instrumentos jurídicos conexos incluidos en el Anexo 4 (denominados en adelante «Acuerdos Comerciales Plurilaterales») también forman parte del presente Acuerdo para los Miembros que los hayan aceptado, y son vinculantes para éstos. Los Acuerdos Comerciales Plurilaterales no crean obligaciones ni derechos para los Miembros que no los hayan aceptado.

4. El Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de

1994 según se especifica en el Anexo 1A (denominado en adelante «GATT de 1994») es jurídicamente distinto del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de fecha 30 de octubre de 1947, anexo al Acta Final adoptada al término del segundo período de sesiones de la Comisión Preparatoria de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Empleo, posteriormente rectificado, enmendado o modificado (denominado en adelante «GATT de 1947»).

Artículo III.—*Funciones de la OMC*

1. La OMC facilitará la aplicación, administración y funcionamiento del presente Acuerdo y de los Acuerdos Comerciales Multilaterales y favorecerá la consecución de sus objetivos, y constituirá también el marco para la aplicación, administración y funcionamiento de los Acuerdos Comerciales Plurilaterales.

2. La OMC será el foro para las negociaciones entre sus Miembros acerca de sus relaciones comerciales multilaterales en asuntos tratados en el marco de los acuerdos incluidos en los Anexos del presente Acuerdo. La OMC podrá también servir de foro para ulteriores negociaciones entre sus Miembros acerca de sus relaciones comerciales multilaterales, y de marco para la aplicación de los resultados de esas negociaciones, según decida la Conferencia Ministerial.

3. La OMC administrará el Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias (denominado en adelante «Entendimiento sobre Solución de Diferencias» o «ESD») que figura en el Anexo 2 del presente Acuerdo.

4. La OMC administrará el Mecanismo de Examen de las Políticas Comerciales (denominado en adelante «MEPC»), establecido en el Anexo 3 del presente Acuerdo.

5. Con el fin de lograr una mayor coherencia en la formulación de las políticas económicas a escala mundial, la OMC cooperará, según proceda, con el Fondo Monetario Internacional y con el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento y sus organismos conexos.

2. *Tratado de asistencia España-Canadá.*—En el BOE del 24 de febrero se publica el Tratado de asistencia mutua en materia penal entre el Reino de España y Canadá, hecho en Madrid el 4 de julio de 1994.

B) Legislación Nacional

1. *Amortización de inversiones.*—En el *BOE* de 20 de febrero se publica el Real Decreto-Ley 2/1995, de 17 de febrero, sobre libertad de amortización para las inversiones generadoras de empleo.

2. *Colaboración entre las Notarías y los Registros.*—El Real Decreto 2537/1994, de 29 de diciembre, modifica determinados artículos de los Reglamentos Notarial e Hipotecario sobre colaboración entre las Notarías y los Registros de la Propiedad para la seguridad del tráfico inmobiliario. Se publicó en el *BOE* del día 24 de enero y hay una corrección de errores en el *BOE* del día 22 de febrero.

C) Comunidades Autónomas

Asturias—Ley de 27 de enero de 1995, de Protección al menor.

Canarias.—Ley de 30 de enero de 1995, modificando la Ley de 26 de julio de 1990 sobre Cajas de Ahorros.

Extremadura.—Ley de 23 de diciembre de 1994, de Cajas de Ahorro.

Navarra.—Ley Foral de 29 de diciembre de 1994, de modificación parcial de diversos impuestos y otras medidas tributarias.

— Decreto Foral de 13 de febrero de 1995, del régimen urbanístico transitorio de los municipios de más de 50.000 habitantes que no cuenten con plan general de ordenación urbanística.

Valencia.—Ley de 27 de diciembre de 1994, de Espacios Naturales Protegidos.

II. Información de actividades

1. *Academia Matritense del Notariado.*—Ha continuado el ciclo de conferencias del año académico 1994-1995, en homenaje a don FRANCISCO LUCAS FERNÁNDEZ.

En los meses de enero y febrero se han desarrollado las siguientes:

- Excmo. Sr. don JOSÉ LUIS ALBÁCAR LÓPEZ, Magistrado del Tribunal Supremo: *Arrendamientos.*
- Excmo. Sr. don ENRIQUE FUENTES QUINTANA, Presidente de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas: *Las reformas de la economía española ante el reto europeo.*
- Don AGUSTÍN LUNA SERRANO, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad Central de Barcelona: *El límite del orden público en la constitución de servidumbres prediales.*

2. *Jornadas sobre la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos.*—Se han celebrado en Bilbao, organizadas por el Ilustre Colegio de Abogados de Vizcaya, en colaboración con el de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, durante los días 18 y 19 de enero.

Se expusieron los siguientes temas:

- «Arrendamiento de viviendas. Renta y Fianza». Don JUAN VENTURA FUENTES LOJO, Magistrado del Tribunal Supremo, Jubilado.
- «Visión General sobre la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos. Ambito de aplicación». Don DIEGO LOZANO ROMERAL, Abogado del Estado, Secretario General Técnico del Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente.
- «Arrendamiento de viviendas. Duración del contrato, cesiones, subarrendos y subrogaciones». Don JACINTO GIL RODRÍGUEZ, Catedrático de Derecho Civil de la UPV.
- «Arrendamiento de vivienda. Derechos y Obligaciones de las partes». Don JAVIER HUALDE SÁNCHEZ, Catedrático de Derecho Civil de la UPV.
- «Arrendamiento para uso distinto al de vivienda». Don RICARDO DE ANGEL YAGUEZ, Abogado, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Deusto.
- «Procesos arrendaticios». Don IÑAKI GÓMEZ IÑÍGUEZ, Abogado, Profesor de la Escuela de Práctica Jurídica «Pedro Ibarreche».
- «Situación de los contratos concertados con anterioridad a la nueva ley. Disposiciones Transitorias». Don CARLOS HERMOSO MARTÍNEZ, Abogado, Profesor de la Federación de Escuelas de Práctica Jurídica de Bizkaia.
- «Registro de la Propiedad y Arrendamientos». Don ANTONIO PAU PEDRÓN, Registrador de la Propiedad. Ex-Director General de los Registros y Notariado.

3. *Conferencias sobre Derecho de Familia.*—El Ilustre Colegio de Abogados de Valencia ha organizado un ciclo de conferencias que ha tenido lugar en dicha capital en los días 7, 9, 14 y 16 de febrero que han versado sobre los siguientes temas:

- «El Abogado ante un Proceso de Nulidad Matrimonial». Conferenciante: Ilmo. Sr. don VICENTE JAVIER SUBIRÁ GARCÍA, Vicario Judicial del Arzobispado de Valencia.
- «La Extinción del Derecho de Uso sobre la Vivienda Familiar». Conferenciante: Don RAFAEL RODRÍGUEZ CHACÓN, Abogado, Profesor Titular de la Universidad Complutense de Madrid.
- «Matrimonio. Uniones de Hecho y Seguridad Social». Conferencian-

te: Don BERNARDO CASTELLÓ ENGUIX, Licenciado en Derecho, Funcionario del Cuerpo Superior de Técnicos de Administración de la Seguridad Social.

- «En Torno a un Tema Clásico: Donaciones entre Cónyuges». Conferenciante: Don JOSÉ CERDÁ GIMENO, Notario de Ibiza.

4. *Universidad Pontificia de Comillas*.—La Facultad de Derecho (ICADE) de dicha Universidad, en colaboración con el Colegio Notarial de Madrid, ha organizado una Mesa redonda sobre el tema «El nuevo régimen de las sociedades de responsabilidad limitada». Tuvo lugar el día 22 de febrero, siendo coordinador el Notario de Madrid don ROBERTO BALANQUER UBEROS.

Fueron ponentes:

- Doña M.^a LUISA APARICIO GONZÁLEZ, Profesora Propia Agregada de Derecho Mercantil de la Universidad Pontificia de Comillas.
- Don JUAN BOLAS ALFONSO, Notario de Madrid.
- Don VÍCTOR M. GARRIDO DE PALMA, Notario de Madrid.
- Don ANGEL ROJO FERNÁNDEZ RÍO, Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Autónoma de Madrid.

5. *Conferencias sobre Arrendamientos Urbanos*.—Organizado por el Centro de Estudios Registrales de Castilla-La Mancha, se ha celebrado en Albacete en los días 25 y 26 de enero un ciclo de conferencias sobre arrendamientos, con el siguiente programa:

- «Régimen transitorio». Don JUAN VENTURA FUENTES LOJO, Magistrado jubilado del Tribunal Supremo y Abogado.
- «Protección del Registro de la Propiedad al arrendador y al arrendatario en la nueva regulación». Don ANTONIO PAU PEDRÓN, Registrador de la Propiedad y Mercantil. Ex Director General de los Registros y del Notariado. Vocal permanente de la Comisión General de Codificación.
- «La reforma de la legislación sobre arrendamientos urbanos: planteamiento particular». Don DIEGO L. LOZANO ROMERAL, Abogado del Estado y Secretario General Técnico del Ministerio de Obras Públicas, Transporte y Medio Ambiente.
- «Referencia especial a los arrendatarios de viviendas y locales de negocios». Don FERNANDO PASTOR LÓPEZ, Letrado del Fondo de Garantía de Depósitos, Vocal permanente de la Comisión General de Codificación.

JURISPRUDENCIA

I. Sentencias del Tribunal Constitucional

POR FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

Sentencia de 24 de enero de 1995.—ARRENDAMIENTOS URBANOS.—Subrogación al fallecimiento del titular del contrato.—Sala 1.^a—Ponente: Sr. Mendizábal Allende.—Voto particular.

Antecedentes.—El padre de la demandante en amparo arrendó una vivienda en 1940, donde ha vivido ininterrumpidamente ella desde entonces. Poco después quedó viudo el padre, volviendo a contraer nuevo matrimonio en 1941 y a su muerte la segunda esposa se subrogó en el inquilinato en 1981, conviviendo ambas mujeres en el piso. Una vez fallecida la viuda, intentó doña Agueda G. ejercitar también su derecho a la subrogación, a lo cual se opuso la propietaria, quien presentó demanda de resolución del contrato de arrendamiento. El Juez de Distrito número 5 de La Coruña desestimó la demanda en Sentencia de 13 de mayo de 1988, dando por probado que doña Agueda convivió en el piso arrendado desde su infancia con su padre y su segunda esposa, que continuó luego al fallecimiento del titular y, por consiguiente, existía «una relación plenamente asimilable a las relaciones entre madre e hija», relación que permitía extenderle el beneficio previsto en el artículo 59 de la Ley de Arrendamientos Urbanos. Formulada apelación, la Sección Primera de la Audiencia Provincial de La Coruña, en Sentencia de 29 de abril de 1989, estimó el recurso y revocó la resolución apelada, porque el artículo 59 LAU sólo prevé que puedan continuar en la vivienda arrendada «los descendientes legítimos, naturales o adoptivos» del subrogado y este parentesco no existía en este caso, haciendo inviable una segunda subrogación.

La demandante solicita que se dicte Sentencia revocatoria de la impugnada, manteniendo la dictada por el Juez de Distrito y, en consecuencia, se la tenga por subrogada en la vivienda litigiosa. En tal sentido alega que dicha Sentencia lesiona una pluralidad de derechos fundamentales y al efecto invoca los contenidos en los artículos 14 y 24.1 de la Constitución por entender que interpreta erróneamente lo prevenido para el derecho de subrogación en el contrato de arrendamiento urbano en los artículos 58 y 59 de la vigente LAU, destacando que ha convivido ininterrumpidamente con la segunda esposa de su padre (y primera subrogada en el contrato de arrendamiento) hasta su fallecimiento y que esta relación configuraba una convivencia asimilable a las

relaciones en el seno de una familia, pues estuvo sometida a su patria potestad juntamente con la de su padre desde niña. Con base en la existencia de dicha relación, asimilable a la existencia entre madre e hija, se dice que la resolución recurrida también vulnera la igualdad de los ciudadanos ante la Ley en su aplicación por los Tribunales de Justicia.

Fallo.—El Tribunal Constitucional desestima el recurso de amparo.

Fundamentos jurídicos.—1. El objeto de este proceso es, en una perspectiva formal, la Sentencia que el 29 de abril de 1989 pronunció la Audiencia Provincial (Sección Primera) de La Coruña, cuya nulidad se pretende con fundamento, en la sedicente vulneración de una serie de preceptos constitucionales. Ahora bien, en un tal planteamiento se hace necesario identificar cuáles sean los derechos fundamentales protegidos más intensamente mediante el mayor rango exigible para las leyes que los regulen y de una más completa tutela jurisdiccional, con un cauce procesal *ad hoc* en la vía judicial ordinaria y el recurso de amparo ante nosotros.

Por ello, los demás derechos y libertades que no estén incluidos en la Sección 1.ª, Capítulo Segundo del Título I, más el principio de igualdad y la objeción de conciencia, quedan extramuros del ámbito así delimitado (STC 123/1992 y ATC 192/1993). En definitiva, ese elemento objetivo provoca que la amplitud inicial haya de ser reducida a dos cuestiones con vida propia, por tener su sede en normas constitucionales que permiten su enjuiciamiento aquí y ahora, la igualdad ante la Ley y la tutela judicial efectiva (arts. 14 y 24 CE), quedando extramuros los demás.

2. Una vez practicado tal deslinde, conviene anticipar que si bien se invocan dos derechos fundamentales como cobertura del amparo, su individualización en este caso es muy difícil por no decir imposible, ya que aparecen entrelazados dialécticamente. En efecto, la sedicente desigualdad de la solución no nace de la propia Ley que, como habrá ocasión de comprobar, permite interpretaciones alternativas, ni tampoco de su aplicación para otros supuestos análogos respecto de distintas personas por el mismo órgano judicial o en contradicción con la doctrina legal del Tribunal Supremo. No es tal el caso. La discriminación que se achaca a la Sentencia impugnada surge de ella misma, de su propia entraña argumental, que entiende una palabra a su manera y no a la manera que prefiere la demandada, también razonable. Llegados a este punto, entra en juego ese concepto de tutela judicial acuñado constitucionalmente que permite el acceso a los Jueces, en una estructura piramidal, incluyendo la facultad de recurrir sus decisiones y, por ello, lleva dentro la exigencia de una respuesta, que no prejuzga su sentido siempre que sea motivada pero sin garantizar el acierto de la resolución adoptada en cada caso o eliminar la comisión de eventuales errores en el razonamiento jurídico (SSTC 77/1986, 126/1986, 119/1987, 211/1988, 127/1990 y 55/1993). Sin embargo, también se ha dicho que es función de este Tribunal el examen de los motivos y argumentos en que se funde la Sentencia impugnada en esta sede con el fin de comprobar si son razonables desde una perspectiva constitucional, corrigiendo cualquier interpretación arbitraria o totalmente infundada o que resulte de un error patente con relevancia constitucional (SSTC 23/1987, 201/1987, 36/1988, 19/1989 y 63/1990).

3 Por otra parte, el otro fundamento del amparo, la sedicente discriminación de que se duele la demandante ha de analizarse también desde la perspectiva de la potestad de juzgar.

En tal sentido, se sitúa ahora en un primer plano el artículo 59 de la Ley de Arrendamientos Urbanos vigente a la sazón, cuyo texto íntegro es aconsejable transcribir para una más clara exposición del problema y dice así: «Al fallecimiento del subrogado en la vivienda por actos *inter vivos* o *mortis causa* sólo podrá seguir ocupándola con el mismo carácter su cónyuge o descendientes legítimos, naturales o adoptivos, sin que se autoricen ulteriores subrogaciones, debiendo observarse, en cuanto a la convivencia, lo preceptuado en el artículo anterior». Es evidente que aquí se configura una segunda y última subrogación en la situación jurídica del inquilino, con una novación subjetiva del contrato de arrendamiento en función del parentesco con el subrogado, no del titular originario. El Juez de Distrito, en su Sentencia de 13 de mayo de 1988, dio por probado que doña Agueda ha convivido en el piso arrendado desde la infancia con su padre y su segunda esposa y que, por consiguiente, existía «una relación plenamente asimilable» a la de madre e hija, permitiendo así la extensión del beneficio previsto en el precepto más arriba transcrito. La Audiencia Provincial, a su vez, juzgando en apelación, pensó y dijo exactamente lo contrario, que sólo pueden continuar en la vivienda arrendada «los descendientes legítimos, naturales o adoptivos» del subrogado y tal parentesco no existía en este caso, haciendo inviable una segunda subrogación.

La interpretación de la norma en cuestión se mueve entre dos soluciones alternativas y opuestas, una extensiva e integradora y otra textual que se atiene a su tenor literal sin más disquisiciones. La regulación no ofrece un perfil nítido, desde la perspectiva constitucional. El planteamiento así diseñado muestra por sí solo que la controversia tiene por meollo la determinación del sentido y alcance de una norma jurídica, en el plano de la legalidad, sin que la segunda de las dos Sentencias vulnere el principio de igualdad. En efecto, no siendo sospechoso de inconstitucionalidad el precepto aplicado, ya que tal cuestión no ha sido suscitada en ningún momento por quien demanda el amparo, la solución en tela de juicio tiene un fundamento suficiente y objetivo, no *intuitu personae* en la medida en que establece una diferencia de trato razonable, en función de relaciones de parentesco más intensas que la filiación por afinidad, excluida deliberadamente como supuesto de novación subjetiva del inquilinato sin asomo de arbitrariedad.

Es evidente que, situado el problema en esa dimensión, resulta que la solución corresponde a los Jueces y Tribunales a quienes la Constitución encomienda en exclusiva la potestad jurisdiccional, consistente en juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, cuyo contenido hemos delimitado en más de una ocasión, algunas muy recientes, aun cuando no esté de más repetirlo una vez más. En una disección analítica comprende dos elementos o premisas en un planteamiento silogístico, que se utiliza en su sentido figurado a efectos expositivos con clara conciencia en su inexactitud cuando se trata del razonamiento jurídico. La premisa mayor, la norma, implica la operación de seleccionar aquella que se considere aplicable, incluso en su dimensión temporal, interpretarla mediante la indagación de su sentido y alcance con las técnicas hermenéuticas indicadas en el Código Civil (art. 3) y encuadrar en su marco el supuesto de hecho. Para tal subsunción resulta necesaria su determinación con la ayuda de los medios de prueba, cuya admisión, pertinencia y práctica son inherentes a la función judicial, como lo es también la valoración del acervo probatorio así obtenido con libertad de criterio, en conciencia y sin más guía que las reglas de la sana crítica.

Este conjunto de actividades ha de producirse con la independencia que la

Constitución garantiza instrumentalmente a los titulares de la potestad jurisdiccional en beneficio de ella sin interferencias o presiones externas. El resultado, la decisión judicial, cualquiera que fuere su forma, no es fiscalizable sino en virtud del sistema de recursos propios de cada orden judicial y, por supuesto, en sede constitucional, pero solamente cuando esté en juego un derecho fundamental especialmente protegido, como se dijo al principio de esta Sentencia. No siendo así, como ocurre en este caso, ya que al principio de igualdad ante la Ley no aparece menoscabado o desconocido, resulta inatacable la resolución impugnada. Este Tribunal Constitucional no está concebido como una última instancia ni ejerce funciones casacionales, que se mueven en el plano de la legalidad y para su salvaguardia. Por ello, no le corresponde terciar en favor de cualquiera de las dos interpretaciones contradictorias, ambas admisibles a la luz de la Constitución, que son parejamente razonables y fueron suficientemente razonadas en las dos Sentencias sucesivas. La lógica interna del sistema de recursos exige que prevalezca la solución dada por la Audiencia Provincial, como Juez de apelación (STC 272/1994). Por lo dicho, ha de ser denegado el amparo que se nos pide.

Voto particular que formula don Rafael de Mendizábal, Magistrado del Tribunal Constitucional, respecto de la Sentencia dictada por la Sala Primera en el recurso de amparo número 1.022/1989, al que se adhiere el Magistrado don Vicente Gimeno Sendra

1. La opinión disidente que pasó a exponer formó parte en su momento del proyecto de Sentencia que propuse a la Sala y que en ella naufragó. Al margen de las reflexiones que seguirán, me parece oportuno en este lugar y conveniente para el tiempo en que vivimos enfatizar la importancia actual del parentesco por afinidad, eje de mi argumentación, una vez establecido el divorcio. La existencia de sucesivos matrimonios de los cónyuges con la posibilidad de hijos nacidos de ellos, sitúa en primer plano este vínculo parental a todos los efectos, incluido el tabú del incesto, dándole una vitalidad que tuvo en otros tiempos pero que había ido debilitándose en los inmediatamente anteriores a este nuestro, fenómeno paralelo al que significó la resurrección del derecho de superficie por obra del urbanismo. La Sala lo rechaza implícitamente con cierta incoherencia respecto de la propia doctrina del Tribunal Constitucional. En efecto, no ha mucho hemos entendido, a los mismos efectos subrogatorios de los arrendamientos urbanos, que la voz «cónyuge», por lo demás tan clara semántica, social y jurídicamente, cuyo significado nos lleva directamente al matrimonio y a los esposos, comprende también a la pareja supérstite en las uniones de hecho *more uxorio* (SSTC 222/1992 y 47/1993).

Aceptar una interpretación extensiva en tal caso con base en el principio de igualdad y rechazarla aquí y ahora, con una proposición apodíctica, no deja de resultar sorprendente. Por otra parte, se ha negado al tema medular cualquier dimensión constitucional. Bien podría ser así en algún aspecto. Sin embargo de distinguir la legalidad constitucional y la ordinaria o las facetas constitucional y legal de una controversia, muchas veces entrelazadas como en este caso, precisamente, cuestión bizarra si las hay junto a otras de parecida textura como la distinción entre hecho y Derecho, esta objeción no puede ser la solución definitiva del problema, porque la demandante ha invocado desde un principio el de igualdad, albergado en el artículo 14 CE, con o sin base sólida,

ello se verá luego, pero que por respeto a la congruencia exige una respuesta, como la exigen también los alegatos contradictorios. A mi parecer se hacía inexcusable, por ello, investigar con una mayor atención si se daba la discriminación alegada, a la luz del contenido positivo de la tutela judicial que impone en cualquier caso una interpretación de las normas en el sentido más favorable a la efectividad de los derechos fundamentales (SSTC 4/1985, 24/1987 y muchas más). A tal efecto, aun cuando hayan de ser eliminados ciertos preceptos constitucionales invocados como soporte directo e inmediato del amparo, según dice y hace con acierto la Sentencia, ello no implica el desconocimiento de su función dialéctica en apoyo o como acompañamiento de la argumentación. Aun cuando carezcan de virtualidad autónoma, por no configurar derecho subjetivo alguno, es evidente que los valores superiores del ordenamiento jurídico, entre ellos la igualdad y la justicia (art. 1.º), han de arrojar luz para la comprensión del derecho fundamental en juego, como también ocurre con la función interpretativa de las normas constitucionales al respecto que se asigna en el artículo 10.2 a la Declaración Universal de Derechos Humanos y a los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España, sin olvidar el carácter integrador del criterio social insito en la exigencia de que los poderes públicos promuevan la realidad y efectividad de la igualdad (art. 9.2 CE). En el mismo nivel de ayuda para la comprensión se encuentra el artículo 39, cabecera del Capítulo Tercero dedicado a los principios rectores de la política social y económica, donde la protección de la familia como obligación institucional no está lejos del problema que nos ha de ocupar ni le es ajeno.

2. A tal efecto resulta útil la disección analítica del artículo 59 en la parte que nos interesa por controvertida, cuando señala como eventuales beneficiarios de la segunda subrogación a los «descendientes», clasificándolos por su origen matrimonial o extramatrimonial (legítimos o naturales), distinción irrelevante a la luz del artículo 39 de la Constitución, y legal (adoptivos), sin alusión alguna a la consanguinidad ni a la afinidad. Esta es una de las modalidades del parentesco que con muy diferente peso específico tiene en cuenta nuestro ordenamiento jurídico en varios de sus sectores. Junto al vínculo biológico, por naturaleza o de «linaje», en expresión de Las Partidas y al civil surgido de la adopción, se da —como un hecho sociológico refrendado jurídicamente— el parentesco ficto, por afinidad o «cuñadía», según el Rey Sabio, que crea un vínculo entre un cónyuge y los parientes consanguíneos del otro. Aun cuando, en principio, la afinidad nazca del matrimonio, no faltan ejemplos de afinidad fuera de él, como ocurre en el Derecho canónico. Pues bien, esta relación parental produce efectos en múltiples sectores de nuestro ordenamiento. Por de pronto en el civil, donde ya el Código lo menciona como tacha para ser testigo en el proceso civil y en testamentos (arts. 660 LEC; 681 y 682 CC), y como incapacidad para suceder (art. 754 CC). También en el régimen especial de los arrendamientos rústicos, al igual que en el contrato de trabajo, la afinidad se asimila a los demás tipos de parentesco por naturaleza y adoptivo para la calificación de los arrendamientos entre parientes o el trabajo familiar, excluidos en principio de sus respectivos ámbitos [art. 6.1.º Ley 83/1980, de 31 de diciembre, art. 1.3.e) del Estatuto de los Trabajadores, Ley 8/1980, de 10 de marzo].

El parentesco tomado en toda su extensión sirve para perfilar la figura de los familiares «colaboradores» en la explotación familiar agraria, pudiendo los afines ser sucesores en la titularidad si no existen legitimarios (arts. 5.1 y

27, Ley 49/1981, de 24 de diciembre), y en la Seguridad Social son beneficiarios de la asistencia sanitaria, cuando la causa fuere la enfermedad común, los descendientes de ambos cónyuges o de cualquiera de ellos, así como los ascendientes cualquiera que sea su condición legal, incluso por adopción (art. 100 Ley General).

Finalmente, en el Código Penal el parentesco por afinidad, junto a los demás, conforma una circunstancia modificativa de la responsabilidad genérica y ambivalente, que puede atenuarla o agravarla según los casos (art. 11). En este último sentido funciona para los abusos deshonestos de los funcionarios públicos (arts. 383 y 384) y en el contrato para el soborno en causa criminal en favor del reo (art. 392), llegando a configurar una excusa absolutoria en los delitos contra la propiedad sin violencia entre parientes (art. 564) y justificando la no exigibilidad de la conducta cuando del encubrimiento se trata (art. 18), criterio que asume la Ley de Enjuiciamiento Criminal (art. 261) para exonerarlos de la obligación de denunciar. Y en el ámbito procesal se incluye entre las causas de abstención y recusación de Jueces y Magistrados e incluso de peritos en todos los sectores jurisdiccionales (arts. 219 LOPJ; 189 y 261 LEC; 25 LRJCA y 28 Ley 30/1992).

3. Este quizá largo excurso por los recovecos de nuestro ordenamiento jurídico, sin agotarlo, se ha hecho con el propósito de poner de manifiesto algo por lo demás obvio, la existencia operativa del parentesco por afinidad desde una gran variedad de circunstancias y situaciones, como vínculo personal que sirve para formar la trama y urdimbre de la familia como grupo social definido, con una específica función y unas características singulares, hasta el punto de que le alcanza, aun cuando más débilmente, el tabú del incesto, a pesar de haber desaparecido como impedimento matrimonial. Pues bien, una familia compusieron, con vínculos consanguíneos y por afinidad, a lo largo de más de medio siglo —desde 1941— el titular del inquilinato, su segunda esposa y la hija del primer matrimonio de aquél, en una situación que en nada esencial se diferencia de cualquier otra unida exclusivamente por la consanguinidad. En consecuencia, la hoy demandante puede ser calificada, sin forzar el concepto, como «descendiente» de la cónyuge subrogada en primer lugar, por cuanto la razón de la norma no se funda en la sangre, pues admite la adopción, sino la vida en común dentro de un marco afectivo, más allá de la pura biología. La lectura del artículo 59 LAU, a la luz del artículo 39 de la Constitución, como hizo el Juez de Distrito, impide un tratamiento discriminatorio de esta situación, respecto de otras pariguales en un todo, sin más diferencia que la derivada de la filiación por naturaleza.

En tal sentido, no está fuera de lugar traer a capítulo nuestra STC 260/1988, donde se pone el énfasis en «la ratio del precepto cuestionado en amparo, esto es, del espíritu que le informa y de la finalidad con él perseguida», «pues el principio de igualdad ante la Ley, proclamado en el art. 14 CE, entraña que de supuestos de hecho iguales se extraigan las mismas consecuencias jurídicas, debiendo considerarse iguales los supuestos de hecho cuando la introducción en uno de ellos de un elemento o factor que permita diferenciarlo de otro deba considerarse carente de fundamento racional y, por ende, arbitrario, al no ser tal factor relevante para la protección de bienes y derechos pretendida por el legislador». Polarizar la atención exclusivamente sobre la circunstancia biológica de la consanguinidad, con un enfoque superficialmente literalista, es el error en que incurrió la Audiencia Provincial de La Coruña, cerrando así el paso a una interpretación alternativa más acorde con el espíritu de nuestra

Constitución, donde se repudia la sequedad del positivismo y se abren las ventanas a valores y principios, a usos y concepciones de la vida nacidas en el pueblo, en la entraña de la sociedad, elementos todos —con las normas escritas— de eso que desde hace milenios ha dado en llamarse Derecho, al cual alude la Constitución más de una vez (arts. 1 y 103 CE, por ejemplo). Pues bien, sociológica y jurídicamente, la situación aquí contemplada se enmarca en el grupo familiar con una dimensión maternofilial por su origen, sus características y su permanencia. El error en la calificación adquiere, pues, relevancia constitucional hasta socavar la plenitud de la tutela judicial por conllevar el desconocimiento del derecho fundamental a la igualdad de tratamiento, excluyendo a todo un grupo, el de los parientes por afinidad, contra lo predicado además en el artículo 9.2 CE. En definitiva, la demandante merecía el amparo que pidió, para lo cual hubiera bastado con dejar sin efecto la Sentencia impugnada y mantener subsistente la pronunciada en la primera instancia de la vía judicial previa a este proceso.

Madrid, veinticuatro de enero de mil novecientos noventa y cinco.—Rafael de Mendizábal Allende.—Vicente Gimeno Sendra.—Firmado y rubricado.

F. C. D.

II. Resoluciones de la Dirección General

Por JOSÉ S. RODRÍGUEZ SÁNCHEZ
JOSÉ M.^a CHICO Y ORTIZ
GALO RODRÍGUEZ TEJADA

LA RECTIFICACION DE LOS ASIENTOS REGISTRALES EXIGE EL CONSENTIMIENTO DE LAS PERSONAS O ENTIDADES QUE APARECEN DIRECTAMENTE COMO TITULARES REGISTRALES, Y, EN DEFECTO DEL CONSENTIMIENTO, LA RESOLUCION JUDICIAL RECAIDA EN JUICIO ORDINARIO ENTABLADA PRECISAMENTE CONTRA LOS TITULARES DE LOS DISTINTOS ASIENTOS, NO BASTANDO LA SOLICITUD DEL TITULAR DEL PLENO DOMINIO, SI LO QUE SE PRETENDE RECTIFICAR SON HIPOTECAS, ANOTACIONES DE EMBARGO, ETC. (Resolución de 25 de marzo de 1993, BOE de 20 de abril).

En el recurso gubernativo interpuesto por don Lino González Suárez, como representante de «Inmobiliaria Sala, Sociedad Anónima» y «Contratas Bencar, Sociedad Limitada» (Unión Temporal de Empresas), contra la denegación del Registrador de la Propiedad número 4 de Oviedo, a practicar rectificaciones de asientos registrales.

Hechos 1. Por escrituras de 8 de junio de 1989, ante el Notario de Oviedo don José Herrero González-Solar, y de 16 de junio de 1989, ante la Notaria de Infiesto doña Inmaculada Pablos Alonso, don Lino González Suárez, en representación de «Inmobiliaria Sala, Sociedad Anónima», y «Contratas Bencar, Sociedad Limitada» (Unión Temporal de Empresas), compró a distintos particulares diversas participaciones indivisas, que en conjunto representaban el pleno dominio de un solar, finca registral número 8.318, diciéndose en ambas «que compran y adquieren en la proporción de un 75 por 100 la primera y 25 por 100 la segunda y con destino a la Unión Temporal de Empresas», motivando ambas las inscripciones 5.^a y 6.^a, respectivamente, de dicha finca.

Por otras dos escrituras, de 9 de enero de 1992, ante el Notario de Oviedo don José Herrero González-Solar, se rectificaron las dos escrituras anteriores en el sentido de hacer constar que la adquisición se hizo a favor de la Unión

Temporal de Empresas, que era la Entidad representada por don Lino González Suárez, como Gerente único de la misma, y no como se expresó en la escritura y se inscribió en el Registro a favor de cada una de las Entidades componentes de la Unión en diversa proporción. Estas escrituras de rectificación motivaron las inscripciones 10.^a y 11.^a de dicha finca, y con posterioridad a las mismas se presentó en el Registro de la Propiedad número 4 de Oviedo el escrito cuya denegación motivó este recurso.

II. Presentado en el Registro de la Propiedad número 4 de Oviedo un escrito suscrito por don Lino González Suárez, como Gerente de «Inmobiliaria Sala, Sociedad Anónima», y «Contratas Bencar, Sociedad Limitada» (Unión Temporal de Empresas), por el que solicitaba la rectificación de todos los asientos registrales posteriores a la citada inscripción 6.^a para adecuarlos a las rectificaciones que resultaban de las inscripciones 10.^a y 11.^a fue calificado con la siguiente nota: Se deniega la inscripción de lo solicitado en el precedente escrito porque, aparte de que las Uniones Temporales de Empresas no tienen personalidad jurídica propia, conforme al artículo 7 de la Ley 18/1982, de 26 de mayo, se precisaría escritura pública en la que constase el consentimiento de los titulares registrales o en su defecto resolución judicial—para la anotación de embargo mandamiento judicial—, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 3 y 40, apartado d), de la Ley Hipotecaria.—Oviedo, 10 de junio de 1992.—El Registrador.—Firma ilegible.—Firmado: José Ramón Bustillo Sánchez.

III. Don Lino González Suárez interpuso contra dicha calificación recurso gubernativo alegando: 1.º Que en las primeras escrituras otorgadas y en las inscripciones que motivaron se padeció el error de considerar como entidades adquirentes a los componentes de la Unión Temporal de Empresas no obstante intervenir en ellas don Lino González Suárez, como representante de ésta, en cuanto Gerente de la misma, y no como representante de aquéllas. 2.º Que para subsanar dicho error se otorgaron las escrituras de rectificación a fin de conseguir que a nivel de titulación y Registro constase claramente que la entidad adquirente es la Unión Temporal de Empresas con independencia del porcentaje de participación que dentro de la misma tuvieran las entidades componentes de la Unión. 3.º Que el escrito que motivaba el recurso se presentó con el fin de rectificar los asientos intermedios, pues al haberse construido sobre el solar un edificio y dividido éste horizontalmente en pisos se hacía necesaria la rectificación de la inscripción de éstos para posibilitar la inscripción de las posteriores escrituras de venta, al haber sido suscritos los contratos privados previos por la Unión Temporal de Empresas.

IV. El Registrador de la Propiedad número 4 de Oviedo, en defensa de su nota, informó: 1.º Que las inscripciones practicadas a favor de «Inmobiliaria Sala, Sociedad Anónima», y «Contratas Bencar, Sociedad Limitada», en la proporción de un 75 por 100 la primera y un 25 por 100 la segunda, está bien practicada ya que según el artículo 7, número 2, de la Ley 18/1982, de 26 de mayo, «la Unión Temporal de Empresas no tendrá personalidad jurídica propia». 2.º Que don Lino González Suárez, al ser Gerente de la Unión, está facultado para realizar la adquisición, pues según el artículo 8.º, apartado d), de la mencionada Ley, el Gerente ha de tener poderes suficientes de todos y cada uno de los miembros que integran la Unión. 3.º Que las inscripciones 10.^a y 11.^a, más que de rectificación, serían de aclaración, pues se limitan a hacer constar que la adquisición era a favor de la Entidad «Inmobiliaria Sala, Socie-

dad Anónima», y «Contratas Bencar, Sociedad Limitada» (Unión Temporal de Empresas), Ley 18/1982, de 26 de mayo, sin que exista acta formal de inscripción a favor de dicha Entidad, pues carece de personalidad jurídica, por lo que sigue en plena vigencia la inscripción de las participaciones a favor de cada una de las Sociedades que integran la Unión 4.º Que el escrito presentado nunca será medio hábil para practicar rectificación alguna, pues de conformidad con el artículo 3 de la Ley Hipotecaria sería necesaria escritura pública, ejecutoria o documento auténtico, expedido por la autoridad judicial o por el Gobierno o sus agentes y se precisaría el consentimiento de cada uno de los titulares de las inscripciones cuya rectificación se solicita, conforme al apartado d) del artículo 40 de la Ley Hipotecaria. Además, existe una anotación preventiva de embargo para cuya rectificación haría falta el correspondiente mandamiento judicial.

V. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias dictó auto el 21 de octubre de 1992, desestimando el recurso planteado y confirmando la nota del Registrador por considerarla ajustada a derecho, añadiendo que podrían ser otorgadas las ventas de pisos pretendidas al disponer don Lino González Suárez, como Gerente, de poderes de las dos Sociedades.

VI. El recurrente apeló ante esta Dirección General, insistiendo en la personalidad jurídica de la Unión Temporal de Empresas, una vez que ésta ha sido inscrita en el Registro Mercantil como una Sociedad anónima, en que la voluntad de los comparecientes en las escrituras de referencia es la de vender y adquirir para la Unión Temporal de Empresas y no para las respectivas Sociedades y en el hecho de que de no llevarse a cabo la rectificación se mantendría una contradicción dentro de los asientos del Registro, pues no se sabría con claridad quién es el titular registral al no ser éste el mismo según los diferentes asientos del historial registral de la finca.

VII. Para mejor proveer se solicitó por este Centro Directivo del Registrador de la Propiedad número 4 de Oviedo certificación literal de la inscripción 5.ª y posteriores de la finca registral 8.318 y si se hubiese inscrito el régimen de división horizontal también de los asientos del piso o local que comprendiese más asientos que el de división.

Remitida la citada certificación de la misma, resulta:

1.º Que respecto a la finca matriz 8.318 resultan las siguientes inscripciones: a) Inscripciones de compraventa 5.ª y 6.ª practicadas a favor de la «Inmobiliaria Sala, Sociedad Anónima», y «Contratas Bencar, Sociedad Limitada», en la proporción de un 75 por 100 la primera y un 25 por 100 la segunda, b) Inscripción 7.ª de hipoteca cancelada por la 9.ª; c) Inscripción octava de declaración de obra nueva en construcción y división horizontal practicada a favor de ambas entidades y en la misma proporción, y d) Inscripciones 10.ª y 11.ª, por las que rectifican las inscripciones 5.ª y 6.ª, en el sentido de hacer constar que las ventas se efectuaron a favor de «Inmobiliaria Sala, Sociedad Anónima», «Contratas Bencar, Sociedad Limitada» (Unión Temporal de Empresas), Ley 18/1982, de 26 de mayo. 2.º Que la citada finca fue dividida horizontalmente en 27 fincas (números registrales 10.708 a 10.734), inscritas a favor de ambas entidades y en dicha proporción (inscripciones primeras), resultando además los siguientes asientos: a) Respecto a las fincas 10.708, 10.710 a 10.718, hipoteca a favor de «Herrero Sociedad de Crédito Hipotecario, Sociedad Anónima» (inscripción 2.ª), anotación de embargo, letra A,

sobre el 25 por 100, propiedad de «Construcciones Bencar, Sociedad Limitada», y a favor del «Banco Urquijo, Sociedad Anónima», y anotación, letra B, sobre esa misma participación a favor de don Luis Javier Menéndez Barreiro; b) La finca 10.709, con las anotaciones A y B antes reseñadas; c) Las fincas 10.719 a 10.733, con la hipoteca y anotación letra A reseñadas; d) La finca 10.734, únicamente con la hipoteca reseñada. Además, están vigentes respecto a la finca registral 10.709, por un lado, y 10.711, 10.712, 10.713, 10.714, 10.716, 10.717, 10.718, 10.719, 10.720, 10.722, 10.724, 10.725, 10.726, 10.727, 10.728, 10.729 y 10.730, por otro, sendos asientos de presentación de las escrituras de hipoteca sobre dichas fincas a favor del «Banco Herrero, Sociedad Anónima».

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 392 y 1.669 del Código Civil; 1.º, 9.º y 40 de la Ley Hipotecaria; Ley 18/1982, de 26 de mayo, sobre régimen fiscal de las Uniones Temporales de Empresas; artículos 7.º, 51, 54 y 383 del Reglamento Hipotecario; la Sentencia de 29 de septiembre de 1992, y las Resoluciones de 20 de marzo y 18 de abril de 1986.

1. De los asientos registrales relativos a una casa construida en régimen de propiedad horizontal, resulta: a) La finca total, obra nueva y cada uno de los pisos y locales figuran inscritos en condominio en la proporción de un 75 por 100 en favor de «Inmobiliaria Sala, Sociedad Anónima», y de un 25 por 100 en favor de «Contratas Bencar, Sociedad Limitada», y b) Aparte de que hay afecciones e hipotecas que pesan sobre la plena propiedad de los pisos y locales (partiendo de que la titularidad de la propiedad de la finca y de cada uno de los pisos y locales correspondía, en la proporción dicha, a una y otra entidad), hay también afecciones y gravámenes, especialmente anotaciones de embargo, que afectan sólo al 25 por 100 que sobre cada uno de los pisos y locales corresponde a «Contratas Bencar, Sociedad Limitada».

Las dos inscripciones relativas a la adquisición del solar han sido rectificadas, en virtud de escritura, para hacer constar que la compra se efectuó «a favor de «Inmobiliaria Sala, Sociedad Anónima», y «Contratas Bencar, Sociedad Limitada» (Unión Temporal de Empresas), Ley 18/1982, de 26 de mayo». Según el informe del Registrador, la rectificación se hizo «sin que exista acta formal de inscripción» a favor de la Unión Temporal de Empresas, pues «carece de personalidad jurídica, por lo que sigue en plena vigencia la inscripción de las participaciones a favor de cada una de las Sociedades que integran la Unión».

Con estos antecedentes registrales, quien en calidad de Gerente y Apoderado de la Unión Temporal intervino en las dos escrituras de compra del solar y en las dos escrituras relativas a la indicada rectificación, solicitó que, en virtud de las rectificaciones ya llevadas a cabo, proceda el Registrador a la rectificación de todos los asientos registrales posteriores y, por tanto, de todos los relativos sea a la finca entera, sea a cada uno de los pisos o locales.

El Registrador, en su nota denegatoria, viene a oponerse a la rectificación pretendida por entender que existen dos obstáculos: Uno, el derivado de la falta de personalidad de la entidad compradora, obstáculo este que por derivar de las exigencias del sistema no sería subsanable ni con el consentimiento de interesados ni por determinación judicial, y el otro, y si el primero no fuera suficiente, porque el principio de salvaguardia de los asientos exige o el consentimiento de los titulares registrales o la resolución judicial.

2. Cuando dos o más personas adquieren un bien inmueble ordinariamen-

te, queda constituido sobre ese bien un condominio y, como una exigencia añadida del principio de determinación registral, está ordenado que las inscripciones de las partes indivisas «precisarán la porción ideal de cada condeño con datos matemáticos que permitan conocerla indudablemente» (cfr. art. 54 del Reglamento Hipotecario). Pero nuestro ordenamiento conoce otras formas de comunidad en que la cotitularidad no recae sobre cada bien sino sobre un patrimonio o sobre un conjunto de bienes porque así resulta de las disposiciones específicas que la regulan. Cuando sea este el caso regirán estas disposiciones específicas antes que las prescripciones que regulan el condominio ordinario (cfr. art. 392-II del Código Civil); entender que en los casos en que la comunidad de bienes recae, conforme a las disposiciones específicas, sobre un patrimonio o sobre un conjunto de bienes, cada comunero es titular sólo de una cuota sobre cada uno de todos los bienes que constituyen el conjunto y que puede, en consecuencia, disponer individualmente de su cuota en uno o en algunos de los bienes, o que caben embargos sobre cuotas aisladas de algunos bienes por deudas de cada comunero, o que puede cada uno de los comuneros ejercitar la acción de división sobre cada uno de los bienes y con independencia de los demás bienes (sin permitir hacer lotes con los bienes del conjunto), sobre no estar ajustado el ordenamiento conducirá a soluciones atomísticas antieconómicas y enormemente perturbadoras.

3. La figura de la comunidad que recae sobre el conjunto de bienes puede darse, entre otros supuestos, en los casos de figuras societarias o asociativas que actúan públicamente a través de órganos, pero que por determinación de la ley no llegan a tener personalidad jurídica, como ocurre en el caso de las Uniones Temporales de Empresas. El legislador ha previsto esta figura social como sistema de colaboración entre empresarios para el desarrollo de una obra, servicio o suministro; constituyen a este efecto una Unión Temporal, la cual, aunque, conforme a las disposiciones específicas no tendrá personalidad jurídica, va a estar sometida a Estatutos específicos, tendrá un Gerente único y un fondo operativo común y, entre los demás pactos estatutarios posibles, ha de constar la proporción o método para determinar la participación de las distintas empresas miembros en la distribución de resultados (cfr. título III de la Ley 18/1982). Al régimen de los bienes que constituyen el fondo común han de aplicarse antes que las normas del condominio las disposiciones propias de las Uniones Temporales de Empresas y, en lo que sean compatibles, las reglas de las Sociedades mismas (cfr. art. 392-II del Código Civil).

Congruentemente, procede hacer constar en el Registro la afección social de los bienes adquiridos para la Unión, la cual, por lo dicho, no equivale a que entre los socios quede constituido un condominio por cuotas sobre cada uno de los bienes. En la inscripción habrían de constar, pues, las circunstancias necesarias para que quede expresada la titularidad, naturaleza y extensión del derecho que se inscriba (cfr. arts. 9.º de la Ley Hipotecaria y 51 del Reglamento Hipotecario), tal como resulte de la realidad sustantiva acreditada por la titulación presentada al Registro.

4. Ahora bien, no corresponde a este momento, ni a la vía gubernativa, enjuiciar si las inscripciones practicadas se han atendido o no a esa doctrina, en primer lugar porque gozan de la presunción legal de validez y exactitud y de la salvaguardia judicial, y, además, porque de existir alguna discordancia del Registro con la realidad no basta el consentimiento del Gerente y representante de la Unión Temporal; los principios registrales exigen para la rectificación, como acertadamente señala el Registrador en la nota de calificación

recurrida, el consentimiento de las personas o entidades que aparecen directamente como titulares registrales —y tratándose de anotaciones preventivas de embargo el correspondiente mandamiento judicial—, y, en defecto del consentimiento, la resolución judicial recaída en juicio ordinario entablada precisamente contra los titulares de los distintos asientos.

Esta Dirección General ha acordado no estimar el recurso y confirmar la denegación de rectificación en los términos que resultan de las anteriores consideraciones.

Madrid, 25 de marzo de 1993.—El Director general, *Antonio Pau Pedrón*.

Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Asturias.

COMENTARIO A LA RESOLUCIÓN 25-3-1993

La resolución comentada supone una repetida aplicación en un principio configurado a través de la doctrina de la DGRN como principio general en la órbita de la rectificación registral. La rectificación implica consentimiento del titular registral afectado y en su defecto resolución judicial en el procedimiento adecuado; este principio tiene una formulación explícita en el artículo 40 de la Ley Hipotecaria y manifestaciones múltiples específicas a lo largo de la Legislación hipotecaria, pero más allá de esa dicción legal conviene entender el fundamento del mismo en el esquema general del sistema registral y su alcance en cuanto que a pesar de su formulación absoluta y su significación de principio fundamental admite ciertas matizaciones en su aplicación.

El fundamento de la rectificación

El fundamento de la exigencia de la intervención de los interesados para la rectificación o en su defecto la resolución judicial está en principios básicos de la legislación hipotecaria: el principio de legitimación y el de fe pública. La doctrina de la inexactitud se presenta en la Ley Hipotecaria de 1944 como aplicación de dichos principios; así lo manifiesta la resolución de 10-3-1978 al decir que el problema que plantea la inexactitud registral está íntimamente enlazado con los principios de legitimación y fe pública tal como indica la Exposición de la Ley de reforma de 1944 y no había sido formulado en la legislación anterior con carácter unitario tanto en su concepto como en sus efectos y por eso la Ley vigente ha pretendido remediar aquella situación al proporcionar un concepto global de inexactitud —art. 39— y regular detalladamente los diversos supuestos que pueden presentarse —art. 40— para lograr las soluciones adecuadas que refuercen los principios básicos del Registro de la Propiedad. Este criterio se confirma en la Exposición de Motivos referida y en la doctrina que la comenta.

Más modernamente la rectificación por el cauce adecuado cobra una nueva dimensión: el principio de tutela judicial efectiva encuentra a través de ella una importante aplicación en el ámbito de la jurisprudencia registral. A través de diversas resoluciones, el Centro Directivo hace aplicación del artículo 24 del texto constitucional en supuestos en que se pretendía una rectificación sin intervención del titular registral o sin haberse seguido el cauce procedimental

adecuado que fuere suficiente garantía para el mismo. Los ejemplos son múltiples, y así pueden citarse distintas resoluciones:

En la de 28-10-1987 el procedimiento seguido en el supuesto no era el adecuado para determinar la responsabilidad directa de los bienes comunes por la deuda de un cónyuge.

En las de 18-1-1988 y 7-3-1988 se declara que el recurso gubernativo no es cauce adecuado para examinar la actuación del registrador en cuanto a la cancelación de asientos registrales.

En la de 30-5-1988 se dice que el expediente de dominio es inadecuado para causar inscripción si no existe interrupción del tracto.

En la de 28-7-1988 se afirma que el auto de quiebra no puede afectar a fincas inscritas a favor de terceros ni aún incluidos en período de retroacción si no se ha seguido frente a ellos el procedimiento adecuado.

Para la de 19-1-1993 no es posible una cancelación de hipoteca unilateral por sentencia penal no habiendo intervenido en el procedimiento el titular registral.

El texto constitucional conecta así con los ejes fundamentales del sistema registral que son ahora objeto de interpretación y aplicación a través del mismo: la actuación registral en la rectificación como última fase en muchos casos de un procedimiento será el control añadido para así evitar la indefensión del titular registral que tiene a su favor la presunción legal de existencia y pertenencia del derecho, de forma que debe consentir en la rectificación o haber sido citado en el debido concepto en el procedimiento adecuado para dar lugar a esa rectificación.

Se da de esta forma una adecuada interpretación de la normativa hipotecaria a la luz de uno de los principios fundamentales reconocidos por la Constitución y desarrollados por el Tribunal Constitucional y se manifiesta en el campo registral el principio de aplicación directa del texto constitucional.

La aplicación del principio

La aplicación del principio parece absoluta: toda rectificación exige el consentimiento o la resolución judicial; en la práctica esta idea exige varias matizaciones. Y ello resulta de una doctrina ya vieja sentada por la Dirección General: cuando la rectificación derivara de documentos auténticos de cuyo alcance no hubiese duda sería posible proceder a dicha rectificación, esta doctrina resulta ya de Resoluciones como las de 9-3-1917 y 27-6-1929: la formulación de la misma era vaga y acercaba entonces la actuación registral a una función próxima a la jurisdiccional; tras la clara formulación de los procedimientos de rectificación de la Ley Hipotecaria de 1944 la DGRN en Resolución 10-3-1978 asume dicha interpretación tradicional aún después de la reforma y la aplica para un supuesto en que se justifica documentalmente que el régimen económico matrimonial vigente en el momento de la adquisición es distinto del que resulta del registro; para dicha resolución en su considerado tercero sigue vigente la reiterada doctrina del Centro Directivo anterior a la Ley de 1946 de que si los errores producidos en un título inscribible pueden ser comprobados plenamente a través de documentos auténticos que por su naturaleza son independientes de la voluntad de las partes, documentos que ponen de manifiesto la falta de armonía entre el Registro y la realidad jurídica,

bastará la extensión del asiento a petición del interesado por la presentación de los mismos y sin que sea necesario entonces acudir a los procedimientos legalmente establecidos.

Aplicaciones prácticas de tal punto de vista se recogen en otras resoluciones de las que resulta la posibilidad de rectificación registral en cuestiones que afectan al estado civil cuando de documentos auténticos resulte la verdad de dichas situaciones. El supuesto más normal resultará de la discordancia del Registro Civil y el Registro de la Propiedad supuesto en el que la función de publicidad del Registro Civil en su ámbito debe prevalecer sobre el contenido del Registro de la Propiedad proyectándose entonces el contenido de aquél sobre el alcance de la inscripción en éste, dado que una modificación en el estado o en sus circunstancias puede afectar directamente al contenido de los derechos reales inmobiliarios.

En esta línea la reforma del Reglamento del Registro Civil de 1986 busca en su artículo 266 lograr la concordancia entre ambos registros en la espinosa cuestión de la publicidad del régimen económico matrimonial. El propio Centro Directivo va más allá implicando al Registro Civil en la actuación calificadora del Registrador de la Propiedad cuando se trata del embargo de bienes de la sociedad de gananciales en supuestos de extinción de dicho régimen; el posible embargo sobre la base del artículo 1.373 del Código Civil exigirá para poder ser anotado que frente a terceros no se haya producido la disolución de la sociedad de gananciales por la constancia de la correspondiente indicación en el Registro Civil (Resoluciones 18 y 25-3-1988 entre otras).

La otra cuestión tratada en esta resolución conecta con el concepto de titularidad registral, considerando la Dirección que la afección de una finca a una unión temporal de empresas puede constar en el Registro.

El concepto de titularidad registral viene normalmente referido a la personalidad jurídica; en cuanto implica publicidad de derechos es lógico que el registro admita como titulares de esos derechos a quienes son susceptibles de esa tenencia; la persona física y la jurídica son normalmente los titulares de los derechos y obligaciones en el Registro; en ello piensan los artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento; en los casos de pluralidad de titulares y siendo la comunidad romana la regla prevalente en nuestro derecho la Ley Hipotecaria prevé la determinación de cuotas ideales (art. 54 del Reglamento Hipotecario) que publican el alcance del derecho inscrito. La legislación hipotecaria no ignora por otra parte otra suerte de comunidades ya próximas a la romana ya a la germánica ya *sui géneris* que pueden tener acceso al registro en forma diferente; así hay reglas especiales para los aprovechamientos de aguas, la constancia del derecho hereditario a través de la anotación preventiva, la forma de publicar la situación de los bienes sujetos al régimen de gananciales o de comunidades del tipo matrimonial, etc. Las posibilidades sin embargo no se agotan aquí; el derecho moderno habilita diferentes formas que sin tener propiamente personalidad jurídica pueden funcionar con una cierta autonomía en cuanto se les reconocen unos órganos específicos, un patrimonio propio o al menos la adscripción de ciertos bienes y fines también particulares. Ocurre así con las comunidades de propietarios de edificios en régimen de propiedad horizontal; el Centro Directivo admite que puedan anotarse a su favor embargos, con lo que su capacidad procesal se supone y admite también la posibilidad de ir contra ella y sus bienes, aunque no contra los bienes atribuidos *pro indiviso* a todos los propietarios a ella incorporados.

El supuesto contemplado en la resolución supone también una forma de

comunidad sin personalidad jurídica reconocida pero con una cierta autonomía que sí es legalmente tenida en cuenta. Las uniones temporales de empresas son producto de la Ley 18/82 de 16 de mayo; se trata de asociaciones de empresas para la realización de una actuación común; tienen un patrimonio afecto a su actividad y actúan por medio de órganos propios; esta específica forma asociativa puede tener acceso al Registro y los bienes a ella afectos pueden publicar esa circunstancia; así resulta del propio artículo 51-6 del Reglamento Hipotecario. Las uniones de empresas han tenido su continuación en la regulación de la agrupación de interés económico por Ley de 29 de abril de 1991 y en la agrupación europea de interés económico recogida en el reglamento CEE 2187/1985, figuras ya dotadas de personalidad jurídica.

JOSÉ S. RODRÍGUEZ SÁNCHEZ
Registrador de la Propiedad

NO ES PRECISA LA PREVIA INSCRIPCION DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO FINANCIERO CON OPCION DE COMPRA («LEASING») PARA QUE PUEDA SER INSCRITA LA VENTA QUE SE REALIZA EN EL EJERCICIO Y EJECUCION DE LA OPCION EXPRESAMENTE CONCEDIDA. (Resolución de la Dirección General de los Registros de 12 de mayo de 1994, BOE de 2 de junio de 1994.)

Hechos I. El día 11 de abril de 1992, mediante escritura pública autorizada por el Notario de Madrid don José María de Prada González, la entidad «Banesto Leasing, Sociedad de Arrendamiento Financiero, Sociedad Anónima», vendió a «Muyrsa, Sociedad Anónima», una finca sita en Madrid, local comercial denominado 9-S de la galería comercial del edificio sito en la calle Galeón, número 27, con vuelta a Bergantín, finca registral número 17.465 del Registro de la Propiedad número 11 de los de Madrid. En la citada escritura los comparecientes exponen: «II) Que, mediante escritura otorgada ante el Notario de Madrid don Carlos Vázquez Balbontín, el 12 de enero de 1987, número 26 de su protocolo, la compañía mercantil «Transleasing Banesto, Sociedad Anónima», actualmente denominada «Banesto Leasing Sociedad de Arrendamiento Financiero, Sociedad Anónima», suscribió un contrato de arrendamiento financiero («leasing») con la compañía mercantil «Muyrsa, Sociedad Anónima», por el que cedía a esta última, por un período irrevocable de sesenta meses, el uso de la finca descrita en el expositivo anterior y, asimismo, le concedía una opción de compra de dicho inmueble, al término del período mencionado, obligándose la arrendataria a pagar a la arrendadora la cantidad global de 41.286.600 pesetas, incluido Impuesto sobre el Valor Añadido de 4.423.560 pesetas, pactándose, igualmente, para el eventual ejercicio de la opción de compra, un precio global de compraventa de 688.110 pesetas, incluidas 73.726 pesetas correspondientes al Impuesto sobre el Valor Añadido. III) Que habiendo transcurrido el plazo establecido para la utilización por la arrendataria financiera de la finca descrita y habiéndose ejercitado en forma la opción de compra de la misma, otorgan: 1.º La compañía mercantil «Banesto Leasing, Sociedad de Arrendamiento Financiero, Sociedad Anónima» representada por don Francisco Parreño Martínez, vende a la compañía mercantil «Muyrsa, Sociedad Anónima» que, representada por don Juan Muñoz Quesada y don Gonzalo de Armas Serra, compra la finca descrita en el expositivo I de

esta escritura, como cuerpo cierto, libre de cargas y gravámenes y con cuantos derechos, usos y servicios le son inherentes. 2.º El precio de esta compraventa es el de 614.384 pesetas, más 63.726 pesetas correspondientes al Impuesto sobre el Valor Añadido. Dicha suma total declara la parte vendedora haberla recibido, con anterioridad a este acto, de la entidad compradora a favor de la cual otorga la más solemne y eficaz carta de pago.»

II. Presentada la anterior escritura en el Registro de la Propiedad número 11 de los de Madrid fue calificada con la siguiente nota. «Suspendida la inscripción del precedente documento por observar en él los siguientes defectos: 1. No constar inscrito el contrato de arrendamiento financiero constituido en la escritura de 12 de enero de 1987 ante el Notario de Madrid don Carlos Vázquez Balbontín, ya que la opción que se ejercita es un derecho de adquisición preferente, nacido en dicho arrendamiento financiero que, por razones de tracto sucesivo (art. 20 LH) ha de ser previamente inscrito como contrato de causa única, del que la opción constituye una prestación esencial. 2. Según el número 8 de la disposición adicional séptima de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, las sociedades de arrendamiento financiero tienen como objeto social exclusivo la realización de estas operaciones, por lo que no pueden efectuar ventas de bienes inmuebles que no se deriven de un derecho de arrendamiento financiero previamente inscrito. 3. No se cumple en esta compraventa el requisito esencial de la fijación de un precio cierto (art. 1.445 del CC), ya que no puede considerarse como tal el valor residual del bien transmitido, que consta en el apartado segundo del otorgamiento como tal precio. No practicada anotación preventiva por no haber sido solicitada. Contra esta calificación puede interponerse recurso gubernativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo y forma fijados por los artículos 112 y siguientes del Reglamento Hipotecario.—Madrid, 15 de diciembre de 1992.—El Registrador, firma ilegible.»

III. El Notario autorizante del documento interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: 1. Que en esencia lo que dice el Registrador con referencia al primer defecto es que no se puede otorgar la escritura de compraventa en la que se hace uso de un derecho de opción si previamente no está inscrito éste en el Registro, y que, siendo el derecho de opción un elemento integrante del contrato de arrendamiento financiero, debe haberse inscrito previamente también éste en el Registro de la Propiedad.

El Registrador apoya esta tesis en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria. Procede, pues, rebatir dicha tesis, pues en la escritura calificada se cumplen escrupulosamente los requisitos que el artículo citado establece para el tracto sucesivo. La finca figura inscrita en el Registro a nombre de «Banesto Leasing», según resulta de la escritura y del propio Registro, siendo dicha entidad la que a través de su representante realiza el acto de disposición de la finca en cuestión. Que, por otro lado, la tesis del Registrador carece de base legal alguna: a) En virtud de lo dicho anteriormente con referencia al artículo 20 de la Ley Hipotecaria, y b) En consideración a que la inscripción en nuestro derecho es voluntaria y, en el caso concreto, del derecho de opción con mayor motivo, ya que es un derecho personal que en principio no es, por tanto, inscribible en el Registro y que sólo cabe inscribirlo cuando reúne los requisitos establecidos en el artículo 14 del Reglamento Hipotecario, de los que se deduce que sólo cuando hay una voluntad expresa de los interesados es inscribible. Ahora bien, esto no quiere decir que no sean inscribibles los actos de

disposición realizados en el ejercicio del derecho de opción. Y naturalmente al realizarse el acto de disposición derivado del contrato de opción se hará referencia a éste y se otorgará la escritura de compraventa en cumplimiento de lo pactado en aquél, debiéndose inscribir la misma sin dificultad y sin que se haya inscrito previamente la opción. 2. Que el segundo defecto de la nota de calificación tiene menos justificación todavía que el anterior, en virtud de las siguientes razones: a) Porque la compraventa que se documenta en la escritura presentada a inscripción es una compraventa realizada en cumplimiento de un derecho de opción pactado en un contrato de arrendamiento financiero, es decir, que se trata de un acto típico de la actividad social de la sociedad para la que se encuentra perfectamente capacitada, y se considera que no es obligatoria la inscripción previa del arrendamiento financiero, y b) Porque no es cierto que el objeto social límite la capacidad de la sociedad. Este es el criterio de la doctrina española y de la Dirección General de los Registros y del Notariado en numerosas resoluciones, entre las que cabe citar la de 5 de noviembre de 1959. 3. Que se considera absurdo el tercer defecto de la nota de calificación. Que de la lectura de la misma, del artículo 1.445 del Código Civil y del otorgamiento segundo de la escritura calificada, se comprende la grave confusión sufrida en este punto por el Registrador. La exigencia del Código es que el precio sea cierto expresado en dinero o signo que lo represente. La cláusula establece como precio una cantidad meticulosamente determinada y expresada en pesetas. El Registrador confunde en este punto de su nota la certeza del precio con la forma en que las partes han llegado a fijar este precio. En nuestro Derecho la fijación del precio es libre para las partes. Hay que tener en cuenta que se trata de una venta en uso de una opción de compra derivada de un contrato de arrendamiento financiero en el que por imposición legal debe incluirse la opción y pactarse en el contrato de arrendamiento el precio para el supuesto de ejecutarse la opción y que es este precio libremente pactado por las partes en el momento de firmar el arrendamiento, el que debe servir de precio de la compraventa; y, por ello, en la escritura calificada se hace en la exposición una referencia al valor residual, que es el pactado en el arrendamiento como precio de venta al ejercitarse la opción. Para ratificar dicho argumento la propia legislación da a entender que en la opción derivada de un arrendamiento financiero ese precio puede no ser real, conforme se deduce del Real Decreto-ley 15/1975, de 25 de febrero, al establecer el régimen tributario de las operaciones de arrendamiento financiero en el artículo 26, 2 y 3.

IV. El Registrador de la Propiedad, en defensa de su nota, informó: Que el recurrente niega la falta de tracto, pero incurre en una grave confusión, ya que el artículo 20 de la Ley Hipotecaria habla de «los demás derechos reales» y no sólo del «dominio». Que no se puede confundir la voluntariedad de la inscripción con la exigencia de inscripción de los títulos rezagados, como es, en este caso, el título en que se constituye el «leasing». No basta que el transmitente sea titular registral para que se cumpla el tracto, sino que es necesario, además, que el título de transferencia alegado figure inscrito. El principio de tracto exige que el derecho del transmitente esté inscrito cuando se inscriba el derecho del adquirente. En este punto hay que citar la Resolución de 10 de enero de 1939. En la escritura calificada el negocio causal que da lugar a la transmisión es el de «leasing» que debe constar previamente inscrito o debe inscribirse a la vez. Que el recurrente, al hablar del artículo 14 del Reglamento Hipotecario y de los requisitos exigidos por este precepto para la inscripción

de la opción, olvida que no se trata de una opción regulada por dicho artículo, sino de la que forma parte de un arrendamiento financiero o «leasing», figura regulada por la disposición adicional séptima de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito y sobre cuya naturaleza jurídica existen diversas teorías, siendo la predominante la que la considera un contrato complejo y atípico con unidad causal, en el que se funden la cesión de uso y la opción de compra con causa única, como dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de abril de 1981. La doctrina considera que su inscripción es imprescindible a los efectos de publicidad y se debe inscribir como un verdadero derecho real sujeto a las normas generales hipotecarias, amparadas por el artículo 7 del Reglamento Hipotecario. En este mismo sentido la jurisprudencia del Tribunal Supremo en las Sentencias de 10 de abril de 1981, 18 de noviembre de 1983, 26 de junio de 1989 y 28 de mayo de 1990. Que la causa de la compraventa no es el derecho de opción sino el «leasing» y, por eso, es indispensable la inscripción. Que hay que señalar lo dispuesto en la disposición adicional séptima de la Ley de 1988, en su número 1. Por tanto, la ley no regula un derecho de opción sino un arrendamiento financiero del que la posibilidad para el usuario de adquirir el bien con preferencia a cualquier persona y en las condiciones marcadas en el contrato, constituye parte de la esencia misma del contrato. Sin opción no hay «leasing». Que se trata de una opción no legal ni mucho menos convencional, pues se deriva necesariamente del arrendamiento financiero, que escapa a la autonomía de la voluntad por razones de orden público económico. El arrendamiento financiero es una unidad y no se puede descomponer en las facultades que se derivan del mismo. No se puede pretender inscribir facultades aisladas de los derechos reales y no hacerlo con el derecho real en sí mismo. De no realizarse la inscripción se daría el supuesto anormal de que el contrato podría carecer de algún requisito o adolecer de algún defecto que debiera impedir la inscripción posterior de la compraventa hecha en ejecución de la opción, integrada en el «leasing». El Registrador ha de cumplir lo establecido en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria. Por otra parte, de no inscribirse el arrendamiento financiero sería imposible la aparición de terceros adquirentes, protegidos por el Registro, del derecho sobre el que recae la opción, que haría inviable su ejercicio, lo que se pretende evitar con la publicidad registral del «leasing». Que, en lo que se refiere al segundo defecto, la primera razón alegada por el recurrente no puede prosperar si se admite la necesidad de inscripción del arrendamiento financiero. En cuanto a la segunda razón del recurrente, hay que señalar que esa doctrina sólo puede mantenerse respecto de las sociedades en general, pero no a las de objeto único, como las de arrendamiento financiero, según la referida disposición adicional séptima de la Ley de 1988. De otra forma no se explica por qué los bancos tienen sus propias entidades de «leasing». Si, como cree el recurrente, el objeto social no limita la capacidad legal, la restricción a que alude el número 10 de la disposición adicional séptima de la Ley de 1988 estaría de más y no se entendería por qué se crean estas sociedades especiales. Que, en lo que respecta al tercer defecto, el principio de especialidad hipotecaria requiere que el precio conste con claridad en el documento inscribible, requisito que el artículo 1.445 del Código Civil exige con carácter sustantivo. Si es verdad que en Derecho Español común no existe el requisito del precio justo, es evidente que si la compraventa se hace por una sociedad mercantil que tiene la idea de lucro como fundamental, no es lógico pensar que se pueda vender la finca por un precio irrisorio

que no sea el valor del mercado. En las escrituras de compraventa, el precio completo debe aparecer bien en las estipulaciones, bien en el otorgamiento, aunque se desdoble en cuanto a las formas de pago, pero nunca puede faltar el precio total, lo que ocurriría en este supuesto, si se prescinde del arrendamiento financiero. En este punto cabe citar la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1990.

V. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid revocó la nota del Registrador fundándose, en lo referente al primer defecto, en que en el caso objeto del recurso baste y sobre con la inscripción del dominio; en lo que concierne al segundo defecto de la nota, en el número 8 de la disposición adicional séptima de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito Financiero; y, en lo que se refiere al tercer defecto, en la cláusula segunda del epígrafe «Otorgan» de la escritura calificada.

VI. El Registrador apeló el auto presidencial, manteniéndose en sus alegaciones, y añadió: 1.º Que no está legitimada la entidad arrendadora para vender a cualquiera, aunque en virtud del principio de autonomía de la voluntad pudiera hacerlo, porque lo que no resulta admisible es que, reconociendo la plena validez entre las partes de un título adquisitivo e, invocando su existencia, no se presente a inscripción, siendo como es el que legitima la adquisición y determinante del contenido de los derechos de los interesados. Naturalmente que la inscripción es voluntaria en derecho español, pero si se quiere inscribir una compraventa, reconociendo que es consecuencia de un arrendamiento financiero, se debe inscribir éste, ya que forma un todo unitario, del que no se puede separar ninguna de sus partes integrantes. Por otra parte, el Registro es control de legalidad y no inscribir el arrendamiento financiero es disociar el contrato y mantener oculto un clausulado necesitado de publicidad para garantizar la seguridad jurídica, tanto para las partes como para terceros. La Ley de 1988 aborda la regulación general de estos actos y todo el control de cumplimiento de estas cláusulas corresponde al Registrador, en virtud del principio de legalidad contenido en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria. La calificación se funda no sólo en la existencia del cumplimiento de tracto sino en la necesidad de presentación del contrato de arrendamiento financiero en el Registro para que el Registrador aprecie que se han cumplido todos los requisitos legales. 2.º Que el «leasing» está reservado a las sociedades anónimas con determinados requisitos, que son los exigidos por la Ley de 1988, a diferencia del arrendamiento con opción de compra, que puede hacerse por cualquier empresa, sin necesidad de ningún requisito esencial, y 3) Que el valor residual no puede considerarse precio de la compraventa. El precio será el pagado por la entidad financiera y abonado luego por el arrendatario-optante, más los intereses y añadidos. El valor residual es inferior al precio de adquisición por el empresario e inferior al valor de mercado, representando sólo una parte del precio del inmueble, transmitido por el arrendamiento financiero. En este punto hay que citar la Resolución de 11 de julio de 1936.

Fundamentos de Derecho.—Vistos la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito; los artículos 2 y 20 de la Ley Hipotecaria; artículo 14 del Reglamento Hipotecario; Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de junio de 1969 y 28 de mayo de 1990 y las Resoluciones de este Centro de 7 de diciembre de 1978, 30 de julio de 1990, 17 de diciembre de 1993 y 11 de marzo de 1992.

1. La cuestión debatida en este recurso se concreta en dilucidar si es indispensable la previa inscripción de un contrato de arrendamiento financiero para que posteriormente pueda ser inscrita la venta celebrada entre los mismos contratantes y respecto del mismo bien sobre el que recayó dicho arrendamiento (tesis del Registrador) o, por el contrario, aquella previa inscripción no es necesaria para la inscribibilidad de la venta (tesis del Notario autorizante de la escritura).

2. El primero de los defectos alegados lo fundamenta el Registrador en el incumplimiento del principio de tracto sucesivo. En la necesidad de la previa inscripción del contrato de arrendamiento financiero, como contrato de causa única, del que la opción constituye una prestación esencial.

No es de fácil comprensión llegar a ver qué relación existe entre el principio de tracto sucesivo y la configuración del contrato de arrendamiento financiero como contrato de causa única. Podría pensarse que alude a la orientación doctrinal que configura el arrendamiento financiero como un contrato único, de contenido trilateral, que engloba al proveedor del bien, a la sociedad de «leasing» y al arrendatario, en el que la unidad contractual empieza con la compra previa y concluye con la adquisición final por arrendatario optante. Pero esta posición no puede admitirse, ni doctrinalmente, al estar fundamentada en la existencia de una causa única de contenido económico, la financiación de la empresa, que no puede unificar jurídicamente a los distintos negocios concurrentes en la figura, ni tampoco legalmente según resulta del tipo contractual delineado en la disposición adicional 7.^a, 1, de la Ley 26/1988. La primera venta es jurídicamente independiente del propio arrendamiento financiero, no afectándole las vicisitudes jurídicas de este último.

También podría pensarse, aceptando ahora la tesis de la bilateralidad del contrato, que éste en realidad es una compraventa con precio aplazado porque el optante apenas tiene libertad para ejecutar la opción y se verá en todo caso compelido por razones económicas a terminar de adquirir la propiedad del bien que se le ha entregado. Pero esta teoría tampoco puede admitirse porque el arrendatario es libre de ejercitar o no la opción y su configuración como compraventa no ha sido asumida por el legislador. La regulación legal no ha ligado al efecto transmisivo al propio contrato de «leasing», sino que ha dejado a la libre voluntad del arrendatario el ejercicio de la potestad de adquisición. La unidad del contrato de «leasing» queda concretada a una cesión onerosa de uso del bien con derecho de adquisición del mismo por el usuario a la conclusión de aquél. En el contrato de arrendamiento financiero ha de incluirse necesariamente, por imperativo legal, una opción de compra a su término en favor del usuario. La relación entre el derecho de uso y la opción de compra es absolutamente necesaria para que nazca la figura con contornos propios, no puede haber entre ellos posible separación, por lo que debe sostenerse que el contrato de arrendamiento financiero no es verdadero arrendamiento ni el derecho de opción ligado a él verdadera opción, sino que el todo es un contrato unitario que faculta para usar el bien y en el cual va ínsito una facultad potestativa de adquisición. Pero el ejercicio de esta facultad exige una declaración de voluntad recepticia dirigida a la sociedad de «leasing» dentro del plazo fijado en el contrato, que deberá justificarse fehacientemente, y a la que debe ir unida la entrega o, en su caso, la consignación del valor residual, si bien la transmisión no se operará hasta que se formalice la venta y no se podrá inscribir en el Registro hasta el otorgamiento de la correspondiente escritura pública bilateralmente entre ambas partes, a no ser que se haya pactado en el

contrato inicial el otorgamiento unilateral por el adquirente cumpliendo los requisitos exigibles. Por ello, desde el punto de vista registral, se ha de distinguir entre la inscripción del derecho que surge del contrato, que ha de realizarse unitariamente como un todo, sin que pueda pretenderse la inscripción aislada de alguna de sus partes, ya sea de la opción o de la facultad de goce, de la inscripción de la venta realizada en ejercicio de la facultad potestativa de adquisición.

La cuestión estriba ahora en dilucidar si es necesario que conste inscrito el contrato como un todo del que dimana la facultad de adquisición cuyo ejercicio puede determinar un acto inscribible en el Registro de la Propiedad. Estimarla necesaria es la posición que sostiene el Registrador, pero llevada a sus últimas consecuencias esa tesis implicaría la necesidad de inscribir todo tipo de derecho de adquisición, ya sea legal o voluntario, ya de carácter real o personal, como condición indispensable para lograr, en el ejercicio de aquel derecho, la adquisición del bien inmueble y su posterior inscripción. Pero esto no ocurre así en los derechos de adquisición de carácter legal, como en los derivados de los arrendamientos urbanos y rústicos, en la que no es posible la inscripción (art. 37-3.º LH), ni en los de origen voluntario como los retractos convencionales, ni en el mismo derecho de opción de carácter personal, en los que no es indispensable (arts. 1 y 2 LH, y 14 RH). Ni desde el punto de vista del transmitente ni desde el del adquirente se da esa necesidad. El adquirente es libre de acudir al Registro para lograr la máxima protección para su derecho de adquisición, pero, inscrito o no, cuando se verifica la adquisición ésta se conecta directamente con la inscripción del dominio del titular registral (en este caso la sociedad de «leasing») que es el otorgante de la venta, cumpliéndose así lo que dispone el artículo 20.1 de la Ley Hipotecaria. Hay un enlace directo desde el vendedor al adquirente, sin que sea necesario un estado intermedio porque el comprador no se sucede a sí mismo, sino al titular registral que realiza la venta. Desde el punto de vista del transmitente se cumple, además, en vía formal, uno de los fundamentos de tracto sucesivo, la protección del titular registral sin cuya voluntad real o legalmente suplida esa titularidad permanece incólume. Además en ningún precepto se impone la previa inscripción del arrendamiento financiero para que la sociedad que otorgó éste pueda realizar ventas de bienes inmuebles que se deriven de ese arrendamiento.

3. El segundo defecto de la nota tampoco puede prosperar. No sólo porque en el caso debatido hay datos sobrados en la escritura calificada para deducir que el negocio cuestionado queda claramente incluido en el objeto social de la entidad transmitente, sino también porque no hay que olvidar, en el caso de que hubiese duda sobre si el acto estaba incluido dentro del objeto social, la reiterada doctrina de esta Dirección General de que el objeto social no puede calificarse con criterio excesivamente riguroso y que la conexión de un acto con el objeto social no es sencillo determinarlo en general y *a priori*, no estando los terceros obligados a asumir la carga de interpretar esa conexión al celebrar un negocio con el administrador, teniendo en cuenta, además, que el objeto social está redactado unilateralmente por la sociedad, por lo que es ésta y *a posteriori* la legitimada para contrastar esa conexión y exigir la responsabilidad pertinente al órgano administrativo que hubiera realizado actos desconectados con el objeto social (cfr. arts. 122.2 y 131.1 LSA), como declaró la Resolución de 22 de marzo de 1992, la que además también se manifestó en el sentido de estar incluidos en el ámbito del poder de representación de los administradores no sólo los actos de desarrollo o ejecución del

objeto de forma directa o indirecta, así como los complementarios o auxiliares para ellos, sino también los actos neutros o polivalentes (Resoluciones de 2 de octubre de 1981 y 12 de mayo de 1989), e incluso los actos aparentemente no conectados con el objeto social (Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 1984 y 24 de noviembre de 1989 y Resoluciones de 1 de julio de 1973 y 31 de marzo de 1986 en relación a los avales de terceros), quedando excluidos, en principio, del ejercicio del poder de representación los claramente contrarios al objeto. Hay que concluir, pues, que la determinación del objeto social, que cumple una importante finalidad, no supone una limitación de la personalidad jurídica ni de la capacidad de la sociedad que tiene la posibilidad de realizar actos aislados fuera del objeto social. Por ello, aunque en la escritura de venta no se haga referencia a la existencia del arrendamiento financiero, nunca podrá deducirse, si no hay pronunciamiento judicial, que la venta estaba desconectada del objeto social exclusivo de la sociedad de «leasing», y aunque así se concluyera y la compra y la venta fueran en efecto extrañas al «leasing», serían totalmente válidas en nuestro Derecho sin perjuicio de las responsabilidades administrativas y societarias procedentes.

4. El tercero de los defectos alegados tampoco puede ser acogido. La afirmación del Registrador de que no se cumple en la compraventa el requisito esencial de la fijación de un precio cierto no se corresponde con la realidad reflejada en la escritura y la explicación de que no puede considerarse como tal el valor residual del bien transmitido va más allá de su facultad de calificación, pues una apreciación de tal índole no se refiere a la certeza del precio sino a su condición de justo, figura que no está aceptada en la regulación que de la materia hace el Código Civil, y si lo estuviera su apreciación correspondería a la potestad jurisdiccional de los jueces y Tribunales. Además, hay que tener en cuenta que del ejercicio potestativo del derecho de la adquisición que realiza el usuario adquirente surge un nuevo negocio jurídico con causa onerosa que, aunque genéricamente conectado con el propio contrato de «leasing», es jurídicamente independiente de él y su causa también independiente de la propia causa «leasing». La compraventa en que se concreta la transmisión final no es un mero acto de ejecución de alguna de las prestaciones de un negocio anterior, sino un verdadero negocio jurídico que exige nuevas declaraciones de voluntad, sin que ello obste a que sea una compraventa de contornos propios y típicos propios de ella en la que el precio, en virtud de conexión genérica antes expresada, y de la propia causa onerosa típica de la figura, es lícito, no sólo que las partes lo fijen como tengan por conveniente, sino que para determinarlo lo hagan en función de otras consideraciones que no sean el total valor del bien transmitido.

Esta Dirección General ha acordado confirmar el auto apelado.

Madrid, 12 de mayo de 1994.—El Director general, *Julio Burdiel Hernández*.

CONSIDERACIONES CRITICAS

La distribución de Resoluciones para ser objeto de comentario en estas páginas la hace un compañero en base de unos criterios que él tiene y, cuando me asignó esta Resolución y otra semejante, estuve a punto de pedirle que me las cambiase por otras, pero decidí someterme a la disciplina, pues de lo contrario podía suceder lo que hasta hace poco ocurría en las «recensiones de

libros»: que yo recensiono los que me gustan. Nunca presidió la idea del lucimiento, pues de todos es conocida mi colaboración de «todas» las Resoluciones que se publicaron en el *ADC*. Algo parecido a lo que en la actualidad hace GÓMEZ GÁLIGO en el *Boletín* de Cataluña.

Las razones que podía haber alegado para rechazar este comentario es que el Registrador de la Propiedad que pierde «indebidamente» el Recurso es amigo mío entrañable, he escrito con él un libro y junto a mí preparó las oposiciones. El Notario que gana «indebidamente» el Recurso tenía que ser amigo mío y «me suena» enormemente el estilo literario de quien redacta el texto de la Resolución, pues yo he leído muchas cosas de él y me resisto a creer que haya aceptado una «orientación» oficial. Por supuesto que a estas dificultades se unen las que surgen del tema en el que no me muevo con cierta facilidad y las que se derivan del hecho de haber sido ya comentada por GARCÍA GARCÍA en la *Revista Crítica* en la zona «noble» de los Estudios y por GÓMEZ GÁLIGO en el *Boletín* de Cataluña. Resulta fácil discrepar de la Dirección General, pero es muy difícil alegar argumentos nuevos a los ya apuntados por los citados autores.

A mi entender son tres los puntos claves a resolver y que se ajusten a la calificación registral. Procuraré ser objetivo y prescindir de ese tono «patriarcal» y autoritario que utiliza el Notario en el escrito en el que interpone el recurso, pues si a ello añadiese mi humor quizá plantearíamos una especie de contencioso o polémica que son ajenas a la finalidad que persiguen estos comentarios. Tres he dicho que son las materias y tres los apartados:

A. TRACTO SUCESIVO Y CAUSA

Creo que así como PELAYO HORE no supo comprender el principio de prioridad y en su «infantil» interpretación escribió aquello de la «Angustiosa prioridad» determinada por el principio del que «deportivamente» llega primero, la parte recurrente y la Dirección no llegan a alcanzar la esencia del tracto que no solamente reside en aquello que dijo gráficamente ROCA SASTRE de que el «adquirente de hoy será el transmitente de mañana», sino que hay más, lo mismo que en la prioridad, y es que en virtud del principio de tracto no sólo se exige que los bienes estén inscritos en el Registro de la Propiedad a nombre del disponente, sino que él mismo tenga la facultad de estar legitimado en la forma y contenido que el asiento registral determina (art. 20 en relación con el 38 LH).

Teniendo en cuenta esto, el Notario debió prescindir de la existencia de un contrato de arrendamiento con opción de compra llamado «leasing» y hacer una compraventa «monda y lironda». Pero el tema estaba en el precio, y es por ello por donde se descubre de la escritura que existía un contrato de arrendamiento con opción de compra y, a pesar de ello, se da un salto atávico y como si fuera un acto plasmado en documento privado se «menciona» en la escritura y da pie a que el Registrador puntualice y diga que «la opción que se ejercita es un derecho de adquisición preferente, nacido de un arrendamiento financiero que, por razones de tracto sucesivo (y legitimación registral) ha de ser previamente inscrito como contrato de causa única».

Si el derecho de adquisición preferente nace del arrendamiento con opción de compra, no basta que éste figure *secretamente* en el protocolo notarial, sino que es la base justificativa de la legitimación para disponer y adquirir. Esto

que es de sentido común, no admite alegaciones como que la opción y su inscripción es voluntaria: todas, menos la hipoteca y otros casos, son voluntarias, pero a TODAS se les aplica el tracto sucesivo. Con el principio de tracto no se obliga a nadie a inscribir, pero si usted no inscribe ya sabe a lo que se expone. Esto es muy semejante a la compra hecha por un tercero de una determinada finca de una herencia, hecha por todos los herederos, pero que al no estar inscrita a su favor tienen que previamente reanudar el tracto o aquellas ventas hechas por el causante y en fincas inscritas a su nombre, que si no se ratifican por los herederos no se pueden inscribir.

Creo que el Registrador ofrecía esta última solución del tracto abreviado y que la venta se hubiese podido inscribir si en el mismo asiento se hacía referencia circunstanciada al contrato de arrendamiento y opción de compra, que son elementos imprescindibles en este caso para la calificación del acto positivo.

Ya sé que la «causa» es una especie de «tópico» que los juristas utilizan como argumento, cuando ya no tienen otros, lo mismo que los militares al hablar del enemigo y los políticos del pueblo, pero como afirma el Registrador aquí existe una *causa única*. Una especie de «*unidad negocial*» cosa que la Dirección General lleva a sus últimos extremos en las ventas con condición resolutoria y cláusula penal —a diferencia de la hipoteca donde se pueden rechazar muchas cláusulas improcedentes— y mantiene esa curiosa figura de la «unidad negocial» que ahora —como luego veremos— deniega. La «causa» es la tremenda argumentación que se utiliza, sin la debida precisión, pues yo reconozco que el tema no es lo suficientemente claro, pero lo que sí es evidente es que si todo contrato exige la determinación del objeto, consentimiento y causa, bajo pena de nulidad, el artículo 18 de la LH brinda al Registrador el examen de la «validez del documento público» y entre los elementos a examinar está la causa.

No sé si a fuerza de la «*presunción de causa*» y «*presunción de modo*» se ha llegado prácticamente a ignorar la necesidad de la misma, pues recuerdo que en el tema de las *aportaciones* a la sociedad de gananciales la insistencia notarial fue alarmante.

La concepción primaria de los principios hipotecarios puede traer estas consecuencias. Es preciso en todo momento —y sobre todo en el de la calificación registral— tener presente que los principios hipotecarios están entre sí relacionados y que «*todos*» juegan en el decisivo momento en que por el Registrador se afirma la validez o nulidad del negocio. «Traer causa» del titular anterior registral, puede ser también una buena expresión para comprender la dimensión del principio de tracto sucesivo. Al no figurar inscrito el «leasing» o arrendamiento financiero con opción de compra, la adquisición no puede basarse en ellas, sino que se trata de una compraventa normal y corriente en la que han de constar todos los requisitos y, singularmente, el precio.

El Registrador de la Propiedad, utilizando argumentos semejantes a los que expongo en estas notas saca, por último, una conclusión: de no inscribirse el arrendamiento financiero sería *posible* (subrayo la palabra posible que en los hechos figura como *imposible*, errata que detecta con la minuciosidad que le caracteriza GARCÍA GARCÍA) la aparición de terceros adquirentes, protegidos por el Registro, del derecho sobre el que recae la opción, que harían inviable su ejercicio, lo que se pretende evitar con la publicidad registral del «leasing». En la escritura de venta se «mencionan» derechos susceptibles de ser inscritos y que no pueden perjudicar a terceros.

GARCÍA GARCÍA en el artículo citado insiste en que no es lo mismo un arrendamiento ordinario con opción de compra, que el caso del «leasing» donde existe un contrato con causa *única o mixta*, como apunta reiteradamente el Tribunal Supremo, en donde no cabe la separación o corte que pretende la Resolución comentada. En su dominio de la figura, critica las consideraciones de la Dirección General al no distinguir o saber distinguir el «leasing» ordinario «trilateral» y el «bilateral» o «lease-back». Para el autor citado hay una conexión íntima entre la cesión de uso, la opción de compra y la consumación de la compraventa. La opción final es un *valor residual* o simbólico que no justifica causalmente la transmisión.

GÓMEZ GALLIGO llega a tres conclusiones: a) La Resolución confunde el principio de tracto sucesivo reduciéndolo a su *aspecto formal* de concatenación de asientos. b) Restringe la calificación registral del negocio intermedio que sirve de *causa* al posteriormente celebrado y que de la forma en que se realiza se convierte en un negocio abstracto. c) Finalmente va en contra de la claridad y determinación de los pronunciamientos registrales.

La Dirección General, en el apartado 2, párrafo tercero, parte de que «el todo es un contrato *unitario* que faculta para usar del bien y en el cual va ínsita una facultad potestativa de adquisición» y lo malo es que sigue afirmando que desde el punto de vista registral «ha de realizarse unitariamente como un todo, sin que pueda pretenderse la inscripción aislada de alguna de sus partes». Dicho esto, viene una conclusión tremenda, pues para rechazar la idea de la necesidad de la inscripción procede a «separar» lo que ha considerado unitario y dice que esa tesis «implicaría la necesidad de inscribir todo tipo de derecho de adquisición, ya sea legal o voluntario, ya de carácter real o personal...». La Dirección General sabe que, a partir del trabajo de TIRSO CARRETERO, comenzó a inscribirse los retractos legales, cuya inscripción no está prohibida, y que en el campo de la legislación agraria, urbanística, arrendaticia y autonómica no sólo se inscriben, sino que son obligadamente inscribibles. Y lo del retracto convencional supone un grave atentado a la práctica registral —y hoy día— al texto —tremendo texto— de la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos donde claramente se admite la inscripción de los mismos.

Todo esto me hace volver a la realidad y despejar mi sospecha de que el autor de la Resolución era alguien al que he leído mucho, pues ese argumento no es de recibo, es de un «alérgico» al Derecho y éste que apunto sabe mucho y no se hubiera atrevido a decir una cosa así.

Los argumentos que emplea el Notario recurrente no guardan relación con la prestigiosa figura jurídica —y quizá eso le pierda— que tiene. Son de una gran pobreza, pero dicho en un tono de *prepotencia*. Confunde el arrendamiento con opción de compra con el arrendamiento financiero y separa del contrato «unitario» el derecho de opción para justificar la transmisión. Estamos en casos análogos a esas escrituras que se hacen con «poder verbal» y que necesitan una justificación posterior para lograr su validez.

B. EL OBJETO SOCIAL DE LAS SOCIEDADES DE ARRENDAMIENTO FINANCIERO

Creo que la solución denegatoria del Registrador, invocando el número 8 de la Disposición Adicional séptima de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, es un argumento contundente que, inexplicablemente, no prospera.

La Dirección General razona sobre el *objeto social* y la forma amplia que en diversas Resoluciones se interpreta. Todo eso está muy bien —aplicado genéricamente— pero no debe olvidarse que la fijación de un objeto social, no es que limite su capacidad, sino que circunscribe su legitimación para la realización de otros actos. De otra parte, la Ley de 1988 circunscribe él o la figura del «leasing» a las sociedades anónimas con ciertos requisitos, a diferencia del arrendamiento con opción de compra que puede hacerse por cualquier empresa. Argumento este ofrecido por el Registrador y arrinconado por la Dirección.

Prefiero no citar los argumentos del Notario y sí, para ir avanzando, los que GARCÍA GARCÍA y GÓMEZ GALLIGO utilizan para adentrarnos en el tercero de los puntos que el Registrador señala como defectos para no inscribir la escritura.

C. FIJACIÓN DEL PRECIO

Parece ser —ya que no he tenido a la vista la escritura y de los hechos no se desprende— que la misma consigna como valor de la compra en base del ejercicio del derecho de opción «*el valor residual del bien transmitido*».

El Registrador de la Propiedad entiende que en las escrituras de compraventa debe aparecer, bien en las estipulaciones, bien en el otorgamiento, aunque se desdoble en cuanto a las formas de pago, pero nunca puede faltar la consignación del «precio total», lo que ocurriría en este supuesto si se prescindiera del arrendamiento financiero (ST Supremo de 28 de mayo de 1990).

El Notario recurrente dice que el Registrador confunde la certeza del precio con la «forma» de fijar ese precio. Es casi imposible que eso se produzca, pues los conceptos de forma y sustancia los tienen clarísimamente los Registradores. De cualquier manera —aun habiendo confundido la forma y el precio total, es evidente que hay que reflejar en la inscripción «el precio que resulte del título, así como la *forma* en que se hubiese hecho o convenido el pago» (art. 10 de la LH).

La Dirección General en este punto mezcla la teoría del «precio justo» con el precio real, aparte de que nos habla de «un nuevo negocio con causa onerosa», independiente del «leasing» y su causa es también independiente de la causa del «leasing». La contradicción evidente entre esta última parte de la Resolución con todo lo anterior dicho, despeja para mí la autoría de la redacción de la Resolución. Esto está hecho por un «alérgico» al Derecho. No se puede incidir en tantas contradicciones en tan cortos espacios. Una vez más la Dirección avanza en un constante desprestigio que tiende a derrumbar toda la grandiosa construcción jurídica que de ella emanaba y que servía de orientación y guía —no ya a Notarios y Registradores— sino a los juristas que tienen en sus manos la aplicación del Derecho. ¿Cuál es la razón de estas desviaciones? No me puedo creer que la balanza se incline por razones corporativas.

NO ES NECESARIA LA PREVIA INSCRIPCION DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO FINANCIERO CON OPCION DE COMPRA («LEASING») PARA PODER INSCRIBIR LA TRANSMISION REALIZADA EN BASE DEL EJERCICIO Y EJECUCION DE DICHO DERECHO DE OPCION. (Resolución de la Dirección General de los Registros de 21 de junio de 1994, BOE de 30 de julio de 1994)

Hechos. I. El día 28 de octubre de 1992, mediante escritura pública otorgada ante el Notario de Jaén don Juan Lozano López, «Lico Leasing, Sociedad Anónima», vende y transfiere a don Antonio Castro Alba y a don Manuel Mármol Gutiérrez, que compran y adquieren por mitad y *pro indiviso* en el ejercicio de la opción de compra establecida a su favor, una finca urbana. En esta escritura se expone: «II. Que mediante escritura otorgada el día 31 de julio de 1987 ante el Notario de Jaén don Juan Lozano López, bajo el número 1.046 de Protocolo, «Lico Leasing, Sociedad Anónima», y don Antonio Castro Alba y don Manuel Mármol Gutiérrez, pactaron el arrendamiento financiero de la finca descrita en el expositivo anterior. III. Que «Lico Leasing, Sociedad Anónima», en la escritura citada en el expositivo anterior, concedió a don Antonio Castro Alba y a don Manuel Mármol Gutiérrez, en *pro indiviso* y por iguales partes, un derecho de opción de compra con el carácter gratuito sobre la finca descrita en el exponendo I de esta escritura, por el plazo máximo que se señala en el último párrafo del artículo 14 del Reglamento Hipotecario equivalente al del período de vigencia del contrato y en el precio de 1.500.000 pesetas, para el caso de que ejercitara el derecho de opción referido IV. Que el precio de dicho contrato de arrendamiento financiero por parte de la arrendataria financiera ha sido satisfecho antes de ese acto a la parte arrendadora financiera, mediante el pago de todas las cuotas financieras hasta el día de hoy.»

II. Presentada la anterior escritura en el Registro de la Propiedad número 1, de los de Jaén, fue objeto de la siguiente nota: «Suspendida la inscripción de la escritura precedente por los siguientes defectos subsanables: Primero.—Aparecer inscrita la finca en el Registro a nombre de «Central de Leasing, Sociedad Anónima», —«Lico, Sociedad Anónima»,—, y no justificarse que dicha entidad se ha convertido actualmente en «Lico Leasing, Sociedad Anónima». Segundo.—No aparecer inscrito el arrendamiento financiero que sirve de base a la opción ahora solicitada, y constituir dicho arrendamiento y opción dos partes completamente inseparables de un mismo contrato complejo, con causa unitaria, como es reconocido expresamente por el Real Decreto-ley de 25 de febrero de 1977, y los propios comparecientes de la escritura presentada, en el exponente II y en la cláusula sexta del exponente V Tercero.—Como consecuencia de lo antes dicho, el precio de compraventa no es el señalado como tal en el ejercicio del derecho de opción, sino el fijado por las partes en la escritura no inscrita, y que ha sido satisfecho, según el exponente IV de la escritura presentada. Jaén, 12 de mayo de 1993. El Registrador (firma ilegible)»

III. El Notario autorizante del documento interpuso recurso gubernativo, a efectos doctrinales, contra el apartado segundo de la anterior calificación, y alegó: Que de acuerdo con el señor Registrador, hay que señalar que existe un solo contrato complejo, económicamente hablando, integrado por tres negocios jurídicos distintos, que no pierden su individualidad; la compraventa de la finca con la finalidad de ceder su uso realizada por la entidad de arrendamiento financiero, el arrendamiento financiero propiamente dicho, en el que hay que incluir, por exigencia legal, el negocio independiente de opción de

compra y, por último, la compraventa que la entidad arrendadora ha de otorgar en favor de la arrendataria, si ésta ejercita el derecho de opción de compra que se reservó. Que al dictarse la normativa reguladora del arrendamiento financiero, tanto en la anterior como en la vigente, lo que se pretendió fue crear un instrumento financiero para que las empresas pudiesen adquirir cómodamente bienes muebles o inmuebles para el desarrollo de su función, y se pensó que el final sería la adquisición en pleno dominio por parte de quien necesitaba de dichos bienes, mediante una sucesión de negocios jurídicos, cualquiera que fuese su denominación, los cuales serían: 1. La adquisición por parte de quien va a ceder el uso de bien necesitado por quien al final va a ser dueño; negocio que no pierde su individualidad y que será o no inscrito según decisión de quien adquiere. 2. La cesión del uso, por parte de la empresa de arrendamiento financiero, a quien al final va a convertirse en propietario del bien; contrato que tampoco pierde su individualidad, que como arrendamiento urbano es inscribible, pero que prácticamente no tiene acceso al Registro de la Propiedad. 3. Un contrato de opción de compra, que por imperativo de la operación financiera, tiene que estar inscrito en el documento que contiene el arrendamiento, que tampoco pierde su individualidad, por lo que tendrá o no acceso al Registro de la Propiedad, según la voluntad de su titular, pudiendo tener acceso al Registro de la Propiedad sin que en él se inscriban las demás partes del documento en que se recoge el arrendamiento financiero, si así se solicita. 4. Por último, un contrato de compraventa o ejercicio del derecho de opción de compra pactada, el que tiene predeterminado el precio a pagar por el bien: el que las partes en uso de su libertad fijan libremente, por lo que no puede mantenerse que el precio de la compraventa no es el señalado como tal en el ejercicio del derecho de opción, olvidando que el precio en el contrato de compraventa es el fijado libremente por las partes y que, en ningún sitio, se exige que dicho precio sea justo. Que en cuanto a la escritura calificada hay que señalar que, dentro de su exposición, se relata toda la relación económica financiera existente entre los distintos negocios jurídicos, y, por último, se celebra el contrato de compraventa por cuya virtud la empresa arrendadora vende a los arrendatarios o usuarios la finca que éstos decidieron adquirir para el desarrollo de su actividad y cuya adquisición se financió en la forma dicha. Por tanto, lo único que hay que examinar para determinar si es inscribible el pleno dominio, que sin duda pertenece a la parte arrendataria o usuaria, es la escritura calificada, la cual es otorgada por el titular registral, que tiene plena personalidad jurídica, a favor de la parte adquirente, que igualmente goza de capacidad suficiente, habiendo total acuerdo entre las partes, entre las cosas objeto del contrato de compraventa y el precio del mismo. Por lo que, habiendo título y modo, la parte adquirente, plena propietaria de la finca, tiene derecho a publicar su titularidad mediante el Registro de la Propiedad, en base, únicamente, a la escritura pública, en la que adquiere el dominio. Que el contrato de opción de compra y el arrendamiento, pese a ir inscritos por exigencia legal en el mismo documento, son totalmente independientes, queda claramente justificado por el hecho de que la parte arrendataria podría no hacer uso de ese derecho de opción de compra e incluso, con consentimiento de la propiedad, podría cedérselo a un tercero, el que no necesitaría, para inscribir su propiedad, más que el contrato de compraventa que a su favor otorgaría la entidad arrendadora, la cual estaría sujeta a lo pactado en el contrato de opción de compra, cualquiera que fuese el precio señalado para la compraventa.

IV. El Registrador de la Propiedad, en defensa de su nota, informó: Que hay que tratar de delimitar la naturaleza jurídica del arrendamiento financiero de bienes inmuebles («leasing inmobiliario»): Muy difícil ha sido fijar tal naturaleza jurídica. Su corta vida, su escasa regulación legal y jurisprudencial, ha hecho que la doctrina se haya volcado en el estudio del mismo, y cabe señalar que la inmensa mayoría de los autores han visto en él un contrato complejo, único y con unidad causal sustancial. El ser un contrato complejo no es incompatible con su calificación de unitario, ya que la complejidad lo es de orden morfológico, ya que desde el punto de vista de su fisiología o funcionamiento responde a una unidad causal. Las escasas normas que lo regulan en nuestro Derecho le atribuyen esta misma naturaleza, así hay que señalar el artículo 19 del Real Decreto-ley de 25 de febrero de 1977 y el Real Decreto de 31 de julio de 1980 y la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito en su disposición adicional séptima, punto 1. Que, por tanto, se observa que las tres normas anteriores vinculan inseparablemente el arrendamiento o cesión de uso y la opción de compra. Que lo mismo se puede decir de la escasa jurisprudencia, debiéndose citar las Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 1978, 10 de abril de 1981 y 18 de noviembre de 1983. Como aclaración a estas dos últimas sentencias cabe citar la de 3 de julio de 1941. Que, finalmente, hay que señalar lo declarado en la Resolución de 7 de diciembre de 1978. Que con todo lo expuesto queda suficientemente demostrado que el contrato de arrendamiento financiero es un contrato nuevo, complejo y con causa unitaria, cuyos elementos integrantes forman un todo, que no puede separarse, sin que desvirtúe su auténtica y verdadera naturaleza. Que, por último, en cuanto a la inscripción registral del arrendamiento financiero, consecuentemente con lo afirmado anteriormente, la inscripción debe ser en su totalidad, considerándole totalmente improcedente la inscripción por partes, quedando a la voluntad del optante el inscribir la última relación contractual (ejercicio de la opción), toda vez que no se puede comprender este último peldaño, desconociéndose los anteriores. El contrato de arrendamiento financiero de inmuebles, al ser una figura nueva, no es contemplada por nuestra Ley Hipotecaria y su Reglamento y, por ello, para que los contratos que lo integran tuviesen acceso individual y separado al Registro tendríamos que enmarcarlos en el artículo 2, apartado quinto de la Ley Hipotecaria y el artículo 14 del Reglamento Hipotecario. Cualquier parecido entre estos dos preceptos y los supuestos que recoge el contrato de arrendamiento financiero, como contrato único, es pura imaginación, por lo que la inscripción individual y optativa de los contratos que lo integran sería, cuando menos, improcedente. Dicho lo anterior, se considera que la inscripción del arrendamiento financiero, como verdadero derecho real, quedará sujeto a la legislación hipotecaria y a las condiciones que dicha legislación impone con carácter general, por lo que su acceso al Registro de la Propiedad tendría lugar en virtud de lo dispuesto en los artículos 1 y 2, apartado segundo, de la Ley Hipotecaria, y artículo 7 de su Reglamento. Que reconocida la inscribibilidad del derecho de arrendamiento financiero, como un contrato múltiple, mixto o complejo, y ya en el campo estrictamente registral, no se puede desligar de la calificación del Registrador. El artículo 20 de la Ley Hipotecaria impone el principio de tracto sucesivo, que hace inviable un salto entre dos inscripciones sin estar relacionadas entre sí. En el caso que se estudia, si accediendo a la voluntad del señor Notario recurrente se inscribiere la escritura por él autorizada, nos encontraríamos con una inscripción vigente de dominio a favor de

la sociedad cedente, cuyo precio de adquisición fue de 10.000.000 de pesetas, y una inscripción de compraventa en ejercicio del derecho de opción por un precio de 1.725.000 pesetas, que no coincide con el real, sino que es el «valor residual» tras haberse pagado, dados los plazos que se señalan en el contrato de arrendamiento financiero y que fueron recogidos en la escritura que no se inscribió, ni ahora se acompaña. Siendo el precio un requisito esencial del contrato de compraventa, no sería el que recoge la escritura de ejercicio de opción, un precio verdadero. Que lo necesario es la presentación de las dos escrituras, arrendamiento financiero y ejercicio de la opción, no siendo, en cambio, imprescindible la inscripción previa de aquél, pues basta su examen y reflejo registral en una sola inscripción a través del tracto abreviado.

V. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía confirmó la nota del Registrador, fundándose en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria.

VI. El Notario recurrente apeló el auto presidencial, manteniendo las alegaciones contenidas en el escrito de interposición del recurso gubernativo, puesto que no se han resuelto ninguna de las cuestiones planteadas en el mismo.

Fundamentos de Derecho —Vistos la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito; los artículos 2 y 20 de la Ley Hipotecaria; artículo 14 del Reglamento Hipotecario; Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de junio de 1969 y 28 de mayo de 1990, y las Resoluciones de este Centro de 7 de diciembre de 1978, 30 de julio de 1990, 17 de diciembre de 1993, 11 de marzo de 1992 y 12 de mayo de 1994.

1. La cuestión debatida en este recurso se concreta en dilucidar, a efectos doctrinales, si es indispensable la previa inscripción de un contrato de arrendamiento financiero para que posteriormente pueda ser inscrita la venta celebrada entre los mismos contratantes y respecto del mismo bien sobre el que recayó dicho arrendamiento (tesis del Registrador) o, por el contrario, aquella previa inscripción no es necesaria para la inscribibilidad de la venta (tesis del Notario autorizante de la escritura).

2. Funda el Registrador su tesis en dos razonamientos: 1) El arrendamiento y la opción son dos partes inseparables de un contrato complejo de causa unitaria; 2) El precio de la compraventa no es el señalado para ejercitar la opción, sino el fijado por las partes en la escritura no inscrita.

Una tesis de tal naturaleza se hace acreedora a dos dificultades que la doctrina no ha podido solventar. En virtud de qué mecanismo se transforma la causa económica unitaria que ha dado origen al arrendamiento financiero y a su protección fiscal, la financiación de la empresa, que nadie niega, en una única causa jurídica que dé explicación al uso inicial indispensable del bien por el arrendatario y a la adquisición posible de aquél por dicho arrendatario transformado en optante, es la primera. La segunda se concreta en precisar en qué momento se produce el efecto transmisivo, que concilie la existencia de dos declaraciones de voluntad, la de constitución del «leasing» y la del ejercicio de la opción, de manera que no haga superflua la segunda.

Las posiciones que han asimilado el arrendamiento financiero a una venta con precio aplazado, ya sea con condición suspensiva o sin ella, no han podido salvar el escollo que supone la segunda de las dos dificultades aludidas si no admitían la condición suspensiva y, si la admitían, ha sido a costa de desdibujar el concepto técnico de condición al asimilarlo a un acto del propio

adquirente como es el pago del valor residual al que se vería compelido por razones económicas para terminar de adquirir el bien que se le había entregado.

2. La Resolución de este Centro de 12 de mayo de 1994, que resolvió una controversia idéntica a la que motiva este expediente, declaró que la configuración del arrendamiento financiero como compraventa no ha sido asumida por el legislador. La regulación legal no ha ligado el efecto transmisivo al propio contrato de «leasing», sino que ha dejado a la libre voluntad del arrendatario el ejercicio de la potestad de adquisición. La unidad del contrato de «leasing» queda concretada a una cesión onerosa de uso del bien con derecho de adquisición del mismo por el usuario a la conclusión de aquél. En el contrato de arrendamiento financiero ha de incluirse necesariamente, por imperativo legal, una opción de compra a su término en favor del usuario. La relación entre el derecho de uso y la opción de compra es absolutamente necesaria para que nazca la figura como contornos propios, no puede haber entre ellos posible separación, por lo que debe sostenerse que el contrato de arrendamiento financiero no es verdadero arrendamiento ni el derecho de opción ligado a él verdadera opción, sino que el todo es un contrato unitario que faculta para usar el bien y en el cual va ínsita una facultad potestativa de adquisición. Pero el ejercicio de esta facultad exige una declaración de voluntad recepticia dirigida a la sociedad de «leasing» dentro del plazo fijado en el contrato, que deberá justificarse fehacientemente, y a la que debe ir unida la entrega o, en su caso, la consignación del valor residual, si bien la transmisión no se operará hasta que se formalice la venta y no se podrá inscribir en el Registro hasta el otorgamiento de la correspondiente escritura pública bilateralmente entre ambas partes, a no ser que se haya pactado en el contrato inicial el otorgamiento unilateral por el adquirente, cumpliendo los requisitos exigibles. Por ello, desde el punto de vista registral, se ha de distinguir entre la inscripción del derecho que surge del contrato, que ha de realizarse unitariamente como un todo, sin que pueda pretenderse la inscripción aislada de alguna de sus partes, ya sea de la opción o de la facultad de goce, de la inscripción de la venta realizada en ejercicio de la facultad potestativa de adquisición.

La cuestión estriba ahora en dilucidar si es necesario que conste inscrito el contrato como un todo del que dimana la facultad de adquisición cuyo ejercicio puede determinar un acto inscribible en el Registro de la Propiedad. Estimarla necesaria es la posición que sostiene el Registrador, pero llevada a sus últimas consecuencias esa tesis implicaría la necesidad de inscribir todo tipo de derecho de adquisición, ya sea legal o voluntario, ya de carácter real o personal, como condición indispensable para lograr, en el ejercicio de aquel derecho, la adquisición del bien inmueble y su posterior inscripción. Pero esto no ocurre así ni en los derechos de adquisición de carácter legal, como en los derivados de los arrendamientos urbanos y rústicos, en la que no es posible la inscripción (art. 37.3.º de la Ley Hipotecaria), ni en los de origen voluntario como los retractos convencionales, ni en el mismo derecho de opción de carácter personal, en los que no es indispensable (arts. 1 y 2 de la Ley Hipotecaria y 14 del Reglamento Hipotecario). Ni desde el punto de vista del transmitente ni desde el del adquirente se da esa necesidad. El adquirente es libre de acudir al Registro para lograr la máxima protección para su derecho de adquisición, pero, inscrito o no, cuando se verifica la adquisición ésta se conecta directamente con la inscripción del dominio del titular registral (en este

caso la sociedad de «leasing») que es el otorgante de la venta, cumpliéndose así lo que dispone el artículo 20.1 de la Ley Hipotecaria. Hay un enlace directo desde el vendedor al adquirente, sin que sea necesario un estado intermedio porque el comprador no se sucede a sí mismo, sino al titular registral que realiza la venta. Desde el punto de vista del transmitente se cumple, además, en vía formal, uno de los fundamentos de tracto sucesivo, la protección del titular registral sin cuya voluntad real o legalmente suplida esa titularidad permanece incólume. Además, en ningún precepto se impone la previa inscripción del arrendamiento financiero para que la sociedad que otorgó éste pueda realizar ventas de bienes inmuebles que se deriven de ese arrendamiento.

Hay que tener en cuenta, también, que del ejercicio potestativo del derecho de la adquisición que realiza el usuario adquirente surge un nuevo negocio jurídico con causa onerosa que, aunque genéticamente conectado con el propio contrato de «leasing» es jurídicamente independiente de él y su causa también independiente de la propia causa «leasing». La compraventa en que se concreta la transmisión final no es un mero acto de ejecución de alguna de las prestaciones de un negocio anterior, sino un verdadero negocio jurídico que exige nuevas declaraciones de voluntad, sin que ello obste a que sea una compraventa de contornos propios y típicos propios de ella, en la que el precio, en virtud de la conexión genética antes expresada, y de la propia causa onerosa típica de la figura, es lícito, no sólo que las partes lo fijen como tengan por conveniente, sino que para determinarlo lo hagan en función de otras consideraciones que no sean el total valor del bien transmitido.

Esta Dirección General ha acordado revocar el auto y la nota del Registrador.

Madrid, 21 de junio de 1994.—El Director general, *Julio Burdiel Hernández*.

CONSIDERACIONES CRÍTICAS

La presente Resolución, muy semejante a la de 12 de mayo de 1994, me libera de ciertas dificultades, pues ni el Registrador ni el Notario tienen relación amistosa conmigo. De otra parte solamente GÓMEZ GÁLLIGO comenta esta Resolución en el *Boletín* de Cataluña. Presumo que la mano «pecadora» que redacta el contenido de la Resolución es la misma, pues hay párrafos literalmente copiados de la anterior. Sin embargo, en ésta existen pequeñas diferencias, aunque el asunto es el mismo: si puede inscribirse la adquisición que se realiza, sin tener previamente inscrita la operación financiera de arrendamiento con opción de compra o «leasing». El recurso se entabla a efectos puramente DOCTRINALES, y, aparte del primer defecto de confusión entre la Sociedad titular del bien y la actual en que se ha convertido, los dos defectos que se alegan son la falta de previa inscripción del «leasing» y la falta de determinación del precio. Aquí, en vez de un comprador final son dos *pro indiviso* a quienes se les había concedido el uso y la opción.

Las posiciones de Notario y Registrador son antagónicas, pues el primero entiende que la figura del arrendamiento financiero permite la entera separación de los componentes: es decir, por una parte el uso, por otra la opción y por otra la venta. El Registrador considera —apoyándose en la doctrina y en el Tribunal Supremo (SS 28 de marzo de 1978, 10 de abril de 1981 y 18 de

noviembre de 1983)— que estamos ante un negocio unitario, aunque complejo, con una unidad causal, lo cual obliga a que la inscripción refleje la totalidad del mismo. No entenderlo así significa identificar la figura con la del arrendamiento a la que se le añade la opción de compra. Que el precio, al reducirse al «valor residual», exige la plena determinación del mismo. En su condescendiente actitud, llega a admitir que con la presentación de creación del «leasing» bastaba para reflejar todo ello en el Registro, en forma abreviada.

Más que insistir en los temas tratados al comentar la otra Resolución, me gustaría destacar aquí algo que se me antoja una especie de «herejía» jurídica que me deja perplejo: el núcleo central de la Resolución está destinado a construir y tratar de convencer al lector del carácter unitario del negocio que encierra la financiación y cuando uno va transitando y pensando en el sentido común de la construcción, en el último párrafo se da un giro de 180 grados y se viene a decir lo contrario. Además de «herejía» yo me atrevería a calificarlo de proceder «irónico»: te digo esto para que te creas lo contrario. Vamos, pues, a destacar los tres puntos claves de la misma:

— *Construcción jurídica del negocio.* La unidad del contrato de «leasing» queda concretada a una cesión onerosa del uso del bien con derecho de adquisición del mismo por el usuario a la conclusión de aquél. La relación entre el derecho de uso y la opción es absolutamente necesaria para que nazca la figura con contornos propios, NO PUEDE HABER ENTRE ELLOS SEPARACION..., el todo es un contrato unitario que faculta para usar el bien y en el cual va insito una facultad potestativa de adquisición. Pone, eso sí, en duda el posible mecanismo para transformar la causa económica en unitaria. Este problema, sin embargo, no llega más que a una mera alusión.

Consecuentemente con lo que lleva dicho la Resolución al afrontar la *inscripción* del contrato y del derecho que en su base surge, considera que ha de realizarse UNITARIAMENTE, como un todo, sin que pueda pretenderse la inscripción aislada de alguna de sus partes, ya sea la opción o la facultad de goce y de la inscripción de venta realizada en ejercicio de la facultad potestativa de adquisición.

Lo tremendo del caso es que habiendo llevado al intérprete a estas orillas de la concepción de la figura tanto en su naturaleza como en su reflejo registral, la cosa varía y las conclusiones que se sacan no son «congruentes» con todo lo que se lleva dicho. Los dos últimos párrafos de esta Resolución puede ser que lleven el ánimo que encierra la *locandi causae* o que se esté minusvalORIZANDO al lector.

— Después de las proclamas de la unidad se llega al final con esta curiosa afirmación: «Hay que tener en cuenta también que del ejercicio potestativo del derecho de adquisición que realiza el usuario adquirente SURGE UN NUEVO NEGOCIO JURIDICO con causa onerosa que, aunque genéticamente (?) conectado con el propio contrato de «leasing» es jurídicamente INDEPENDIENTE de él y su causa también independiente de la propia causa del «leasing». La compraventa en que se concreta la transmisión final, no es un mero acto de EJECUCION de alguna de las prestaciones de un negocio anterior, sino un *verdadero negocio jurídico* que exige nuevas declaraciones de voluntad...». Lo que sucede es que al fijar el precio el nuevo negocio está «genéticamente» vinculado al «leasing».

Está visto que la Dirección General, por esa mano que redacta la Resolución, trata de justificar, sin conseguirlo, la falta de respeto al principio de

tracto sucesivo que no es el formal de la conexión de titulares, sino de facultades en base de las cuales el titular registral puede disponer o está legitimado para disponer. Para llegar a esa conclusión no hacía falta del arrendamiento financiero y sí el del artículo 14 del Reglamento Hipotecario, cosa que confunde la Dirección General. Considero que las partes son libres para fijar el precio, pero si se están refiriendo a otro acto anterior o en «*función de otras consideraciones*», el precio sólo puede ser tenido como «cierto» si así se expresa y su expresión lleva consigo el enlace de este «nuevo negocio» con el anterior, que podríamos calificar de «DERIVADO» y si es derivado deja de tener sustantividad, para convertirse en un negocio que «facilita» la ejecución.

— La argumentación sobre la inscripción necesaria o previa de los derechos de adquisición preferente está totalmente superada hoy día. En todos los campos, incluidos los autonómicos, los urbanísticos, los rústicos y los urbanos los retractos legales constan en la inscripción y respecto a los «convencionales» la Dirección desconoce la realidad registral, pero puede alegarse, por último que la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos parte de la base de admitir el retracto convencional y no cito el artículo porque se cansa uno de leer afirmaciones sin justificante... y uno cae en la tentación de ponerse al mismo nivel.

Resulta muy penosa esta labor de comentar Resoluciones actuales de la Dirección General, pues cuando yo he vuelto al ruedo del comentario —quizá con menos facultades— he tenido que acudir al contraste de aquellas que se me encargaron hacer en el Anuario de Derecho Civil y ahí sí que había que andarse con mucho tiento, pues todavía seguían prestigiando la «doctrina» que se predicó de las mismas desde la época de don JERÓNIMO. O existe una falta de conocimiento pleno de la aplicación de los principios hipotecarios, como he demostrado en mi revisión de los mismos, o de lo contrario hay una inclinación sectorial para que la razón la tenga aquel que no detectó el defecto, y esto va en contra del principio de legalidad.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

Resolución de 5 de junio de 1991.

NO ES INSCRIBIBLE UNA VENTA CON PACTO DE RETRO QUE PERSIGUE COMO OBJETIVO SUBYACENTE QUE EL ACREEDOR, EN CASO DE INCUMPLIMIENTO DE SU CREDITO, PUEDA APODERARSE DEFINITIVAMENTE DE LOS BIENES DADOS EN GARANTIA POR EL DEUDOR.

Hechos.—El día 20 de julio de 1988 se otorgó ante el Notario de Barcelona Juan Veciana Vilá escritura de adjudicación en pago de deuda con pacto de retro, en la que se establecía lo siguiente:

A) Don Ramón Esperanza Pelegrín, dueño de una mitad indivisa de un piso y de una plaza de aparcamiento, las cede, a título de adjudicación en pago de deuda, a la entidad «Sota, Sociedad Cooperativa, Compañía Limitada», que, representada por el señor Malaret, las acepta, otorgando carta de pago y quedando cancelada la deuda.

B) Don Ramón Esperanza Pelegrín se reserva, con el consentimiento de

«Sota, Sociedad Cooperativa, Compañía Limitada», el derecho a retraer las participaciones indivisas referidas, durante un plazo que finalizará el 20 de junio de 1992, quedando obligado a abonar a dicha Cooperativa 3.500.000 pesetas por la mitad del piso y 500.000 pesetas por la mitad del parking, facultándole la Cooperativa para otorgar, por sí solo, la mencionada escritura de efectuación de retracto, siempre que presente al Notario las dos letras de cambio, una con el importe de 3.500.000 pesetas y otra de 500.000 pesetas, ambas con vencimiento el día 20 de junio de 1992, libradas por la Cooperativa y aceptadas por el señor Esperanza.

C) Todos los gastos e impuestos por razón de la citada escritura serán a cargo del señor Esperanza, quedando la Cooperativa obligada a otorgar cualquier documento para restablecer el dominio del señor Esperanza.

Presentada esta escritura en el Registro de la Propiedad número 10 de Barcelona, fue denegada la inscripción por dos defectos:

1.º La simple certificación de un acuerdo de la Asamblea General de Socios en la Cooperativa, no es título formal suficiente para acreditar a su representante, don Juan Antonio Malaret Miracle, la legitimación necesaria para intervenir en el patrimonio de la Cooperativa.

2.º Incluso asimilando la dación en pago a la compra-venta a efectos de la aceptación del retracto convencional, estaríamos ante una compraventa en garantía, a cuya admisión se oponen preceptos fundamentales de nuestro Código Civil, siendo un defecto insubsanable.

El señor Malaret Miracle interpuso recurso gubernativo con informe favorable del Notario autorizante

El Registrador, en el informe en defensa de su nota, mantuvo su calificación en todos los extremos.

Por auto dictado el 15 de junio de 1989 el Presidente del Tribunal Superior de Cataluña confirmó íntegramente, y por idénticos razonamientos, la nota del Registrador.

El señor Malaret Miracle se alzó contra la calificación del Registrador manteniendo sus alegaciones, y la Dirección General de Registros y del Notariado dictó la siguiente Resolución:

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 609, 1.203, 1.204, 1.261, 1.274 a 1.275, 1.278, 1.280, 1.507 a 1.520 y 1.884 del Código Civil, las Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 1951, 8 de octubre de 1981, 19 de mayo, 2 de junio y 5 de julio de 1982, y las Resoluciones de 29 de septiembre de 1927, 10 de junio de 1986 y 30 de junio de 1987

1. Respecto al primer defecto de la nota impugnada.

Dada la exigencia de documentación pública para acceder al Registro de la Propiedad, sin entrar a prejuzgar otros extremos, es indudable que quien actúa en nombre de la sociedad habría de acreditar al menos (lo que no ha ocurrido), bien su condición de apoderado con facultades suficientes, bien su calidad de miembro del Consejo Rector, aportando respectivamente, ya la escritura pública de apoderamiento (art 1.280-5 CC), ya la correspondiente certificación del Registro de Cooperativas o el documento acreditativo del nombramiento debidamente inscrito en ese Registro.

2. Respecto al segundo defecto: no estamos ante una verdadera adjudicación en pago con pacto de retro.

En la venta con pacto de retro el vendedor no contrae obligación alguna;

se reserva una facultad jurídica cuyo ejercicio depende de su libre arbitrio, y sólo su ejercicio fundamenta el simultáneo deber de reembolso del precio y demás gastos contemplados en el artículo 1.518 del CC.

En el caso debatido, el transmitente del bien, que era ya deudor, acepta dos cambiales libradas por el adquirente por un importe idéntico al de la deuda anterior que se declara extinguida y cuya tenencia por el transmitente y deudor le facultaría para otorgar, por sí solo, la escritura de efectuación del retracto.

Todo ello pone de manifiesto que la transmisión por adjudicación en pago es un negocio que bajo la apariencia de una causalización suficiente —la extinción del crédito preexistente— pretende amparar una transmisión dominical que no tiene más justificación que servir de garantía a una obligación que, aunque se extingue, es inmediatamente sustituida por las incorporadas a las cambiales emitidas.

Finalidad que no tiene virtualidad para justificar una transmisión definitiva del dominio; sino, a lo sumo, una titularidad real distinta y limitadora del dominio que respete la prohibición legal del pacto comisorio.

Una valoración global de la operación revela que la verdadera voluntad no es provocar una transmisión dominical actual y definitiva sino una transmisión provisional y cautelar a consolidar en caso de incumplimiento de una obligación.

3. En la práctica, los propietarios han intentado obtener dinero:

— Mediante la enajenación con pacto de retro, reservándose el enajenante la facultad de reintegrarse en el bien devolviendo el precio recibido.

— Ya quedando el enajenante obligado a devolver la cantidad prestada, de modo que en caso de incumplimiento, el prestamista podrá optar entre exigir su cumplimiento forzoso o hacer suya definitivamente la propiedad del bien.

4. El caso presente plantea una cuestión a la que no se ha referido nadie: si el pacto de retro tal como está estipulado podría tener cobertura en el Derecho Civil privativo de Cataluña, en la regulación de las ventas a carta de gracia o «empenyament» (arts 326 y sigs. de la Compilación) o si, por el contrario, el término «empenyament» no excluye que para aplicar esta figura haya de haber verdadera venta y no la llamada «venta en garantía».

Por todo ello la Dirección General acuerda desestimar el recurso interpuesto sin juzgar sobre si el pacto de retro sería válido conforme al Derecho Civil privativo de Cataluña.

Resolución de 22 de septiembre de 1992.

No es inscribible un Derecho de Opción, caracterizado por las siguientes circunstancias:

A) Su ejercicio se condiciona al impago por parte de los concedentes de cualquiera de las obligaciones hipotecarias emitidas en escritura autorizada un año antes.

B) Su extinción se producirá por pago de la última de dichas obligaciones.

C) El precio fijado para el supuesto del ejercicio de la opción asciende a la suma de 10.500.000 pesetas, estipulándose que la parte vendedora sólo percibirá del precio de venta la cantidad resultante tras la liquidación de las

cargas existentes, que según el propio título se reducen a la hipoteca en garantía de las obligaciones ya mencionadas, cuyo importe asciende a 10.500.000 pesetas de capital, 12 por 100 de interés por un año y 2.100.000 pesetas para costas y gastos.

Tal Derecho de Opción está configurado en función de garantía, constituyendo un pacto comisorio prohibido en nuestro ordenamiento.

Resolución de 5 de mayo de 1992.

No es inscribible un Derecho de Opción de las siguientes características:

A) Su ejercicio se condiciona al impago de la sociedad concedente de cualquiera de las obligaciones hipotecarias emitidas en el mismo día.

B) Su extinción se producirá por pago de la última de dichas obligaciones.

C) El precio fijado para el supuesto del ejercicio de la opción asciende a la suma de 140.300.000 pesetas, estipulándose que la parte vendedora sólo percibirá la cantidad resultante tras la liquidación de las cargas existentes, que según el propio título, se reducen a la hipoteca en garantía de las obligaciones antes mencionadas, cuyo importe total es de 140.000.000 de pesetas (las 300.000 pesetas de diferencia corresponden al precio de la opción ya pagado por la entidad acreedora, que en caso de ejercitar la opción, se considerará a cuenta del precio estipulado para la compra).

Tal Derecho de Opción está configurado en función de garantía, constituyendo un pacto comisorio prohibido en nuestro ordenamiento para el supuesto de incumplimiento de las obligaciones hipotecarias previamente emitidas.

COMENTARIO

Vamos a continuación a comentar fundamentalmente la Resolución de 5 de junio de 1991, si bien teniendo en cuenta las Resoluciones de 22 de septiembre de 1992 y 5 de mayo de 1992 sucintamente reseñadas y que guardan esenciales concomitancias en cuanto a sus pactos esenciales con la primeramente citada.

El tema central de la Resolución a estudiar exige distinguir dos grandes aspectos.

1) El problema básico del estudio de la admisibilidad o no del negocio concertado entre las partes, surge como previo y no fácil problema a solucionar.

2) El de la calificación misma del negocio en cuestión (que viene siendo habitual en numerosas Resoluciones, centradas en el análisis de cuestiones derivadas de la tendencia a sortear, matizar o suavizar las dificultades de toda índole en los procedimientos de ejecución de los derechos de garantía o de realización de valor.

I) Vamos a ver pues la cuestión previa:

La compleja construcción jurídica que contemplamos exige un análisis global, y no fraccionado, de la operación realizada. Así teniendo en cuenta este

carácter unitario, y la finalidad práctica de garantía perseguida por las partes (fundamento IV.B), la Dirección General examina conjuntamente los distintos negocios interconectados, como son el reconocimiento de deuda preexistente y la adjudicación por el deudor al acreedor de la finca del primero.

En esta construcción jurídica se pretende causalizar el negocio como medio de extinción de un crédito, pero en realidad a través de la sustitución de esta deuda por otra nueva —la incorporada a las letras de cambio emitidas— sin que ello constituya una verdadera transmisión dominical, estamos ante una transmisión cautelar en garantía de la nueva obligación que hace operar así a la primitiva deuda como precio de recompra.

Esto se confirma tanto por la retención de la finca por el adjudicante, como por el retracto convencional pactado a favor del transmitente, cuyo ejercicio se condiciona al cumplimiento en plazo de la nueva obligación concertada.

Partiendo de esta interpretación la Dirección General llega a la conclusión de que, en realidad, las partes conforman un negocio fiduciario (*fiducia cum creditore*), pues como tal ha de considerarse a la venta en garantía que es la calificación que finalmente recibe la transmisión realizada (más concretamente aquí dación de pago en garantía, aunque por la asimilación de ésta a aquélla, lo admitido para la primera habrá de valer también para la segunda).

Esta es una de las distintas posibilidades (que el propio Centro Directivo menciona en el fundamento V de su Resolución) que tiene el propietario de un bien para obtener dinero poniendo en circulación sus bienes, aunque reservándose la facultad de devolver lo prestado reintegrándose en la plena titularidad del bien, la Dirección General estima que nos encontramos no propiamente ante una simple compraventa con pacto de retro con fines de garantía (en la que como ha señalado la doctrina, las partes quieren vender aunque sólo sea para proporcionar al comprador garantía de la restitución del dinero que este prestó al vendedor y que en la venta figurará como precio recibido), sino ante una verdadera venta en garantía en la que, aunque el negocio se articule formalmente como una compraventa, las partes no quieren el resultado último de dicho negocio, luego estamos ante un negocio fiduciario, aunque no cabe presumir el fraude.

Y esta calificación (aunque con las dificultades propias de la calificación del negocio fiduciario) parece la acertada pues a ella contribuye la existencia de determinados indicios, como son:

- 1) El espacio de tiempo que media entre el nacimiento del crédito y la transmisión del bien.
- 2) La aparente desproporción entre el valor del bien y el importe de la deuda.
- 3) La retención de la posesión del bien por el transmitente (que evidencia que el único interés del adquirente-acreedor respecto de la finca radica en tener una garantía de la devolución de la cantidad debida).

Pero admitida esta premisa fundamental del encuadre del negocio estudiado dentro de la categoría de los negocios fiduciarios y concretamente en su subespecie de los negocios fiduciarios *cum creditore*, sería posible, sin embargo, someter a análisis a alguna de las consideraciones que a partir de la calificación citada llega la Resolución.

Ello exige una breve consideración acerca de la categoría de los negocios fiduciarios, encuadrados dentro de los llamados negocios irregulares o anóma-

los, considerando éstos como ajustados en sus requisitos íntegramente a la ley, pero que no cumplen o no persiguen el fin o función que les son propios y que definen su utilidad típica.

Se dan, sin lugar a dudas, en este caso las dos notas que caracterizan este negocio íntimamente ligadas, por una parte la evidente desarmonía e incluso contradicción entre el fin que se proponen las partes (simple garantía, etc.), y por otra el medio jurídico empleado (transmisión de la propiedad de la cosa o de la titularidad del derecho), provocando así para conseguir un fin económico concreto un efecto jurídico más fuerte que el estrictamente necesario para conseguirlo.

4) Se puede añadir precisamente por producir este efecto jurídico desproporcionado en toda su intensidad que caracteriza también al negocio fiduciario la nota de la confianza.

El negocio fiduciario se funda así siempre en la confianza que inspira en el fiduciante el fiduciario, y confianza, además, no en el sentido ordinario que domina en general todo el ámbito del derecho de obligaciones, sino en un rango superlativo (en palabras de Sapena), hasta el punto de que, a diferencia de los negocios ordinarios de confianza en los que la ley o la autonomía de la voluntad regulan las consecuencias jurídicas de la falta de lealtad de aquel a quien se confió determinada conducta, en el negocio fiduciario el fiduciante lo jugará todo a la pura confianza, incluso hasta el extremo de someterse a la posibilidad de quiebra de esta confianza y concretamente a las consecuencias del abuso por parte del fiduciario.

Todos estos especiales efectos son consecuencia de la compleja estructura del negocio, fiduciario, integrado siempre por dos negocios, ya se consideren según la tesis germanista como dos negocios distintos aunque unidos o conexos; ya según la tesis italiana (mayoritariamente admitida para nuestro derecho, que ve el pacto comisorio, como un único negocio complejo que combinará dos negocios que producen sus propios efectos independientemente uno del otro.

Así, se distinguen en el negocio fiduciario; un contrato real positivo (la transferencia de la propiedad o del crédito que tiene lugar con carácter perfecto o irrevocable) y un contrato obligatorio negativo (*pactum de fiduciae*, obligación del fiduciario de hacer sólo un cierto uso del derecho adquirido restituyéndolo después al transmitente o a un tercero).

Los dos negocios correrán entre sí paralelos, pues el convenio negativo no limita, ni subordina la eficacia real de la operación, si bien trata de ejercer sobre ésta una cierta corrección, para impedir el abuso que pudiera derivarse de su eficacia, aunque sólo por vía de reparación indirecta en su caso, esto es, a través de una simple obligación personal del fiduciario.

Consecuencia directa de esta estructura sería la de la duplicidad de los efectos del negocio que se concretarán en una eficacia real, *erga omnes* en cuanto al negocio traslativo, haciendo así al fiduciario propietario pleno tanto frente al fiduciante como frente a cualquier tercero, y en mera eficacia obligacional frente al fiduciante en cuanto al negocio interno por el que en caso de incumplimiento del pacto de fiducia, sólo podría el primero reclamar la correspondiente indemnización del fiduciario, aunque quedando inatacable la posición del posible tercer adquirente, ya lo fuera de buena o mala fe (salvo que ésta se probase y.).

Sin embargo, los constantes abusos a que indefectiblemente podría conducir la aplicación en todos su rigor de esta teoría del doble efecto, han hecho

reaccionar tanto a la doctrina (ya desde DE CASTRO) como a la Jurisprudencia, que aunque con distintas construcciones tratan de evitar básicamente la posibilidad de que el fiduciario pueda ser considerado por terceros, o deba serlo por el fiduciante como propietario pleno. Y así, ya sea a través de la consideración del fiduciario como mero propietario formal, o de la admisión para el mismo de una especial titularidad fiduciaria análoga a la aparente se trataría de lograr que el fiduciante pueda esgrimir su condición frente a todos, excepto frente a terceros que de buena fe y a título oneroso hubieren adquirido del fiduciario, y esto último como concesión a la protección del tráfico y seguridad jurídica.

Toda esta construcción en torno al negocio fiduciario, aplicable también al ejemplo paradigmático de éste, la venta en garantía ha sido reiteradamente admitida por nuestro Tribunal Supremo que, ya en la Sentencia de 25 de mayo de 1944, afirmaba que «de la necesidad de existencia de causa como requisito esencial de toda atribución patrimonial, no debe deducirse que cualquier incongruencia entre la causa expresada y la causa verdadera de la operación o, en general, entre la estructura jurídica y la finalidad económica de la misma, haya de producir la ineficacia del negocio, pues, por el contrario, puede éste ser válido y producir sus efectos en el caso de la mera disonancia entre el negocio jurídico adoptado y el fin práctico perseguido por utilización de una vía oblicua o combinación de un resultado no previsto en los cuadros de la ley para los negocios indirectos y negocios fiduciarios, válidos cuando no envuelven fraude de ley».

Múltiples sentencias posteriores (así las de 8 de mayo de 1963, 19 de mayo de 1982, 8 de marzo de 1988, etc.) vienen a recoger esta misma tesis, apoyada siempre en la premisa fundamental de la nítida separación de 12 negocios simulados, que, no queridos, y carentes así de causa, serían nulos siempre, de los negocios fiduciarios, realmente queridos por las partes, no ficticios y por tanto asentados sobre verdadera causa.

El negocio fiduciario tiene pues su propia causa.

Aunque la misma no ha de buscarse (como parece pretender en todo caso la DG en el fundamento IV de la Resolución), en la causa misma del negocio de transmisión de la propiedad (aquí la de la dación en pago), pues es claro que la mera finalidad de garantía buscada por las partes (a realizar normalmente a través de la constitución de derechos reales de garantía) no puede ser causa apta para la transferencia de la propiedad, porque, como dice GARRIGES, habrá una disonancia interna que haría del negocio un negocio en desacuerdo consigo mismo y en contraste con su propia causa.

Por el contrario, y sin olvidar que el negocio real de transmisión es tan sólo uno de los dos que componen el complejo negocio fiduciario, al buscar la causa de dicho negocio hemos de referirnos, no a la causa de cada uno de los dos actos que lo integran, sino por contra, a la causa de ese negocio complejo.

Este es el criterio seguido por la doctrina alemana que ha conseguido así, partiendo de la consideración del propósito económico perseguido por las partes en la fiducia como causa determinante de la conclusión del negocio mismo, llegar a hacer centrar en el negocio obligatorio (pacto fiduciario) el negocio determinante de esa finalidad perseguida por el total complejo negocial.

En esta línea señalan LEOPOLDO SÁNCHEZ GIL y NAVARRO MARTORELL que esta *causa fiduciae*, ínsita en el negocio obligatorio, expresa la causa propia tanto de los dos negocios considerados aisladamente, como incluso del negocio fiduciario complejo.

No falta, como dice GARRIGUES, en nuestro ordenamiento base para reconocer sustantividad a esa causa *fiduciae*, identificada con la finalidad de garantía, pues incluso el propio artículo 1.274 CC, junto a la causa *sovendi y donandi*, en donde la prestación de una de las partes se justificaría respectivamente por la extinción de una obligación por la otra o por el enriquecimiento de la otra parte, reconoce que también podría justificarse por la adquisición de determinado derecho.

Así, en efecto, es también posible la causalización por la simple promesa de una cosa o servicio (*causa credendi*), servicio que en el negocio fiduciario consistirá en el deber del fiduciario de servirse de la cosa o del derecho, conforme a las instrucciones del fiduciante y de restituirlo de acuerdo con esas instrucciones.

A estas mismas conclusiones llega el Tribunal Supremo, cuando en idénticos términos afirma en las Sentencias de 19 de mayo de 1982 y de 8 de marzo de 1988 que el complejo negocio fiduciario integrado por dos negocios independientes, pero de finalidad unitaria «constituye en un conjunto un contrato causal conforme al art. 1.274 CC, en el que la *causa fiduciae* no consiste en la enajenación propiamente, sino en la garantía o afianzamiento del debido a que la relación obligatoria responde».

Así reconocido este carácter causal del negocio, y por tanto reconocida también su plena admisibilidad, es consecuencia lógica de ello la aceptación por nuestro Tribunal Supremo de la venta en garantía, aunque siempre en sus justos términos.

Pues, precisamente, atendiendo a esa *causa fiduciae*, que ilumina toda la venta (dación en pago), el mismo Tribunal Supremo ha reiterado que, aunque admisible, la venta en garantía no tiene carácter transmisivo, y que admitida la validez del pacto subyacente movido por una finalidad de garantía, la titularidad del fiduciario está sometida a dicha finalidad, sin que pueda otorgarse otra virtualidad que la mera posesión, ni otro alcance que el que se deriva del aseguramiento.

En efecto, en las mismas Sentencias citadas anteriormente y a continuación de lo transcrito el Tribunal Supremo afirma que es justamente en la causa del contrato fiduciario (esa finalidad de garantía), donde hay que reseñar la limitada eficacia real de la venta en garantía, que no podrá oponerse al fiduciante por no haberse operado una verdadera transmisión del dominio. Por ello en caso de incumplimiento por el fiduciante de la obligación de devolución de lo prestado al mismo por el fiduciario, éste no puede obtener más que la devolución de la cantidad adeudada, sin que pueda atenderse a la solicitada incorporación a su patrimonio de modo definitivo del derecho de propiedad sobre la finca objeto de la compraventa, ya que no fue este efecto la finalidad perseguida sino que se quiso sólo garantizar la efectividad de la devolución de la cantidad prestada, de tal modo que acceder a lo pretendido significaría en el fondo atribuir al contrato una calificación diferente de la que se acomoda a su verdadera naturaleza jurídica, dando por existente una voluntad de comprar y vender en abierta pugna con la reconocida voluntad de las partes.

En base a todo lo anterior, como destaca BEGONA RUIZ ALUTIZ, es necesario en principio, distinguir, para mayor claridad, dos momentos en el iter complejo a que da lugar la figura estudiada.

1.º) El de la inicial transmisión del fiduciante-deudor al fiduciario acreedor.

2.º) El que habría de producirse caso de cumplimiento o incumplimiento

de la relación obligatoria subyacente entre ambos y que motiva la transmisión en garantía e igualmente es fácil de entender que la dificultad surge cuando esa posible consecuencia posterior se entrelaza, antecedéndose a su natural momento de llegada, con esa primera transmisión, como hemos visto, perfectamente admisible.

Tenemos que partir de que, como hemos señalado, el Tribunal Supremo ha reiterado que esa transmisión inicial al acreedor no autoriza al mismo a adquirir la plena propiedad del bien cuando el deudor no pague; pues su finalidad no es esa, sino únicamente de garantía, así por ejemplo, como entiende Díez PICAZO, dirigida a apartar el bien transmitido del patrimonio del deudor, sustrayéndolo a su disponibilidad.

Lo que también ha quedado claro es que el criterio jurisprudencial es que la transmisión misma es perfectamente válida.

Así, calificaba el mismo Díez PICAZO de incomprensible la denegación de la inscripción de una transmisión calificada en garantía por la Resolución de 30 de junio de 1987, y así, igualmente, lo aceptan también, implícitamente, en su estudio (incluso parece que como algo evidente, sin necesidad de tratarlo expresamente) esa posibilidad de inscripción de la transmisión fiduciaria, GARRIGES, RICARDO DE ANGEL y SAPENA.

Todavía más, JUAN FRANCISCO BOMILLA ENCIMAS y NAVARRO MARTORELL proponían el acceso del pacto interno obligacional al Registro de la Propiedad en estos casos, a lo que claramente se opone el artículo 9 del RH, aunque fuera a través de la anotación preventiva, para lograr con ello una mayor seguridad del tráfico jurídico.

La inscripción de la transmisión y de la titularidad fiduciaria parece que no ha de encontrar ningún obstáculo concebida la venta en garantía como contrato causal ordinario. Y no ha de considerarse como tal obstáculo las posibles consecuencias que pueden derivarse de tal transmisión que parecen meridianamente el motivo de la posición de la Dirección General.

Estas consecuencias entiendo que no deberían suponer la no admisión de la inscripción de la transmisión, partiendo como hemos dicho del rechazo de la adquisición automática por el acreedor-fiduciario del bien transmitido en garantía para el caso de incumplimiento de la obligación por el deudor, quedando con ello también en principio salvada la posibilidad del no admisible pacto comisorio.

Es obvio, que subsistirá todavía el problema de la posible disposición que del bien inscrito a su favor pudiera realizar el fiduciario y que, por la imposibilidad de constancia registral de las limitaciones inherentes a su derecho, podría dar lugar a la aparición de terceros hipotecarios, terceros adquirentes protegidos por la fe pública registral, contra los que no podría actuar el fiduciante que se vería obligado a proceder únicamente contra su acreedor.

Pero esta posibilidad y su consecuencia, como veíamos, es ineludible en todo negocio fiduciario, por estar éste fundado en la confianza, y no ha de ser tampoco obstáculo para la inscripción.

En cualquier caso, como señala además SAPENA, toda vez que la titularidad del fiduciario, por la finalidad propia del negocio, lo es sólo a efectos de evitar que pueda el deudor sustraer de la ejecución al bien transmitido, y facilitar así al acreedor el reintegro de su crédito, sólo podría disponer el fiduciario de esa titularidad y no de otra, y sólo esa misma titularidad podría adquirir el tercero adquirente, salvo que se trate de tercero protegido por el Registro, en cuyo

caso podría devenir en adquirente pleno, pero simplemente como un supuesto típico de adquisición *non domino*.

Rechazada así la virtualidad del comiso del bien por el acreedor fiduciario y con ello el obstáculo fundamental de la transmisión la inscripción de la venta en garantía ha de encontrar un fundamento. Y en tal sentido pueden apuntarse dos posibilidades gravadas de menor a mayor dificultad en su admisión

A) En primer término, la sostenida por RICARDO DE ANGEL, el cual, partiendo de una concepción restrictiva en cuanto a la eficacia del negocio fiduciario, y manteniendo así siempre el principio de seguir siendo el deudor-transmitente, propietario del bien transmitido en garantía, se plantea si en el caso de incumplimiento de su obligación podría el acreedor fiduciario invocar derechos especiales sobre la cosa transmitida o quedaría limitado a ser un acreedor más del fiduciante, toda vez que, subsistente el bien en el patrimonio del deudor, su destino sería la satisfacción igualitaria de todos sus acreedores.

Entiende el citado autor que, pese a ser menos arriesgado para la seguridad jurídica optar por la primera Resolución, no cabe duda de que la segunda debe ser admitida, atendiendo a la voluntad de las partes y a la causa última de la transmisión fiduciaria, ya que es evidente que el deudor quiso conceder al acreedor-adquirente una cierta garantía especial para el cobro de su crédito.

Por ello ha de admitirse que, si bien no hay una verdadera venta, ni verdadera transmisión de propiedad, sí surgiría a través del pacto de fiducia algún efecto especial. Efecto que, como había entendido DE CASTRO y ha recogido igualmente la Jurisprudencia (así las citadas Sentencias de mayo del 82 y marzo del 88) se concretaría en la concesión de un derecho de retención en favor del fiduciario, que hasta la satisfacción de su deuda por el fiduciante no podría ser obligado por éste a la restitución del bien, y todavía más en el reconocimiento en favor del acreedor fiduciario de una preferencia sobre el resto de los acreedores del deudor para el cobro del crédito garantizado con la transmisión del bien y por lo que respecta al valor de éste.

El obstáculo que para este último efecto resultará del tradicional carácter de *numerus clausus* de los privilegios legales, podría sortearse si se entiende que el verdadero fundamento de este criterio restrictivo para la admisión de preferencias para determinados créditos (que busca contrariar la regla de la *par conditio creditorum*) se encuentra más que el encaje exacto en alguno de los supuestos admitidos legislativamente, en el cumplimiento de los requisitos sobre todo formales que, en orden básicamente a la protección de terceros, son exigidos para el reconocimiento de ese carácter privilegiado.

Por lo que parece que, en el caso que nos ocupa de venta (dación en pago) en garantía, la formación de ésta en escritura pública y su posterior inscripción en el Registro de la Propiedad podría bastar al adquirente para invocar preferencia semejante a la que, para el acreedor hipotecario concede el artículo 1.923.2 CC, pues también análogamente quedarían aquí protegidos los derechos de terceros que contarían con los medios suficientes para conocer la existencia de ese privilegio.

No obstante el propio DE ANGEL admite la dificultad para aceptación de esta tesis por los Tribunales, a los que DE CASTRO había invocado para el reconocimiento de una regla consuetudinaria en tal sentido.

B) Tesis bastante más arriesgada y difícil de admitir que la anterior sería la que trata de defender SAPENA.

Producido el evento del incumplimiento de la obligación por el deudor, SAPENA entiende que en determinados términos sería incluso admisible la apro-

piación definitiva del bien por el acreedor fiduciario pues, para el citado autor, no caería esta apropiación en la prohibición que para el comiso proclama el artículo 1.859 del CC.

Parte SAPENA de la consideración especial de que goza la titularidad que en favor del fiduciario engendra la venta en garantía, su propiedad fiduciaria que con NAVARRO MARTORELL define como «aquella propiedad peculiar caracterizada por una limitación obligatoria que afecta personalmente a su titular sobre el uso de sus facultades y generalmente sobre el tiempo, de duración de su titularidad». Limitación, en principio, sin efectos. Frente a terceros, aunque en el supuesto especial contemplado ordenándose en favor del fiduciario además de la limitación ordinaria del negocio fiduciario otro derecho-refuerzo de su posición, el derecho de retracto (normalmente pactado con carácter real), cuyas consecuencias no se limitarían por esa naturaleza a las relaciones internas.

Sobre la base de esa premisa puede entenderse, según el citado autor, que no se trata de que el titular de un simple derecho de garantía sobre una cosa se convierta en propietario de la misma por el mero hecho del incumplimiento del deudor (que es lo que prohíbe el art. 1.859 CC), sino del cese de las restricciones a la titularidad que ya el acreedor tenía sobre la finca como consecuencia de la extinción de la realización creditual que trae consigo la del negocio obligacional causante de dichas limitaciones. Sin haber por ello transmisión de dominio que requiera la intervención del dueño. Pues dicha transmisión, aunque limitada, se produjo ya en su día, sino simplemente extinción de las limitaciones que lo sujetaban.

Se acoge así SAPENA a la generalizada tendencia de suavización de la prohibición del pacto comisorio que permite introducir correctivos en orden a facilitar la ejecución siempre que se eviten los perjuicios inherentes al pacto comisorio, tanto para el deudor, como para los acreedores de éste distintos al ejecutante.

Así, SAPENA entiende que la clave del problema radica en sortear lo que la prohibición del comiso trata fundamentalmente de evitar esto es que la adquisición-apropiación por parte del acreedor puede tener carácter autonómico. Lo que podría conseguirse introduciendo algún elemento que evite ese automatismo en la adquisición.

Esto es, para que la transmisión en garantía pueda convertirse en transmisión de dominio, haciendo así desaparecer la limitación a la propiedad fiduciaria del acreedor no bastará con el mero transcurso del tiempo (aún fijado por las partes) puesto que, para que, contemplado el complejo negocio, pueda operarse esa transformación de la relación, hace falta que la finalidad de garantía, base de la limitación interna (obligacional) de la transmisión fiduciaria, desaparezca, es decir, es necesaria la extinción de la relación crediticia en virtud de la cual se convino la garantía.

Y para ello, como decimos, no será suficiente con el mero transcurso del tiempo, pues la obligación subsistirá (incluso incursión en mora el deudor), sino que será necesario un concreto acto de las partes que producirá la adjudicación definitiva del bien al ejecutante, este acto de partes requerido no va a poder consistir en un acto de voluntad unilateral del acreedor, sino que percibirá la concurrencia del deudor, su declaración de no querer o no poder pagar, ya expresa, ya tácita, no pagando y ofreciendo el pago.

El medio adecuado para tal efecto sería así el requerimiento (no simple notificación) hecho por el acreedor fiduciario al deudor, fiduciante, seguido de la correspondiente contestación expresa o tácita de este último.

En cualquier caso esta construcción jurídica es de difícil admisibilidad práctica.

Cosa distinta de todo lo anterior es que pueda ser el negocio calificado de usurario. Bien sea el préstamo aisladamente considerado, bien sobre todo el complejo fiduciario.

En una primera aproximación y por equivalencia a lo que ocurre en los derechos reales de garantía típicos (hipoteca, prenda, etc.) en que se da también esa desproporción entre el valor del bien y el de la obligación garantizada, ha de rechazarse esa calificación, pues, únicamente podría reputarse existente la usura una vez producido al deudor el efectivo daño —si se cumple la obligación, si el acreedor opta por adquirir el pleno dominio, si no se da una depreciación en el valor de la finca, si no se satisface la correspondiente compensación por el acreedor—.

Pero, ahondando más, lo cierto es que entregada la finca al fiduciario el deudor transmitente pierde su poder de disposición sobre la finca, quedando a expensas de los posibles actos dispositivos del fiduciario, y redundando además en beneficio del acreedor la posible desproporción entre el valor de la finca y el importe de la deuda, pues no tendría aquí el deudor derecho al sobrante como ocurre con la hipoteca o la prenda.

Por todo ello habría que quedar, en definitiva, y dentro de los términos de la ley de Usura de 1908, a juicio de los Tribunales la calificación como usuario o no del negocio atendiendo para ello básicamente, a la moderada o inadmisiblemente desproporción entre los dos valores (deuda-valor de la finca)

Cuestión pues de hecho y por ello de imposible calificación apriorística y resoluble tan sólo atendiendo al caso concreto, que llevara a la opción por una u otra calificación según las circunstancias concurrentes, como de hecho puede comprobarse ha ocurrido ya en la Jurisprudencia.

CONCLUSION

En cualquier caso ya se consideren las consecuencias de una u otra tesis más o menos acertadas, lo que parece claro es que los negocios fiduciarios responden a esa concepción de «instrumentos de la evolución del derecho» como los calificaba FERRARA.

En los presupuestos concretos de las Resoluciones que nos ocupan, como en las de otras muchas, hay que tener presente la realidad social del momento actual, que conlleva una cierta indefensión del acreedor, que en muchos casos no puede hacer efectivo sin crédito, ya sea por insolvencia real o presunta del deudor, ya por el formalismo excesivo de nuestros procedimientos, ya por la protección desmesurada que se le concede al deudor. Por eso y no es extraño que se arbitren nuevos medios de garantía para que el acreedor pueda hacer efectivo su crédito, y si con estas nuevas medidas se consigue evitar, por supuesto sin detrimento de la seguridad jurídica, que el Registro de la Propiedad no sea un burladero para algunos deudores de mala fe, ello redundará en un beneficio social y en un mayor prestigio de la institución y quizá en algunos casos esto se pueda lograr acudiendo a los negocios indirectos o fiduciarios.

Teniendo en cuenta lo anterior, no cabe duda que la razón de ser de la dicotomía entre los medios empleados por las partes, y los fines económicos perseguidos a través de aquéllos, se encuentra en una voluntad de las partes de apartarse de los esquemas negociables previstos por el ordenamiento jurí-

dico, dada la radical insuficiencia de los repertorios legales frente a las necesidades de la vida práctica. En el conflicto entre la esencial estabilidad de los ordenamientos legales y la inevitable variabilidad de las exigencias económicas vitales, se acentúa hoy la necesidad de acudir a estas vías; y los motivos precintados, se añaden motivos más o menos aceptables o reprobables de elusión de medidas de carácter fiscal, que harán que haya que referir la admisibilidad, o inadmisibilidad de estos negocios a cada caso concreto.

GALO RODRÍGUEZ TEJADA
IÑIGO IRACHE VARONA

III. Sentencias del Tribunal Supremo

1. DERECHO CIVIL

B) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

Por JOSÉ QUESADA SEGURA

EL PRINCIPIO CULPABILISTICO SIGUE RIGIENDO EN NUESTRO SISTEMA JURIDICO. (SENTENCIA DE 9 DE JUNIO DE 1993)

Doctrina de la Sentencia.—Sin que se desconozca la progresiva tendencia a la incorporación de los teleologismos socializantes o de protección de la víctima, en particular en los accidentes de circulación de vehículos de motor, no obstante, basándose la acción ejercitada en el artículo 1.902 CC, no puede olvidarse la vigencia, aunque cada vez más atemperada, del principio culpabilístico que sigue rigiendo en nuestro sistema jurídico y que aboca en mantener el predicado de la responsabilidad subjetiva, frente al que esa responsabilidad objetiva o responsabilidad de riesgo (inherente a los aforismos *cuius commoda, eius incomoda, ibi emolumentum ubi onus*), es, como se dice hoy por hoy, una tendencia que, si bien cumple objetivos de justicia social, sin embargo no puede albergarse en una hermenéutica derivada de ese precepto nuclear del artículo 1.902.

SISTEMA OBJETIVO EN LA IMPOSICION DE COSTAS. (SENTENCIA DE 22 DE JUNIO DE 1993.)

Doctrina de la Sentencia.—La razón de ser o teleología del sistema objetivo en la imposición de las costas seguido por nuestra Ley Procesal desde la reforma introducida por la Ley 34/1984, de 6 de agosto, en su artículo 523, se encuentra en la aplicación a estos casos del principio de la condena fundada en la victoria procesal de una de las partes respecto de la otra (esto es, del principio *victus victoris*, sistema cuyo fundamento se encuentra a la vez que persigue una doble finalidad, por un lado que el proceso no implique un perjuicio patrimonial para la parte cuyos derechos hayan sido reconocidos; por otro, el interés del propio legislador y del juzgador —e incluso del Estado— de que el hecho de acudir a la vía procesal quienes se estimen perjudi-

cados y no obstante haber conseguido el reconocimiento de sus derechos, pueda verse perjudicado con la carga de las costas, aun cuando sólo fuera en parte.

PRESCRIPCION: NO ES APLICABLE EL ARTICULO 1.974, 1.º CC A LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL. (SENTENCIA DE 23 DE JUNIO DE 1993.)

Doctrina de la Sentencia.—Si bien alguno de los demandados propuso la excepción de prescripción extintiva, ello no vincula al juzgador en punto a su posible estimación en cuanto se refiere a distinto demandado, porque ciertamente cada uno de ellos se encuentra en distinta posición procesal respecto de la parte actora en orden a posibles relaciones sustantivas o materiales con ella e incluso por la existencia o no de actos de interrupción del lapso prescriptorio, que pueden operar respecto de unos y no de otros, de ahí que la prescripción sólo juega individualmente respecto de cada uno de los demandados en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, y por tanto no es aplicable el artículo 1.974, 1.º del Código Civil, aunque luego en la resolución judicial se acuerde el abono de la indemnización con carácter solidario, porque ello viene imperado por la doctrina jurisprudencial, no por la preexistencia de una obligación con tal carácter que siempre ha de constreñirse a las derivadas de las constituidas contractualmente, sino por la necesidad de establecer en la responsabilidad extracontractual un mecanismo equilibrador en favor del tercero víctima del daño acaecido, en aras de la seguridad social y pública.

POSIBILIDAD DE REPRODUCIR UNA TERCERÍA DE DOMINIO CADUCADA. (SENTENCIA DE 29 DE JUNIO DE 1993.)

Doctrina de la Sentencia.—La tercería de dominio tiene por finalidad primordial y única liberar del embargo los bienes indebidamente trabados, para lo cual se examinan los títulos aportados y se resuelve acerca de la titularidad dominical en la medida en que haya de conducir o no al alzamiento de los embargos. No constituye pues una propia acción reivindicatoria, que siempre se dirige contra poseedor no propietario, mientras que la tercería va contra el ejecutante que no posee ni detenta y contra el ejecutado que puede también no ser poseedor.

Puesto que el fin primordial de la tercería es impedir una ejecución en marcha, la ley ha previsto el modo de evitar y desarraigar los abusos introducidos por la práctica consistentes en repetir los procedimientos de tercería, prohibiendo la interposición de segunda o más tercerías, pero en el caso de autos no se está ante una segunda tercería tendente a dilatar de nuevo una ejecución administrativa, porque la caducidad de la primera tercería no satisfizo el fin del proceso, pues no recayó en ella sentencia o decisión de fondo. En el proceso primero la acción ejercitada es la misma que ahora se plantea, y los demandantes tienen constitucional derecho a tutela judicial efectiva, esto es, a una resolución estimatoria o desestimatoria del fondo.

LA DOCTRINA SOBRE INVERSION DE LA CARGA DE LA PRUEBA EN SUPUESTOS DE CULPA EXTRA CONTRACTUAL NO SE BASA EN UNA PRESUNCION DE CULPABILIDAD. (SENTENCIA DE 30 DE JUNIO DE 1993)

Doctrina de la Sentencia.—Es doctrina jurisprudencial que el derecho fundamental a la presunción de inocencia viene a significar que toda condena debe ir precedida de una actividad probatoria que, si por una parte impide que se condene sin pruebas, por otra se entiende que las tenidas en cuenta han de ser tales y constitucionalmente legítimas, todo lo cual es conforme a lo declarado por el Tribunal Constitucional.

Es preciso advertir que la referencia en la sentencia de instancia a «la presunción de culpabilidad» es desafortunada, ya que la doctrina sobre la inversión de la carga de la prueba en supuestos de culpa extracontractual no se basa en una presunción de culpabilidad, sino en el supuesto de que si una persona, para su provecho, maneja dispositivos que objetivamente entrañan un peligro para los demás y se produce un resultado lesivo, es a quienes los manejan o se aprovechan, a los que corresponde probar la diligencia, y no a los perjudicados que prueben las circunstancias de las causas de su perjuicio, que les son ajenas.

EL FIN DE LA INDEMNIZACION ES LA REPARACION DEL DAÑO. (SENTENCIA DE 1 DE JULIO DE 1993.)

Doctrina de la Sentencia.—El fin de la indemnización es tanto como reparación o compensación y trata de conseguir que el patrimonio del lesionado quede, por efecto de la indemnización y a costa del responsable del daño, en situación igual, o al menos equivalente, al que tenía antes de haber sufrido el daño.

De no conseguirse la finalidad expresada, quebraría el respeto a la tutela judicial efectiva, a lo que no pueden constituir obstáculos interpretaciones estrictas de los requisitos y formas del proceso o de la sentencia que le pone fin, que maten o lesionen la razón teleológica del mismo, cual es el triunfo de la justicia y el mantenimiento de la paz jurídica, como medio legalmente establecido para dar solución pacífica a los conflictos entre partes.

CULPA EXTRA CONTRACTUAL: CONTENIDO. (SENTENCIA DE 5 DE JULIO DE 1993.)

Doctrina de la Sentencia.—La culpa extracontractual que sanciona el artículo 1.902 del Código Civil no consiste en la omisión de normas inexcusables o aconsejadas por la más vulgar experiencia, sino el actuar no ajustado a la diligencia exigible según las circunstancias convergentes, y concretamente cuando se procede sin el cuidado y atención necesarias para evitar perjuicios y daños.

LA OBLIGACION DEL PERSONAL MEDICO ES DE MEDIOS Y NO DE RESULTADOS. (SENTENCIA DE 7 DE JULIO DE 1993.)

Doctrina de la Sentencia.—La indefensión no se produce por la circunstancia de no obtener siempre y en todo caso el reconocimiento del propio derecho subjetivo; la indefensión viene determinada por la denegación de tutela judicial en forma arbitraria y sin razonamientos legales.

Es constante la doctrina de esta Sala, que mantiene el criterio de que la obligación contractual o extracontractual del personal e instituciones médico-quirúrgicas no es la de obtener en todo caso un resultado positivo en la recuperación del enfermo, es decir, no es una obligación de resultados, sino de medios, proporcionando al paciente todos los cuidados que requiera, según el estado de la Ciencia y por ello no se ha avanzado en la objetivación de esta clase de responsabilidades, por lo que es preciso acreditar firmemente, sin dudas ni meras sospechas, que en ese sentido ha habido negligencia en la aplicación de la *lex artis* propia de tal profesión.

OBJETO DEL RECURSO DE CASACION. (SENTENCIA DE 8 DE JULIO DE 1993.)

Doctrina de la Sentencia.—El recurso extraordinario de casación tiene por objeto la defensa del ordenamiento jurídico (nomofilaquia), es decir, la determinación de si dados unos hechos vinculantes, porque han quedado incólumes, es o no adecuada la solución jurídica que se adoptó, al encontrarnos ante un remedio procesal que en modo alguno constituye una tercera instancia (SS. de 30-5-1990 y 22-4-1991, entre otras).

LETRA DE CAMBIO: SU EXISTENCIA DEPENDE DE QUE ESTE FIRMADA POR EL LIBRADOR. (SENTENCIA DE 12 DE JULIO DE 1993.)

Doctrina de la Sentencia.—La circunstancia de que los efectos objeto del descuento no tuviesen en principio fuerza ejecutiva, por carecer de la aceptación, tal sólo supondría la imposibilidad de promover con base en ellos un juicio ejecutivo, pero no podrían implicar, desde luego, la extinción del crédito incorporado a tales efectos, los que además por el hecho de no contener el requisito de la aceptación, no podrían perder su condición de letras de cambio, ya que la existencia de éstas viene a depender de que se encuentren firmadas por el librador.

LA RESPONSABILIDAD POR RIESGO TIENE UNA MARCADA LIMITACION SUBJETIVISTA. (SENTENCIA DE 19 DE JULIO DE 1993.)

Hechos.—A consecuencia de las excavaciones que se realizaban en un solar, sin dar salida a las aguas, y debido a unas lluvias torrenciales, se produjo una inundación en la casa colindante. El dueño de la obra es absuelto.

Doctrina de la Sentencia.—La teoría más en boga relativa a la responsabilidad por riesgo y que se deduce racionalmente de la obligación de pechar con las consecuencias dañosas que se deriven de la tenencia, disfrute y explotación de una cosa, tiene una marcada limitación basada en la doctrina subjetivista,

de suerte que cuando se haya acreditado de forma irrefutable que el dueño de la obra encargó al personal especializado y cualificado personalmente por títulos académicos que avalan sus conocimientos técnico-científicos y su *lex artis*, quíerese decir que cumple con el presupuesto legal exculpatorio prevenido en dicho artículo 1.903 en su último párrafo, como lo demuestra el mantener la legislación vigente ese sentido culpabilista, que sólo en algunos supuestos desaparece por imperio de leyes específicas y especiales en razón de la prevención de riesgos catastróficos o de gran magnitud, y confirma esta doctrina el contenido de los artículos 1.906, 1.907, 1.908-1.º y 4.º y 1.909 del Código Civil.

La Sentencia de 7 de octubre de 1983, que después de atribuir los efectos dañosos, en un caso similar al que aquí nos ocupa, a determinadas personas, como son el arquitecto-director y contratista-constructor de la obra por su comportamiento negligente, dice que en manera alguna puede proyectarse a un tercero, en este caso el dueño promotor, pues en el ámbito jurídico sólo puede generarse responsabilidad culposa a cargo exclusivamente de quien hubiese actuado con negligencia, porque no se aprecia comportamiento culposo o negligente, sino por el contrario, correcto y diligente en el dueño de la obra en cuestión, pues nada más correcto y diligente que encomendar una determinada actividad a aquellos a quienes legal y técnicamente corresponde.

LAS SOCIEDADES DE HECHO NO SE IDENTIFICAN PLENAMENTE CON LAS COMUNIDADES DE BIENES. (SENTENCIA DE 24 DE JULIO DE 1993.)

Doctrina de la Sentencia.—Si bien resulta a veces dificultoso diferenciar entre comunidad de bienes y el contrato de sociedad, la Jurisprudencia de esta Sala ha ido precisando las características que distinguen una y otra figura jurídica, ya que si bien son coincidentes en darse una situación de voluntades en unión, no lo son en cuanto a sus fines y operatividad. Las comunidades de bienes suponen la existencia de una propiedad en común y *pro indivisa*, perteneciente a varias personas (art. 392 del Código Civil), lo que se traduce en su mantenimiento y simple aprovechamiento plural. En cambio las sociedades civiles, aparte de la existencia de un patrimonio comunitario, éste se aporta al tráfico comercial, ya que la voluntad societaria se orienta a este fin principal y directo para obtener ganancias y lucros comunes, partibles y divisibles, y consecuentemente lo mismo sucede con las pérdidas (SS. de 24-5-1972 y 15-12-1992, entre otras), precisando la sentencia de 4 de diciembre de 1973 que encaja en la calificación de sociedad civil irregular o de hecho, la puesta en común para la explotación de negocio constructivo.

El artículo 1.669 dispone que se regirán por las reglas referentes a la comunidad de bienes cuando los pactos se mantengan secretos entre los socios, y cada uno de éstos contrate en su propio nombre con los terceros. Pero ello no significa que las sociedades de hecho se identifiquen plenamente con la comunidad de bienes y la total exclusión de la normativa societaria a efectos de regulación de las relaciones de los socios entre sí, los que en todo caso se someterán a las disposiciones contractuales que convinieron, pues las reglas de la comunidad de bienes son insuficientes en su aplicabilidad, cuando los bienes y efectos que integran el fondo común se explotan comercialmente.

PARA QUE EXISTA INCUMPLIMIENTO NO ES PRECISO UNA VOLUNTAD REBELDE. (SENTENCIA DE 26 DE JULIO DE 1993.)

Doctrina de la Sentencia.—Es doctrina de esta Sala, en nueva orientación, que para acusar situación de incumplimiento negocial no es del todo necesaria una voluntad reiterada y rebelde, sino que suavizándose las situaciones, basta que concurra una actitud o voluntad obstativa del contrato que frustre el fin específico perseguido por las partes al vincularse en una relación de compra-venta, viniendo a ser *quaestio facti* la determinación del incumplimiento (SS. 21-3-1986 y 2-6-1992).

DERECHO DE OPCION. EL OPTANTE PUEDE MANIFESTAR SU VOLUNTAD EXPRESA O TACITAMENTE. (SENTENCIA DE 22 DE SEPTIEMBRE DE 1993.)

Doctrina de la Sentencia.—La jurisprudencia ha entendido la opción de compra como un contrato en virtud del cual una persona se compromete a vender a otra, para sí o para un tercero, una determinada cosa, siendo en realidad el optatario el que queda unilateralmente vinculado hasta tanto decida el optante. La figura de la opción de compra, no regulada específicamente en el Código Civil, pero sí reconocido su aspecto registral en el artículo 14 del Reglamento Hipotecario, debe concebirse como aquel convenio por el que una parte concede a la otra la facultad en exclusiva de decidir sobre la celebración o no de otro contrato principal, que habrá de realizarse en un plazo cierto, y en unas determinadas condiciones, pudiendo ir también acompañado del pago de una prima por parte del optante. A falta de precepto que exija una forma determinada relativa al modo en que el aceptante debe manifestar su voluntad de considerar perfeccionado el contrato, puede serlo tanto expresa como tácitamente.

TANTEO: UNA VEZ EJERCITADO, EL PROPIETARIO NO PUEDE DESISTIR DE LA VENTA. (SENTENCIA DE 22 DE SEPTIEMBRE DE 1993.)

Doctrina de la Sentencia.—Realizada la notificación prevista en el artículo 87 de la Ley de Arrendamientos Rústicos, nació el derecho de tanteo en favor del arrendatario, y comoquiera que éste lo ejercitó dentro del plazo, no es admisible que posteriormente se pretenda dejar sin efecto el derecho ya ejercitado porque el propietario manifieste haber desistido de la venta, pues ha de recordarse que lo esencial para dar lugar al derecho de tanteo es que el propietario haya decidido vender la cosa, y no puede quedar al arbitrio de dicho propietario eliminar las consecuencias del tanteo ya ejercitado, con sólo desistir de la venta.

ESTA PROHIBIDA LA «RECONVENCION DE LA RECONVENCION». (SENTENCIA DE 5 DE OCTUBRE DE 1993.)

Doctrina de la Sentencia.—La casación, dado su carácter extraordinario a la vez que de *suma artis* de las impugnaciones, ha de acomodarse a los principios procesales básicos, eludiendo las más leves incongruencias.

Constituye un principio indiscutible, aceptado por las doctrinas científica y jurisprudencial, la prohibición de la «reconvencción de la reconvencción».

RESOLUCION DE COMPRAVENTA: REQUISITOS. (SENTENCIA DE 13 DE OCTUBRE DE 1993.)

Doctrina de la Sentencia.—Es doctrina consolidada la relativa a que la facultad de establecer si se dan los requisitos de la novación extintiva o modificativa, corresponde al juzgador.

Según reiterada y constante doctrina de la Sala, la resolución por falta de pago del precio de la compraventa de inmuebles, prevista en el artículo 1.504, requiere inexcusablemente la concurrencia de los siguientes requisitos: a) precio aplazado; b) impago del mismo; c) voluntad rebelde al cumplimiento; d) requerimiento judicial o notarial, y e) vendedor cumplidor.

J. Q. S.

C) ARRENDAMIENTOS

Por CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ

ARRENDAMIENTOS RUSTICOS

RESOLUCION DE CONTRATO.—LA SIMPLE ALTERACION DE LA RENTA NO PRODUCE LA NOVACION DEL CONTRATO. NO SE PRESUME LA NOVACION DEL CONTRATO SINO QUE HA DE PROBARSE DEBIDAMENTE. (SENTENCIA DE 23 DE JULIO DE 1991.)

El Juzgado de Lucena desestimó la demanda, pero la Audiencia Provincial revocó la anterior.

No se admite la casación. El contrato de 1974 se prorrogó en 1980 hasta 1986 sin que, de un recibo de junio de este último año entre la sucesora del arrendador y el recurrente, se pueda deducir la existencia de un nuevo contrato de arrendamiento por novación del primero, estimando la sentencia recurrida que el contrato finalizó el 15 de febrero de 1986 y que el arrendatario no tiene la cualidad de cultivador directo y personal. La novación no se presume nunca y debe constar en forma expresa, por lo que no puede declararse en virtud de presunciones únicamente, por razonables que éstas sean. La novación es simplemente modificativa, siguiendo el mismo contrato sin más que reducir la renta, según se pactó. La simple alteración de la renta no produce la novación extintiva del contrato (Sentencia de 27 de febrero de 1965). La Sentencia de 27 de abril de 1988 dice que la novación del arrendamiento requiere que conste la alteración de dos de los elementos esenciales —objeto y renta— pero no basta con la modificación de una sola de estas circunstancias. El concepto de buena o mala fe no puede deducirse de la apreciación de hechos que el recurrente hace en contraposición con la valoración de la prueba, efectuada por el tribunal de segunda instancia. En último extremo la apreciación de si la novación es modificativa o extintiva corresponde a la Sala de instancia y, por tanto, ha de respetarse la conclusión a que llegue ésta, sin que se puedan valorar de nuevo las pruebas presentadas.

REVISION DE RENTA.—LOS CRITERIOS QUE HAN DE SER TENIDOS EN CUENTA PARA FIJAR LA RENTA HAN DE SER OBJETIVOS, SIN QUE INFLUYAN LAS CIRCUNSTANCIAS SUBJETIVAS Y ESTRUCTIVAMENTE PERSONALES DEL ARRENDATARIO MAXIME CUANDO NO REPERCUTEN EN LA PRODUCTIVIDAD DE LA FINCA. (SENTENCIA DE 23 DE OCTUBRE DE 1991.)

Tanto el Juzgado número 4 de Salamanca como la Audiencia Provincial estimaron la demanda.

No procede la casación. Por convenio expreso, el contrato de arrendamiento entre padre e hijo se habría de regir por la L.A.R., pretendiendo el arrendador que, como la renta pactada era muy inferior a la usual en la comarca, se revise la misma, lo que admitieron tanto el Juzgado como la Audiencia. Las mejoras realizadas por el arrendatario y que éste alega para oponerse a la revisión pactada han sido tenidas en cuenta, tanto por el actor al postular una revisión inferior a la que habría sido procedente y por la Sala *a quo* al fijar la nueva renta cuando la justa habría sido muy superior, como la sentencia recurrida pone de manifiesto en su relación de hechos probados, lo que no ha sido impugnado adecuadamente. Las únicas pautas o criterios que el Juez ha de tener en cuenta para la revisión de la renta son de índole objetiva y económica: «La renta usual en el lugar para fincas análogas», dice el artículo 41 LAR, sin que las específicas circunstancias subjetivas y estrictamente personales concurrentes en arrendador y arrendatario, como la relación paterno-filial, enfermedad o incapacidad laboral del segundo, que son dignas de protección y amparo en otros ámbitos del ordenamiento jurídico, puedan ser tomadas en consideración por los tribunales de justicia para fijar la renta, máxime cuando estas circunstancias del arrendatario no tienen repercusión en la productividad de la finca que se halla en plena explotación y rendimiento bajo la dirección del arrendatario o de su esposa y, sin que la conducta del arrendador pueda calificarse como constitutiva de abuso de derecho, ya que se limita a ejercer una acción que le concede la legalidad vigente (arts. 40 a 43 LAR).

ARRENDAMIENTOS URBANOS

RESOLUCION DEL ARRENDAMIENTO.—NO SE COMUNICO NI PRESENTO EL PROYECTO DE LAS OBRAS Y POR TANTO NO SE PUDO DAR LA AUTORIZACION SIN QUE ESTA SE PRESUMA SUBSISTENTE PARA UNAS OBRAS QUE SE REALIZARON CINCO AÑOS DESPUES DE LA CELEBRACION DEL CONTRATO. (SENTENCIA DE 4 DE JULIO DE 1991.)

Tanto el Juzgado número 3 de Alcalá de Henares como la Audiencia desestimaron la demanda.

No triunfa la casación. Según el contrato la arrendataria puede realizar obras que serán autorizadas previa la presentación del proyecto a la propiedad, sin que afecten a la estructura ni a los muros de carga del edificio. En 1986 la arrendataria realizó obras, requiriendo la propiedad a la misma para que paralizase las obras, estimando la Sala que las obras modifican la configuración, por haberse producido una nueva distribución con la construcción de un cuarto de aseo y una nueva escalera, sin que conste la autorización de la propiedad. El texto literal del contrato dice que las obras serán autorizadas,

previa presentación del proyecto, lo que no pudo comprobarse, porque no se comunicó ni presentó el proyecto. La autorización no puede ser indefinida (Sentencia de 20 de abril de 1963), ya que ello supondría una renuncia de los derechos dominicales sobre la finca arrendada. Las obras de adaptación, aunque sean permitidas, han de realizarse en fechas próximas a la celebración del contrato, lo cual no sucede cuando han transcurrido más de cinco años desde la celebración del contrato hasta el comienzo de las obras. No hay pues abuso de derecho por parte de los arrendadores cuando la arrendataria no se atuvo al contrato que intenta interpretar de manera abusiva, con lesión del derecho de propiedad de los recurridos.

RESOLUCION DEL ARRENDAMIENTO.—ES PROCEDENTE LA RESOLUCION DEL ARRENDAMIENTO CUANDO EXISTEN OBRAS QUE PRODUCEN UN CAMBIO EN EL LOCAL NO ACCIDENTAL SINO ESENCIAL Y SENSIBLE. (SENTENCIA DE 4 DE JULIO DE 1991.)

El Juzgado número 15 de Madrid desestimó la demanda, pero la Audiencia Provincial revocó la anterior.

No triunfa la casación. Pretende el recurrente que la obra realizada por el arrendatario, con o sin consentimiento del arrendador, no ha producido cambio alguno en el local arrendado. La sentencia impugnada, tras comparar la estructura anterior con la posterior a la realización de las obras apreció realmente un cambio no accidental, sino esencial y sensible, como consecuencia de las obras de albañilería, convirtiendo lo que era originalmente un elemento de paso en un elemento de cierre, es decir, condenando la puerta de acceso al local arrendado por el portal de la finca en que se halla enclavado.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO DEL LOCAL.—EXISTE UN PACTO EXPRESO PARA REALIZAR OBRAS DE ADAPTACION EN CUALQUIER TIEMPO Y, NO HABIENDOSE IMPUGNADO LA VALIDEZ DE ESTA CLAUSULA, SON ADMISIBLES LAS OBRAS REALIZADAS. (SENTENCIA DE 14 DE JUNIO DE 1991.)

El Juzgado número 4 de Sevilla desestimó la demanda, lo que confirmó la Audiencia Provincial

No tiene éxito la casación. En la cláusula 5.ª del contrato se autoriza al arrendatario a realizar las obras de acondicionamiento del local para el fin a que destina su negocio, las cuales podrían realizarse mientras se encuentre vivo el contrato sin más que ponerlo en conocimiento de la propiedad. Sólo se autorizan las obras que no dañen la solidez del edificio. Transcurridos nueve años de las obras de adaptación que se mencionan, se realizan otras que, según la prueba pericial, no dañan la solidez del edificio estando acreditado que los arrendadores conocían la existencia de las obra de ejecución, siendo improcedente la resolución del contrato. El permiso o consentimiento para las obras va comprendido en el contrato de origen al decir que se podrán realizar en cualquier tiempo. El pacto expreso para realizar obras en cualquier tiempo no ha sido impugnado de nulidad y por tanto basta con el «conocimiento» de las obras por el arrendador, no siendo necesario un «consentimiento» de las mismas.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—NO SE HA PROBADO QUE LAS OBRAS AFECTEN A LA SOLIDEZ DEL LOCAL NI SE HAYAN HECHO SIN LA DIRECCION DE ARQUITECTO POR LO QUE ESTAN DENTRO DE LA AUTORIZACION DEL CONTRATO. (SENTENCIA DE 18 DE JUNIO DE 1991.)

El Juzgado número 1 de Palma desestimó la demanda, revocando la Audiencia.

Ha lugar a la casación. La arrendataria había construido dentro de la nave un cerramiento de mampostería, formando una línea quebrada, que se abría mediante una puerta de dos hojas. La cláusula 4.ª del contrato decía que el inquilino puede hacer obras siempre que no perjudiquen la solidez del local y bajo la dirección de un Arquitecto, existiendo distinta interpretación de la clase de obras, entre la sentencia de primera instancia y la de apelación. Pero la casación se basa en que dicha cláusula hay que aceptarla literalmente por ser sus términos claros y existe probada la intención de los contratantes de que se quiso limitar la autorización para obras sin que se declare que el actor haya probado que las obras afectaban a la solidez del edificio o se habían hecho sin la dirección del Arquitecto, por lo que estaban dentro de la autorización contractual.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—PROCEDE LA RESOLUCION DEL ARRENDAMIENTO RESPECTO AL ALMACEN POR NO PODER SER OBJETO DE TRASPASO, PERO NO RESPECTO A LA TIENDA EN LA QUE SE CUMPLIERON LOS REQUISITOS DEL TRASPASO. (SENTENCIA DE 8 DE JULIO DE 1991.)

El Juzgado número 4 de Barcelona estimó la demanda en cuanto al almacén pero no en cuanto a la tienda. Confirmó la Audiencia.

No procede la casación. Existen dos locales, uno dedicado a tienda y otro a almacén, habiendo autorizado los propietarios a comunicarlos mediante una puerta, pero conservando su independencia, sin que exista unificación locativa, por lo que las sentencias decretaron la resolución del contrato correspondiente al almacén por no poder ser objeto de traspaso y, en cambio, en cuanto a la tienda, se han cumplido los requisitos para dicho traspaso. El convenio de cesión del local fue realizado por la administradora de la sociedad adquirente antes de que esta sociedad fuera inscrita en el Registro Mercantil, lo que no resulta contrario a la ley pues el artículo 7 LSA de 1951 así lo autoriza, exigiendo para su validez la aceptación por la sociedad en un plazo de tres meses, aceptación que se produjo por la Junta General de accionistas dentro de dicho plazo.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO DE LOCAL.—NO SE DA LA INCOMODIDAD DE LA ACTIVIDAD DEL ARRENDATARIO EN TAL GRADO COMO PARA OCASIONAR LA RESOLUCION DEL CONTRATO. (SENTENCIA DE 10 DE JULIO DE 1991.)

El Juzgado número 7 de Barcelona desestimó la demanda, lo que confirmó la Audiencia

No se admite la casación. Arrendado un local para «panadería», se inter-

puso demanda de resolución del contrato por estimar que se daba la causa 8.^a del artículo 114 LAU —actividad incómoda del arrendatario— pero el Juzgado apreció que está incomodidad no era tan grande como para ser motivo de resolución del contrato. Si el local se dedicó a «industria de panadería» y no a «panadería» como decía el contrato, hay que tener en cuenta que la resolución se instó al amparo de la LAU y no del Código Civil, cuyos preceptos —arts. 1.555 y 1.569— se invocan en casación para fundar en ellos la resolución del arrendamiento, causa de resolución no acogida por la LAU.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA.—LO QUE SE ARRENDADO FUE UNA ORGANIZACION NEGOCIAL CONCEBIDA COMO UNIDAD FUNCIONAL RESULTANTE DE LA ACTIVIDAD MERCANTIL QUE SE LLEVA A CABO EN EL LOCAL, POR LO QUE ES ADECUADO EL PROCEDIMIENTO SEGUIDO CONFORME AL CODIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 20 DE SEPTIEMBRE DE 1991.)

El Juzgado número 4 de Murcia estimó la demanda y la Audiencia de Albacete desestimó la apelación.

No tiene éxito la casación. En el contrato de 1983 se cedieron no sólo el local y garaje de propiedad del cedente sino también el negocio con sus instalaciones y útiles para su explotación, lo que hizo que la Sala de instancia estimase que se trataba de un arrendamiento de industria, siendo inoperante que mediante una cláusula se autorizase el cambio de denominación de dicho negocio. Lo arrendado fue un negocio provisto de propia actividad empresarial constituida no sólo por elementos materiales que lo integran, es decir, el local y todo lo que estructura una organización comercial, concebida como unidad funcional resultante de la actividad mercantil que se lleva a cabo en el local. Estando excluido el contrato del ámbito de la LAU, el procedimiento utilizado fue el adecuado, ya que lo que se pidió fue la resolución del contrato que vincula a las partes y no exclusivamente la expiración del término contractual que permitiría el juicio de desahucio, conforme al artículo 1.565 CC. La tácita reconducción exige un arriendo por término determinado y significa una prórroga del mismo mediante la aparición de un nuevo arriendo, consentido en forma tácita y con efectos novatorios respecto al primero, pero los recurrentes han permanecido en el local contra la voluntad y decisión del propietario, por lo que no se dio esta tácita reconducción sin que la deducción de la Sala sea inadecuada, ilógica o arbitraria, siendo procedente la resolución contractual ejercitada.

RECLAMACION DE CANTIDAD.—LA VALIDEZ Y EFICACIA DE LA CLAUSULA DE ESTABILIZACION EXCEDE DEL AMBITO DEL JUICIO DE LA LAU, PERO SE CONSIDERA IDONEO EL PROCEDIMIENTO SEGUIDO PARA EVITAR EL PEREGRINAJE DE PROCEDIMIENTOS A QUE SE REFIERE LA SENTENCIA DE 18 DE ABRIL DE 1990. NO CADUCA LA ACCION A LOS TRES MESES POR NO TRATARSE DE UNA REVISION LEGAL SINO DERIVADA DE UNA CLAUSULA DE ESTABILIZACION. (SENTENCIA DE 8 DE OCTUBRE DE 1991.)

El Juzgado número 2 de Palma estimó la demanda, pero la Audiencia modificó la cuantía de la renta debida.

No se admite la casación. Se fijaba la revisión de la renta de acuerdo con el índice de carestía de la vida del INE o la diferencia anual del coste general que publique una de las tres primeras entidades bancarias de España, a elección de la arrendadora. Conjuntamente se instan del juzgador otras declaraciones como son la validez y eficacia del arrendamiento que liga a las partes, cuyo tratamiento excede de los límites del juicio especial de la LAU, pero, como dice la S. de 18 de abril de 1990, remitir en este caso a un nuevo procedimiento frustraría el principio constitucional de la tutela judicial efectiva, al no darse respuesta eficaz a problemas conexos y accesorios, cayendo en un peregrinaje de procedimientos que trata de evitar la jurisprudencia considerando idóneo el procedimiento especial para resolver los problemas que plantean las cláusulas de estabilización. No es aplicable el plazo de tres meses que establece el artículo 101 LAU, regla 5.ª de la LAU ni el del artículo 106 de la misma Ley, ya que se refiere a los supuestos de los artículos 99 y 100, pero no, cuando se hace en virtud de cláusulas de estabilización, en el que rige el plazo de quince años del artículo 1.964 CC. Se da efecto retroactivo a los aumentos de renta, pues no es aplicable la doctrina de la sentencia de 14 de febrero de 1987, en que se negaba este efecto retroactivo, por entender que había pasado mucho tiempo desde la fecha en que procede la elevación y que la prestación del arrendatario sería sumamente gravosa, pero en este caso no existe inactividad de la arrendadora y, por ello, se puede dar efecto retroactivo a dicha reclamación.

C. R. R.

2. MERCANTIL

Por R. SÁNCHEZ DE FRUTOS

II. SOCIEDADES

A. ANONIMAS

BALANCE (Y CUENTA DE PERDIDAS Y GANANCIAS). NO DEBE CONTENER ERRORES. (SENTENCIA 26 DE NOVIEMBRE DE 1990.)

Si se parte de la base de que el actor ha logrado acreditar la existencia en el balance y en la cuenta de pérdidas y ganancias de determinadas inexactitudes, irregularidades contables e, incluso, contradicciones, obvio es que en modo alguno cumple tal balance los requisitos que para su formulación exige el párrafo 2.º del artículo 102 de la Ley de Sociedades Anónimas, en su redacción aplicable al supuesto de autos, en cuanto en el mismo se dice que la contabilidad cerrada en cada ejercicio reflejará con claridad y exactitud la situación patrimonial y los beneficios obtenidos durante el ejercicio o las pérdidas sufridas, así como que el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias y la memoria se redactarán de modo que con su lectura pueda obtenerse una representación exacta de la situación económica de la compañía y del curso de sus negocios, requisitos estos que en modo alguno cumple la contabilidad y balance de la compañía demandada, por lo que el acuerdo aprobado del mismo en la Junta general infringe los preceptos de la Ley de Sociedades Anónimas antes citados.

IMPUGNACION DE ACUERDOS SOCIALES; LEGITIMACION DE SOCIOS TITULARES DE ACCIONES NOMINATIVAS.—NOMBRAMIENTO DE CENSOR DE CUENTAS A PERSONA CON CARGO DEPENDIENTE DEL CONSEJO DE ADMINISTRACION. (SENTENCIA DE 5 DE NOVIEMBRE DE 1990.)

Conforme al artículo 69 de la LSA están legitimados para el ejercicio de las acciones de impugnación los concurrentes a la Junta ... a la que asistió D. ..., que en la escritura de constitución de la Sociedad suscribió 2.000 acciones nominativas, de forma que al tener éstas tal carácter le constaba a la sociedad su carácter de accionista, pues según es doctrina reiterada de esta Sala respecto de dicha clase de acciones, lo que impide se aplique la Sentencia de 30 de marzo de 1984, referida a acciones al portador

La incompatibilidad para el cargo de censor en D. ..., jefe de administración de la sociedad, se encuentra en su falta de libertad para el desempeño de tal función, dada su dependencia laboral del Consejo de Administración, cual dice la Audiencia, o porque, como dice el Juzgado, al ostentar el cargo de jefe de administración carece de la necesaria independencia para llevar a cabo el cometido de censura de las cuentas con la objetividad e imparcialidad requeridas. Según el artículo 3.1 del Código Civil la interpretación ha de tener en cuenta la realidad social y fundamentalmente, su espíritu y finalidad, encontrándose en la independencia, libertad, objetividad e imparcialidad exigible a los censores la misma razón que impide que lo sean los miembros del Consejo de Administración y sin que tal criterio viole los principios constitucionales (art. 9-3), dado que la aplicación de las normas, que corresponde a los Tribunales, requiere su previa interpretación, sin que nada signifique en contra la Sentencia de 2 de diciembre de 1971, no ya por tratarse de una sola resolución, sino porque se rechazó el recurso por razones formales, aparte de que en el caso concreto podían existir razones que no permitiesen dudar de esa independencia, libertad e imparcialidad que se predicán como ausentes en el caso que nos ocupa, respecto de quienes han de realizar funciones fiscalizadoras y de vigilancia, cuestiones de mero hecho que corresponde dilucidar en cada caso a los juzgadores de instancia.

IMPUGNACION DE ACUERDOS SOCIALES EN LA PRESTACION DE SERVICIO PUBLICO POR SOCIEDAD ANONIMA MUNICIPALIZADA: CORRESPONDE A LA JURISDICCION CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA. (SENTENCIA DE 5 DE DICIEMBRE DE 1990.)

El acuerdo que se trata de impugnar afecta a la aprobación de la Gestión-balance, memoria y cuenta de explotación de la prestación de servicio público de recogida de basuras, con carácter de servicio mínimo obligatorio impuesto a los Ayuntamientos, según el artículo 102, párrafo f) y g) de la Ley de Régimen Local, con prestación en gestión adecuada adoptada en forma de sociedad mercantil con capital perteneciente al Ayuntamiento de Tarrasa, que presta dichos servicios obligatorios, cual autoriza el artículo 85 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local, unido a que de conformidad con lo prevenido en el artículo 92-1 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, promulgado por Decreto de 17 de junio de 1955, el funcionamiento de la Corporación constituida en Junta general de empresa se acomodará, en cuanto al procedimiento y adopción de acuerdos a los pre-

ceptos de la Ley y del Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las Corporaciones locales. El referido acuerdo, objeto de la actual controversia jurídica, tiene el indudable carácter de acto administrativo y en consecuencia impugnabile no ante la Jurisdicción ordinaria civil, sino ante la competente Jurisdicción contencioso-administrativa, y siendo a tal fin inoperante que el indicado servicio público se preste a medio de una forma de sociedad anónima municipalizada, dado que el carácter de socio es atribuido en exclusiva a favor del Ayuntamiento que tiene a su cargo la prestación del indicado servicio público mínimo obligatorio, con aportación del capital social por dicho ente público, y no a los concejales que lo integran, entre los que figura el demandante, ahora recurrente, en cuyo carácter de concejal pudo y puede ejercitar, en su caso, las acciones correspondientes de índole corporativa municipal, mediante el ejercicio de su actividad edilicia, y concretamente mediante las correspondientes acciones de índole administrativa que estime procedentes con relación a la cuestión planteada.

IMPUGNACION DE ACUERDOS SOCIALES QUE LESIONEN DERECHOS DE LOS SOCIOS. DELIMITACION DE DAÑO Y BENEFICIO. (SENTENCIA DE 19 DE FEBRERO DE 1991.)

El daño o lesión no es necesario que efectivamente se haya producido; la doctrina de esta Sala tiene declarado «que es suficiente para acudir al proceso especial impugnatorio que exista el *peligro potencial* de que dicho daño se produzca, sin tener el demandante que esperar a que la lesión ocurra para poder ejercitar la acción» (Sentencias de 2 de julio de 1963, 11 de mayo de 1968 y 11 de noviembre de 1980).

El requisito del beneficio de uno o varios socios no hay que entenderlo exclusivamente en el sentido de puro interés económico, sino que también puede consistir en cualquier ventaja de carácter político-social o profesional; exigiéndose que el beneficiado sea accionista, aunque la utilidad la reciba a través de una persona interpuesta; debiendo existir finalmente la relación de causalidad entre la lesión del interés social, producida por el acuerdo, y el beneficio experimentado por el socio (Sentencias de 23 de junio de 1962, 4 de marzo de 1967, 11 de mayo de 1968 y 22 de noviembre de 1970).

CONVALIDACION DE LOS ACUERDOS DE UNA JUNTA, QUE SE HALLAN IMPUGNADOS JUDICIALMENTE, POR OTRA POSTERIOR. (SENTENCIA DE 26 DE ENERO DE 1993.)

Las vulneraciones habidas en una Junta general no pueden convalidarse por los acuerdos adoptados en una Junta posterior que expresamente ratifica los acuerdos adoptados en aquella en que están impugnados, mediante presentación incluso de demanda judicial por los demandantes que ni asistieron ni prestaron su conformidad a la supuesta junta convalidante. Mas bien es esta actuación subsiguiente la que no se compadece con el respeto debido al planteamiento judicial de la cuestión, pues sabido es que en relación con el objeto del proceso carecen de eficacia las innovaciones que después de iniciado el juicio introduzca el demandado o un tercero en el estado de los hechos o de las personas o de las cosas que hubieren dado origen a la demanda, conforme al principio *ut lite pendente nihil innovetur*.

JUNTAS GENERALES: ACUERDOS QUE, EN BENEFICIO DE UN SOCIO, PERJUDICAN LOS INTERESES SOCIALES. (SENTENCIA DE 7 DE OCTUBRE DE 1991.)

La normativa contenida en el artículo 69 de la Ley de Sociedades Anónimas en manera alguna exige que la oposición al acuerdo impugnado haya de ser motivada, pues lo único que tal precepto requiere, a fines de legitimar para el ejercicio de las acciones que autoriza, es que en el acta de la Junta en que el acuerdo impugnado se haya dictado conste la oposición, lo que fue manifestado con la reserva del ejercicio de acciones de impugnación, precisamente con relación al acuerdo en cuestión.

Reconocido que el acuerdo sometido a impugnación lesiona los intereses de la sociedad, claro es que implícitamente está revelando que la mencionada lesión se produce con correlativo beneficio de dicho accionista.

JUNTA GENERAL EN LA CONVOCATORIA DE LA JUNTA ES SUFICIENTE LA EXPRESION DEL TEMA A TRATAR. (SENTENCIA DE 28 DE NOVIEMBRE DE 1991.)

La literalidad del anuncio de convocatoria no tiene que ser, conforme a la lógica y a la doctrina de esta Sala en Sentencia de 29 de abril de 1985, coincidente con el acuerdo que se adopte en la Junta convocada, siendo suficiente la exposición del tema a tratar, evitando que la estrechez del cauce que el orden del día supone haga inútil y estéril la deliberación de la Junta, que ha de pulsar las circunstancias dentro del marco indesbordable de la Ley y los estatutos, para con arreglo a ellos, adoptar el acuerdo que sea más aconsejable a tenor de los intereses de la sociedad.

JUNTAS GENERALES. LA OPOSICION A LA CONSTITUCION DE LA JUNTA NO ES NECESARIO HACERLA CONSTAR EN EL MOMENTO DE LA FORMACION DE LA LISTA DE ASISTENTES. (SENTENCIA DE 30 DE NOVIEMBRE DE 1991.)

La reiterada doctrina de las Sentencias de esta Sala de 2 de enero de 1990, que ratifica las de 20 de febrero de 1958, 6 de julio de 1963, 17 de marzo de 1967 y 27 de abril de 1973, sostiene que la oposición a la constitución de la junta no es preciso se haya formulado en el momento de la formación de la lista de asistentes, ya que esto no lo exige la ley.

JUNTA UNIVERSAL, REQUISITOS DE CONVOCATORIA. AUMENTO DE CAPITAL SOCIAL EXISTIENDO DESEMBOLSOS PENDIENTES; POSIBILIDAD DE ADOPTAR EL ACUERDO. (SENTENCIA DE 17 DE FEBRERO DE 1992.)

Los requisitos de convocatoria de los artículos 53 y 55 de la Ley decaen cuando asisten a la reunión, presentes o representados, todos los titulares de las acciones, presente, por tanto, todo el capital desembolsado y aceptándose por unanimidad la celebración de la Junta, conociendo y estando conformes con el orden del día, pero sin que sea necesario, en cambio, que se haga

constar la renuncia de los asistentes a la publicación de la convocatoria, estableciéndose en la Sentencia de 8 de mayo de 1962 que la representación no puede producirse en una reunión no precedida de convocatoria alguna ni de orden del día, a menos de resultar acreditado que quien otorga la representación tuvo conocimiento previo de la pretensión de constituir la Junta y de los asuntos a dilucidar y que con ese antecedente confirió la representación para dicho acto con la conformidad escrita, de tal manera que se cumplen los requisitos del artículo 55, haciendo constar bajo la fe del Secretario que está representada la totalidad del capital y que los socios han acordado por unanimidad constituirse en junta, sin necesidad de hacer constar en el acta la lista de asistentes; y en idéntico sentido se pronuncia la Sentencia de 14 de febrero de 1989, que cita las de 23 de marzo de 1957 y 6 de julio de 1973, añadiendo que la presencia de todos los socios impide que la nulidad de los acuerdos pueda fundarse en defectos de convocatoria, a más de que, en términos generales, el acudir a una junta y votar algún acuerdo, sin poner tacha a su legal constitución en el momento de iniciarse las sesiones, hace decaer, por razones de buena fe, la acción de los asistentes para impugnar la convocatoria, desprendiéndose de la Sentencia de 30 de mayo de 1975 que es válida la representación para asistir a una junta universal, aunque se incumpla el artículo 53, si se tuvo noticia fidedigna del orden del día, se pudo hacer uso del derecho de información y se tuvieron los elementos precisos para dar al apoderado las órdenes pertinentes para la emisión del voto.

El acuerdo de ampliación de capital con emisión de nuevas acciones implica una modificación estatutaria y afecta a acreedores y terceros, de ahí el requisito previo del total desembolso de la serie o series emitidas anteriormente y su carácter imperativo, aparte de que mientras haya dividendos pasivos pendientes de cobro no se explica la necesidad ni conveniencia de un aumento de capital, lo cual no quiere decir que el acuerdo no pueda ser tomado sometiéndolo a que la emisión de las nuevas acciones se supedite al total desembolso de las anteriores, pero debiendo considerarse nulo dicho acuerdo cuando no se toma tal cautela.

JUNTA GENERAL. NO ES POSIBLE LA REPRESENTACION PARA UNA PARTE DE ACCIONES, CUANDO EL REPRESENTADO ASISTE PERSONALMENTE CON LA RESTANTE PORCION DE ACCIONES QUE LE PERTENECEN.
(SENTENCIA DE 25 DE FEBRERO DE 1992.)

La cuestión litigiosa consiste en dilucidar si un accionista que asiste personalmente a la junta puede a la vez asistir representado por otra persona a esa misma junta, pero no representando las mismas acciones, sino otras. Es decir, que el accionista titular sólo delegó parte de sus acciones y se reservó el resto, y acudiendo a la junta tanto él como su representante, aunque a éste no se le permitió la asistencia que pretendía.

Son de tener en cuenta las siguientes consideraciones: a) El artículo 60, página 1 de la Ley de Sociedades Anónimas no autoriza que cada accionista pueda ser representado por varias personas y menos autoriza tal representación cuando al mismo acto (la junta general) asiste simultáneamente el propio representado. Tal supuesto fáctico elimina de suyo la razón de ser de la representación, que se basa en que el representado no asiste o no puede realizar los actos para los que comisiona o encarga a otra persona. De modo que la pre-

sencia del representado en el acto para el que había otorgado representación o poder elimina la relación jurídica representativa por ser contradictoria con ella. Y así razonablemente lo expresa la nueva Ley de Sociedades Anónimas, texto refundido de 22 de diciembre de 1989, artículo 106.3, al preceptuar que «la representación es siempre revocable» y que «la asistencia personal a la junta del representado tendrá valor de revocación». Y esta norma, aunque por razón de irretroactividad, no es aplicable al supuesto debatido, sin embargo señala un criterio tan razonable que impide para supuestos como el discutido seguir un criterio contrario o diverso. *b)* Por tanto, la asistencia del representado a la misma junta general de accionistas, para la que había conferido además delegación por una cuantía determinada de acciones a otras personas, revoca de hecho y de derecho el poder o mandato conferido, al asumir el accionista titular asistente todas sus acciones con la facultad inherente de ejercitar el derecho de voto correspondiente a todas ellas, ante la evidencia de admitir una conducta de los representantes contraria o diversa de la del propio titular presente en la misma junta. *c)* Es cierto que podría admitirse que una ampliación del principio de libertad contractual o de autonomía de la voluntad del accionista representado permitiría como acto lícito o no contrario a la Ley ni a la moral que otros le representasen estando él mismo presente; pero tal solución desvirtúa la esencia del negocio representativo, y consiguientemente la representación conferida, y abre la posibilidad inadmisibles de que un representante en el mismo acto a que asiste el representado pueda manifestar una voluntad contraria a la del *dominus negotii*, por eso es de considerar que tal presencia del titular representado anula o revoca la representación, máxime cuando, como se manifestó en la junta controvertida, le fue advertido al representado que podría ejercitar su derecho de voto por todas las acciones de que es titular, y, por tanto, no se le privó de tal derecho fundamental de accionista.

Como se deja dicho, existió una revocación al menos tácita del mandato representativo utilizado por el accionista, lo que extinguió la representación, según determina el artículo 1.732, número 1.º, del Código Civil, revocación derivada del hecho concluyente de asistir a la junta el accionista representado con posibilidad de ejercitar todos sus derechos como tal accionista, sin generarse para él ninguna clase de indefensión.

JUNTAS GENERALES: ACUERDO DE RENOVACION TOTAL DEL CONSEJO DE ADMINISTRACION CUANDO LA CONVOCATORIA DE JUNTA ES PARA LA «RENOVACION PARCIAL DEL CONSEJO», HABIENDO DIMITIDO TODOS LOS CONSEJEROS (SENTENCIA DE 4 DE NOVIEMBRE DE 1992.)

El concepto de dimisión, de propia y verdadera dimisión, presupone un propósito serio e irrevocable de apartarse del cargo de que se dimite, seguido del efecto que la acción de dimitir entraña, es decir, la renuncia efectiva al cargo (lo que es incompatible con el dimito hoy y acepto de nuevo mañana), circunstancia que no concurre en la llamada puesta a disposición del cargo que efectuaron los consejeros en tanto en cuanto el propósito que los guiaba no era, precisamente, el apartarse del cargo, sino el de evitando la «renovación parcial», a que la Ley obligaba y a cuyo punto de orden del día debía ceñirse la Junta general convocada al efecto, distribuir las probabilidades de nueva elección entre todos los consejeros, sin determinación del cupo afectado, razones que impiden otorgar validez a unas renunciaciones contrarias a normas de

orden público y perjudiciales para los accionistas en cuanto terceros, por donde deben considerarse actos ejecutados en fraude de Ley que no deben impedir la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir, conforme a lo dispuesto en el artículo 6.º del Código Civil. Si la Junta general hubiera hecho uso efectivo y no meramente nominal del artículo 75 de la Ley de Sociedades Anónimas, procediendo a la separación de los administradores, acordando su cese, no se hubiera producido ninguna incompatibilidad con lo ordenado por el artículo 73 respecto a la renovación parcial ni hubiere sido preciso, conforme a criterio jurisprudencial sostenido, que la renovación total, obligada por causa de la separación o cese de todos los consejeros, se llevara a cabo con previa modificación del orden del día en el punto concreto de que se trata, pero cuando, como ocurre en este caso, la aceptación de la renuncia, cese, puesta a disposición o dimisión de los consejeros, no se traduce en una renovación de las personas que ocupaban esos cargos, sino que propicia una presentación a la reelección de aquéllos para el nuevo consejo que arroja como resultado que seis de los once consejeros «dimitidos», previa reducción del total de consejeros a nueve, vuelvan a ocupar sus puestos se está, a no dudarlo, en presencia de una aplicación torcida de las normas autorizantes y en una extralimitación legal que debe sancionarse, máxime al haberse introducido en el debate de la Junta, temas que estaban fuera del orden del día.

JUNTA GENERAL. ASISTENCIA SIMULTANEA A JUNTA DEL REPRESENTANTE Y DEL REPRESENTADO.—CENSURA DE CUENTAS POR UN SOLO CENSOR, POR HABER DEJADO DE SER SOCIO EL OTRO NOMBRADO. (SENTENCIA DE 21 DE DICIEMBRE DE 1992.)

La asistencia plural intentada a la Junta cuyos acuerdos se impugnan no goza de corrección legal, conforme al artículo 60 de la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951, por tratarse de una representación siempre revocable, incluso por la mera presencia del representado, que de esta manera elimina a su apoderado en la asistencia a las deliberaciones de la Junta (Sentencia de 25 de febrero de 1992). Tal criterio razonable resulta bien expreso en la nueva Ley de 22 de diciembre de 1989 —art. 106.3—, aunque no es de aplicación a este caso por no ser retroactiva.

La inmovilidad en el cargo de censor de cuentas se garantiza, pero siempre que se mantenga la condición de accionista, no sólo en el momento del nombramiento, sino que también durante su desarrollo y actuación posterior, es decir, que se excluye de ser censores a los accionistas que ya no lo son.

La exigencia del artículo 108 de la Ley de Sociedades Anónimas impone que los censores sociales deben ser dos socios propietarios y sus suplentes. Se constituye así un órgano colegiado para la fiscalización y revisión de cuentas de las sociedades anónimas, en interés de los accionistas a fin de que éstos puedan emitir sus votos con pleno conocimiento de la situación social. El desempeño de su función de censura se proyecta sobre el balance, cuenta de pérdidas y ganancias, propuesta de distribución de beneficios y memoria, con el correspondiente informe. Se trata de una actividad controladora de gran trascendencia para la buena marcha económica de las sociedades y su más exacto conocimiento por todos los interesados.

El citado artículo 108 precisa la concurrencia de dos censores y no prevé la de uno sólo y si bien en el caso de autos fueron nombrados, esto no es

suficiente, ya que sería meramente teórico e ineficaz, pues la designación ha de proyectarse a la efectiva práctica y realización de la censura que no la puede acometer uno sólo y responsabilizarse así de la misma y del preceptivo informe, pues tampoco cabe asumir las funciones del cesado y menos actuar por él. Admitir lo contrario representa infracción frontal del precepto 108, al tratarse de una norma de derecho necesario (*ius cogens*) que excluye el nombramiento de dichos dos censores accionistas cuando no es posible, al no concurrir los necesarios que no formen parte del consejo de administración, lo que hay que referir tanto al momento de designación como al sobrevenido en el ejercicio del cargo. En este sentido es la orientación jurisprudencial de esta Sala contenida en la Sentencia de 7 de febrero de 1967 y que ha de relacionarse con las de 31 de mayo de 1957, 30 de enero de 1974 y 31 de octubre de 1984.

También sucede lo mismo cuando se trata de sociedades sin accionariado múltiple, de modesto capital (como la de autos) y la administración la desempeñan todos ellos o la mayoría muy cualificada de los mismos, resultando imposible dar cumplimiento a la exigencia legal de designar dos socios accionistas y entonces cabe prescindir de la fiscalización y censura de la gestión social (Sentencias de 4 de marzo de 1985 y 5 de julio de 1986). Lo que parece resultar más adecuado y conveniente y desde la óptica del socio discrepante, para hacer posible salvaguardar sus derechos, es que éste, conforme al contenido del artículo 108 de referencia, interese de la Junta la designación de Censor jurado de cuentas (no accionista), por ostentar el capital desembolsado necesario para ello; censura que en todo caso habrá de limitarse a la exactitud y veracidad de los datos contables consignados en el balance, a los criterios de amortización y valoración y cuenta de pérdidas y ganancias.

VOTO DIRIMIENTE DEL PRESIDENTE; EN JUNTA GENERAL NO ES ADMISIBLE, PORQUE EQUIVALE A VOTO PLURAL. (SENTENCIA DE 5 DE NOVIEMBRE DE 1990.)

Aunque en acuerdos de naturaleza diferente, es admisible el voto en sentido distinto del Presidente, no pudiendo invocarse la doctrina de «actos propios», no es factible en una sociedad anónima, que el empate en la votación sobre un acuerdo a tomar en Junta general sea dirimente con el voto de calidad del presidente, porque ello equivaldría a reconocerle un voto plural, no aceptado por el artículo 38 de la Ley de Sociedades Anónimas, o sea, la estricta proporcionalidad entre el valor nominal de la acción y el derecho al voto (según se deduce de la Disposición transitoria séptima).

La doctrina de la resolución de la Dirección General de los Registros de 17 de julio de 1956 para una sociedad familiar, cuando declara «el principio de proporcionalidad entre el capital y las acciones y el derecho de voto no es acogido en términos tan estrictos que den a las juntas un carácter puramente capitalista, y así la Ley permite que en los Estatutos se señale el número máximo de votos que el mismo accionista pueda emitir (art. 38) y esta conducta... abonaría, por ejemplo, la previsión estatutaria de una cláusula que apreciase para el caso de empate, con eficacia decisoria, la mayoría relativa de socios en los grupos iguales de votos en que se halla escindida la junta», no es aplicable al caso de autos, por falta de previsión estatutaria en tal sentido, y porque una cosa es que un accionista tenga más votos que acciones

(voto plural), y otra que posea más acciones que votos, al poderse fijar en los estatutos el número máximo de votos que un mismo accionista pueda emitir, conforme al repetido artículo 38.

DERECHO DE INFORMACION. CASOS EN QUE CORRESPONDE TAMBIEN A LOS CONSEJEROS. (SENTENCIA DE 15 DE OCTUBRE DE 1992.)

Si bien en términos generales, conforme a Sentencias de esta Sala de 23 de junio de 1973 y 7 de octubre de 1985, los socios, si son Consejeros, salvo prueba en contrario, no pueden alegar la falta de información del artículo 65 de la Ley de Sociedades Anónimas, puesto que ha de entenderse que tienen conocimiento de los libros de cuentas y documentos de la sociedad, esta información no excusa la especial del artículo 110 que debe respetarse escrupulosamente, atendidas las discrepancias entre los consejeros-administradores y la inasistencia del socio consejero y demandante al Consejo de administración en el que se aprobaron el balance, cuenta de resultados y memoria que debía proponerse a la Junta de accionistas, declarándose probado que los demandantes no tuvieron conocimiento de esos documentos antes de la Junta.

SOCIEDAD EN LIQUIDACION. FACULTADES DE LOS ADMINISTRADORES DE SOCIEDAD EN LIQUIDACION.—IMPUGNACION DE ACUERDOS SOCIALES. PROCEDIMIENTO DEL ARTICULO 70 LEY S.A. (SENTENCIA DE 4 DE DICIEMBRE DE 1992.)

La solicitud del recibimiento a prueba en el procedimiento del artículo 70 de la Ley de Sociedades Anónimas sólo puede efectuarse en la demanda y en la contestación, según el número 6° del precepto.

Tanto en el artículo 228 del Código de Comercio como en sus concordantes de la Ley de Sociedades Anónimas (169 y 160), se establece que: «Desde el momento en que la sociedad se declare en liquidación, cesará la representación de los administradores para hacer nuevos contratos y contraer nuevas obligaciones, asumiendo los liquidadores las funciones a que se refiere el artículo siguiente. Esto, no obstante, los antiguos administradores, si fuesen requeridos, deberán prestar su concurso para la práctica de las operaciones de liquidación». En el artículo 160 se enumeran las obligaciones de los liquidadores, todas ellas referidas a operaciones de tipo mercantil o comercial sin que entre las mismas figure la facultad de convocar juntas ordinarias o extraordinarias, debiendo entenderse, con la letra del precepto legal, que los Administradores han sido sustituidos sólo en las funciones que concretamente se enumeran en la Ley, conservando el resto de las atribuciones que legal o estatutariamente les venían atribuidas.

VENTA DE ACCIONES POR DOCUMENTO PRIVADO. VALIDEZ ANTES DE SER INSCRITA LA SOCIEDAD EN EL REGISTRO MERCANTIL. (SENTENCIA DE 16 DE JULIO DE 1992.)

El negocio tuvo lugar entre la constitución de la sociedad y antes de su constatación registral, tratándose de una venta firme y perfeccionada (arts.

1.254, 1.255, 1.258 y 1.445 del Código Civil), con precisión de objeto, consistente en las 360 acciones de la sociedad titularidad de D. ..., por el precio cierto de 3 600.000 pesetas que figura en los vendís, y autorizados con la firma auténtica del transmitente.

Así las cosas, la venta de referencia resulta eficaz y vinculante para los interesados directos en la misma, en cuanto representa un convenio válido para la transmisión de los títulos y es antecedente de su debida formalización, pero exige, conforme fue previsto en el convenio, la intervención de Agente de Cambio y Bolsa.

De esta manera no es aplicable la sanción de nulidad a un contrato surgido de las libres voluntades concertadas de los intervinientes en el mismo y que cabe completar para su plena y debida efectividad, con el cumplimiento y realización de las formalidades esenciales exigidas para su total operatividad en el tráfico mercantil.

La necesidad de forma en los convenios como el controvertido no representa una solemnidad absoluta, determinante de su nulidad, sino más bien viene a ser precisión que las partes han de observar para la plena transmisión de las acciones enajenadas, pudiendo compelerse a su cumplimiento, en el caso de que una de ellas no preste debida colaboración al efecto (art. 1.279 del Código Civil); lo que es factible y de no imposible realización, pues la sociedad figura inscrita en el Registro Mercantil y las acciones constan debidamente documentadas e identificadas en sus correspondientes numeraciones.

El artículo 74 del Código de Comercio refuerza lo expuesto, ya que autoriza a todos, sean comerciantes o no, a contratar operaciones sobre valores mercantiles o industriales (entre otros), si bien tales convenios no tienen otro valor que el que nazca de su forma y el que les otorgare la ley común.

Las sociedades anónimas, mientras no consten debidamente inscritas en el Registro Mercantil, efectivamente carecen de personalidad jurídica (art. 6 de la Ley de 17 de julio de 1951), y si bien, según el artículo 7, los contratos concluidos en nombre de la sociedad, en este estado prerregistral, quedan subordinados a este requisito y a la aceptación social en el plazo de tres meses, no sucede lo mismo con los convenios que pueden realizar un socio con un tercero y con funcionalidad en su desenvolvimiento interno, pero carente de la cobertura formal hacia el exterior.

La Ley de Sociedades Anónimas del año 1951 no regula de manera específica y suficientemente amplia la transmisión de acciones sociales, lo que ha corregido el Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo de 22 de diciembre de 1989. La doctrina de esta Sala mantiene una línea definida de respeto a las voluntades contratantes, cuando no exista sospecha de concurrencia de fraude, moderando las exigencias formalistas, susceptibles de cumplirse y poder acceder a las mismas, de manera que no hacen de imposible cumplimiento los negocios de transmisión de acciones (Sentencias de 13 de abril de 1957, 13 de octubre de 1959, 4 de febrero de 1971, 21 de febrero de 1986 y 8 de febrero de 1988).

B. LIMITADAS

COMPETENCIA DESLEAL DE SOCIOS. POR SI NO PROVOCA NI LA DISOLUCION DE LA SOCIEDAD NI LA EXPULSION DE AQUELLOS DE LA SOCIEDAD. (SENTENCIA DE 4 DE MARZO DE 1992)

Para que tenga lugar la expulsión de algún socio por competencia desleal, así como para la disolución de la sociedad si por tal posibilidad quedare con un solo socio leal, se necesita cumplir los requisitos de los artículos 17 (acuerdo adoptado por la mayoría de socios y dos tercios del capital social, observando el *quorum* suficiente, según Sentencia de 6 de mayo de 1991) y 31 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, adoptando el acuerdo en Junta general.

Es posible exigir a los socios desleales la pérdida que su actuación representa para la sociedad.

DERECHO DE INFORMACION DE LOS SOCIOS. SU ALCANCE. (SENTENCIA DE 22 DE SEPTIEMBRE DE 1992.)

El derecho de información no es ilimitado; tiene su ámbito marcado en los artículos 26 (reformado en 1989) y 27 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, extendiéndose al examen de las cuentas, en su doble aspecto de pérdidas y ganancias, y el balance de cada ejercicio, pudiendo hacerse el examen también extensivo a todos los antecedentes consecuencia obligada de dicho derecho, pues lo contrario privaría de garantías de veracidad y objetividad al propio examen contable.

D. COOPERATIVAS

IMPUGNACION DE ACUERDOS SOCIALES. REQUISITOS. (SENTENCIA DE 13 DE DICIEMBRE DE 1991.)

Es doctrina de esta Sala la de que la legitimación para la impugnación de acuerdos sociales exige, no solamente la cualidad de socio, sino también se haga constar en el acta la oposición a los acuerdos, una vez adoptados éstos, y que se haya votado en contra de los mismos o estado ausente de la Junta, especificándose con claridad en las Sentencias de 6 de julio de 1963, 20 de febrero de 1968, 30 de enero de 1970, 21 de octubre de 1972, 27 de abril y 10 de diciembre de 1973, 30 de enero de 1976, 5 de enero de 1978, 4 de marzo de 1980, 22 de diciembre de 1986 y 15 de junio de 1987 que no existiendo los acuerdos hasta tanto que no se verifique el recuento de los votos obtenidos y sea proclamado el resultado de la votación, los disidentes no pueden manifestar su voluntad de oponerse al acuerdo resultante con posterioridad a dicho momento en que el acuerdo adquiere consistencia jurídica.

IV. CONTRATOS MERCANTILES

COMPRAVENTA; COMPETENCIA. (SENTENCIA DE 5 DE JUNIO DE 1992.)

La cuestión de competencia planteada versa sobre una reclamación del precio de unas mercaderías vendidas por una entidad mercantil extranjera, con domicilio social en Suiza a una mercantil española, con domicilio social en Valladolid, cuyas mercancías fueron entregadas por la vendedora a la compradora en Barcelona. Al tratarse del ejercicio de una acción personal (pago del precio de una compraventa mercantil) el fuero preferente es el del lugar en que deba cumplirse la obligación, según establece el artículo 62.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y como en el presente supuesto no aparece probado que las partes estipularan otro lugar para el pago, ha de entenderse que dicho lugar es el mismo en el que la vendedora cumplió su obligación y entregó la mercancía, por lo que ha de decidirse esta cuestión de competencia en favor del Juzgado de Primera Instancia de Barcelona.

V. DERECHO MARITIMO

LEY APLICABLE A LAS RECLAMACIONES DE DAÑOS Y PERJUICIOS POR EL TRANSPORTE MARITIMO. PRESCRIPCION DE ACCIONES SOBRE ENTREGA DEL CARGAMENTO. (SENTENCIA DE 3 DE DICIEMBRE DE 1990.)

En el conocimiento de embarque consta que «las normas que La Haya cuando sean promulgadas en el país de embarque, tendrán aplicación a este contrato, cuando esa promulgación no esté en vigor en el país de embarque se aplicará la correspondiente legislación del país de destino, pero con respecto a embarques en que esas promulgaciones no sean obligatoriamente aplicables, se aplicarán las condiciones de dicha Convención»; y la cláusula principal de contrato expresa: «Las normas de La Haya contenidas en la Convención Internacional para la unificación de ciertas normas relativas a los conocimientos de embarque, fechadas en Bruselas el 25 de agosto de 1924, cuando sean promulgadas en el país de embarque, tendrán aplicación a este contrato, cuando esa legislación no esté en vigor en el país de embarque, se aplicará la legislación del país de destino, pero con respecto a embarques en que esas promulgaciones no sean obligatoriamente aplicables, se aplicarán las condiciones de dicha Convención»; al tratarse de un transporte con embarque en Turquía (país que no ha ratificado el Convenio de Bruselas) y destino en puerto español (país que ratificó el citado Convenio mediante Ley especial de 22 de diciembre de 1949), procede aplicar la legislación de este país, o sea, el Código de Comercio que, en su artículo 952.2.º establece la prescripción de un año para las acciones sobre entrega de cargamento en los transportes marítimos por retrasos o daños sufridos en los objetos transportados, contando el plazo de la prescripción desde el día de la entrega del cargamento en el lugar de destino.

Dichas acciones por daños no podrán ser ejercitadas si al tiempo de la entrega de las respectivas expediciones o dentro de las veinticuatro horas siguientes, cuando se trate de daños que no apareciesen al exterior, no se hubiesen formalizado las correspondientes protestas o reservas.

VI. QUIEBRAS Y SUSPENSIONES DE PAGOS

A. QUIEBRAS

CALIFICACION DE FRAUDULENTA CUANDO LOS LIBROS CARECEN DE APUNTE ALGUNO. (SENTENCIA DE 17 DE DICIEMBRE DE 1991.)

Nos encontramos ante una situación de ausencia de libros oficiales, porque tanto da la inexistencia física de los libros como la falta de las anotaciones contables pertinentes a su respectiva finalidad, máxime en este caso que faltan todas.

LA SENTENCIA DESESTIMATORIA RECAIDA EN EL INCIDENTE DE IMPUGNACION DE LA DECLARACION DE QUIEBRA NO ES SUSCEPTIBLE DE RECURSO DE CASACION. (SENTENCIA DE 13 DE JULIO DE 1992.)

Es cuestión a determinar si es o no susceptible de casación la sentencia desestimatoria, recaída en el incidente de impugnación de la declaración de quiebra, regulado en los artículos 1.326 a 1.330 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con los artículos 1.028 a 1.034 del Código de Comercio de 1829. Como ya tiene declarado esta Sala en autos de 7 de marzo de 1991 y 5 de marzo de 1992, la respuesta ha de ser necesariamente negativa, y ello por las consideraciones siguientes: a) El supuesto aquí contemplado, que no se halla comprendido en ninguno de los cuatro primeros números del artículo 1.687 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en su redacción anterior a la reforma por Ley 10/1992, de 30 de abril), que específicamente detallan y relacionan los procesos cuyas sentencias son susceptibles de casación, tampoco puede considerarse incluido en el más amplio y genérico número quinto del mismo precepto citado, pues no existe norma alguna que expresamente admita al recurso de casación contra la sentencia desestimatoria recaída en el mencionado incidente de impugnación, ya que el único recurso que cabe contra dicha sentencia es el de apelación y, además, admisible en un solo efecto (el devolutivo), como así lo establece el artículo 1.330 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el 1.031 del Código de Comercio de 1829, sin que ni dichos preceptos, ni ningún otro, establezcan expresamente la posibilidad de casación en el caso que nos ocupa. b) La sentencia recaída en el incidente de impugnación de la declaración de quiebra, cuando es desestimatoria de la referida impugnación, no tiene el carácter de resolución definitiva, a que se refieren los artículos 1.689 y 1.690, 1.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por cuanto no ponen término al juicio universal de quiebra, ni hacen imposible su continuación, como ya tiene dicho esta Sala (Sentencia de 17 de enero de 1992 y auto de 5 de marzo de 1992).

ACCIONES EJERCITADAS POR LOS SINDICOS SIN CONOCIMIENTO Y AUTORIZACION DEL COMISARIO. (SENTENCIA DE 1 DE FEBRERO DE 1993.)

Si, por una parte, el artículo 1.091 del Código de Comercio de 1829, vigente en esta materia, impide a los síndicos iniciar procedimientos judiciales por negocios o intereses de la quiebra sin previo conocimiento y autorización del

Comisario, y el artículo 1.370 de la Ley de Enjuiciamiento Civil igualmente recaba dicha autorización al encargar a los síndicos la formación de un estado de contratos hechos por el quebrado que se hallen en alguno de los casos de revocación del artículo 1.041 del Código de Comercio, así como, cuando hallasen datos de fraude en algunos de ellos, una exposición motivada al Comisario, quien, a la vista de lo que resulte de las investigaciones, accederá o denegará la autorización para que los Síndicos entablen las demandas cuya incoación hayan propuesto en su exposición, la doctrina de esta Sala viene interpretando con reiteración dicha exigencia legal como de necesaria observancia para estimación de las demandas que, en materia de retroacción de la quiebra, entablen los Síndicos, pues, sin perjuicio de que se reconozca a los mismos su personalidad para efectuar tales reclamaciones, tal personalidad no empece para que tan sólo puedan considerarse los mismos legitimados activamente cuando gocen de la indicada autorización, por lo que, habida cuenta que en el supuesto que nos ocupa no se produjo ni con anterioridad a la formulación de la demanda, ni en fecha posterior a su presentación, la necesaria autorización del Comisario, obvio es que los Síndicos no se hallaban facultados legalmente para el ejercicio de la acción de revocación de la escritura de hipoteca contenida en la misma.

B. SUSPENSIONES DE PAGOS

CAPACIDAD DEL SUSPENSO. (SENTENCIA DE 5 DE MARZO DE 1991.)

La Sentencia de 9 de abril de 1985, recogiendo doctrina de otras anteriores, declara que aún con posterioridad a la suspensión de pagos pueden ser entablados juicios ordinarios contra el suspenso, por lo mismo que el interesado no pierde la administración de sus bienes; la circunstancia de que aquél prescinda de poner en conocimiento de los interventores la existencia de un procedimiento pendiente no es hipótesis subsumible en el número 4.º del artículo 5 de la Ley Especial, ni provocaría falta de capacidad procesal, como tampoco entraña defecto de representación casuística; la ley no limita la capacidad procesal del suspenso, sobre todo en lo que concierne a la posición pasiva en el litigio, pues el número 4.º del artículo 5 se refiere a «las reclamaciones que el suspenso pueda entablar», y la nulidad dispuesta en el penúltimo párrafo del artículo 6 de la misma Ley se circunscribe a las operaciones que se designen y a «cualquier pago», a lo que no puede ser asimilada la petición de nulidad de acuerdos sociales formulada por tercero (doctrina recogida después en Sentencias de 22 de abril de 1987 y 11 de octubre y 18 de noviembre de 1988). También se ha declarado que la situación de suspensión de pagos no produce en el deudor ninguno de los efectos inmediatos que origina la declaración de quiebra, pues conserva la administración de sus bienes y la gerencia de sus negocios, con las limitaciones que el Juez estime convenientes (Sentencia de 28 de octubre de 1985), y la realización de actos por el suspenso, sin el concurso o acuerdo de los interventores, lo único que determinaría sería la posibilidad de que éstos, o en su caso los acreedores, ejerciten las correspondientes acciones en logro de la nulidad o ineficacia de tales actos si les resultaren perjudiciales, con base en el párrafo último de la invocada Ley de 20 de julio de 1992 (Sentencia de 22 de abril de 1981); máxime cuando la ley no declara expresamente la nulidad de tales actos realizados por el suspenso,

por lo que, a lo más, serían anulables en tanto no se ejercite la oportuna acción de nulidad, como se deduce de la interpretación jurisprudencial del artículo 6.3 del Código Civil.

DERECHO DE ABSTENCION DE UN CREDITO PRIVILEGIADO, QUE FUE INCLUIDO EN LA LISTA DE ACREEDORES. (SENTENCIA DE 24 DE JUNIO DE 1991.)

El fin más trascendente del procedimiento concursal de suspensión de pagos, regido por los principios de universalidad y de la *par conditio creditorum*, es conseguir la igualdad de condición de los acreedores no privilegiados que se vería frustrado si se permitiese sustraer a la masa de acreedores créditos por igual condición que, sin embargo, para todos los efectos útiles gozarían de privilegio en relación con el derecho de los acreedores concurrentes, y para evitarlo el artículo 2 de la Ley de Suspensión de Pagos impone al comerciante la obligación de acompañar con el escrito en que solicite la declaración de ese estado una relación nominal comprensiva de todos sus acreedores, estableciendo además la Ley medidas dirigidas a conseguir la exactitud de la lista, entre ellas la facultad concedida a los interventores para que comprueben la exactitud del pasivo (art. 8) y los medios para que los acreedores omitidos puedan solicitar y obtener, en su caso, su inclusión en la lista o su exclusión por tratarse de créditos a los que la ley les concede el derecho de abstención de concurrir a la Junta de acreedores, estableciéndose en el artículo 11 el procedimiento para ello; la doctrina científica se ha planteado la cuestión de si los créditos con derecho de abstención vienen obligados a la insinuación al igual que los créditos que no gozan de tal privilegio, al no resultar aquéllos afectados por el convenio logrado en la Junta a tenor del artículo 17 I de la Ley de Suspensión de Pagos, reconociendo el sector más cualificado de aquélla la necesidad de que, para ver reconocido su derecho de abstención, los titulares de créditos que ostenten ese derecho, han de solicitar su inclusión en la lista de acreedores con tal carácter, según dispone el artículo 11, párrafo 1.º de la citada Ley al decir que «hasta los quince días antes del señalado para la Junta se podrán impugnar los créditos incluidos por el deudor en su relación así como pedir la inclusión o exclusión de créditos en la relación de los que tienen derecho de abstención y los que menciona el artículo 22», y ello por el procedimiento establecido en los siguientes párrafos del citado artículo, petición de inclusión o exclusión que habrá de resolver el Juez mediante auto motivado al aprobar la lista definitiva de acreedores (art. 12), bien en el sentido de reconocer el derecho de abstención cuestionado, bien reservando al acreedor el ejercicio de su derecho para el juicio ordinario correspondiente; de todo ello resulta que la previa solicitud de inclusión en la lista definitiva de acreedores y su denegación por el Juez con la mencionada reserva, es requisito ineludible para la posterior utilización del procedimiento declarativo ordinario ejercitando esa pretensión le sea reconocido el derecho de abstención; y así lo entendió la Sentencia de esta Sala de 4 de junio de 1929 al decir que «es evidente que no puede después formalizar la reclamación autorizada por el artículo 22 de la misma Ley, que solamente permite la incoación de los juicios de tercería a los acreedores que hubiesen utilizado el derecho de abstención de concurrir a la Junta, porque ellos se considerasen con los reconocidos derechos, según los artículos 908 a 910 del Código de Comercio, o porque habiendo pedido oportunamente que se les inclu-

yera en el grupo con derecho a abstención, no hubiese sido esta solicitud atendida por los Interventores; pero sin hallarse en ninguna de estas dos situaciones jurídicas, sino precisamente en la contraria, puesto que concurrió a la Junta, su adhesión fue tenida en cuenta al aprobar el convenio, y no había ejercitado en tiempo y forma el derecho de pedir la inclusión en el grupo de los acreedores es evidente que dicha sociedad anónima no puede plantear el juicio a que el recurso se refiere», idea que se recoge asimismo en la Sentencia de 21 de noviembre de 1984 según la cual «no cabe entender que la resolución judicial en el expediente de suspensión de pagos excluyendo el crédito de la lista definitiva pero reservando al acreedor su derecho para el juicio ordinario correspondiente como preceptúa el artículo 12 de la Ley de 26 de julio de 1922 tiene el alcance de una propia desestimación de la demanda con los efectos propios de la cosa juzgada aun en sentido meramente formal, sino de una mera decisión provisional recaída en el trámite de verificación de créditos, *que por imperativo legal deja abierto el proceso declarativo*».

R. S. de F.

4. PROCESAL

POR ERNESTO CALMARZA CUENCAS

TASACION DE COSTAS.—IMPUGNACION DE HONORARIOS POR INDEBIDOS. (SENTENCIA DE 13 DE DICIEMBRE DE 1993.)

Ponente: Excmo. señor don Matías Elípe y González-Elípe.

Hechos.—Por auto dictado el 25 de septiembre de 1992 se declaró lo siguiente: «... No ha lugar a la admisión del recurso de casación interpuesto por don SBW contra..., *condenando a dicha parte recurrente al pago de las costas causadas y devolviéndose el depósito constituido.*»

Practicada la tasación de costas, se impugna la misma por indebidos los honorarios y derechos del Letrado y Procurador, respectivamente.

El TS declara haber lugar a la impugnación de la tasación de costas en base a la siguiente

Doctrina.—Al ser inadmitido el recurso de casación, la única actuación profesional de ambos, Letrado y Procurador, que no fue inútil o superflua fue la de Personación del Procurador, que no requiere además firma de Letrado conforme al artículo 10-4 LEC, por lo que a tenor de la Doctrina de esta Sala (STS de 10 de marzo y 18 de junio de 1993 y 23 de diciembre de 1992), no es accesible a la tasación la minuta del Letrado, pero sí la correspondiente a la actuación postulatoria del Procurador que se expresa en la tasación practicada, pues de otra forma quedaría indefensa la parte recurrida.

FALTA DE LEGITIMACION PASIVA.—SE DEMANDA AL MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL CUANDO DEBIO DEMANDARSE AL ORGANISMO AUTONOMO INSERSO. (SENTENCIA DE 31 DE DICIEMBRE DE 1993)

Ponente: Excmo. señor don Eduardo Fernández-Cid de Temes.

Hechos.—Con motivo de un accidente ocurrido en la cocina de una Resi-

dencia de Pensionistas, dependiente del INSERSO, la cocinera lesionada ejercita acción de culpa extracontractual de los artículos 1.902 y 1.903 CC contra el jefe de cocina, el jefe de mantenimiento y el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social; los cuales fueron condenados solidariamente al pago de la indemnización solicitada.

El Abogado del Estado apeló, alegando, entre otras cosas, la falta de legitimación pasiva del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, ya que la Residencia dependía del INSERSO, que es un Organismo Autónomo, con personalidad jurídica propia; pero la Audiencia desestimó el recurso en base a la Unidad Institucional del Estado y en la obligación de los Tribunales del «levantamiento del velo jurídico».

Formulado recurso de casación por el Abogado del Estado el TS le da la razón en cuanto a la falta de legitimación pasiva, sentando la siguiente

Doctrina.—Ocurriendo los hechos en una Residencia del INSERSO, Organismo Autónomo, dotado de personalidad y Patrimonio Propio, independiente del Estado, y estando los funcionarios implicados al servicio de aquél y no de éste; no puede hacerse responsable por culpa *in eligendo* o *in vigilando* al Estado por el actuar u omitir de quienes no dependen de él y sí de un Organismo Autónomo al que se debió demandar.

Además la teoría de «la Unidad Institucional del Estado» no puede desconocer la legislación sobre Organismos Autónomos y la personalidad propia e independiente del INSERSO, así como su patrimonio separado que impiden el desplazamiento de la responsabilidad extracontractual.

Y por otro lado la «doctrina del levantamiento del velo», que parte de la existencia de mala fe, actuar fraudulento o abusivo en la personalidad jurídica para evitar responsabilidades, tampoco puede trasladarse al Estado y sus Organismos Autónomos, pues en modo alguno pueden achacársele tales conductas en la Organización de sus Instituciones.

AUDIENCIA AL REBELDE. COSA JUZGADA. (SENTENCIA DE 26 DE ENERO DE 1994.)

Ponente: Excmo. señor don Gumersindo Burgos Pérez de Andrade.

Hechos.—SS formuló demanda incidental ante la Audiencia Provincial de Barcelona «solicitando audiencia en justicia para la rescisión de la sentencia recaída en el juicio de menor cuantía 95/85», obtenida en su ausencia; supliendo, por no haber sido personalmente emplazada, ni por tercero legítimamente acreditado, se declarase la nulidad de dicha sentencia, retrotrayéndose las actuaciones al momento procesal en que se produjo la indefensión, o sea, al emplazamiento para la contestación a la demanda.

AA se opuso a la audiencia en rebeldía y nulidad pretendidas por SS alegando: la extemporaneidad de la solicitud de aquélla, la inadecuación del recurso de audiencia y su improcedencia por ser contraria a la cosa juzgada y por tener SS conocimiento del proceso en que fue demandada y condenada.

La Audiencia de Barcelona, estimando el recurso de audiencia en justicia de SS, declaró la nulidad de la sentencia dictada en los autos 95/85.

Formulado recurso de casación, entre otros motivos (de los cuales 4 no se admiten y 2 son desestimados) por infracción del artículo 1.252-2.º del CC, alegándose que la sentencia recurrida infringe el principio básico de cosa juzgada, el Supremo lo admite en base a la siguiente

Doctrina.—Siendo firme la Sentencia dictada en los autos 95/85, el día 2 de marzo de 1988, su nulidad únicamente podría ser declarada en un recurso de revisión, por imperativo del principio de cosa juzgada.

Además, no es pertinente declarar la nulidad de la sentencia en un procedimiento sobre audiencia en rebeldía, sino que lo procedente hubiera sido, al estimarse la pretensión al respecto de SS, la rescisión de la sentencia, en cuanto afecta a dicha parte, para un nuevo fallo (art. 773 LEC)

ARBITRAJE.—EFECTOS DE LA CLAUSULA COMPROMISORIA. (Nota: En esta Sentencia es de aplicación la derogada Ley de Arbitrajes de Derecho Privado de 22 de diciembre de 1953) (SENTENCIA DE 31 DE ENERO DE 1994.)

Ponente: Excmo. señor don Rafael Casares Córdoba.

Hechos.—La Compañía SITRE, S. A. formuló demanda en juicio declarativo ordinario de menor cuantía ante el Juzgado de 1.ª Instancia número 19 de Madrid, contra la entidad «Telenorma Española, S. A.» sobre reclamación de cantidad, en base a un contrato suscrito entre ambas sociedades el 2 de febrero de 1979.

«Telenorma Española, S. A.» alegó excepción dilatoria por falta de jurisdicción o de competencia objetiva y funcional, ya que en el citado contrato de 2 de febrero de 1979, ambas partes se obligaban a someter a decisión arbitral de la Cámara de Comercio Internacional «las diferencias que pudieran surgir entre la interpretación y ejecución del presente contrato».

El Juzgado de 1.ª Instancia número 19 de Madrid estimó dicha excepción de falta de jurisdicción objetiva y declaró la competencia de la Cámara de Comercio Internacional.

Sin embargo, la Audiencia de Madrid, en apelación, desestima la excepción de incompetencia de jurisdicción y condena a la demandada a satisfacer a la actora una determinada cantidad de dinero; todo lo cual es confirmado por el Supremo, en casación, en base a la siguiente

Doctrina.—La exclusión del conocimiento de la controversia por los jueces y tribunales, *ex* artículo 19 de la Ley de 22 de diciembre de 1953, abarca sólo al otorgamiento del compromiso, como dice el texto de la norma, pero no es efecto del contrato preliminar (cláusula compromisoria), como ocurre en este caso.

La Ley de 1953 ha configurado la cláusula compromisoria como un pacto de obligarse a instituir el arbitraje, realizando los actos necesarios para ello, esto es, para formalizar el compromiso, pero no creador de forma directa e inmediata del arbitraje.

En definitiva, es el compromiso formalizado y no la cláusula compromisoria o contrato preliminar lo que funda la competencia del árbitro y correlativa incompetencia de la jurisdicción ordinaria en los puntos sometidos al arbitraje. STS de 26 de septiembre de 1964, 20 de noviembre de 1968, 16 de noviembre de 1982, 31 de diciembre de 1969 y 28 de junio de 1990.

ORDEN JURISDICCIONAL COMPETENTE.—OMISION DE AUDIENCIA A LAS PARTES Y AL MINISTERIO FISCAL. ARTICULO 9.6.º LOPI. (SENTENCIA DE 1 DE FEBRERO DE 1994.)

Ponente: Excmo. señor don Teófilo Ortega Torres.

Hechos.—La Sociedad de Recreo denominada «Círculo de la Concordia»

donó a Auxilio Social, mediante escritura pública de fecha 3 de abril de 1941, una finca urbana sita en Cáceres, haciendo constar que el inmueble debía «ser destinado precisamente a la instalación de servicios benéfico-sociales».

La Asociación «Círculo de la Concordia» interpuso demanda contra la Junta de Extremadura, a la que se había transferido dicha finca, solicitando básicamente «que se declare revocada la donación por incumplimiento de cargas».

La Junta de Extremadura contestó a la demanda sin oponer la excepción 1.ª del artículo 533 de la LEC y reconociendo expresamente la competencia del Juzgado de 1.ª Instancia.

Sin embargo, esta demandada, en su escrito sobre resumen de pruebas (art. 701 de la citada Ley), manifestó que concurría la excepción de «incompetencia de jurisdicción», por entender que la donación tenía naturaleza administrativa.

Sin trámite posterior se dictó sentencia por el Juzgado declarando que la cuestión planteada era apreciable de oficio, y resolviendo que debía «abstenerse de conocer esta jurisdicción civil».

La sentencia fue confirmada por la Audiencia Provincial y recurrida por el «Círculo de la Concordia» en casación ante el Supremo, quien estima el recurso en base a la siguiente

Doctrina.—El Juzgador de Instancia procedió de oficio a estimar la excepción de falta de jurisdicción, lo cual es correcto, pero no se cumplió lo prevenido en el número 6.º del artículo 9 de la LOPJ ya que, ni por dicho juzgador ni por la Audiencia Provincial se tuvo en cuenta la necesidad de audiencia al Ministerio Fiscal y la de indicar en sus fallos el orden jurisdiccional estimado competente.

Siendo esto así, han de reponerse las actuaciones al estado y momento en que se incurrió en la falta (art. 1.715 LEC), dado que se trata de un defecto esencial que privó al órgano jurisdiccional de conocer las eventuales alegaciones de una de las partes sobre una cuestión determinante de la resolución, con la consiguiente indefensión para el actor y, por otro lado, impidió que el Ministerio Fiscal cumpliera su misión en defensa de la legalidad y del interés público manteniendo la integridad de la jurisdicción y competencia de los Jueces y Tribunales, por todo lo cual se trata de un defecto insubsanable.

DESESTIMACION DE RECURSO DE CASACION POR CUANTIA INSUFICIENTE.—LAS CAUSAS DE INADMISION SE CONVIERTEN EN CAUSAS DE DESESTIMACION. (SENTENCIA DE 14 DE FEBRERO DE 1994.)

Ponente: Excmo. señor don Rafael Casares Córdoba.

Hechos.—Dos de los demandados condenados junto con otros dos a que paguen solidariamente al actor la cantidad de 1.424.376 pesetas, con los intereses que señala el artículo 921 de la LEC, formulan recurso de casación ante el TS, quien no lo admite en base a las siguientes consideraciones.

Doctrina.—Al ser la cantidad máxima que los ahora recurrentes estarían obligados a pagar 1.424.376 pesetas, es evidente que ésta no alcanza el límite mínimo de 3.000.000 de pesetas que exige el artículo 1.687 LEC.

Por tanto, si esta causa era de inadmisión del recurso de casación, en su momento, se transforma ahora en causa de desestimación del mismo, ya que las normas reguladoras del proceso son de orden público y examinables de oficio. STS de 29 de febrero de 1992 y 4 de febrero de 1994.

DESESTIMACION DE RECURSO DE CASACION.—NO SON RECURRIBLES EN CASACION LAS RESOLUCIONES DICTADAS EN INCIDENTES DE OPOSICION A LA DECLARACION DE QUIEBRA. LAS CAUSAS DE INADMISION DEL RECURSO DE CASACION SE CONVIERTEN EN CAUSAS DE DESESTIMACION (SENTENCIA DE 17 DE FEBRERO DE 1994.)

Ponente: Excmo. señor don Jesús Marina Martínez-Pardo.

Hechos.—Por auto dictado por el Juzgado de 1.^a Instancia número 3 de Getafe el 8 de marzo de 1989 se declaró en estado de quiebra a la entidad «C.H.C., S. A.», a instancia de «V. T., S. A.».

Interpuesta demanda incidental de oposición por «C. H. C., S. A.», el citado Juzgado de Getafe declaró haber lugar a la reposición del auto de declaración de quiebra, dejando sin efecto tal declaración con todas sus consecuencias legales.

Contra esta última resolución se apeló ante la Audiencia y, al desestimarse el recurso por ésta, se formula recurso de casación ante el TS, quien también lo desestima en base a la siguiente

Doctrina.—Las resoluciones dictadas en incidentes de oposición a la declaración de quiebra no son susceptibles de recurso de casación, ya que:

— No se hallan incluidas en ninguno de los supuestos del artículo 1.687 LEC.

— No existe ninguna norma legal que expresamente admite la casación, pues sólo prevé la ley la apelación en un solo efecto, artículo 1.330 LEC y 1.031 CCo de 1829.

— Ni la sentencia que mantiene el auto que denegó la declaración de quiebra tiene el carácter de resolución definitiva, pues, por ejemplo, no priva a los acreedores de una nueva petición si se dieran los supuestos legales.

Por tanto, si esta causa era de inadmisión del recurso de casación, en su momento, se transforma ahora en causa de desestimación del mismo, ya que las normas reguladoras del proceso son de orden público y examinables de oficio. STS de 29 de febrero de 1992 y 4 de febrero de 1994.

NULIDAD DE JUICIO EJECUTIVO.—POSIBLE SUBSANACION DE DEFECTOS EN LAS COMUNICACIONES JUDICIALES CUANDO EL AFECTADO SE DA SOBRADAMENTE POR ENTERADO EN EL JUICIO. (SENTENCIA DE 3 DE MARZO DE 1994.)

Ponente: Excmo. señor don Jaime Santos Briz.

Hechos.—El presente recurso de casación dimana de autos de juicio declarativo de menor cuantía sobre nulidad del proceso ejecutivo número 263/87, promovido por el Banco Exterior de España contra los ahora actores, en el que éstos pidieron la reposición de las actuaciones al momento de la designación de peritos, cuyo nombramiento y posibilidad de nombrar a otro debería haber sido notificado a los antes demandados y ahora actores.

En el recurso interpuesto por los demandantes ante el Supremo en casación se formulan tres motivos, los dos primeros al amparo del número 3 del artículo 1.692 LECiv., acusando respectivamente la infracción por omisión del artículo 1.848, párrafo primero, de la citada ley procesal, pues se dice que no se concedió al ejecutado oportunidad de designar perito, y la infracción también por omisión del trámite exigido en el artículo 1.489, 2.º en relación

con las disposiciones contenidas en los artículos 1.493 y 1.494 derivadas del anterior, todos ellos de la LECiv.

Doctrina.—El recurso de casación, al ampararse en el número 3.º del artículo 1.692 LECiv., se está refiriendo a la parte de este precepto relativa al quebrantamiento de las formas esenciales del juicio que rigen los actos y las garantías procesales, «siempre que se haya producido indefensión para la parte». Pero esta indefensión no se ha producido en el presente caso, toda vez que aunque se mantuvo en rebeldía, el recurrente estuvo en todo momento al tanto del curso del ejecutivo y de su apremio posterior. El ahora recurrente pudo, por consiguiente, defenderse en cualquier trámite anterior, y posterior, y así lo hizo a partir de la notificación que conoció para la celebración de las subastas, y sobre todo al instar, sin duda con base en el artículo 1.479 de la ley procesal civil, el juicio de menor cuantía origen de este recurso de casación.

Por otro lado, los posibles defectos de las comunicaciones judiciales que se le hicieron al recurrente actual, puede considerarse que quedaron subsanados en virtud de la norma contenida en el artículo 279, párrafo 2, de la LECiv., puesto que el ahora recurrente se dio sobradamente por enterado en el juicio, manteniendo una acomodaticia situación de rebeldía que entendió le era más favorable. Y según la Doctrina del Supremo no siempre la deficiencia formal de las diligencias judiciales conduce a la inexistencia real del acto a que la diligencia se contrae, puesto que el acto judicial se considera válido y surtirá todos sus efectos desde el momento en que la parte litigante, interesada en la diligencia, se da por enterada de que su contenido ha tenido realidad.

AUDIENCIA AL REBELDE. (SENTENCIA DE 4 DE MARZO DE 1994.)

Ponente. Excmo. señor don Eduardo Fernández-Cid de Temes.

Hechos —Se presenta una demanda promoviendo incidente de solicitud de audiencia al rebelde ante la Audiencia Provincial, en relación con determinado juicio declarativo de menor cuantía, en el que los demandados, emplazados por edictos, no comparecieron, siendo declarados en rebeldía y dándose por contestada la demanda.

La Audiencia desestima la demanda porque considera no acreditado que el ahora actor hubiera estado constantemente fuera del pueblo en que se ha seguido el juicio (Trujillo), desde que fue emplazado para él hasta la publicación de la sentencia, y que, por el contrario, «consta en autos una certificación del Director-Gerente del Hostal "La Emilia", sito en la localidad de Trujillo, donde se recoge que el actor ha pernoctado, comido o cenado en varias fechas comprendidas dentro de ese período», por lo que estima falta el segundo requisito del artículo 777 LEC.

Hay que tener en cuenta, además, que el actor presentó una certificación de empadronamiento en el Ayuntamiento de Badajoz.

Planteado recurso de casación ante el TS es ESTIMADO dando lugar a la solicitud de audiencia del rebelde en base a la siguiente

Doctrina.—El Tribunal Constitucional tiene establecido que el derecho a la defensa y a la bilateralidad que, como fundamental, consagra el artículo 24 de la Constitución, contiene un mandato dirigido al legislador y al intérprete, en el sentido de promover la contradicción, supliendo, mediante una interpretación posible y favorable al ejercicio de la acción impugnativa, el imperfecto y

muchas veces erróneo, cumplimiento de los requisitos formales impuestos por la LEC, asegurando así la primacía del mencionado derecho fundamental (SS del TC de 20 de junio de 1986 y 10 de diciembre de 1986).

Por su parte el TS en Sentencia de 10 de diciembre de 1990, refiriéndose a la circunstancia segunda del artículo 777 de la LEC, establece que «lo que tal precepto considera no es la estancia esporádica temporal del ausente en el pueblo en que se ha seguido el juicio, sino que hubiere estado en él durante el período de tiempo comprendido desde que fue emplazado hasta la publicación de la sentencia...» y «... bajo otro aspecto, porque esa estancia temporal esporádica tampoco pone de manifiesto que lo estuviera precisamente al tiempo de publicarse los edictos de emplazamiento, a que se alude en la circunstancia tercera del precitado artículo 777».

Aplicando la anterior doctrina al caso que nos ocupa, resulta que, si la interpretación ha de ser favorable al principio de defensa y bilateralidad y el estar constantemente fuera del pueblo en que se ha seguido el juicio desde el emplazamiento por edictos hasta la publicación de la sentencia, se compagina jurídicamente con la estancia esporádica temporal en el pueblo, han de apreciarse tanto el motivo que denuncia error en la apreciación de la prueba, al no darle el valor que le corresponde a la certificación de empadronamiento y supervalorar la certificación del Director-Gerente del Hostal (estancia esporádica), como el que denuncia interpretación errónea de los dos últimos requisitos del artículo 777 de la LEC.

PRESCRIPCION ANUAL DE LA ACCION EX ARTICULO 1.902 CC.—INTERPRETACION RESTRICTIVA. (SENTENCIA DE 15 DE MARZO DE 1994.)

Ponente. Excmo. señor don Rafael Casares Córdoba.

Hechos.—El supuesto de hecho de la presente sentencia es un accidente de vehículo de motor en el que la parte ahora recurrente no admite la interrupción de la prescripción de la acción para exigir la responsabilidad (art. 1.902 CC) por reclamación extrajudicial de la deuda según establece el artículo 1.973 del Código Civil.

El Tribunal Supremo desestima el recurso en base a la siguiente

Doctrina.—El tema de la interrupción de la prescripción es esencialmente de hecho y, por tanto, de la exclusiva observancia de la Sala de Instancia, sin que pueda combatirse con éxito en casación.

Si la Sala sentenciadora entiende que la gestión extrajudicial se produjo temporánea y adecuadamente, sin que se demuestre que era errónea, está bien aplicado el artículo 1.973 del Código Civil, y no procede aplicar el número 2 del artículo 1.968 del mismo, relativo a la prescripción anual, porque la apreciación de la ruptura del tracto de la prescripción es de la soberanía de la Sala de Instancia (Sentencia de 27 de junio de 1969), sin que, en materia de accidentes de vehículos de motor, deba perjudicar a la víctima una aplicación técnicamente desmedida del Derecho con un criterio rigorista de la prescripción que, como instituto no fundado en la estricta justicia, debe merecer un tratamiento restrictivo. (Sentencia de 17 de diciembre de 1979.)

INFORMACION BIBLIOGRAFICA

SELVA SÁNCHEZ, LUIS MANUEL: *Sociedades Anónimas Deportivas*, Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1992, un tomo de 252 págs.

Dijo MURRAY BUTLER que la Sociedad Anónima fue el más grande invento de los tiempos modernos, superior al vapor o la electricidad. Conforme cambiaban las circunstancias económicas, sociales y políticas, este tipo societario ha ido adaptándose para servir a los intereses y aspiraciones de la sociedad (esa que formamos todos), el legislador, los promotores o fundadores, los socios y los terceros contratantes. Ello se manifiesta en la evolución que ha experimentado la figura, desde el Banco de San Giorgio en Génova o las Compañías de las Indias, hasta la Sociedad Anónima impuesta *ex lege* como forma social necesaria para explotar ciertas actividades económicas especiales. Así ocurre en sectores como la Banca, seguros, mercado de valores, deporte profesional, donde la «libertad de empresa en el marco de la economía de mercado» (art. 38 de la Constitución Española) debe someterse a la tutela y control del Estado por exigencia del «interés general» (art. 128). El libro que reseñamos analiza una de estas Sociedades Anónimas impuestas, necesarias u obligatorias, protagonista del denominado Derecho Deportivo: la Sociedad Anónima Deportiva.

El origen de la Sociedad Anónima Deportiva está en doce Resoluciones de la DGRN de diciembre de 1984, que rechazaron la inscribibilidad de escrituras de constitución de Sociedades Anónimas con denominación idéntica a la de los respectivos clubes de fútbol. Posteriormente, la elección por el legislador del ropaje de Sociedad Anónima pudo deberse a la seguridad de su régimen jurídico, a la entidad de los capitales necesarios o a la necesidad de permitir la participación de millones de aficionados. La Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte, acató la «norma de acción» (expresión importada de la doctrina italiana por GARRIDO FALLA) del artículo 43 de la Constitución e instauró un nuevo modelo de asociacionismo deportivo, que luego se desarrolló por el Real Decreto 1089/1991, de 5 de julio, sobre Sociedades Anónimas Deportivas. Esta regulación se incardina en un escenario multidisciplinar, con un importante elemento público y, no hay duda, ofrecerá problemas en su exégesis y aplicación al caso concreto. De ahí la necesidad de juristas especializados y de bibliografía sobre el tema —todavía escasa—. Todo ello hace más satisfactorio dar noticia del libro *Sociedades Anónimas Deportivas*, comenzando por unas breves palabras del autor y su obra.

El autor, ciertamente, no necesita presentación. Desde el Registro de la Propiedad de Estepa, LUIS MANUEL SELVA SÁNCHEZ aúna el ejercicio de su función con inquietudes de estudio y de divulgación. Colaborador de esta revista, del *Boletín* del Colegio; autor, junto con FÉLIX RODRÍGUEZ LÓPEZ, de la socorrida «Jurisprudencia Registral Resumida, 1986-1990», que publicó en

1991 el Centro de Estudios Registrales; conferenciante en cursos, congresos y seminarios y con alguna de estas intervenciones recogidas en edición de la Academia Sevillana del Notariado.

Como todo su trabajo, el libro que ahora presentamos es una obra concienzuda, precisa, exhaustiva; fruto y condensación de un riguroso estudio sobre esta nueva figura deportiva, desde el nacimiento de la misma. Se analiza la Sociedad Anónima Deportiva partiendo de la legislación vigente, ofreciendo una visión clara y completa para su interpretación y aplicación, dentro del ámbito mercantil, y subrayando las particularidades —«especificidades» dice la Exposición de Motivos de la Ley— frente al régimen general de las Sociedades Anónimas. El análisis de las disposiciones legales permite una certeza crítica de la adopción de la forma de Sociedad Anónima, del Derecho Transitorio y de determinados problemas de aplicación de las normas.

En cuanto a la estructura y contenido de este libro, avanzaremos que consta de una introducción, seguida de 12 capítulos (140 págs.) sobre el modelo adoptado; ámbito de aplicación y Derecho Transitorio; supuestos de transformación, adscripción, excepción a la transformación obligatoria con mantenimiento de la estructura asociativa y constitución *ex novo*; contenido de la escritura y de los estatutos sociales, desarrollándose cada una de sus menciones; otras normas destacables. El apéndice legislativo recoge la Ley 10/1990 y el Real Decreto 1084/1991.

En la INTRODUCCION, SELVA SÁNCHEZ realiza un repaso de la nueva regulación, motivada por el endeudamiento de los clubes deportivos, que alcanza una verdadera repercusión pública, dado el impago de impuestos y los planes de saneamiento económico financiados con el Presupuesto del Estado. La Ley del Deporte establece el marco jurídico-administrativo del deporte, competitivo o no, profesional o no, en el Estado, con respeto a las competencias de las Comunidades Autónomas, bajo el pretexto de su promoción. Dedicamos los artículos 19 a 29 de la regulación de las Sociedades Anónimas Deportivas y llega a la «filigrana jurídica» de reconocer potestades públicas a entidades de naturaleza privada, como son las federaciones deportivas. El Real Decreto pretende ser una norma completa y, excediendo ampliamente el mandato legislativo, invade esferas propias de la Ley.

CAPITULO I. CONSIDERACIONES SOBRE EL MODELO ADOPTADO. Ante la situación de insolvencia generalizada de los clubes deportivos, la imposición de la Sociedad Anónima no es el remedio más adecuado y se critica por cuanto:

- Perturba la distinción entre asociación y sociedad.
- Se hace en función, no de los criterios de los artículos 1.165 CC y 116 CCo, sino de determinados resultados económicos, como sanción.
- Deroga o modifica algunos de los principios rectores o informadores de esta forma social.

En idéntico sentido se pronunciaba tras la publicación de la Ley del Deporte M.^a CONSUELO RIBERA PONT, en un estudio publicado en esta revista en el número 605 (págs. 1761 a 1791).

CAPITULO II. AMBITO DE APLICACION Y DERECHO TRANSITORIO. Se impone la forma de Sociedad Anónima Deportiva a los clubes o sus equipos profesionales que participen en competiciones deportivas oficiales de carácter profesional y ámbito estatal. Las normas transitorias contemplan tres regímenes de transformación obligatoria, adscripción y creación *ex novo*.

CAPITULO III. LA TRANSFORMACION, NATURALEZA Y REGIMEN. Se

analiza la naturaleza de este procedimiento, que para LUIS M.^a CAZORLA PRIETO es una transformación *strictu sensu* y para RAMÓN ROIG SERRANO, un procedimiento mixto de transformación y fundación sucesiva. LUIS MANUEL SELVA SÁNCHEZ lo define como un procedimiento especial de transformación con una incrustación de suscripción pública de capital (fundación sucesiva), que una vez suscrito el capital se conforma como fundación simultánea por imperativo legal. En realidad supone un proceso mucho más profundo que el de transformación, un cambio de esencia de la entidad. El órgano competente para adoptar el acuerdo es la Asamblea General del club y el plazo finalizó el 30 de septiembre de 1991. Sin embargo, las Disposiciones Transitorias del Real Decreto no son tan temporales y seguirán siendo aplicables como verdaderos preceptos sustantivos mientras exista algún club en divisiones inferiores que pueda ascender. La suscripción del capital obliga a los socios a tolerar una modificación sustancial en la causa de su asociación al club o a una expropiación de derechos sin indemnización.

CAPITULO IV. ESPECIALIDADES DEL PROCEDIMIENTO DE ADSCRIPCION. No es sino la normal constitución de una sociedad, precedida del cumplimiento de una serie de requisitos, para aquellos clubes que mantengan una pluralidad de equipos, profesionales y no profesionales, respecto de cada uno de los profesionales, cuyos recursos humanos deberán ser adscritos y aportados a una Sociedad Anónima Deportiva de nueva creación.

CAPITULO V. EXCEPCION A LA TRANSFORMACION OBLIGATORIA. MANTENIMIENTO DE LA ESTRUCTURA ASOCIATIVA. Este régimen, que podría haberse aplicado a todos los clubes sin distorsionar gravemente el sistema societario español, impone ciertas exigencias para evitar endeudamientos futuros y garantizar la responsabilidad de los directivos, con lo que se penaliza en cierto modo el mantenimiento de la estructura jurídica del club.

CAPITULO VI. CONSTITUCION DE LA SOCIEDAD EX NOVO. LA FUNDACION. Esta posibilidad aparece expresamente contemplada en el Real Decreto regulador.

CAPITULO VII. NORMAS GENERALES Y ESPECIALES. ESCRITURA E INSCRIPCIONES REGISTRALES. Las especialidades de las sociedades anónimas deportivas son difícilmente asimilables en el régimen general. La constitución exige, como requisito añadido, la inscripción en el Registro administrativo; ello exige una calificación que puede ser distinta y contradictoria con la del Registrador Mercantil y ocasionar sucesivas escrituras de rectificación que encarezcan el procedimiento.

CAPITULO VIII. CONTENIDO DE LA ESCRITURA. En los procedimientos de transformación o adscripción, la identidad de los otorgantes corresponde *ex lege* a las Juntas Directivas y la voluntad de constituir una Sociedad Anónima se halla implícita en el otorgamiento de la escritura. La suscripción del capital mínimo no admite otra forma de aportación que la dineraria. La identidad de los administradores iniciales será, casi siempre, la de los miembros de las Juntas Directivas.

CAPITULOS IX AL XII. ESTATUTOS SOCIALES. La DENOMINACION SOCIAL incluirá la expresión extendida Sociedad Anónima Deportiva o la abreviatura S.A.D. La reserva de denominación habrá de hacerla el propio club y expedirse la certificación a su favor. Se permite mantener las siglas, denominaciones actuales o idénticas existentes.

El OBJETO SOCIAL es un objeto especial, no propiamente mercantil y múltiple. Junto a una finalidad primaria, la participación en competiciones

deportivas de carácter profesional, se contemplan otros fines secundarios: la promoción y el desarrollo de las actividades deportivas, actividades relacionadas o derivadas de dicha práctica. Parece que es lícita y posible la participación en otras Sociedades.

El CAPITAL SOCIAL se rige por los principios de *total desembolso y pecuniariedad necesaria en la aportación*, respecto del capital mínimo que fije la Comisión Mixta; y por los de *nominatividad e igualdad*, predicables de todo el capital.

Se regula la composición del accionariado con la finalidad de evitar el acceso a determinados sujetos (prevención contra los extranjeros que parece encontrar su apoyo, según ALVARO REQUEJO PASCUA, en razones de orden público y de seguridad jurídica). Se impide la concentración de acciones de Sociedades Anónimas Deportivas que participen en la misma competición en manos de un mismo titular (defensa de la «libre competencia» en el ámbito deportivo).

LAS ACCIONES se rigen por los principios de igualdad de acceso al capital social, dado el valor nominal máximo de 10.000 pesetas; igualdad de derechos, impidiéndose la existencia de clases; limitación de la titularidad simultánea en varias sociedades; comunicación de las transmisiones o gravámenes; prohibición de limitaciones estatutarias a la libre transmisibilidad de las acciones.

EL REGIMEN DEL ORGANO DE ADMINISTRACION es una de las materias más afectadas y, de hecho, la más desarrollada por el Real Decreto:

— Se impone una sola estructura de órgano de administración, el Consejo, que puede nombrar en su seno una Comisión Ejecutiva o delegar sus facultades en Consejeros Delegados.

— El artículo 12 del Real Decreto añade prohibiciones especiales a las del artículo 124 LSA.

— Se agrava severamente el régimen de responsabilidad con la obligación de prestar fianza, la extensión de la responsabilidad al incumplimiento de los acuerdos económicos con las Ligas Profesionales y la legitimación concedida a la Liga Profesional y a la Federación correspondiente para ejercitar la acción de responsabilidad.

— Se limitan las facultades del órgano de administración con la exigencia de autorizaciones y licencias.

Por lo que respecta a la JUNTA GENERAL, la dispersión y fragmentación del accionariado hará muy difícil la existencia de Juntas Universales, sobre todo en los primeros tiempos de funcionamiento de Sociedades Anónimas Deportivas. Además de la Junta Ordinaria del artículo 95 LSA, el artículo 21.3 RD exige una Junta para aprobar anualmente el presupuesto. Determinados actos o negocios de disposición sobre inmuebles o en materia de plantilla requieren el acuerdo de la mayoría del capital social y, dada la omisión legal de *quorums* especiales de asistencia, deberán exigirse mayorías cualificadas por previsión estatutaria.

CAPITULO XIII. OTRAS NORMAS DESTACABLES La modificación de Estatutos debe ser comunicada por los Administradores a la Liga Profesional, aunque éste no sea requisito necesario para la inscripción en el Registro Mercantil. Se concede legitimación especial a la Liga Profesional para la impugnación de acuerdos sociales. Se regula el régimen jurídico de las cuentas, la formulación de presupuestos anuales, la doble auditoría, la reserva legal —variable y semillero de problemas— y el régimen especial de los préstamos de accionistas y administradores.

También cabe destacar la obligación de notificar la enajenación a título oneroso de instalaciones deportivas al Consejo Superior de Deportes, a efectos de los derechos de tanteo y retracto por el Ayuntamiento y la Comunidad Autónoma respectiva, si bien no se impone a Notarios y Registradores exigir que se acredite tal requisito, por lo que parece un supuesto de retracto legal y, en consecuencia, producirá efectos frente a terceros pese a su no inscripción, *ex* artículo 37, 3.º LH.

Terminamos con las palabras de MANUEL OLIVENCIA, que pertenecen al prólogo del libro, y a cuya lectura remitimos para una certera idea del mismo. «LUIS SELVA..., sin renunciar a la crítica del nuevo Derecho, ha querido contribuir a su más correcta interpretación y aplicación, con un estudio minucioso y profundo, como paciente y honda es su capacidad de trabajo».

ELENA MÚGICA ALCORTA

VARIOS AUTORES. *Jornadas sobre Nacionalidad y Extranjería*, Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad, Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1994.

La publicación reúne en un volumen las seis intervenciones realizadas en dichas jornadas, a excepción de una más a cargo de J. ANTONIO MIQUEL CALATAYUD, que prepara una de sus publicaciones sobre este tema, que tanto domina y quiere. El resto de ellas corren de cuenta de AURELIA ALVAREZ RODRÍGUEZ, JOSÉ MANUEL PAZ ALGÜERAS, JUAN JOSÉ PRETEL SERRANO, JESÚS DíEZ DEL CORRAL Y RIVAS, ANDRÉS MARTÍNEZ ARRIETA y JUAN JOSÉ GONZÁLEZ RIVAS. Todos ellos expertos en la materia en la que abordan unos temas importantes, pues en ellos de una parte la nacionalidad se contempla con el rigor europeo, mientras que la extranjería cuenta con excesivo rigor en el resto del mundo.

Creo que participé hace ya tiempo en un ciclo sobre un tema parecido y que, precisamente, organizó en Barcelona J. A. MIQUEL CALATAYUD, pero no recuerdo lo que entonces dije, ya que esa conferencia —como otras muchas, quizá la mayoría— no suelo publicarlas y las guardo tan bien que luego me vuelvo loco buscándolas, pero sí recuerdo que el tema estaba relacionado con la figura del extranjero, su «trato» en la Constitución española y su proyección en la Comunidad Europea. Digo esto porque sí recuerdo que conté una historia que puede muy bien encabezar esta recensión.

En un pueblecito de la provincia de Almería, llamado MOJACAR, en una especie de patio donde hay unos lavaderos municipales (donde las mujeres lavaban hasta hace poco con el agua hasta las rodillas) hay una placa que reproduce el diálogo que mantiene el Alcaide musulmán con el representante de los Reyes Católicos, GARCILASO DE LA VEGA, cuando rinden Granada y cristianizan la zona. GARCILASO DE LA VEGA (nada tiene que ver con el escritor, ya que era Capitán y se distinguió mucho en su actuación en la VEGA de Granada, de ahí el nombre) en la representación que ostenta, conmina a la rendición de la plaza al Alcaide ALÁBEZ y éste le responde (no sé si A LA VEZ):

«Cristiano, di a tus Reyes que no tomen a insulto nuestro modo de proceder. Yo soy tan español como tú.

Cuando llevamos los de mi raza más de setecientos años de vivir en España nos decís: “Sois extranjeros, volved al mar”. En Africa nos aguarda una costa inhospitalaria, que de fijo nos dirá cómo vosotros y, por cierto, con más razón

que vosotros: "Sois extranjeros, cruzad el mar por donde vinisteis y regresad a vuestra patria".

Henos aquí entre dos costas que nos niegan el pan, la vecindad y el abrigo. ¿Es esto humano? Yo no hice nunca armas contra los cristianos. Alá es testigo. Creo, pues, que es justo que se nos trate como hermanos, no como enemigos y se nos permita seguir laborando nuestras tierras, las de nuestros padres y abuelos.

Si, como pregona la fama —Doña Isabel y Don Fernando— unen la bondad de su corazón a sus grandes virtudes, confío en ALA que sabrán atender nuestra demanda. Nosotros, en cambio, prometemos fidelidad a los Reyes Cristianos. En caso contrario mis gentes harán lo que deben. Yo, antes de entregarme como un cobarde, sabré morir como un ESPAÑOL. ¡Que ALA te guarde!

Parece ser que este tremendo alegato provocó en los Reyes Católicos una especie de «permiso de residencia» para este valiente y decidido Alcaide, que se anticipó a la legislación española en su generosa forma de entender «la adaptación a la vida española».

La verdad es que en este punto yo no puedo romper lanzas, pues no las tengo, pero sí quiero puntualizar que a mí lo que me hace sentirme extranjero es el idioma, no dominar el idioma. En LONDRES yo ya no me siento extranjero, sino «semoviente»: me muevo por señas. Algo de culpa tienen también los ingleses que, además de ser extranjeros, son ingleses. Entiendo que las lenguas vernáculos deben «potenciarse» pero pienso que no podrían llegar donde llegaron un ELCANO, SAN IGNACIO o UNAMUNO...

El primer trabajo corre a cargo de AURELIA ALVAREZ RODRÍGUEZ, Profesora Titular de Derecho Internacional Privado de la Universidad de León. Los temas que trata son fundamentales y responden a estas dos preguntas: ¿Por qué soy español? ¿Por qué dejo de serlo? Los dos núcleos centrales de su aportación son precisamente la contestación a esas dos preguntas: pérdida de la nacionalidad española y posibilidades de recuperarla. Todo ello va precedido de un capítulo destinado al examen de la legislación española y a las internacionales de origen convencional bien generen convenios multilaterales o bilaterales. En las normas internas examina el artículo 11 de la Constitución y la Ley 18/1990 de 17 de diciembre. Hace un alarde de Resoluciones de la Dirección General.

Inmediatamente le sigue JOSÉ MANUEL PAZ ALGÜERAS, que enfoca la temática de la tipología y procedimiento de obtención de los visados y permisos de residencia en España. El tema es importante ante nuestra legislación, que otorga criterios diferentes según estemos ante residentes y no residentes. Examina el problema que resuelve el servicio exterior ante la crisis de inmigración en Europa, las clases de visados, la cooperación europea en este sentido y la tendencia política a reprimir la inmigración ilegal. No hemos citado la condición del conferenciante: Ministro Plenipotenciario.

JUAN JOSÉ PRETEL SERRANO luce en sus títulos los de Registrador de la Propiedad, Notario excedente y Letrado de la Dirección General de los Registros y del Notariado y tuvo a su cargo la Subdirección de Nacionalidad y Estado Civil. Es lógico que este gran jurista con esos títulos nos pueda explicar con toda claridad cómo se adquiere la nacionalidad español en la Ley 18/1990 de 17 de diciembre.

JESÚS DÍEZ DEL CORRAL, Registrador de la Propiedad, Notario excedente y Letrado de la Dirección General de los Registros y del Notariado, ofrece un tema importante: las consecuencias de la posesión de la nacionalidad española

y fundamentalmente el examen del artículo 18 del Código Civil. Quiero apuntar que a los títulos que le hemos puesto a Jesús debe unirse el de ser Vocal Permanente de la Comisión General de Codificación y allí hay que oírle, pues su fina sensibilidad jurídica hace notar la serie de «contradicciones» que las sucesivas reformas del Código Civil han producido y que ahora se tratan, gracias a su labor, de remediar. La problemática que plantea en el trabajo es digna de estudio reposado, pues la posesión y utilización de la nacionalidad española y basada en un título inscrito en el Registro Civil es causa de consolidación de la nacionalidad, aunque se anule el título: ¿Estamos ante un fenómeno semejante a la fe pública?

ANDRÉS MARTÍNEZ ARRIETA, Magistrado del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo, nos lleva al campo penal y dentro del mismo se examina la Constitución española (especialmente el art. 13), el derecho de asilo, las diversas situaciones de los extranjeros y de los ciudadanos europeos y tres puntos concretos de suma transcendencia: la prohibición de entrada, la prohibición de salida y el derecho de expulsión.

JUAN JOSÉ GONZÁLEZ RIVAS, Doctor en Derecho, Magistrado del Gabinete Técnico de Información y Documentación del Tribunal Supremo y Letrado del Tribunal Constitucional. No podía faltar a esta cita el Derecho Administrativo y, dentro del mismo, la jurisdicción contencioso-administrativa. Sucesivamente va examinando las referencias jurídicas dentro de la Constitución, la protección judicial de los derechos, las potestades de la Administración en la aplicación de la legislación de extranjería y la problemática de la interpretación de la jurisprudencia en materia de extranjeros y de libre circulación de personas.

El libro —en sus aportaciones— es de una gran utilidad, sobre todo para todos aquellos que tienen que manejar en sus actividades el «estado» de las personas y, concretamente, su nacionalidad, con todo lo que eso lleva de capacidades y sistemas, hasta el campo de las prohibiciones y restricciones. Me congratulo con todo ello.

JOSE MARÍA CHICO Y ORTIZ

MADRID PARRA, A.: *Contratos y mercados de futuros y opciones*, Editorial TECNOS, 1994.

Verdaderamente hay que reconocer que existen dos ramas del Derecho que han ido creciendo portentosamente en estos últimos años, bien al amparo de unas legislaciones especiales, bien como consecuencia inmediata de haber entrado a formar parte de un mercado común europeo. El campo del derecho administrativo no es que haya adquirido su mayoría de edad, sino que está alcanzando etapas de plenitud que deben ser tenidas muy en cuenta, pues si bien la construcción dogmática de este Derecho se hizo en forma muy pensada, todavía requiere el auxilio del Derecho Civil. Lo mismo le ha sucedido al Derecho Mercantil —construido sistemáticamente antes que el Administrativo—, que ha ido cobrando una importancia grandísima en el campo del tráfico y, sobre todo, en la internacionalización del mismo. Uno y otro están llenos de sugerencias, figuras nuevas, normativas mixtas, etc.

El autor de esta monografía nos habla en la introducción —con gran conocimiento de causa— de la necesidad de una «remodelación» de nuestro orde-

namiento jurídico a impulso de los cambios socioeconómicos que se están produciendo. Y así en el campo de la legislación aparece una figura nueva: la negociación de contratos de futuros y opciones, con un Decreto regulador de 20 de diciembre de 1991. La denominación para mi mentalidad es algo alarmante, aunque afloren en ella la compraventa y la opción como viejas paredes maestras, pero más lo es cuando el autor me dice que se trata de una materia, en la que aparte las viejas y señeras instituciones juegan un papel importante, consiste en modernos y sofisticados sistemas de negociación electrónica donde el propio contrato queda «reducido» a una anotación en cuenta (impulso electrónico informatizado) y donde los propios contratos son el objeto de la negociación.

Nunca he considerado que mis niveles de entendimiento sean altos, pero cuando en este lenguaje nuevo de la contratación se involucra la informática mis niveles descienden de tal forma que adquiero, con una rapidez inusitada, un auténtico complejo de inferioridad. Dice el autor —y por supuesto que le creo, aunque no le entienda— que «Entre los productos derivados (instrumento financiero —contrato— cuyo valor depende del valor que a su vez tenga un activo) se van a estudiar los contratos de futuros y opciones, entendidos como instrumentos financieros que permiten una redistribución del riesgo proveniente de las oscilaciones (volatilidad) de los precios en los mercados, especialmente de determinados productos agrícolas o energéticos, de metales preciosos, de dinero (tipos de interés) o de valores tanto de renta fija como variable».

Nunca debí aceptar hacer la recensión de esta monografía, pues para ello se necesita un especialista, un hombre que domine la materia y no un jurista que se mueve con ciertas dificultades dentro de su parcela hipotecaria. Aunque confieso que de la lectura y recensión de todo ello algún conocimiento nuevo sacaré y cuando el posible tema se ponga encima de una mesa a la que yo esté sentado pondré cara de llevar buena jugada sin tener que «pasar» como en el mus, sin envidar.

El autor me sigue ilustrando y me dice que dichos contratos instrumentan operaciones a plazo. Pueden ser negociados en mercados organizados y mediante su negociación se puede llevar a cabo una triple función: cobertura, especulación y arbitraje.

— Con el contrato de futuros se formaliza una compraventa en la que se propone el cumplimiento de las obligaciones de las partes —entra de la cosa y pago del precio— a una determinada fecha futura.

— Con el contrato de opción se puede adquirir: una opción de compra (se trata de un derecho y no una obligación) y una opción de venta (derecho de vender el activo subyacente objeto de contrato al precio de ejercicio). El vendedor tiene la obligación de comprar si el comprador ejerce su derecho.

El prólogo de la obra —que para mí ha sido la garantía de que la monografía respondía a un estudio y a una exposición rigurosa— está escrito por mi querido amigo OLIVENCIA RUIZ y ya advierte en el mismo —y con ello minora mis temores— que «El estudioso no ha de cegarse a la luz de lo “nuevo”, sino que debe analizar con objetividad su inserción en lo “viejo”. Este libro —sigue diciendo— es un buen modelo de ese análisis, en el que, sobre la sólida base de las figuras tradicionales (la compraventa y la opción) se examinan las modernas modalidades de contratos de futuros y opciones, en el ámbito del mercado y en su instrumentación informática. Son, sin duda, estas dimensiones las dos características más relevantes del actual sistema: el mercado, como

negociación de activos y la anotación en cuenta, como soporte electrónico de esos activos».

Por supuesto que la obra consta de tres partes bien diferenciadas. En la primera se estudian los *contratos de futuros*, sometiéndose el autor a los clásicos esquemas que distinguen el origen, el concepto y la finalidad, las clases y el contenido, para terminar con el examen de los mercados. En la segunda se estudian los *contratos de opciones* y en ellos se emplean los mismos métodos expositivos señalados. La tercera parte se refiere a un análisis comparativo con otras figuras: contratos a plazo individualizado, «*Foward rate agreement*», contratos «*stand-by*», contrato de «*swap*» o permuta financiera, los *Warrants*, contrato de seguro y mercado de crédito.

Ocho conclusiones cierran la exposición a la que acompañan unas notas bibliográficas importantes que demuestran la seriedad metodológica del estudio. Se acompañan a la publicación como apéndices de la misma cinco aportaciones que contienen la normativa fundamental de estas operaciones y los Reglamentos de Renta fija y Renta Variable.

Comprendo que hace falta un gran valor para tirarse al ruedo en una corrida de toros como *espontáneo*, pues lo normal es que no quede uno bien y al llegar al callejón lo detenga la policía. Pero aceptar, como he aceptado, una recensión tan alejada de mis conocimientos exige un gran valor y yo sé que después de estos dos o tres pases imperfectos los «juristas de guardia» estarán dispuestos a mi detención por haber alcanzado lo que decía PETER: mi nivel de incompetencia.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

GARCÍA GARCÍA, J. M.: *El procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria*, Cívitas, Madrid, 1994

La monografía o el estudio monográfico que recensionamos es amplia, pues bordea las 400 páginas, llenas todas ellas de citas, doctrina y experiencia. Su publicación no puede ser más oportuna, pues ya la figura de la hipoteca y su ejecución es también tenida en cuenta en el mercado común que, me imagino, exige agilidad y seguridad en el recobro de capitales. De otra parte hasta hace muy poco todavía seguíamos citando a SUREDA en su estudio procesal de los procedimientos hipotecarios y a JAIME GUASP, que dedicó un especial estudio a la materia del procedimiento judicial sumario. Por ello, necesitábamos ponernos al día y, si bien, LÓPEZ LIZ analiza el procedimiento en su proyección práctica y procesal, la monografía de GARCÍA GARCÍA salva las distancias y tiene en cuenta todo lo publicado hasta la fecha. Será de cita obligada por todos aquellos que asumimos esas tareas de escribir sobre Derecho Hipotecario, con las que también se pasan buenos ratos.

La visión general que el estudio ofrece sigue la tónica a que nos tiene acostumbrados el autor: agotar materia. No sé si lo he dicho en alguna otra ocasión, pero José Manuel da la sensación de que cuando escribe lo hace como el pelotari que salta a la cancha para darlo todo o como aquel que teniendo en sus manos un tubo de pasta de dientes lo aprieta para que salga de una vez todo su contenido. Claro que para hacer eso es preciso primero dominar la materia, el estudio de la misma, y segundo y tercero tener una experiencia que le respalda.

El autor —y prescindiendo de elogios y presentaciones— estructura el tema del procedimiento en veinte capítulos, una especie de «culebrón» (permítaseme esta nota de humor, pues a mi memoria viene aquello que dijo FOXA de la Hipotecaria: peor que la lepra y las culebras). El hueco prudencial que se me concede en las recensiones no permite tantos apeaderos. Por eso, en mi mentalidad sistemática voy a agrupar temas a fin de comprender en los mismos todas aquellas que tiene conexión. Distingo a este respecto los siguientes puntos:

A) *Origen, naturaleza y constitucionalidad del procedimiento*

Entiendo que estos puntos que el autor desarrolla en profundidad tienen el suficiente enlace para su unificación. Están todos ellos concatenados y enlazados para situar la esencia y presencia del procedimiento.

Arrancando de la Ley Hipotecaria de 1909 nos lleva hasta la redacción vigente, pasando por la Ley de 1944-1946 y las dos últimas reformas de la Ley 19/1986, de 14 de mayo y la Ley 10/1992, de 30 de abril, sobre Medidas Urgentes de Reforma Procesal. Tres teorías expone para la precisión de su naturaleza: la de la exclusión del concepto de juicio contencioso, la del proceso ejecutivo documental y la teoría del proceso de ejecución. Cita una serie de Sentencias del Tribunal Supremo, donde se califica al procedimiento como «una vía de apremio» y para el autor se trata de un «proceso de ejecución o vía de apremio muy especial».

Enumera los caracteres que a su entender tiene y que son: ser de base registral, ausencia de contradicción, rogación, buena fe procesal, inalterabilidad de los trámites, no acumulable a otros, donde se ejercita la acción hipotecaria, sumario y económico.

Estudia el tema de su constitucionalidad y cita al respecto una serie de Sentencias del Tribunal Constitucional en que así aparece, frente a la ejecución hipotecaria del Banco Hipotecario, donde la S. 5 de mayo de 1994 lo declara inconstitucional. También aporta varias Sentencias del Tribunal Supremo.

La idea que guía al autor —la he predicado en otras ocasiones— es que el mundo de la forma ha sido sustituido por el de la publicidad y no es el documento al que se le considera «ejecutivo», sino el contenido registral, puesto de manifiesto por la certificación que se expide.

B) *Presupuestos y requisitos*

Estudia el autor los siguientes: el domicilio, el tipo de subasta, competencia del Juzgado, sujetos o partes, la demanda, documentos que se acompañan a la demanda y la certificación registral. En cada uno va planteando una serie de cuestiones que se han presentado o se pueden presentar.

Respecto del domicilio, que corresponde fijarlo al deudor, se plantea el autor los temas de si el mismo es común para notificaciones y requerimientos del deudor, tercer poseedor e hipotecante no deudor; el problema de la pluralidad de deudores, el domicilio del acreedor, el domicilio ficticio, el domicilio cerrado, el real, el señalado en la «comparecencia» y el domicilio de la finca hipotecada. La variación del domicilio cierra el tema.

En cuanto a la fijación del tipo de subasta, después de señalar su funda-

mento y naturaleza, va planteando los problemas del límite de valor a efectos del mercado hipotecario, la totalidad del valor, el valor de tasación y las posibles construcciones hechas por tercer poseedor, la tasación y las cargas preferentes, el tipo por el valor de que responde la finca, la multiplicación por un porcentaje de la valoración del mercado hipotecario, la fijación del tipo cuando sean varias las fincas, el cambio de valor y la fijación de un doble valor alternativo.

Hemos expuesto estos dos requisitos o presupuestos a base de señalar epígrafes y apartados, ya que entrar a fondo en todo ello sería tarea que corresponde a quien se enfrente con la lectura del libro. Al igual que en los temas anteriores al estudiar la competencia del Juzgado plantea el momento procesal para su apreciación, la calificación registral y la jurisprudencia existente antes de la reforma y las dos consecuencias: determina el lugar de la subasta y facilita las notificaciones por edictos a terceros interesados.

Siguiendo en la misma línea apuntada, cuando afronta el tema de los sujetos o partes del procedimiento, va señalando el actor, el cesionario, el acreedor subrogado, el acreedor en hipoteca unilateral, la subhipoteca, la pluralidad de acreedores hipotecarios, la hipoteca de títulos valores, pluralidad de hipotecantes y las naturalezas del deudor, tercer poseedor e hipotecante no deudor.

Al estudiar la demanda —autorizada por Abogado y con poder de Procurador—, señala expresamente el objeto de la misma, que no se trata de «una reclamación de cantidad sino de la solicitud de la ejecución, es decir, de la realización de valor de la finca hipotecada, por razón de haberse producido el impago. «A mi me empiezan a entrar grandes dudas sobre la hipotecabilidad de unas obligaciones que, en la reforma del Código Civil, se definen «sin contenido económico» y que satisfagan un interés legítimo al acreedor, sin añadir, como el Código italiano hace: siendo susceptibles de «valoración» La demanda sigue siendo estudiada en sus dos proyecciones de contenido: los hechos y las razones jurídicas de la certeza, subsistencia y exigibilidad del crédito y la cantidad exacta que por todos los conceptos es objeto de reclamación y que permite al autor profundizar en un conjunto de casos

A la demanda hay que acompañar una serie de documentos como son el «título inscrito», aunque no es esencial, pues la misma ley prevé que no pudiera acompañarse el título, pues la esencia de la ejecución se basa en la certificación registral que determina la vigencia de la hipoteca. Igualmente han de acompañarse los justificantes de haberse hecho los requerimientos de pago y sus posibles incidencias que el autor estudia detenidamente.

Es muy clara la precisión que el autor hace respecto de la «certificación», pues la de la regla 3.^a es la suplencia del título y la de la regla 4.^a es la que solicita el Juez para cerciorarse de la existencia de la hipoteca y que provoca la extensión de la nota marginal que produce determinados efectos, que van precisándose por el autor al distinguir entre el de notificación y el de «condición resolutoria» para las inscripciones posteriores.

C) *Incidencias, subastas y adjudicación*

En este apartado quizá queda hacerse una ulterior distinción, pues antes de la subasta se pueden producir unos hechos, durante la subasta existen incidencias y posteriormente a la adjudicación surgen los problemas de las preferencias y cancelaciones. Por ello, separamos las cuestiones:

a) *Hechos anteriores a la subasta.* El autor estudia fundamentalmente dos: la notificación al tercer poseedor y a los titulares de derechos posteriores a la hipoteca, que regula la regla 5.ª del artículo 131. De otra parte el otro punto objeto de estudio es el de la administración y posesión interina de la finca hipotecada.

b) *La subasta y adjudicación.* Estudia la importancia de esta fase por ser la esencia del procedimiento y fase de realización de valor de la finca hipotecada. Estructura el estudio distinguiendo los requisitos «para celebrar la subasta» y los requisitos y formas del acto de celebración de la misma. Igualmente, al precisar la fase final del procedimiento se ocupa de la «adjudicación» su naturaleza, efectos, forma y documentación, así como la materia de cancelaciones.

c) *Cancelaciones, preferencias y las ulteriores incidencias.* El autor hace una disección de diversas clases de inscripciones y anotaciones posteriores a la hipoteca: las que no pueden ser canceladas, las anteriores y las posteriores a la nota marginal de expedición de certificación, los créditos singularmente privilegiados y en especial los dos salarios y el problema de los arrendamientos.

El autor no ha tenido tiempo de incluir en la publicación el texto de la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos y concretamente el artículo 13, donde se contempla la resolución del contrato del arrendador por ejecución hipotecaria y la subsistencia del arriendo por un plazo de cinco años o hasta que se cumplan los cinco años.

Respecto a las incidencias posteriores se estudian la distribución del sobranste, la entrega de la posesión, la subrogación del adjudicatario en la responsabilidad de las cargas preferentes, el especial caso de hipoteca de renta y la del que paga por una hipoteca anterior

D) *Suspensión, quiebra y diferencias con otros procedimientos*

Bajo el principio que limita las causas de suspensión del procedimiento —reducidas a cuatro— estudia el problema de la querrela o auto de procesamiento por falsedad, la tercería de dominio y la cancelación de la hipoteca por suspensión. El tema que con alguna frecuencia se da es la extinción de la hipoteca por pago, pero sí se ha extendido la nota de expedición de certificación el Registrador exigirá pronunciamiento judicial de suspensión del procedimiento.

También se estudia el caso especial de las hipotecas en garantía de cuentas de crédito, las reclamaciones en el juicio ordinario declarativo, el incidente de nulidad de actuaciones y la no suspensión por declaración de quiebra.

El último capítulo está destinado a señalar las notables diferencias que este procedimiento tiene con el judicial ordinario, el extrajudicial, con el que regula la Ley de Hipoteca Mobiliaria, hipoteca naval, etc.

No sé si con estas esquemáticas notas —obligadas por el espacio— he podido dar a conocer el contenido de la obra, pues en ella no sólo está el intento de no dejar ningún problema sin resolver, sino que la argumentación maneja un estudio concienzudo de la jurisprudencia que a veces es casuística, pero que otras brinda principios directivos y criterios generales. La obra, bien presentada en su forma, lleva un sumario y muchas referencias a la doctrina y Jurisprudencia consultada y citada. Creo que es obra imprescindible para su

consulta en ese «corro» de profesionales que intervienen en la hipoteca: Notarios, Jueces, Abogados y Registradores. Cada uno con su cometido.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

BASSOLS COMA, M.: *Las obras públicas y el urbanismo. Los actos de uso del suelo y la ejecución de obras por la administración del Estado*, Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente, 1994.

Volver de nuevo —aunque sea a través del oficio de recensionista— al campo del urbanismo, es un reto que me ha impuesto el autor de esta monografía, de esta magnífica monografía. Siempre se vuelve, como los toreros a los ruedos, sin tantas facultades y con el temor de haberse quedado rezagado en esa materia que el legislador complicó excesivamente. La vuelta también es desalentadora, ya que en ese conjunto de aportaciones con fines complementarios que durante una temporada hice, nada sustancialmente logré y, a veces, alguno de los que citaba se encorajinaba por no haber sabido comprender su postura. Yo creo que en el urbanismo todavía sigue habiendo púlpitos donde los expertos imparten su sermón y los fieles —sentados en los bancos— sólo ostentan el derecho de la escucha, sin posibilidad de diálogo.

Para mí MARTIN BASSOLS ha sido siempre un gran abanderado del urbanismo, pero a pesar de ir el primero en los desfiles ha sabido dialogar, escuchar y tomar las notas necesarias para una reflexión ulterior. He tenido con él numerosas relaciones y últimamente nos vincula un Consejo de Redacción de una revista de ámbito europeo, que anualmente nos obsequia con una suculenta comida. Después de la comida, siempre hacemos planes, pero esta vez creo que ya va en serio.

Esta visión personal del autor que, por supuesto, no da la dimensión de su enorme bagaje de conocimientos urbanísticos, debe ser completada por todos aquellos que han leído y estudiado y oído sus precisiones en esta materia.

El tema central de este trabajo monográfico reside en el examen de la necesidad o no de licencia municipal para las obras del Estado, o con otras palabras: prevalencia o subordinación de las obras promovidas por el Estado respecto a la Ordenación Urbanística, examen de la jurisprudencia sobre la necesidad o no de la licencia, pervivencia del principio de sometimiento de la Administración del Estado al deber de la licencia y oportunidad de sustituir la licencia por la conformidad del Municipio con intervención del Consejo de Ministros. Todo ello junto al examen del artículo 244 del Texto refundido de la vigente Ley de 1992 sobre urbanismo. Este propósito inicial que se marca al autor se desarrolla metodológica y sistemáticamente en las seis partes en que estructuró el trabajo y a las cuales nos ajustamos.

A) *Concepto de obra pública y sus transformaciones*

Este capítulo está destinado a la precisión de lo que debemos entender por obra pública, o lo que el autor llama «perfiles del concepto de obra pública» y la proyección que el mismo tiene en la legislación de contratos del Estado y en la distribución de competencias, así como las transformaciones de la disciplina de las obras públicas y su coordinación con la planificación territorial y la legislación ambiental.

Para el autor es preciso partir de lo que la legislación del suelo llama «acto de edificación y uso del suelo» y en cuya promoción existe siempre un interés público que demanda una disciplina urbanística específica, debiendo tener en cuenta estas consideraciones: 1) La unidad de medida de la edificación y uso del suelo es el concepto de obras; 2) existe en ellas una fuerza atractiva con las dependencias del dominio público, ya que a través de ellas tiene lugar el nacimiento del dominio público artificial (carreteras, puertos, aeropuertos, etc.); 3) las obras públicas no se proyectan en solares o terrenos con aprovechamientos urbanísticos lucrativos, y 4) la verificación del ajuste de la obra pública al planeamiento, no reside en el factor físico, sino en su acertada inserción y localización en el planeamiento y su funcionalidad.

A tres reduce el autor los perfiles que el concepto de obras públicas ofrece: el histórico-político en torno a la asunción por parte de los poderes públicos de su ejecución (vinculado a la acción de fomento que debe asumir el Estado); el propiamente legislativo (constituido por el texto refundido aprobado por Real Decreto de 13 de abril de 1877); y el jurídico-dogmático. Este último, para el autor, ha sufrido una gran dilatación hasta el punto de que en líneas generales puede equipararse el concepto de «Obra pública» con «Obra del Estado» o de sus Organismos Autónomos.

En el examen de este tema estudia las obras del Estado en la Ley de Contratos del Estado, la distribución de competencias, la transformación de la disciplina de las Obras públicas y las Obras del Estado y medio ambiente.

B) *Inserción de la Obra pública en el planeamiento*

El autor analiza esta inserción de la Obra pública en el planeamiento con exigencia de licencia administrativa en una etapa histórica de la legislación que culmina en el texto vigente de 1992. Pero advierte que es preciso tener muy en cuenta la emergencia de las Comunidades Autónomas y el reconocimiento de la autonomía municipal. Sin perjuicio de señalar los tipos de obras: obras de urbanización y proceso edificatorio, obras y servicios de equiparamiento del sistema urbano y obras públicas y grandes infraestructuras, advierte la necesidad de tener en cuenta la aparición de un nuevo nivel de planeamiento territorial o de Ordenación del territorio que se interpone entre el Estado y el Municipio (art. 244 L. Suelo).

C) *Derecho comparado y legislación española*

Maneja el autor tres importantes ordenamientos jurídicos: la legislación italiana, la francesa y la alemana. La italiana cobra relieve e importancia en cuanto es la que con mayor vigor influye en la legislación urbanística española a través del texto del año 1942 que se plasma en la de 1956.

Luego viene la legislación francesa, que supone un sistema opuesto al italiano y al español (después de la Constitución española de 1978), ya que se basa en un gran centralismo con grandes bloques de competencias. El sistema alemán constituye un modelo que se ajusta a los principios informadores y a las estructuras del Estado Federal en sus diversos escalones.

Respecto del derecho español el autor nos ofrece un panorama legislativo en el que, lo que podría llamarse unificación del criterio sobre la necesidad de

licencia municipal, sólo se consolida en la Ley del Suelo de 1976. Por eso el autor examina la legislación sectorial de Obras públicas para luego ir marcando los hitos históricos, que tangencialmente se complican con la problemática del Estado de las Autonomías. Termina el capítulo con el examen de la coordinación de actuaciones entre el Estado, Comunidades Autónomas y Municipios en la legislación de Ordenación del Territorio de las Comunidades Autónomas y el artículo 244 de la vigente Ley del Suelo.

D) *Interpretación jurisprudencial*

Estas interpretaciones se refieren al antiguo artículo 180 de la Ley de 1976 (hoy 244 de la de 1992) y pueden distinguirse las procedentes del Tribunal Supremo y las que tienen su origen en el Constitucional.

El autor hace el estudio distinguiendo aquellas sentencias que suponen pronunciamientos de carácter general sobre la cuestión y los casos concretos referentes a obras costeras y portuarias, obras hidráulicas, obras ferroviarias, obras de autopistas, etc. También se refiere a las Sentencias del Tribunal Constitucional y la aplicación que el Tribunal Supremo hace de la doctrina del Tribunal Constitucional. El criterio que se desprende de todos ellos es la falta de uniformidad, pero al autor le permiten sacar nueve conclusiones a las que remito al lector, aunque siempre parece exigirse una restricción al principio de libertad: respeto al planeamiento.

E) *Legislación sectorial postconstitucional*

La lista de esta legislación es amplia ya que se examina la de carreteras del Estado, obras ferroviarias, costas, portuarias, hidráulicas, militares y servicios públicos. La tendencia general es a superar el requisito de la exigencia de la licencia, supliéndolo con otros medios como la instancia dirimente ante el Consejo de Ministros, el reconocimiento de la Ley de Ordenación del Territorio, la participación de las Comunidades Autónomas, etc.

F) *Consideraciones finales*

El estudio monográfico termina con tres grandes conclusiones que el autor nos ofrece suficientemente razonadas y que en forma resumida brindo al lector:

a) *Insatisfactoria regulación de los actos de uso del suelo y ejecución de obras promovidas por el Estado.* Las causas que provocan esta situación el autor las clasifica en causas *intrínsecas* (el sistema de asimilación es inapropiado), *extrínsecas* (la emergencia de las Comunidades Autónomas) y *concurrentes* (cabe encontrar fórmulas más operativas y flexibles, como las del Derecho comparado).

b) *Disfunciones de la técnica de las licencias.* Ya que no son equiparables o asimilables a las obras de edificación, actúan las licencias como control preventivo, se extiende a cualquier acto de uso del suelo, su expedición exige el pago de tasas, suponen un deber legal para el logro de la adquisición gradual de las facultades urbanísticas, etc.

c) *Alternativas a la exigencia de licencias para determinadas obras.* Según el autor podían ser: tipificación de determinadas obras y si para ellas puede sustituirse el sistema de licencias por un procedimiento especial de previa conformidad.

Y con ello finaliza este estudio bien razonado y bien documentado, que bien merecía un soporte material más manejable y una letra más amplia, para que la lectura de un tema importante, pero difícil, no tenga en la presentación obstáculos que frenan al lector, aunque no al estudioso. El tema, que afecta a unos sectores importantes de la Administración, es importantísimo a la hora de la calificación registral y todo aquel que se enfrente con el problema debe leerse este estudio monográfico.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

REVISTA DE REVISTAS

REVISTA GENERAL DE DERECHO

Número 603 (Diciembre 1994)

- «La tradición jurídica sobre el comienzo de la vida humana (Del Derecho justinianeo a los Códigos Civiles)», por JOSÉ MARÍA CASTÁN VÁZQUEZ, pág. 12457.
- «La protección de la intimidad de los menores: perspectivas civil y penal», por MANUEL MARCHENA GÓMEZ, pág. 12471.
- «Régimen jurídico de los vecinos como usuarios del servicio público local», por JUAN FRANCISCO ESCUDERO ESPINOSA, pág. 12495.
- «La imposición de firma de pagaré en blanco en contratos privados de préstamo al consumo», por CARMEN GAY CANO, pág. 12509.
- «El delito de parricidio en los supuestos de separación de los cónyuges. Cambio de doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo», por EDUARDO MONER MUÑOZ, pág. 12527.
- «La nueva regulación del pago o consignación de rentas para recurrir en los arrendamientos urbanos (los nuevos arts. 1.566 y 1.567.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil)», por MARÍA ISABEL HUERTA VIESCA y DANIEL RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, pág. 12533.
- «Algunas reflexiones sobre los registros municipales de uniones civiles no matrimoniales», por JAIME MORENO VERDEJO, pág. 12543.
- «Las pólizas como títulos ejecutivos. Algunas reflexiones sobre el artículo 1.435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Diferencias entre las pólizas de crédito y las de préstamo», por INMACULADA I. AGRAMUNTHERRÁEZ, pág. 12551.
- «Jueces, Consejo y Poder Judicial. Sobre la inadecuación del modelo de juez-funcionario a las exigencias del Estado social y Democrático de Derecho. Notas para un debate», por MANUEL MARTÍNEZ SOSPEDRA, pág. 12589.

REVISTA DE DERECHO PRIVADO

(Noviembre 1994)

- «El vigente sistema español de Derecho internacional privado tras las sucesivas reformas», por JOSÉ ANTONIO TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, págs. 943 a 958.
- «Intercessio contra SC. Velleianum», por JOSEP GINESTA-AMARGOS, págs. 959 a 967.

(Diciembre 1994)

- «Una compraventa especial: la venta fuera de establecimiento», por JOSÉ MARÍA CABALLERO LOZANO, págs. 1047 a 1064.
- «La tutela judicial efectiva en la consignación de rentas del artículo 148.4 de la Ley de Arrendamientos Urbanos», por MARÍA DEL CARMEN DEL MOLINO Y NÚÑEZ, págs. 1065 a 1070.

(Enero 1995)

- «Disposiciones transitorias, adicionales, derogatorias y finales del Proyecto de Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (I)», por LUIS M. SELVA SÁNCHEZ, págs. 3 a 28.
- «La aportación de un bien a la sociedad conyugal», por MANUEL LOBATO GARCÍA-MUJÁN, págs. 29 a 71.

REVISTA JURIDICA DEL NOTARIADO**Número 10 (Abril-Junio 1994)**

- «El procedimiento de subrogación hipotecaria en la Ley 2/1994», por ADOLFO CALATAYUD SIERRA, pág. 9.
- «El oficio de Escribano en la ciudad de Cuenca. Siglos XIII-XIV», por ANTONIO CHACÓN, pág. 79.
- «La sanción del artículo 111, número 2 del Código Civil: La filiación determinada judicialmente contra la oposición del progenitor Su crítica», por ESTHER MUÑIZ ESPADA, pág. 119.
- «La hipoteca y el embargo sobre los derechos de explotación de la Ley de 11 de noviembre de 1987», por JOAQUÍN RAMS ALBESA y ANA FERNÁNDEZ-TRESGUERRAS GARCÍA, pág. 177.
- «Transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios (Orden de 5 de mayo de 1994)», por EDUARDO MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMES, pág. 213.
- «Apuntes sobre la selección del contratista y la formalización del contrato de las Administraciones públicas en el Proyecto de Ley en trámite legislativo», por ROBERTO BLANQUER UBEROS, pág. 253.
- «El Derecho del consumidor. Contratación y sistema de responsabilidad», pág. 317.

ACTUALIDAD CIVIL**Número 47 (1994)**

- «Las categorías negociales en las técnicas de reproducción asistida», por VICENTE LUIS MONTES PENADES.

Número 48 (1994)

«Mantenimiento y extinción de vínculos parentales tras la adopción del hijo del cónyuge. El artículo 178 del Código Civil», por ALFREDO SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA.

Número 1 (1995)

«Jurisprudencia reciente sobre los derechos al honor, intimidad e imagen», por XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ.

Número 2 (1995)

«Tutela, guarda y acogimiento en la Ley 21/1987. Aspectos sustantivos y procesales», por EDUARDO HIJAS FERNÁNDEZ.

Número 3 (1995)

«Los litigios transfronterizos. Notas al Libro Verde sobre acceso de los consumidores a la justicia y solución de los litigios de consumo en el Mercado Único Europeo», por JUAN MANUEL BÁRDENAS CARPIO.

Número 4 (1995)

«La competencia de las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia para conocer el recurso de revisión en materia civil», por FRANCISCO JAVIER MUÑOZ JIMÉNEZ.

Número 5 (1995)

«La Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas del caso Faccini. La eficacia directa de las directivas no traspuestas en las relaciones entre particulares».

Número 6 (1995)

«Derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen: Cuestiones procedimentales», por PEDRO GONZÁLEZ POVEDA.

Número 7 (1995)

«Eficacia de los arrendamientos tras la ejecución hipotecaria sobre los mismos bienes», por MARÍA EUGENIA SERRANO CHAMORRO.

Número 8 (1995)

«Las urbanizaciones y la propiedad horizontal», por JAVIER FERNÁNDEZ COSTALES.

Número 9 (1995)

«El interdicto de obra nueva, la Administración y los conflictos de jurisdicción», por AGUSTÍN PICÓN PALACIO.

REVISTA DE ESTUDIOS POLITICOS

Número 86 (Octubre-Diciembre 1994)

«La interpretación constitucional como problema», por DOMINGO GARCÍA BELLAÜNDE, pág. 9.

«De nuevo sobre el procedimiento electoral uniforme», por ENRIQUE ALVAREZ CONDE y ENRIQUE ARNALDO ALCUBILLA, pág. 39.

«Asilo e inmigración de la Unión Europea», por MARÍA LUISA ESPADA RAMOS, pág. 71.

«La articulación entre representación, Constitución y democracia. Génesis, crisis actual y Constitución española», por JOSÉ ACOSTA SÁNCHEZ, pág. 99.

«El tiempo de las democracias inciertas», por EDUARDO TARNAWSKI GESLOWSKA, pág. 153.

«La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución», por CARLOS MIGUEL HERRERA, pág. 195.

«Identidad cultural, conflicto cultural y violencia», por J. VILAS NOGUEIRA, pág. 229.

«Teorías de la transición», por JOSEP M. COLOMER, pág. 243.

«Las raíces del nacionalismo italiano», por FRANCESCO LEONI, pág. 255.

«Bases para el estudio de la inestabilidad política en los Gobiernos locales», por GUILLERMO MÁRQUEZ CRUZ, pág. 261.

«Innovación urbana española: ¿Una nueva clase política?», por LOURDES LÓPEZ NIETO e IRENE DELGADO SOTILLOS, pág. 313.

«La palanca de papel. La intervención de créditos: Un mecanismo de represión económica durante la guerra civil española», por MANUEL ALVARO DUEÑAS, pág. 345.

«Las premisas filosófico-culturales de la política de asistencia oficial al desarrollo (OAD) proporcionada por Japón al Tercer Mundo», por FELIBEL MARTÍNEZ CHAMORRO, pág. 387.

REVISTA JURIDICA DE CATALUÑA

Número 1 (1995)

- «La responsabilidad civil de productos en derecho español», por RAMÓN MULLE-RAT, pág. 9.
- «Sobre la aplicación de la Ley Orgánica 5/1992 a los ficheros automatizados de datos de carácter personal mantenidos por abogados», por RAÚL JIMÉNEZ ESCOBAR, pág. 35.
- «Regulació legal i doctrina jurisprudencial concernent als àmbits competencials de les entitats municipals descentralitzades a Catalunya», por JOSEP M.^a RIGAU I CAIXES, pág. 51.
- «Derecho a celebrar ritos matrimoniales y acuerdos de cooperación», por JOSEP M.^a MARTINELL, pág. 75.
- «Régimen fiscal de las transferencias internacionales de tecnología», por ENRIQUE GUARDIOLA SACARRERA, pág. 103.
- «La responsabilidad del propietario de vehículos: función social de la propiedad y responsabilidad por riesgo», por ENCARNA ROCA, pág. 135.
- «Limitaciones a la aplicación del régimen de transparencia fiscal respecto a las denominadas sociedades de mera tenencia de bienes», por RAMÓN BADE-NES CHILLIDA, pág. 151.

REVUE DE DROIT UNIFORME

Número II (1992)

- «Note du Secrétariat de la CNUDCI sur la Loi Type de la CNUDCI sur les virements internationaux», pág. 2.
- «Loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux», pág. 30.
- «Protocole de 1992 modifiant la Convention internationale de 1969 sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures», pág. 60.
- «Protocole de 1992 modifiant la Convention internationale de 1971 portant création d'un fonds international d'indemnisation pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures», pág. 92.

REVISTA DE DIREITO IMOBILIARIO

Número 33 (Enero-Junio 1994)

- «A Hipoteca: Doutrina —Jurisprudência—Legislação— Aspectos Práticos no Registro Imobiliário», por ADEMAR FIORANELI y JERSE RODRIGUES DA SILVA, pág. 7.
- «Os Indicadores Real e Pessoal», por GILBERTO VALENTE DA SILVA, pág. 74.
- «A Sentença de Usucapiao e o Registro de Imóveis», por BENEDITO SILVERIO RIBEIRO, pág. 93.
- «Reflexoes sobre a Matrícula 17 Anos depois», por MARIA HELENA LEONEL GANDOLFO, pág. 105.

REVISTA DEL NOTARIADO DE LA REPUBLICA ARGENTINA

Número 837 (Abril-Mayo-Junio 1994)

- «Contrarius consensus (A propósito de la pretendida bonificación de los títulos de donación)», por CRISTINA N. ARMELIA, pág. 193.
- «Técnicas aplicables en casos especiales o para subsanar irregularidades en escrituras y actos societarios», por NORBERTO RAFAEL BENSEÑOR, pág. 219.
- «Límites a la extensión del dominio de los bienes de los cónyuges que, de acuerdo al artículo 1.246, debe hacerse constar en las escrituras adquisitivas», por FRANCISCO FERRARI CERETTI, pág. 241.
- «Falta de firmas en las escrituras. Algunos aspectos», por OSVALDO SOLARI COSTA, pág. 245.

REVISTA NOTARIAL DEL COLEGIO DE ESCRIBANOS DE BUENOS AIRES

Número 918 (Mayo-Agosto 1994)

- «La expresión de la voluntad de las personas jurídicas», por MARÍA TERESA ACQUARONE, pág. 245.
- «El documento Notarial sin compareciente» (A propósito de las subsanaciones)», por CRISTINA NOEMÍ AMELLA, pág. 263.
- «Capacidad de la sociedad mercantil para efectuar donaciones», por NORBERTO RAFAEL BENSEÑOR, pág. 303.
- «La firma en los instrumentos privados», por RUBÉN HÉCTOR COMPAGNUCCI DE CASO, pág. 317.
- «Régimen de nulidades en el contrato constitutivo de las sociedades comerciales», por JUAN M. FARINA, pág. 327.
- «Contratos para ser ejecutados después de la muerte (arts. 1.790 y 1.983 del Código Civil Argentino)», por LUIS ROGELIO LLORÉNS, pág. 345.
- «La autonomía de la voluntad en la elección y cambio del régimen patrimonial matrimonial», por MARÍA JOSEFA MÉNDEZ COSTA, pág. 381.
- «La seguridad jurídica. Nuevas reflexiones», por AUGUSTO MARIO MORELLO, pág. 407.
- «Capacidad y legitimación en el otorgamiento de actos jurídicos», por FÉLIX ALBERTO TRIGO REPESAS, pág. 413.

REVISTA DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE CONCEPCION

Número 193 (Enero-Junio 1993)

- «De la estipulación en favor de otro», por RENÉ RAMOS PAZOS, pág. 7.
- «Los aspectos jurídicos de las técnicas de reproducción asistida: Ley española y marco europeo», por CARMEN FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, pág. 37.

- «La Ley Modelo de la CNUDMI sobre Transferencias Internacionales de Crédito», por RICARDO SANDOVAL LÓPEZ, pág. 69.
- «Alternativas al sistema de la centralización administrativa», por TARCISIO OVIEDO SOTO, pág. 93.
- «Ronald Dworkin. Sobre la teoría de la función judicial», por MARCELO TRONCOSO ROMERO, pág. 101.
- «El sistema de evaluación de impacto ambiental en la Ley número 19.300», por EDUARDO JURY SANTIBÁÑEZ, pág. 107.
- «La imagen doctrinal de la Corte de Casación», por CHRISTIAN ATIAS, pág. 113.
- «La apreciación de la prueba en conciencia y conforme a las reglas de la sana crítica. Una polémica revivida», por JULIO E. SALAS VIVALDI, pág. 117.
- «Los derechos humanos y el apartheid», por SAMUEL DURÁN BACHLER, pág. 127.

BOLETIN MEXICANO DE DERECHO COMPARADO

Número 79 (Mayo-Abril 1994)

- «Empresa, trabajo y productividad», por SANTIAGO BARAJAS MONTES DE OCA, pág. 15.
- «Derecho urbano en México. Administración federal», por JORGE FERNÁNDEZ RUÍZ, pág. 35.
- «Mi sociología del derecho», por JORGE ALBERTO GONZÁLEZ GALVÁN, pág. 55.
- «Notas sobre la expectativa de la vivienda en el ordenamiento constitucional mexicano», por MARÍA DEL PILAR HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, pág. 73.
- «Reflexiones sobre la autonomía de la Universidad Nacional de México», por ROMÁN IGLESIAS, pág. 87.

Número 80 (Mayo-Agosto 1994)

- «Aproximación a ciertas cuestiones jurídicas que suscitan el Tratado de Libre Comercio de América del Norte y el Tratado de Asunción», por VÍCTOR BAZÁN M., pág. 285.
- «Derecho internacional y nueva ley de nacionalidad mexicana», por ALONSO GÓMEZ-ROBLEDO VERDUZCO, pág. 315.
- «Algunas reflexiones sobre el Poder Judicial Federal mexicano», por MANUEL GUTIÉRREZ DE VELASCO, pág. 347.
- «Las aportaciones del Instituto de Investigaciones Jurídicas en informática jurídica en México», por MARCIA MUÑOS DE ALBA MEDRANO, pág. 365.
- «La automatización de la jurisprudencia en México», por RAÚL PLASCENCIA VILLANUEVA, pág. 373.
- «La regulación sobre la organización empresarial protectora del medio ambiente en derecho alemán y derecho europeo», por VÍCTOR MANUEL ROJAS AMANDI, pág. 401.

Número 81 (Septiembre-Diciembre 1994)

- «Ideología jurídica, derecho alternativo y democracia», por OSCAR CORREAS, pág. 613.
- «Sanciones alternativas a la pena de prisión. Propuesta de reformas a la legislación penal mexicana», por DOLORES E. FERNÁNDEZ MUÑOZ, pág. 625.
- «El poder y sus tipos», por JORGE FERNÁNDEZ RUIZ, pág. 669.
- «El principio de igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español», por MARÍA DEL PILAR HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, pág. 693.
- «El Tribunal Internacional de Derecho del Mar», por JOHN E. NOYES, pág. 713.
- «Creación de la Organización Multilateral de Comercio (OMC)», por RUPERTO PATIÑO MANFFER, pág. 733.

NOTICIAS DE LA UNION EUROPEA

Número 119 (Diciembre 1994)

- «La Unión Europea y el derecho de sufragio de los extranjeros comunitarios», por ANTONIO MARÍN LÓPEZ, pág. 11.
- «El incipiente Derecho Penal Comunitario», por ENRIQUE RUIZ VADILLO, pág. 27.
- «El tributo ecológico balear: ¿un impuesto sobre el volumen de ventas?», por PEDRO MANUEL HERRERA MOLINA y FERNANDO SERRANO ANTÓN, pág. 41.
- «El origen de las mercancías en el Código Aduanero Comunitario», por FRANCISCO PELECHA ZOZAYA, pág. 51.
- «Las reglas de competencia del sector Transportes en la Unión Europea», por FERNANDO JOSÉ CASCALES MORENO, pág. 65.
- «La aplicación del Derecho Comunitario y la repercusión en el ámbito territorial de la contratación pública de servicios financieros», por ANA GIL ANTÓN, pág. 71.
- «Joint Ventures. Cooperativas y Concentrativas», por EDURNE NAVARRO VARONA, pág. 77.
- «Las actuaciones de la Oficina Española de Patentes y Marcas en los procedimientos judiciales en materia de patentes», por JOSÉ DANIEL VILA ROBERT, pág. 89.

Número 120 (Enero 1995)

- «La realización del Mercado Interior, según el artículo 8.A del Tratado CEE y el Libro Blanco de 1985; algunos comentarios legales», por BASTIAAN VAN DER ESCH, pág. 11.
- «Aplicación de la Constitución Española ante el Tratado de la Unión Europea», por ANGEL SANCHO BLANCO, pág. 27.
- «Los derechos fundamentales en la relación entre el Derecho Comunitario y el Ordenamiento nacional», por CARLOS RUIZ MIGUEL, pág. 37.
- «Una nota sobre el *iter legis* en el proyecto de Constitución de la Unión Europea», por AGUSTÍN RUIZ ROBLEDO, pág. 61.
- «Efectos en el tiempo de una Sentencia prejudicial de validez. Comentario a

- la Sentencia de 26 de abril de 1994», por ROSARIO SILVA DE LAPUERTA, pág. 69.
- «La tributación de los entes públicos ante la nueva Ley del Impuesto sobre el Valor Añadido», por ISABEL GARCÍA-OVIES SARANDESES, pág. 75.
- «Cuestión prejudicial comunitaria y procedimiento económico-administrativo», por CARLOS MARÍA LÓPEZ ESPADAFOR, pág. 87.
- «La auditoría medioambiental: Reglamento (CEE) núm. 1.836/93», por JULITA GARCÍA DÍEZ, pág. 99.

Número 121 (Febrero 1995)

- «Europa y los Lander alemanes. (Especial referencia a la reforma constitucional de 21 de diciembre de 1992)», por MERCE BARCELÓ I SERRAMALERA, pág. 13.
- «Tendencias últimas de la política comunitaria de derechos humanos», por MANUEL LÓPEZ-MEDEL Y BASCONES, pág. 25.
- «El Consejo de Estado francés y la aplicabilidad directa de las directivas comunitarias: la confirmación del rechazo de la invocabilidad de sustitución», por BERNARD FRANK MACERA, pág. 31.
- «Algunos aspectos problemáticos en la regulación de la cuestión prejudicial (art. 177 TCEE)», por MIGUEL REVENGA SÁNCHEZ y JUAN MANUEL LÓPEZ ULLA, pág. 37.

