

Revista del Foro Canario

80

Las Palmas de Gran Canaria, 1990



Imprime: Imprenta Pérez Galdós
Prof. Lozano, 25 - Urb. Cebadal
Las Palmas de Gran Canaria

Depósito Legal G.C. 258/80
I.S.S.N. 0211-0903

*Revista del
Foro Canario*

CONSEJO DE REDACCIÓN

Salvador Trujillo Perdomo

Decano del Colegio

Segundo Franco Vega

Diputado Primero

Jaime Santana Castellano

Diputado Segundo

Serafín García Zumbado

Diputado Tercero

Tomás de Páiz Mora

Diputado Cuarto

Juan Antonio Pérez de Paz

Diputado Quinto

Domingo del Toro Augusto

Diputado Sexto

Jaime Rubio López

Diputado Séptimo

Micaela Domínguez Hernández

Diputado Octavo

José María Palomino Martín

Bibliotecario-Contador

José Díaz Henríquez

Tesorero

Rafael Vera Cominges

Secretario

COMISIÓN DELEGADA DE LA REVISTA DEL FORO CANARIO

Óscar Bosch Benítez

Micaela Domínguez Hernández

Serafín García Zumbado

M.^a Teresa García Cuyás

COORDINACIÓN

Juan Antonio Martínez de la Fe

REDACCIÓN Y ADMINISTRACIÓN

Colegio de Abogados - Plaza de San Agustín, 6
35001 Las Palmas de Gran Canaria

Revista del Foro Canario

PUBLICACIÓN CUATRIMESTRAL
DEL ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE LAS PALMAS

TERCERA ÉPOCA

Año XXXIII

Septiembre - Diciembre

1990-III

SUMARIO

	Págs.
<i>“La suspensión de la ejecución de los actos administrativos recurridos en vía de recurso contencioso administrativo ordinario”</i> por don FERNANDO MARTÍN GONZÁLEZ	9
<i>“Prestación social de la Abogacía en el Proyecto de Ley de ayuda legal”</i> por don VICENTE FALOMIR PITARCH	25
<i>“La contradicción en la fase de instrucción del proceso penal”</i> por don JOSÉ ANTONIO MARTÍN Y MARTÍN	37
<i>“Distribución de competencias y Derecho de Aguas en Canarias”</i> por don JOSÉ LUIS MEILÁN GIL y don JAIME F. RODRÍGUEZ-ARANA	57

<i>“La defensa de los bienes que integran una Comunidad Hereditaria”</i> por don JORGE LÓPEZ CURBELO	85
<i>“El robo de la mercancía como circunstancia exculpatoria según los Tribunales”</i> por don FRANCISCO-JOSÉ SÁNCHEZ ORTIZ	101
<i>“La reforma de las sociedades de responsabilidad limitada y de la sociedad comanditaria por acciones”</i> por don JOSÉ MANUEL HERNÁNDEZ ANTOLÍN	105
<i>“Los Cabildos Insulares en el Estatuto de Autonomía de Canarias”</i> por don ADOLFO JIMÉNEZ JAÉN	139

LA SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS RECURRIDOS EN VÍA DE RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO ORDINARIO

FERNANDO MARTÍN GONZÁLEZ
DOCTOR EN DERECHO - MAGISTRADO

SUMARIO

- I. CONSIDERACIONES GENERALES.**
- II. EXAMEN DE LA NORMATIVA APLICABLE EN EL RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO ORDINARIO.**
- III. SUPUESTOS CONCRETOS:**
 - A) DESAPARICIÓN DE UN NEGOCIO EN FUNCIONAMIENTO.**
 - B) OBRAS.**
 - C) DEUDAS TRIBUTARIAS.**
 - D) SANCIONES ECONÓMICAS.**
 - E) ACTOS DENEGATORIOS.**
 - F) SANCIONES NO ECONÓMICAS.**
 - G) EXTRANJEROS: PERMISOS Y ÓRDENES DE EXPULSIÓN.**
- IV. CRITERIOS GENERALES.**

I. CONSIDERACIONES GENERALES

Para explicar de un modo coherente la teoría de la suspensión de la efectividad o del cumplimiento de los actos administrativos, que, en los artículos 116 de la L.P.M. y 122 de la L.J., aparece como una excepción al régimen general de la efectividad o ejecutividad del acto, se hace indispensable partir de una posición de la Administración con respecto a los Tribunales de Justicia que ha de considerarse privilegiada si se la compara con la posición de los sujetos privados.

Cualquier sujeto privado que pretenda alterar, frente a otro, una situación de hecho que existe, ha de impetrar el auxilio de los Tribunales de Justicia: no puede hacerlo por sí mismo, por propia autoridad, ni puede “tomarse la Justicia por su mano”. El órgano jurisdiccional competente, tras valorar su pretensión, desde el punto de vista de los hechos y del Derecho, estimará o desestimará tal pretensión. Y, en el caso de estimarla, tampoco el sujeto privado podrá imponerla a la otra parte por medio de la coacción o de la fuerza, sino que, por segunda vez, deberá solicitar del Tribunal de Justicia competente, la imposición coactiva pública, única legítima, para llevar a pleno y efectivo cumplimiento lo ya declarado con anterioridad.

De modo que el sujeto privado ha de acudir, primero, a un juicio declarativo y luego a un juicio de ejecución, si la otra parte no cumple, ante los Tribunales de Justicia para la efectividad de su pretensión de declaración de condena. Se trata, con ello, de mantener la “paz jurídica”.

Pues bien, a diferencia de lo que sucede con los sujetos privados, la Administración no está necesitada de someter sus pretensiones a un Tribunal de Justicia ni para obtener su declaración ni para imponer por la fuerza su ejecución forzosa; está exenta de la carga de someter sus pretensiones a un juicio declarativo o a un juicio de ejecución. Ella misma define derechos y crea obligaciones de forma unilateral y sus decisiones son inmediatamente eficaces y ejecutivas, y crean en el destinatario una obligación de cumplimiento inmediato. Es lo que se denomina “auto-tutela” declarativa y ejecutoria de la Administración, que sólo con carácter absolutamente excepcional (legítima defensa, estado de necesidad, derecho de retención) se concede en ocasiones a los sujetos privados.

Podríamos afirmar que lo que es la sentencia en los Tribunales de Justicia, lo es en la Administración el acto administrativo, que se define como un privilegio, el de la decisión ejecutoria, en la terminología francesa.

Los actos administrativos son, en principio, ejecutorios; obligan al inmediato cumplimiento. Si alguien discrepa sobre su legalidad habrá de impugnar el acto, y, entonces, en nuestro Derecho, será sometido el acto a un juicio “ex post” por parte de la Jurisdicción Contencioso Administrativa que lo revisará para determinar si es o no conforme a Derecho.

Bajo estas perspectivas parece evidente que el acto administrativo, decisión de la Administración, tanto si versa sobre la protección de una situación jurídica preexistente, como si innova la situación anterior, como si crea una situación nueva, aunque sea gravosa para el ciudadano privado, imponga un cumplimiento necesario, que vincula a la obediencia, incluso aunque el acto sea objeto de impugnación, pues ésta, en principio, no suspende su ejecución o la obligación de su cumplimiento.

Goza el acto administrativo de una presunción de legalidad, que es “iuris tantum”, no definitiva, pues no excluye la eventual y posterior intervención de los Tribunales que “en juicio de revisión”, como se dijo, determinarán si el acto es o no conforme con el Derecho.

Así resulta de los artículos 45,1 de la L.P.A. (“los actos de la Administración serán válidos y producirán efecto desde la fecha en que se dicten”) y 102 de la misma Ley (“la Administración Pública, a través de sus Órganos competentes en cada caso, podrá proceder, previo apercibimiento, a la ejecución forzosa de los actos administrativos”). Autotutela declarativa y autotutela ejecutiva por parte de la Administración se hallan aquí claramente establecidas.

Presunción de validez de la actuación administrativa, ejecutividad, ejecución forzosa del acto (facultad de la Administración para el uso directo de su propia coacción, lo que implica el paso al terreno de los hechos, de las actuaciones materiales) derivan de esa posición privilegiada de la Administración.

Desde esos postulados ideológico-políticos parece lógico el artículo 122 de la L.J., sobre el que trataremos.

II. EXAMEN DE LA NORMATIVA APLICABLE EN EL RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO ORDINARIO

Art. 122. 1. La interposición del recurso contencioso-administrativo no impedirá a la Administración ejecutar el acto o la disposición objeto del mismo, salvo que el Tribunal acordare, a instancia del actor, la suspensión (133).

2. Procederá la suspensión cuando la ejecución hubiese de ocasionar daños o perjuicios de reparación imposible o difícil.

Por su parte los artículos siguientes establecen:

Art. 123. 1. La suspensión podrá pedirse en cualquier estado del proceso, en primera o segunda instancia, y se sustanciará en pieza separada.

2. Solicitada la suspensión se oirá al Abogado del Estado y a las partes demandadas y coadyuvantes, si hubieren comparecido, por término común de cinco días, y si el Abogado del Estado se opusiera a la misma, fundado en que de ésta puede seguirse grave perturbación a los intereses públicos, que concretará, no podrá el Tribunal acordarla sin que previamente informe el Ministerio o autoridad de que procediese el acto o la disposición objeto del recurso.

3. Emitido el informe, o transferido un plazo de quince días sin haberlo recibido, el Tribunal acordará lo procedente.

4. En los recursos que las Corporaciones Locales interpongan ante las Salas de lo Contencioso-administrativo de las Audiencias Territoriales contra acuerdos de las Delegaciones de Hacienda sobre aprobación o modificación de las Ordenanzas de Exacciones, podrán pedir, al iniciarlos que, con carácter previo y urgente, atendidas las circunstancias de toda índole que lo aconsejen, se declare por el Tribunal, y con audiencia del Abogado del Estado, la aplicación provisional de los preceptos discutidos, y la resolución que sobre este particular se dicte no será apelable (134).

Art. 124. 1. Cuando el Tribunal acuerde la suspensión exigirá, si pudiera resultar algún daño o perjuicio a los intereses públicos o de tercero, caución suficiente para responder de los mismos.

2. La caución habrá de constituirse en metálico o fondos públicos, depositados en la Caja General de Depósitos o en las sucursales de provincia, o en las de las Corporaciones Locales, respectivamente; o mediante aval bancario.

3. El acuerdo de suspensión no se llevará a efecto hasta que la caución esté constituida y acreditada en autos.

4. Levantada la suspensión, al término del recurso o por cualquiera otra causa, la Administración o persona que pretendiese tener derecho a indemnización de los daños causados por la suspensión, deberá solicitarlo ante el Tribunal por el trámite de los incidentes, dentro del año siguiente a la fecha en que aquélla hubiese quedado alzada; y si no se formulare la solicitud dentro de dicho plazo, o no se acreditase el derecho, se cancelará seguidamente la garantía constituida.

Pero el artículo 122 de la L.J. no puede ser el único que ha de tomarse en consideración cuando de la suspensión o no suspensión de la ejecución se trata.

La Exposición de Motivos de la propia Ley jurisdiccional de 27 de diciembre de 1956 proporciona unos criterios valiosos que no pueden dejar de tomarse en cuenta.

En orden a la suspensión, la Ley la admite cuando la ejecución hubiere de ocasionar daños de reparación imposible o difícil. Al juzgar sobre su procedencia se debe ponderar, ante todo, la medida en que el interés público exija la ejecución, para otorgar la suspensión con mayor o menor amplitud, según el grado en que el interés público esté en juego. Respecto de la dificultad de la reparación, no cabe excluirla sin más por la circunstancia de que el daño o perjuicio que podría derivar de la ejecución sea valorable económicamente.

Tenemos, pues, una regla general, la de la eficacia inmediata de los actos administrativos, y algunas excepciones.

Una de ellas la establece el art. 45 de la L.P.A. al expresar que los actos de la Administración serán válidos y producirán efecto desde la fecha que se dicten, “salvo que en ellos se disponga otra cosa”. El propio acto puede demorar su eficacia estableciendo un plazo o una condición.

Otra la establece el propio artículo 45,2: “la eficacia quedará demorada cuando así lo exija el contenido del acto o esté supeditada a su notificación, publicación o aprobación posterior”.

Pero la excepción que aquí nos interesa es la cesación de la eficacia del acto con carácter temporal, provisional o transitorio, es decir, lo que se denomina suspensión del acto, o suspensión de su efectividad o de su eficacia. Se

trata de paralizar, interrumpir, suspender, demorar la eficacia de un acto administrativo nacido con vocación de ser aplicado de inmediato.

Ya se ha indicado que los actos administrativos gozan, en general, de una inmediata ejecutividad, de una singular fuerza por la que se imponen sobre los hechos y sobre la realidad para la que fueron dictados; pero, en ocasiones, este considerable privilegio puede generar situaciones que se encuentren en oposición a intereses públicos o a derechos e intereses legítimos de los particulares.

La suspensión de la ejecutividad de los actos es un remedio para reducir el privilegio de la ejecutividad inmediata a sus justos límites.

Porque sucede que en la aplicación del Derecho Administrativo, al haber siempre, por un lado, privilegios de la Administración y al encontrarnos, por otra parte, con la necesidad de garantizar las situaciones jurídicas del particular, hemos de hallar la fórmula de ese difícil equilibrio que supone posibilitar que la Administración alcance los fines que le marca la Ley, pero sin merma de esos derechos e intereses legítimos de los particulares.

En este terreno se mueve el tema de la suspensión de la efectividad de los actos administrativos.

Hay una sentencia del Tribunal Supremo de 3 de enero de 1989 que resume la cuestión de un modo elocuente.

Nuestro Ordenamiento Jurídico, señala, parte de una presunción de legalidad de los actos administrativos que traslada al particular la carga de probar lo contrario a través de la correspondiente demostración, siendo así como debe entenderse la validez de las resoluciones administrativas a que alude el art. 45 de la L.P.A. En razón a esta primera presunción los acuerdos dictados por la Administración pública tienen una eficacia inmediata que tan sólo queda demorada (Párrafo 2º del art. 45) cuando así lo exija el contenido del acto, o esté supeditada a su notificación, publicación o aprobación posterior. Sobre estas bases se asienta el principio de ejecutividad, que puede formularse así: por regla general los actos administrativos son inmediatarios ejecutivos y la interposición de cualquier recurso no suspende la efectividad de la resolución impugnada.

Este esquema general, aplicable tanto en vía administrativa como en vía judicial, se encuentra recogido en nuestro Derecho, entre otros textos básicos, en los artículos 33 y 34 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, 101 y 116 de la L.P.A., 122 de la L.J., y, en relación con las Corpora-

ciones Locales en el art. 51 de la Ley 7/85 de 2 de abril, de Bases del Régimen Local, concordante con el art. 361 de la ya derogada Ley de Régimen Local.

Esta doctrina general conduce a que la suspensión de la ejecutividad del acto sólo procede en los supuestos de impugnación de una resolución viciada de nulidad radical o absoluta (nulidad de pleno derecho), o cuando de su ejecución pudieran derivarse perjuicios de reparación imposible o difícil, o cuando una disposición establezca lo contrario.

La vigencia de esta normativa, después de la entrada en vigor de la Constitución, ha sido justificada por el *Tribunal Constitucional*, que en sentencia 66/84, de 6 de junio señala que la ejecutividad de los actos administrativos *sancionatorios*, y con mayor razón los que no tienen este carácter, no es algo contrario al derecho de *tutela judicial efectiva sin indefensión*, ni hace quebrar tampoco la *presunción de inocencia*, porque estando abierto el control judicial con ocasión de la impugnación del acto, de modo que se garantice la valoración de los intereses comprometidos por la ejecutividad, el contenido esencial del derecho de tutela no padece. Sentencia del Tribunal Supremo de 3-1-89.

En definitiva, suspender la ejecución significa asegurar la integridad del objeto litigioso en vía de recurso.

Los recursos administrativos y contencioso administrativos no suspenden, según la regla general, la ejecución de los actos impugnados. Se trata de evitar que la actividad de la Administración, orientada a la satisfacción de intereses generales (art. 103,1, de la C.E.) pueda resultar paralizada por la simple oposición de un particular, que casi siempre defenderá, al interponer el recurso, intereses particulares suyos; pero, por otro lado, una aplicación absoluta de esta regla general de la no suspensión podría hacer ilusorio el derecho del ciudadano al propio derecho de recurso, a la propia tutela efectiva de los Jueces y Tribunales, constitucionalmente proclamada en el artículo 24,1 de la C.E., si luego resultare la estimación, a posteriori, del recurso interpuesto y no fuera posible reconstituir la situación que el acto recurrido, por su efectividad inmediata, hubiera alterado, de tal modo que fuera imposible o difícil su reparación.

Pero la imposibilidad o la dificultad de la reparación no es el único criterio que debe seguirse para decretar la suspensión. La Exposición de Motivos de la Ley Jurisdiccional se cuida de puntualizar que “respecto de la dificultad de reparación, no cabe excluirla sin más por la circunstancia de que el daño o perjuicio que podría derivar de la ejecución sea valorable económicamente”.

La posibilidad de reparación no debe, pues, medirse en términos económicos, que, en definitiva, siempre concurren. Recordemos que en ejecución de sentencias civiles la imposibilidad de cumplimiento “in natura” de lo que en ellas se establece, determina la “sustitución” por la indemnización de daños y perjuicios.

Basta con que la reparación “in natura” sea imposible o difícil para que proceda la suspensión de la ejecución del acto recurrido.

Por otro lado, la misma Exposición de Motivos impone un cotejo entre los intereses públicos y privados en juego. Un auto del Tribunal Supremo de 7 de junio de 1989 expresa con claridad que cuando las exigencias de ejecución que el interés público presenta son tenues, bastarán perjuicios de escasa entidad para provocar la suspensión; por el contrario, cuando aquella exigencia sea de gran intensidad, sólo perjuicios de muy elevada consideración podrán determinar la suspensión de la ejecución.

La comparación de los intereses públicos y privados en juego es lo que determinará que se opte por el perjuicio menor cuando haya que resolver sobre la procedencia de la suspensión.

Se insiste en que la suspensión, transitoria paralización de los efectos del acto administrativo, está llamada, cuando se postula en vía de recurso, a asegurar la integridad del objeto litigioso en tanto se produce una decisión definitiva sobre la validez del mismo.

El fundamento de la suspensión lo hallan los autores bien en el interés general, elemento esencial de todas las instituciones de Derecho público, bien en el carácter provisional del acto administrativo, que no es definitivo, en tal caso, bien en la propia lentitud de la justicia administrativa, que motiva que un acto impugnado y ejecutado prolongue en el tiempo sus consecuencias hasta que recaiga sentencia firme, que puede dejar sin efecto dicho acto, lo que va a dilatarse por algún tiempo.

El art. 122 de la L.J. alude a la suspensión del acto o disposición objeto del recurso, lo que implica que la suspensión puede extenderse, en principio, a toda clase de actos y a cualquier disposición administrativa, Reglamentos, Decretos, Órdenes Ministeriales, disposiciones todas de carácter inferior a la Ley.

El art. 122 de la L.J. se pronuncia en términos imperativos: “procederá la suspensión”, a diferencia del art. 116 de la misma donde se indica que la autoridad a quien competa resolver el recurso administrativo “podrá suspender”, de oficio o a instancia de parte, la ejecución del acto recurrido.

III. SUPUESTOS CONCRETOS

Veamos algunos supuestos de suspensión o de no suspensión según la naturaleza y contenido de los actos administrativos impugnados.

Aludiremos a supuestos decididos por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Las Palmas, o por el Tribunal Supremo en recientes resoluciones.

A) Nos referimos, en primer término, a aquellos supuestos de hecho en los que la ejecución supone la *desaparición de un negocio en funcionamiento, la pérdida de clientela y del medio de vida de sus titulares, y la extinción de los contratos laborales*.

En estos supuestos procede, por lo general, suspender la ejecución, aunque, como pone de relieve un auto del Tribunal Supremo de 20 de junio de 1989, ello no implique establecer criterios rígidos que son incompatibles con esta materia, siempre supeditada a las particularidades de cada caso. La suspensión, como regla general aplicada de hecho a los mencionados supuestos, viene motivada porque en ellos la ejecución puede originar a los interesados perjuicios o daños de imposible o difícil reparación y así un somero repaso de nuestra jurisprudencia más reciente pone de manifiesto que se ha accedido a la suspensión ante una Orden de clausura de locales destinados a guardar autobuses —Auto de 20 de enero de 1987—; ante la denegación de renovaciones de autorización para el funcionamiento de Salas de Bingo —Autos de 11 de febrero de 1987, 6 de junio de 1988 y 3 de mayo de 1989—; ante órdenes de cierre de establecimientos —Autos de 23 de febrero y 19 de noviembre de 1987, 22 de marzo y 1 de junio de 1988 y 21 de marzo de 1989—; de cese de actividad de planta de machaqueo y clasificación de áridos —Auto de 5 de marzo de 1987—; ante órdenes de cierre de bares —Autos de 23 de marzo y 12 de diciembre de 1987— o de un kiosko-bar —Auto de 22 de abril de 1987—; de una Oficina bancaria —Auto de 12 de junio de 1987—; ante el requerimiento de desalojo de un local comercial —Auto de 17 de julio de 1987—; de una terraza-bar —Auto de 21 de diciembre de 1987—; de un local de trapería-chatarrería —Auto de 31 de diciembre de 1987—; ante la caducidad de la concesión de puestos de mercado —Auto de 8 de marzo de 1988— o la privación del ejercicio de profesión —Autos de 14 de marzo y 26 de junio de 1988—; ante la retirada de licencias de Autobús —Autos de 21, 23, 28 (dos) y 29 de marzo, 6 de abril, 20 de

junio y 9 de julio de 1988—; cancelación de título de empresa operadora en el Registro de la Comisión Nacional de Juego —Auto de 22 de junio de 1988—; órdenes que implicaban la pérdida de un negocio y extinción de contratos laborales —Auto de 24 de junio de 1988— o cese de uso de edificio —Auto de 17 de julio de 1988—. También es procedente la suspensión de la clausura de un establecimiento de bar, pues la ejecución de la orden de cierre ocasionaría perjuicios de difícil o imposible reparación y cuantificación.

B) Tratándose de la *realización de obras*, que son de saneamiento en una barriada y que son las que se impugnan, es visto que toda la cuestión tiene un marcado carácter económico, de donde deriva que, aun en el caso de que las obras fueran improcedentes o no hubieran de realizarse por un determinado señor, sino por otro distinto, los gastos tenidos por aquél con motivo de su realización son fácilmente indemnizables, habida cuenta de la indudable solvencia económica de la Corporación Local, por lo que no ha lugar a la suspensión (Auto 31 de mayo de 1989).

Cuando se trata de *licencia de obras*, la suspensión de las licencias ya concedidas ciertamente produciría perjuicios de diversa naturaleza, teniendo en cuenta que las obras se han iniciado, consistentes dichos perjuicios en la paralización de las obras, suspensión de contratos de trabajo, alejamiento temporal de las expectativas turísticas, etc. Pero, sin duda alguna, tales consecuencias lesivas nunca serían tan graves como las que llegarían a producirse si, en su día, una resolución judicial firme declara la nulidad de las licencias, y, terminados o no los edificios, se han vendido en todo o en parte, involucrando así a terceras personas en una solución traumática, como sería el derribo de las mismas. En el primer supuesto, de suspensión del acto administrativo, los posibles daños y perjuicios tienen una dimensión temporal, tanto si la sentencia firme es favorable como adversa, y una elemental cautela aconseja la *suspensión del acto impugnado* (concesión de licencias). Auto del Tribunal Supremo de 2 de enero de 1989.

Respecto de la *suspensión de actos de edificación*, el Tribunal Supremo en auto de 17 de abril de 1989, señala que el recurrente no ha acreditado que con la demora en la ejecución de la obra suspendida por el Alcalde, en el supuesto de obtener una sentencia firme favorable a sus pretensiones, no sea factible el que se indemnice por la demora en la construcción, y, por el contrario, de ser denegada su pretensión, los daños y perjuicios al interés público por la existencia de una obra no acomodada a la normativa aplicable, no encontraría la debida corrección tardía, si no es mediante la demolición total o parcial de

dicha obra, con el consiguiente perjuicio que afectaría a la Administración y a los interesados en el proceso, entre ellos al propio recurrente. Por ello no procede la suspensión.

Suspensión inmediata de unas obras. También se pide la suspensión de la suspensión.

El Tribunal Supremo en auto de 30 de octubre de 1989 explica que el interés público exige que una potestad como la ejercida por el Ayuntamiento se actúe cuando se la pone en ejercicio para el fin con que ha sido otorgada, en este caso impedir que unas obras se consumen mientras se decide si se realizan o no conforme a la licencia que las ampara, hasta que esta decisión tenga lugar, y por ello no procede la suspensión.

Otro supuesto de suspensión de suspensión de obras lo aborda el T.S. en auto de 30 de marzo de 1989 desde otra perspectiva, para llegar a la conclusión de la improcedencia de la suspensión: aceptar ésta hubiera implicado una autorización para continuar unas obras ilegales, al menos en apariencia, cuya prosecución podría consumir una infracción urbanística grave.

Por la denegación de la suspensión se inclina también el T.S. en auto de 20 de febrero de 1989.

El interés privado de simple carácter pecuniario ha de claudicar ante la indudable irreparabilidad de los daños y perjuicios que para el interés público pudieran ocasionarse por la no ejecución de unas obras, como las ordenadas, tendentes a garantizar la seguridad del edificio, aunque para ello la ocupante tenga que desalojarlo (Auto 20-2-89).

En lo que respecta a la *demolición* las soluciones varían según que se fundamente o no en la ruina de lo construido.

Es procedente la suspensión si los daños o perjuicios que hubiera que indemnizar ofrecen dificultades o imposibilidades de reparación, por tratarse de una demolición de viviendas, pues toda orden de demolición, por su propia naturaleza, si se ejecuta prematuramente, antes de la culminación del proceso pendiente, en el que ha de decidirse acerca de su procedencia y legalidad, puede dar lugar, en el caso de que fuere revocada, a perjuicios de imposible o muy difícil reparación, doctrina aplicable al supuesto en que se cuestiona la legalidad de una orden de demolición, máxime si se tiene en cuenta, además, que no aparecen como intensas las exigencias de interés público para llevar a efecto la ejecución (auto del Tribunal Supremo de 29 de abril de 1989).

Procede la suspensión, según otro auto del T.S. de 30 de octubre de 1989, de una orden de demolición que, de llevarse a cabo ahora, generaría, de estimarse el recurso, la obligación de restaurar íntegramente el estado preexistente al derribo.

La solución ha de ser bien diferente cuando la demolición es ordenada por razón de *ruina* de lo edificado, caso en el que lo procedente es denegar la suspensión, porque en caso de accederse a ella podrían derivarse daños y perjuicios graves si se produjera la ruina efectiva, el derrumbamiento del inmueble, sólo evitable con seguridad mediante la efectividad de la demolición decretada, aunque requiera como previo el desalojo del inmueble.

C) Acerca de las deudas tributarias

Importantes resoluciones del Tribunal Supremo como los autos de 18 de noviembre de 1987, 17 de mayo de 1988 y 10 de abril de 1989, han venido a subrayar que “frente a la doctrina de la no procedencia de la suspensión de la ejecución del acto administrativo recurrido, cuando éste tiene un contenido económico, matemáticamente expresado en una determinada cantidad dineraria presuponiendo para ello reparabilidad de los posibles daños y perjuicios de una ejecución a posteriori resulte improcedente, por declaración jurisdiccional, y la solvencia reconocida de las Administraciones Públicas, el dogma se ha venido dulcificando en los últimos tiempos, pensando en las dificultades económicas de los obligados al pago de ciertas cantidades y al impacto en la marcha de las empresas o de los simples particulares, con la consiguiente flexibilidad en la interpretación de las previsiones contenidas en el artículo 122 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”, así como que como culminación de este nuevo giro, tímidamente apuntado en los primeros momentos, se debe llegar a una afirmación más contundente del mismo, teniendo en cuenta que, de los créditos a favor de la Administración ninguno como los tributarios ha merecido mayor trato de privilegio, y de mayores garantías para su efectividad, lo que, sin embargo, no ha sido óbice para que, respecto de los mismos se adopte una política armonizadora de los derechos del Fisco, con la consideración con el contribuyente y con sus posibles dificultades económicas, arbitrando para ello la fórmula de posibilitar en todo caso la suspensión de la ejecución del acto condicionada tan sólo a la prestación de caución suficiente, fórmula recogida en el art. 22.1 de la Ley 39/1980, de 5 de julio, de Bases sobre Procedimiento Económico Administrativo, aprobado por el Real Decreto-Legislativo 2.795/1980, de 12 de diciembre, y desarrollado en el Reglamento de 20 de agosto de 1981 (artículo 81).

Hay que señalar además que en el ámbito de las Haciendas Locales, el artículo 192 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de régimen local, establecía una fórmula similar siempre que se acompañe “garantía que cubra el total de la deuda Tributaria” en los términos que en el número 3 de dicho precepto se establece (e incluso excepcionalmente, sin ella —número 4— “cuando el reclamante alegare y justificare en su solicitud la imposibilidad de prestarla”) y el actual artículo 14 de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales reitera la misma fórmula.

Evidentemente si dichas fórmulas vienen impuestas por el Legislador para durante la tramitación del recurso de reposición en vía administrativa, no existe razón alguna para que las mismas no sean tomadas en consideración en vía jurisdiccional la llevar a cabo y ponderar los intereses públicos en juego y la dificultad de reparación de los intereses privados, de conformidad con el artículo 122 citado de la Ley Jurisdiccional, y —en el supuesto de autos— decretar la suspensión de la ejecución de los actos impugnados, previa prestación de caución en cuantía equivalente a la de la deuda tributaria.

D) Esta misma solución puede extenderse al supuesto de *SANCIONES ECONÓMICAS*, mas para que así sea es necesario alegar y acreditar, al menos prima facie, que el pago inmediato de la sanción económica producirá dificultades económicas en los obligados al pago y un cierto impacto en la marcha de las empresas o de los simples particulares. Si nada se alega ni se acredita al respecto, parece evidente que la regla general ha de ser la de no suspensión, en cuanto que los daños y perjuicios son reparables por el sencillo procedimiento de devolver lo pagado, de estimarse el recurso.

E) Acerca de los *actos denegatorios, o actos administrativos negativos*, la jurisprudencia se ha inclinado por la aplicación del criterio de la no suspensión. Podemos encontrar dos razones que justifican tal criterio: de un lado, un acto negativo no produce una alteración de la realidad existente, sino su mantenimiento, mientras que, de otra parte, la suspensión de una denegación implicaría que la Sala de lo Contencioso Administrativo estaría otorgando lo que se solicitó y fue denegado, lo que supone anticipar la resolución sobre la cuestión de fondo y propiciar los resultados propios de la improcedencia de la denegación, que es la materia sobre la que versa el recurso contencioso administrativo, cuya decisión corresponde a la sentencia que, en su caso, recaiga en los autos principales, de que dimana la pieza de suspensión.

F) En lo que atañe al *DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR*, ya se señaló que el propio Tribunal Constitucional (sentencia 66/84 de 6 de junio) indica que la ejecutividad de los actos administrativos sancionadores no es contraria a la tutela judicial efectiva sin indefensión, ni hace quebrar tampoco la presunción de inocencia, porque estando abierto el control judicial con ocasión de la impugnación del acto, de modo que se garantice la valoración de los intereses comprometidos por la ejecutividad, el contenido esencial del derecho de tutela no padece (lo recogen también las sentencias del T.S. de 3 de enero de 1989 y de 17 de febrero de 1989).

Pero por otro lado resoluciones del propio Tribunal Supremo, como el auto de 26 de marzo de 1989, señalan que los fines que se persiguen con la imposición de una sanción, sean de expiación, o de prevención general o especial, o de ambos tipos conjuntamente, no implican, salvo supuestos especiales, una exigencia de suspensión inmediata (auto de 26 de marzo de 1989).

Por ejemplo la medida de *suspensión en el ejercicio de una profesión*, sí debe ser suspendida porque puede producir perjuicios de imposible o difícil reparación, dados los efectos derivados de dicha suspensión (pérdida de ingresos, clientela, desprestigio profesional) y como no hay exigencias intensas del interés público que demanden la ejecución inmediata, la consecuencia debe ser la suspensión de la suspensión.

La ejecución puede *demorarse*, en un supuesto de suspensión por dos años en el ejercicio de la profesión de Abogado, hasta que esta Jurisdicción se pronuncie en sentencia firme, garantizando así los derechos e intereses legítimos del actor a que se refiere el artículo 24 de la Constitución Española (Auto de 26 de junio de 1989).

Pero el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24, 1 de la C.E.) no ha venido a neutralizar, enervándola, la regla general de la ejecutividad de los actos administrativos, tan ligada al principio de eficacia en la actuación de la Administración Pública, según el artículo 103,1 de la C.E. (auto de 24 de mayo de 1989).

G) Especial relevancia para nuestra Comunidad Autónoma tiene la cuestión referente a la *suspensión o no suspensión de los actos administrativos que se concretan en una denegación de los permisos de residencia y trabajo para extranjeros o en una orden de expulsión de éstos* si se encuentran ilegalmente en territorio español.

En lo que respecta a la *suspensión de los actos por los que se deniegan los permisos*, es obvio que nos hallamos en presencia de un acto administrativo negativo, y, siguiendo los criterios antes enunciados, nuestra Sala ha denegado la suspensión, porque al incidir ésta sobre una denegación, la suspensión equivaldría a una concesión, con lo que anticipadamente se estaría resolviendo sobre la cuestión de fondo, y, en concreto, proporcionando los resultados propios de la improcedencia de la denegación, que es la materia sobre la que versa el recurso contencioso administrativo interpuesto, cuya decisión corresponde a la sentencia que, en su caso, se pronuncie.

En lo que corresponde a la *suspensión de las órdenes de expulsión de los extranjeros* por estancia ilegal en España, también la Sala ha optado por denegarla, teniendo en cuenta las características geográficas de nuestro Archipiélago, por su proximidad a África, que obliga a considerar la cuestión desde un punto de vista generalizado con relieve propio en el Archipiélago, que afecta a intereses públicos y generales de indiscutible prevalencia. En muchos supuestos el extranjero ya ha abandonado el territorio español con anterioridad a la solicitud de suspensión de ejecución, y, al encontrarse ya ejecutado el acto impugnado, no procede la suspensión del mismo (Autos del Tribunal Supremo de 10 y 30 de marzo de 1989). Sólo se puede suspender lo que se está ejecutando, no lo ya ejecutado.

IV. CRITERIOS GENERALES

Como criterios generales se pueden señalar los siguientes en orden al examen de la cuestión que se relaciona con la procedencia de la suspensión o de la no suspensión de la ejecución del acto recurrido en el proceso contencioso administrativo ordinario:

1º) Es improcedente examinar cuestiones de fondo (auto del T.S. de 7 de febrero de 1989) en la resolución de la pieza separada en que se tramita la petición de suspensión, y, en su virtud, no cabe anticipar indebidamente la resolución del proceso (auto del T.S. de 10 de abril de 1989).

2º) El ejercicio de la facultad judicial de suspensión se enfrenta siempre con un conflicto de intereses que debe ser resuelto con la decisión que la meditada y racional valoración de dichos intereses contrapuestos revele ser la de efectos

menos perjudiciales, onerosos y perturbadores dentro del contexto global de la situación jurídica creada por el acto administrativo cuya ejecución se solicita que sea suspendida.

3º) No cabe partir de un criterio único y absoluto, pues hay que prestar atención preferente a las singularidades del caso debatido, lo que implica un relativismo reñido con declaraciones dogmáticas y con criterios rígidos y uniformes (auto del T.S. de 8 de febrero de 1989).

4º) No basta alegar daños o perjuicios de imposible o difícil reparación, hay que acreditarlos de algún modo; hay que proporcionar a la Sala que ha de decidir sobre la suspensión los elementos precisos para que la misma pueda compartir el criterio de la parte recurrente sobre la causación por la ejecución del acto recurrido de daños o perjuicios de la clase de los expresados.

“PRESTACIÓN SOCIAL DE LA ABOGACÍA EN EL PROYECTO DE LEY DE AYUDA LEGAL”

VICENTE FALOMIR PITARCH

ABOGADO

DECANO DEL COLEGIO DE ABOGADOS DE CASTELLÓN

VICEPRESIDENTE DEL CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA

Permitidme que recuerde que el Derecho no nace nunca del individuo, sino de la sociedad. *Ubi Societas ibi jus*. El Derecho es posterior a la existencia de la sociedad. Los hombres han vivido, viven y vivirán la sociedad, además de en la sociedad. Derecho y sociedad son concomitantes. El Derecho es, en definitiva, la realización del hombre en la realidad social.

Por el Derecho se somete al hombre y éste lo invoca y ejerce. Saber de Derecho es una disciplina social de las más antiguas y en la Abogacía reside ese saber. Si conforme a nuestras normas corresponde al Abogado, de modo exclusivo y excluyente, la protección de los intereses susceptibles de defensa jurídica, todo cuanto afecta a la justicia y consiguientemente a la sociedad, trasciende a la Abogacía.

Si a ello se añade que nuestra profesión se diferencia de otras por tener concedidos los sublimes privilegios de la libertad e independencia, garantizados por el amparo judicial de la libertad de expresión y de defensa y el goce de los derechos inherentes a la dignidad de la función, todo ello conlleva el cumplimiento de una exigencia ética para con la sociedad y que la verdadera y auténtica función de la Abogacía e incluso su definición, es su servicio al Derecho y a la sociedad.

Nuestros Colegios al velar, pues, por el buen hacer de la Abogacía, están sirviendo como colectivo de hombres libres, a la más pacífica convivencia, al mejor cumplimiento de los deberes y al cuidado en el ejercicio de los Derechos.

Nuestros principios éticos deben, cada día, ser más resaltados y a los Colegios de Abogados corresponde aplicar una eficaz disciplina, teniendo como misión esencial la de protección a la sociedad, prevalente a la defensa de los intereses profesionales.

Dentro de esa función pública de utilidad a la sociedad, la Abogacía, además de contribuir a la paz social y a la tranquilidad y convivencia de la comunidad, facilita el acceso a la Justicia a quienes carecen de recursos económicos, en estricto pie de igualdad con los más pudientes, mediante la asistencia a quienes se les concede el beneficio de ayuda legal y asegura la defensa a todas las personas, mediante el Turno de Oficio.

Ya en los siglos XVI y XVII nuestras Corporaciones Profesionales, tenían establecidos sendos turnos de pobres y de oficio, propiamente dicho. La diferencia fundamental entre el turno de pobres y el turno de oficio, consistió siempre en que el primero comportaba, prácticamente, una postura de caridad hacia la ciudadanía manifiestamente necesitada, mientras que el turno de oficio atendía básicamente a la petición de cualquier designación solicitada por los Tribunales, independientemente del estado económico o de fortuna del litigante. En realidad, aquel turno de oficio clásico tenía diferencias muy escasas con la libre designación de profesionales, ya que todos los Abogados solían percibir sus honorarios al concluir la causa y en régimen de cuota litis.

La entrada en vigor de las Leyes Procesales del siglo XIX supuso una estatalización procesal del Turno de Oficio, por un lado, y del Beneficio de Pobreza y consiguiente Justicia Gratuita, por otro. Ello no obstante, permanecen algunos resabios todavía en la actualidad en torno a tal distinción o diferencia, manteniéndose la confusión sobre la significación del Turno de Oficio y el de la Justicia Gratuita.

Conforme a las Leyes de Enjuiciamiento Civil y Criminal, el Beneficio de Pobreza o Defensa por Pobre consistía (y así lo define Guasp), como el privilegio procesal de exención de los gastos que el proceso origina, otorgado a aquellas personas que, por la insuficiencia de sus recursos económicos, no pueden satisfacerlos, teniendo su fundamento en permitir a persona de toda condición económica el acceso a la petición de justicia.

Originariamente, la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su art. 13 preceptuaba que “la Justicia se administrará gratuitamente a los pobres que por los Tribunales y Juzgados sean declarados con derecho a este beneficio”. Y entre los que se concedían, se comprendía el “que se les nombre Abogado y Procurador, sin obligación de pagarles honorarios ni derechos”; además se otorgaba el usar papel del sello de pobres, exención del pago de toda clase de derechos, el prestar caución juratoria, en vez de hacer depósitos para interponer recursos y el que se cumplimentaren de oficio exhortos y despachos.

Conforme al art. 15, sólo podían ser declarados pobres los que vivieran de un jornal eventual o de un salario permanente o sueldo, que no excediera del doble del jornal de un bracero en la localidad; los que vivían de rentas cuyos productos no excedieran de la suma equivalente a la del jornal de dos braceros o los que vivieran del ejercicio de una industria que pagasen contribución con una cuota correspondiente a un beneficio líquido, que no excediera del doble del jornal de un bracero. Existía la modalidad denominada de la media pobreza, para quienes tuvieran ingresos o rentas que no excedieran de la suma equivalente al jornal de tres braceros. (La declaración de pobreza se instaba mediante demanda en la que había que hacerse constar la naturaleza de los demandados; domicilio actual y domicilios de los cinco años anteriores; estado, edad, profesión u oficio y medios de subsistencia; si fuera casado o viudo y, en su caso, nombre del consorte e hijos; la casa donde habitara y alquiler que pagase, bienes de los consortes y sus hijos y aportación de certificaciones justificativas de no pagar contribución, o la que pagase, y de estar o no inscrito en las listas electorales. El procedimiento se sustanciaba por los trámites para los incidentes y la sentencia comportaba la condena en costas, caso de ser denegada).

Obtenida la declaración de pobreza eran nombrados de oficio Abogado y Procurador, que se encargaran de la representación y defensa y el interesado, que pretendía demandar, debía de pasar al Letrado una relación circunstancial de los hechos en que fundaba su derecho y los documentos o expresión de medios con que contara para justificarlos. Si el Letrado designado estimaba que eran insuficientes tales antecedentes, podía solicitar se requiriese al interesado para ampliarlos y cuando con dicha ampliación, o sin ella, el Letrado estimaba insostenible el derecho que quería ejercer el declarado pobre, podía excusarse de la defensa ante el Juzgado (en el plazo de diez días) y en tal supuesto se pasaban los Autos al Colegio de Abogados, para que dos Letrados, de los que pagaban primeras cuotas de contribución, dieran su dictamen y de ser conforme

con el del Letrado nombrado de oficio, se le denegaban los beneficios de la defensa. Caso contrario, de estimar sostenible la pretensión, se designaba de oficio otro Abogado, para el que era obligatoria la defensa. De forma similar, estaba regulado para el caso de que el pobre legal fuera el demandado.

En la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en su art. 118 se concede y asegura el derecho de defensa a quien se impute un acto punible, designándose Abogado y Procurador por Turno de Oficio, cuando no fuera nombrado por el interesado, y la declaración de pobreza es, prácticamente, igual a la de la Jurisdicción Civil y añade, expresamente, el art. 121, que “todos los que sean parte de una causa, y no estuvieran declarados pobres, tienen la obligación de satisfacer los derechos de los Procuradores que los representen, los honorarios de los Abogados que les defiendan, los de los Peritos que informen a su instancia y las indemnizaciones de los testigos que presentare”.

En nuestra Constitución de 1979, el art. 14 instaure que “los españoles son iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquiera otra condición o circunstancia personal o social”. En su art. 17.3, declara el derecho fundamental a que “toda persona detenida tiene que ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y la razón de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar. Se garantiza la asistencia de Abogado al detenido en las diligencias judiciales y jurisdiccionales, en los términos que la Ley establezca”. También, en su art. 24.1 se establece como derecho fundamental, que “1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. 2. Así mismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley, a la defensa y a la asistencia de Letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia”. Por su parte el art. 119, dentro del Título del Poder Judicial, instaure que “la justicia será gratuita cuando así lo disponga la Ley, y en todo caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar”.

Consecuencia del nuevo Orden Constitucional, fue la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil por la Ley 34/1984 de 6 de agosto, con el cambio de nominación de beneficio de pobreza por el de Justicia Gratuita, señalando el art. 13 que “la justicia se administrará gratuitamente a las personas que acrediten

insuficiencias de recursos para litigar ante el Órgano Jurisdiccional competente y aquellas otras personas físicas o jurídicas, a quienes por disposición legal se haya concedido ese beneficio”. El siguiente art. 14, reconoce el derecho a justicia gratuita, a quienes tengan unos ingresos o recursos económicos que por todos los conceptos no superen el doble del salario mínimo interprofesional vigente en el momento de solicitarlo. Se señala en el art. 20 que “el reconocimiento del derecho a litigar gratuitamente se solicitará del Juez o Tribunal que conozca o vaya a conocer del proceso o acto de jurisdicción voluntaria en que se trate de utilizar y que en la demanda se expresarán los datos pertinentes para apreciar los ingresos o recursos del solicitante, sus circunstancias personales y familiares, pretensión que se tiene que hacer valer y parte o partes contrarias, pudiendo el interesado solicitar que se le nombre Abogado y Procurador de Turno de Oficio para este juicio. Sobradamente conocéis que la solicitud tiene que tramitarse como incidente del proceso principal y por el juicio verbal, con audiencia de las demás partes y del Abogado del Estado. Los efectos de la Justicia gratuita, según el art. 30, son el disfrutar de los beneficios de exención del pago de toda clase de derechos o tasas judiciales, de reintegro del papel, inserción gratuita de anuncios y edictos, exención de hacer depósitos, para interposición de recursos y que se les nombre Abogado y Procurador sin obligación de pagarles honorarios y derechos.

La solicitud del reconocimiento del derecho de litigar gratuitamente comporta la designación de Abogado de oficio, que son nombrados en número de dos, en prevención de posible renuncia del primer designado.

Consecuencia, precisamente de la posterior eliminación del pago de derechos y tasas, determinó el desinterés judicial para tramitar las solicitudes de justicia gratuita, que, según datos comprobados, sólo con carácter excepcional son las que se tramitan y resuelven.

Las Normas Constitucionales, comportaron, así mismo, la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Penal que, si en su artículo 118 ya sancionaba el derecho de defensa, por imperativo del artículo 17 de la Constitución se introduce en el artículo 520 de la Ley Procesal Criminal el derecho de designar Abogado a toda persona detenida o presa y solicitar su presencia para que asista a las diligencias policiales y judiciales de declaración e intervenga en todo reconocimiento de identidad y, caso de no nombrarlo, se procede a su designación de oficio. Ello exigió la creación del correspondiente servicio por los Colegios de Abogados y estos servicios que en el año inicial de 1979 fueron 42.387, en el pasado año 1989, se incrementaron a 288.413. Las Palmas 8.914 en 1988, en 1989, 12.000.

En los demás Órganos Jurisdiccionales, como en el Contencioso Administrativo, la Jurisdicción Militar y la Laboral, se impone así mismo la prestación social a la Abogacía atendiendo, sin la obligación de que se le paguen honorarios, la defensa de quienes carecen de recursos o a quienes se concede por imperativo legal, como ocurre en el ámbito laboral que se otorga a todos los que actúen en la condición de trabajadores, cualquiera que sea su situación económica y sus sueldos o salarios.

En el Estatuto General de la Abogacía, de 24 de julio de 1982, artículo 57, la Abogacía asume la obligación de defender de oficio a los que lo solicitan, acreditando haber obtenido, o al menos promovido, la concesión del beneficio de pobreza, así como también presta su intervención para solicitar este beneficio. En la jurisdicción penal, los Abogados vendrán siempre obligados a la defensa, si el interesado solicita el nombramiento de oficio o no designa Abogado, así como a prestar el servicio de asistencia a detenidos. Añade el artículo 58, que la defensa en turno de oficio de los declarados pobres, no conferirá a la parte la obligación de satisfacer honorarios al Abogado que la ejercite, salvo en los supuestos autorizados por la Ley. La competencia para el repartimiento del Turno de Oficio, como de la Asistencia al Detenido, corresponde en exclusiva a las Juntas de Gobierno de los Colegios, salvo los supuestos contemplados por la Ley.

El desmesurado aumento del número de asuntos de Turnos de Oficio, así como de las asistencias al Detenido y Preso que si en 1979 fueron 56.485 y 42.387, respectivamente y alcanzaron ya en 1988, 196.711 y 260.960; las absolutamente insuficientes e inadecuadas consignaciones presupuestarias, impropiedades denominadas indemnización a los Abogados que prestan el servicio; el evidente abuso de personas que instan la designación de Letrado por Turno de Oficio, como supuesto beneficiario de la justicia gratuita, al faltar el filtro judicial de su reconocimiento, especialmente en los asuntos de familia, separaciones, divorcios, medidas sobre situación de los hijos y auxilios económicos, etc., que suponen al menos un 20 por 100 de la totalidad de los asuntos de turno, los gastos y desplazamientos que los Letrados han de asumir para intervenir en las asistencias a detenidos en centros de detención fuera de su residencia, etc., trajo la necesaria y obligada consecuencia de la queja y protesta de la Abogacía, desencadenándose acuerdos de los Colegios exigiendo adecuada e inmediata solución y adoptando medidas de suspensión de los servicios. No obstante la razón y justificada motivación de aquellas decisiones colegiales, desde el Consejo General se intentó siempre imponer criterio de prudencia y especialmente de cum-

plimiento y respeto a la prestación de la defensa, por imperativo constitucional, y la asistencia jurídica a quienes estuvieran realmente en situación de carencia de medios económicos.

De ahí que en la Asamblea de Decanos de 20 de mayo de 1988, constata-da, con grave preocupación, la existencia de defectos en la concepción, ordenación y funcionamiento de la defensa de oficio, con la secuela de perjuicios que se causaban a los ciudadanos, al propio Estado y a los Abogados, entre cuyos problemas existentes, se destacaba la confusión de la designación de Abogado en Turno de Oficio, con el derecho a litigar gratuitamente; que la regulación del derecho de Asistencia Letrada a Detenidos o Presos era insuficiente y debía modificarse en el sentido de constituir la primera actuación de defensa; que era inadmisibles que el Abogado no tuviera intervención suficiente para iniciar el procedimiento de “habeas corpus”; que el derecho constitucional de defensa, exige la imperativa e inmediata designación de Letrado desde la imputación de cualquier hecho punible; que el sistema de reconocimiento del derecho de justicia gratuita era inadmisibles, tanto por su defectuosa regulación como por la omisión total de sus funciones por los Juzgados y Tribunales y que dicho derecho de justicia gratuita era insuficiente en tanto la gratuidad no se extendía a todos los medios complementarios necesarios para la defensa y que las subvenciones presupuestarias eran notoriamente insuficientes y resultaban indignas, se acordó por la Asamblea de Decanos instar la modificación de la regulación contenida en las Leyes de Enjuiciamiento Civil y Criminal sobre reconocimiento del derecho a litigar gratuitamente, defensa en turno de oficio y asistencia letrada a detenidos o presos, con arreglo a los siguientes criterios: Establecer un sistema para el reconocimiento del beneficio de justicia gratuita, que excluyendo el procedimiento contencioso o judicial, se atribuya a un órgano extrajudicial con participación paritaria de los Colegios de Abogados; extender la intervención preceptiva de Letrado a toda clase de actuaciones ante órganos jurisdiccionales y administrativos; establecer el carácter obligatorio de designación de Abogado, desde el mismo momento en que se impute cualquier hecho punible; ampliar el control de Asistencia Letrada al Detenido o Preso, para atribuirle el carácter de primera actuación de defensa; reconocer la legitimación del Abogado para promover el procedimiento del habeas corpus y establecer un sistema que resuelva las deficiencias económicas con que se subvenciona la prestación social de la Abogacía en los Turnos de Oficio y Asistencia a Detenidos.

Convocado el V Congreso de la Abogacía Española en la primera de las ponencias, a la que correspondió el tema de “La Abogacía ante la situación

de la Administración de Justicia y la Administración Pública. Problemas, alternativas y soluciones. Los Turnos de Oficio y de Asistencia al Detenido'', se aprobaron importantes y concretas conclusiones sobre el tema. Este V Congreso de la Abogacía Española, del que se cumple precisamente ahora un año, con reconocimiento de deficiencias, errores y desafortunadas incidencias en su celebración, tuvo un resultado realmente positivo con sus conclusiones, fruto de profundos y numerosos trabajos, a las que se incorporaron más del 80% de las enmiendas presentadas, y cuyas conclusiones se encuentran ya en ejecución y desarrollo, como son las normas ya vigentes de Composición y Funcionamiento del Consejo General de la Abogacía Española, el nuevo Reglamento de Procedimiento Disciplinario, la ya muy avanzada redacción del nuevo Estatuto General de la Abogacía y, muy especialmente, en cuanto a la regulación de los Turnos de Oficio y Asistencia al Detenido.

En las conclusiones aprobadas en este V Congreso de la Abogacía, en cuanto a los Turnos de Oficio, cabe destacar las de que la asistencia letrada será preceptiva, además de en aquellos supuestos en que realmente se establezca, en los procedimientos en que el interesado así lo solicite; que la asistencia jurídica por los Letrados del Turno de Oficio, deberá retribuirse justa y adecuadamente y exigir al Estado, que es el obligado, que costee con cargo a los Presupuestos Generales la asistencia jurídica y debiendo sufragar los gastos que precise la prestación del servicio, así como las de los correspondientes a cualesquiera otros profesionales que por uno u otro medio colaboren con él; que el beneficio de justicia gratuita se reconocerá a quienes tengan unos ingresos que estén exentos de tributar por el I.R.P.F. o que no superen, por todos los conceptos, el importe del doble del salario mínimo interprofesional; que la Abogacía asume la obligación de asistir jurídicamente a quien haya obtenido el beneficio de justicia gratuita; que por Ley se regule el derecho de justicia gratuita, cuyo reconocimiento o denegación, se efectuará por una comisión integrada por un representante de la Judicatura, uno del Colegio de Abogados y otro del Ministerio de Hacienda; que la fecha de registro de entrada de la solicitud de justicia gratuita interrumpirá los plazos de prescripción, caducidad y procesales y que en la jurisdicción penal la designación de Letrado de turno no tendrá limitación alguna, sin perjuicio de que, simultáneamente, se inicie el trámite para clasificar al interesado como sujeto con derecho o no al beneficio de justicia gratuita.

En cuanto a la Asistencia al Detenido se reitera en las conclusiones del V Congreso, que ha de ser irrenunciable; que se extenderá a cuantas diligencias

sea necesario ejercitar el derecho de defensa; que la asistencia al detenido debe ser retribuida dignamente; que el Abogado designado tendrá la suficiente preparación para ello; que desde el momento de la detención se informará al justiciable de su derecho a designar Abogado y si no lo hace se procederá a su designación por Turno de Oficio y, especialmente, que la Asistencia al Detenido constituye el primer acto de defensa y ésta debe ser asumida por el Letrado designado hasta la terminación del proceso.

Para el desarrollo de estas conclusiones la Asamblea de Decanos acordó la constitución de una Comisión de Estudios, que coincidió con el cauce abierto, por primera vez, por el Ministerio de Justicia, para la negociación del tratamiento de futuro de cuanto concierne a la Justicia Gratuita, Turno de Oficio y Asistencia al Detenido o Preso.

Las negociaciones de la representación del Ministerio de Justicia con la Comisión designada por la Asamblea de Decanos, fueron largas y en momentos muy difíciles, con riesgo incluso de ruptura, especialmente por la pasiva postura del Ministerio a tratar la adecuada solución económica. Durante muchas sesiones flotó siempre la solución, como amenaza de crear un cuerpo de Letrados dependientes del Ministerio de Asuntos Sociales o del de Justicia que asumirían la defensa de los carentes de recursos y las asistencias de detenidos y presos.

La estructura de las negociaciones se realizó sobre las siguientes bases: Organismo competente para la concesión del beneficio de Justicia Gratuita o Ayuda Legal; determinación de las personas beneficiarias del derecho; beneficios a solicitar; efectos de la iniciación del procedimiento; forma de designación de Abogado y en su caso, de Procurador; relaciones entre Abogado y beneficiario; efectos del resultado del pleito y normas para la financiación y forma de pago del coste del servicio.

Concluyeron las negociaciones con la firma, el 13 de febrero pasado, de un Protocolo de los Acuerdos sobre Justicia Gratuita y Turno de Oficio, alcanzados entre el Ministerio de Justicia y la Abogacía.

Consta en el texto de dicho Protocolo, que las reuniones tuvieron por objeto dar solución adecuada a la problemática del servicio de Justicia Gratuita, al que tienen derecho todas aquellas personas carentes de suficientes recursos para litigar; concreta la reforma del actual sistema y convienen las partes en una propuesta de formulación legal, que permite alcanzar la eficaz realización de los valores a cuya consecución atiende. Que, de común acuerdo, se ha

elaborado un borrador de anteproyecto de una futura Ley, que habrá de ser promovida por el Gobierno, para regular de manera unitaria para todas las Jurisdicciones, bajo el rótulo de Beneficio de Ayuda Legal, tanto el Turno de Oficio como la Asistencia Letrada al Detenido, habiéndose convenido los aspectos fundamentales de dicha norma, contemplando la misma como garantía del ejercicio efectivo de los derechos reconocidos en los arts. 17, 24 y 119 de la Constitución Española.

Se regula el reconocimiento del Beneficio de la Ayuda Legal, que comprende la asistencia Letrada al detenido y al preso y la gratuidad para el ejercicio de los derechos individuales, ante el Órgano jurisdiccional competente, a quienes acrediten insuficiencia de recursos; correspondiendo la competencia para la declaración del beneficio y Ayuda Legal a una Comisión no judicial y sometida, la resolución, en su caso, a revisión jurisdiccional y al asumir la Abogacía y los Procuradores el desempeño del servicio de Ayuda Legal, el Estado por su parte, se obliga a la adecuada remuneración del servicio profesional prestado a los beneficiarios, determinándose como módulos de retribución, por cada actuación de servicio de guardia y asistencia al detenido, el de 10.000 pesetas, y por Turno de Oficio, en cualquier jurisdicción y actuación profesional, el módulo de 25.000 pesetas, cantidades que se revisarán anualmente conforme al índice general de precios al consumo.

Viene, pues a determinarse en este borrador del texto del Proyecto de la Ley Reguladora de los Beneficios de Ayuda Legal, las peticiones y pretensiones de la Abogacía para una efectiva prestación social, concretada en la asistencia al detenido y preso y en la gratuidad, para el ejercicio de los derechos individuales, en desarrollo y regulación del servicio público que el Estado tiene asumido, garantizando así a toda persona, el ejercicio efectivo de los derechos reconocidos en los arts. 17, 24 y 119 de la Constitución Española.

Las particularidades a destacar de este Proyecto de Ley son, que la insuficiencia de recursos se estima a quienes sus ingresos, por todos los conceptos, incluido patrimonio y por unidad familiar, no superen el doble del salario mínimo interprofesional, rentabilizándose a tal efecto el patrimonio de la unidad familiar; que la concesión del beneficio de Ayuda Legal, tendrá los efectos de gratuidad de la Dirección Letrada y de la intervención de Procurador, así como de los honorarios de fedatarios públicos, civiles, mercantiles o administrativos; gratuidad, así mismo, de los servicios a prestar por profesionales de cualquier ámbito y ciencia, previos al proceso, en el mismo o en su ejecución; exención de impuestos, arbitrios, tasas o cualquier otro tipo de pago a la Administración

Local, Provincial, Autonómica y Central; gratuidad de publicación de edictos en los Diarios Oficiales y medios de comunicación social y exención de hacer depósitos, así como de prestar fianzas que no afecten a terceros.

La solicitud del Beneficio Legal se tramita y resuelve por una Comisión compuesta por cuatro miembros, nombrados por el Ministerio de Justicia, recogiendo para tal designación las proposiciones del Colegio de Abogados, Colegio de Procuradores, Ayuntamiento y de la Administración Central o Autonómica, cuya Comisión tendrá su sede en el Colegio de Abogados o en su Delegación. La tramitación del expediente será muy simple, mediante solicitud en documento oficial y modelo único, acompañada de la documentación necesaria, relativa a la unidad familiar, para justificar la insuficiencia de recursos; la presentación de la solicitud producirá la interrupción de la prescripción de las acciones a ejercitar, así como la suspensión de los términos de caducidad y plazos procesales hasta la resolución de la petición. La Comisión resolverá en un plazo máximo de veinte días hábiles, contados desde la presentación de la solicitud y si transcurren sin resolverlo expresamente, se entenderá concedido el beneficio. La desestimación del otorgamiento del beneficio, podrá recurrirse en queja ante el Órgano Jurisdiccional competente y la concesión, podrá ser impugnada por medio de un incidente en el proceso principal.

Expresamente asume la Abogacía la obligación de prestar el servicio de Ayuda Legal, cuya intervención será organizada por los Colegios, pudiendo inscribirse a dicho servicio los Colegiados que voluntariamente lo solicitaren, siempre que fueran suficientes para atenderlo y, procurando, tengan la máxima especialización y dedicación al servicio.

El acceso a los turnos voluntarios se regulará mediante criterios de publicidad, méritos y capacidad y contarán con un número adecuado de adscritos, en base a los principios de economía y eficacia, conforme a las peculiaridades de cada Colegio y, cuando el Colegio de Abogados así lo disponga, el solicitante podrá elegir Abogado que lo defienda entre los inscritos en el turno.

Los efectos de la concesión del beneficio legal, una vez finalizado el proceso serán, si hubiera pronunciamiento sobre costas a favor del beneficiario, que los profesionales intervinientes instarán el cobro de sus honorarios y derechos y de obtenerlos, vendrán obligados a devolver la suma percibida por dicha ayuda legal y si la resolución no contiene pronunciamiento sobre costas, pero tuviera contenido económico, el beneficiario está obligado a satisfacer los honorarios profesionales, siempre que no excedan de la tercera parte del valor obtenido.

Puedo informar que, acordado en la base séptima del protocolo, que el Ministerio de Justicia se comprometía a incrementar, en los presupuestos de 1990, la partida correspondiente a los servicios de asistencia letrada al detenido y turno de oficio, en la cantidad de mil quinientos millones de pesetas, en tanto entre en vigor el nuevo sistema establecido en el acuerdo alcanzado y dando adecuado cumplimiento en el Proyecto de Presupuestos, presentado a las Cortes por el Gobierno, se ha fijado la suma de 5.997.516.000 de pesetas, que suponen un incremento sobre el año 1989, de 1.563.475.000 de pesetas.

Aun cuando sean necesarias matizaciones y puntualizaciones, para la mayor perfección de la norma, es realmente satisfactorio para la Abogacía el haber alcanzado el acuerdo con el Ministerio de Justicia que fija niveles de retribución dignos y eliminará, muy trascendentemente, la masificación que se sufre de falsos pobres y la Abogacía, dando cumplimiento a su propia esencia de prestación social, asume el desempeño del servicio de ayuda legal, con el compromiso de prestarlo con la mayor eficacia y especialización.

Ésta es, pues, con la efectividad de los acuerdos alcanzados con el Ministerio de Justicia, la esperanza de futuro en la solución definitiva para que los Abogados cumplamos, con una normativa adecuada aquella exigencia ética con la sociedad, que al principio os recordaba, facilitando y asegurando, con la función y utilidad pública de nuestra profesión, la defensa y el acceso a la Justicia a todas las personas, en estricto nivel de igualdad.

LA CONTRADICCIÓN EN LA FASE DE INSTRUCCIÓN DEL PROCESO PENAL

JOSÉ ANTONIO MARTÍN Y MARTÍN
MAGISTRADO
PROFESOR ASOCIADO DE DERECHO PROCESAL

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. CONTRADICCIÓN: SIGNIFICACIÓN Y DELIMITACIÓN CON FIGURAS AFINES.
- III. LA INSTRUCCIÓN: SUS CONTENIDOS Y FINES. MANIFESTACIÓN EN ELLA DE LA CONTRADICCIÓN.
- IV. CONSIDERACIONES FINALES.

I. INTRODUCCIÓN

Desde que en el ámbito procesal europeo continental se acogió para el proceso penal por delitos el denominado sistema acusatorio formal o mixto que sancionó el Code d'Instruction Criminelle francés de 27 de noviembre de 1808 (tras abandonarse el sistema acusatorio puro que había implantado la Revolución ante el fracaso del mismo y la ola de impunidades a que trató de poner freno con la instrucción preparatoria la Ley 7 de Pluvioso del año IX), inspirado en el acusatorio británico que alejado de la recepción del romano-canónico inquisitivo Blagstone sintetizaba en que nadie fuera juzgado sin pasar antes dos veces por sus jueces, tanto en dicho Code como en sus seguidores tales como el Ordenamento Judicial italiano de 6 de diciembre de 1865, el alemán de 1877 y desde luego nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal de 14 de septiembre de 1882, el proceso se estructura con dos principales fases o etapas, encaminadas la primera a la realización de una actividad preparatoria de la segunda consistente en síntesis, en depurar la “notitia criminis” determinando la probabilidad del mismo al objeto de decidirse sobre la procedencia o no del sometimiento a juicio del sospechoso, y la segunda al desenvolvimiento del debate o juicio propiamente dicho.

El proceso penal así concebido pasó a denominarse en esa primera fase de la “instrucción”, mientras que la segunda se llama “juicio”, “debate” y hasta “juicio oral”, dentro de lo que en países como Italia o Alemania se definen como proceso “definitivo” o “principal”, diferenciada de la encuesta o instrucción preparatoria, con las más diversas variantes según países y autores, con términos como plenario, proceso instructorio y proceso decisorio, etc., etc. y existiendo casi total unanimidad en ver en aquella primera fase las características del sistema inquisitivo, particularmente con la iniciación de oficio y la mezcla de las funciones acusatorias y juzgadoras, unido a las notas de escritura, secreto, prueba tasada y doble instancia, mientras que en la segunda se daba el acusatorio, es decir, necesidad de formulación de acusación ante quien juzga, defensa, oralidad, publicidad, libre valoración de la prueba e instancia única.

En España, tras la aceptación de las nuevas ideas frente a los procedimientos del antiguo régimen (recogidos sobre todo en la Nueva Recopilación de 1567 y la Novísima de 1805), que entraña la aprobación de la Constitución de Cádiz en 1812, se producen una serie de avances y retrocesos (que bien pueden

reflejarse en el Reglamento Provisional de 1835 o la Ley Provisional de 1850, cuando no en la también provisional Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1872 o en la Compilación General de 1879), la definitiva consagración del sistema mixto tiene lugar con la citada Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, con las dos nombradas fases de instrucción y juicio oral, también denominada la primera con la expresión que rubrica su Libro II de “sumario”, genuinamente española, como sustantivación masculina de lo que en la Novísima Recopilación se denominaba “información sumaria” (aunque no son extraños del todo otros términos como el de “debate” en artículos como el 680, 682, 683, etc.).

En nuestra nombrada Ley de 1882, aún vigente como es sabido, no se contiene regulación expresa de la contradicción, aunque en su por todos alabada Exposición de Motivos se da por entendida en el juicio oral cuando a propósito de los datos y elementos reunidos en el sumario afirma que “... más tarde han de utilizarse y depurarse en el crisol de la contradicción durante los solemnes debates del juicio oral”, lo cual se confirma con la regulación que se determina para el mismo con las acusaciones y defensas, la ineludible presencia de las partes y sobre todo la toma en consideración de las razones expuestas a la hora de dictarse sentencia (art. 741).

En cambio, respecto a la instrucción o sumario, la contradicción difícilmente se advierte en su acepción de opiniones enfrentadas y previamente expuestas a quien ha de resolver, como luego veremos, aunque tampoco estaba prohibida ni desde luego totalmente imposibilitada, y antes al contrario preceptos como el del art. 2 referente a que se consigne tanto lo adverso como lo favorable, la posibilidad de valerse de abogado tras el procesamiento que previene el 384, “bien para instar la pronta terminación del sumario, bien para solicitar la práctica de diligencias que le interesen y para formular pretensiones que afecten a su situación”, y hasta la propuesta de diligencias a practicar en el sumario de que hablan los artículos 311, 314 y 315, como ejemplos que podrían citarse, si entrañan posibles peticiones dispares.

Mas situándonos en tiempos no tan alejados de los actuales, del cúmulo de reformas producidas tanto en España como en nuestros vecinos europeos, la visión de la situación podría reflejarse mediante un somero análisis de la labor legislativa hecha en la última década o quincena de años, para englobar sobre todo el advenimiento del estado de derecho diseñado por nuestra Constitución, y las reformas hechas desde los años cincuenta hasta ella.

En la primera etapa ha de citarse en primer término la nueva ley o Code de Procedure Penale francés, de 31 de diciembre de 1957, nuestra Ley de reforma

del procedimiento de urgencia de 8 de junio de 1957 y la más innovadora aún del mismo de 8 de abril de 1967, y hasta la ley portuguesa de 6 de septiembre de 1977, en todas las cuales aun manteniendo el ya comentado sistema mixto y la instrucción a cargo del Juez, no contienen en ellas regulación expresa de la contradicción, aunque en la francesa, frente al monopolio de la acción penal a cargo del Ministerio Fiscal (similar al resto de Europa, donde se desconoce nuestra acción popular de que luego hemos de hablar) y la no posibilidad de que el Juez instruya de oficio (como sí es tradicional en nuestro derecho positivo), se agrega la posibilidad de que mediante la demanda de la parte ofendida se provoque el ejercicio de aquella acción penal del Fiscal, mientras que sobre todo en nuestra ley del 67 se rompe el esquema de la separación orgánica de ambas fases del proceso, pudiendo en los delitos menos graves juzgar el mismo instructor.

En cambio, en la segunda etapa, además de nuestro particular caso de adhesión a los Convenios internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950 y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966, principalmente, la aprobación de la Constitución de 1978 con expresos pronunciamientos sobre el proceso (derechos a la tutela judicial efectiva, defensa, información, presunción de inocencia, y, en suma, proceso con todas las garantías) y su desarrollo legislativo del que enseguida nos ocuparemos, las novedades no sólo son de gran trascendencia sino que implican ya un radical cambio en la concepción de la instrucción, al pasarse de una competencia judicial a una atribución al Fiscal, inspirada en el sistema anglo-norteamericano, aunque propiamente no sea ello la instrucción como también hemos de ver luego, sino la asunción del aspecto menos jurisdiccional de la misma cual es el de la mera investigación criminal, buscando esa deseable simplificación del proceso penal de que se ocupó expresamente la Recomendación de 17-9-87 del Consejo de Europa. Y así hemos de citar en primer término la Ley procesal penal alemana de 7 de enero de 1975 y los más recientes Códigos procesales de Portugal e Italia, respectivamente de 17 de febrero de 1987 y 22 de septiembre de 1988, donde como queda dicho se atribuye la mal llamada instrucción al Ministerio Fiscal⁽¹⁾, aunque con importantes correcciones como lo son, en la ley alemana

(1) El art. 263 del Código de Processo Penal portugués establece que “a direcção do inquerito cabe o Ministério Público assistido pelos órgãos de la Polícia Criminal” y el art. 327 del nuevo Código italiano, Codice di Procedure Penale por su parte establece “el pubblico ministero dirige la indagine e dispone direttamente della polizia giudiziaria”.

que el Tribunal del Land puede ordenar al Fiscal que ejerce la acción penal si el ofendido reclama, o que modifique su escrito de acusación si tras la apertura del juicio principal una más correcta determinación del objeto del proceso —hecho y persona— así lo requiera, cuando no que practique más diligencias para un mejor esclarecimiento (parágrafos 172, 202 y 207), en la Italiana que el Fiscal forma parte de la Magistratura (arts. 104 y 107 de la Constitución de 27 de diciembre de 1947) y en el caso de Portugal el que difícilmente se va a conciliar con el art. 32 de su Constitución según el cual “toda la instrucción es de la competencia de un juez que puede delegar en otras entidades la práctica de actos que no se vinculen directamente con derechos fundamentales”, y por ello mismo las medidas de coacción, así como el ordenar determinadas buscas y aprehensiones se ha reservado al Juez, mientras que el Fiscal lleva a cabo el “o inquerito” para ante su resultado archivar o deducir la acusación, lo que nos conduce a insistir en que la instrucción no es sólo la investigación criminal.

Y en fin, por lo que a nuestro derecho positivo respecta, dejando a un lado la nombrada Ley del 67 que aparte de lo ya consignado, ninguna novedad expresa trajo en orden a la contradicción, es la legislación constitucional y su desarrollo la que contiene notables novedades en orden a ella, comenzando por la ley sobre asistencia letrada a detenidos de 4 de diciembre de 1987 (elaborada como puede verse en coincidencia temporal con la elaboración de la Constitución), que afectó al derecho de defensa modificando los artículos 118 y 520, entre otros, de la vieja Ley de Enjuiciamiento Criminal, luego retocados en la posterior reforma de 13 de diciembre de 1983, para continuar con otras leyes que también posibilitan la contradicción como la de reforma del Código Penal de 25 de junio de 1983, las de terrorismo y prisión preventiva de 26 de diciembre de 1984, la del habeas corpus de 24 de mayo de 1984, sin olvidar la del denominado enjuiciamiento oral de 11 de noviembre de 1980, y sobre todo la del nuevo procedimiento abreviado de 28 de diciembre de 1988 y la de la nueva reforma del Código Penal de 21 de junio de 1989, con las importantes innovaciones contenidas en los artículos 781 y 788 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Con base en todo ello y en las elaboraciones doctrinales más significativas veamos lo que supone la contradicción procesal penal y la proyección que la misma ha de tener en el siempre latente tema de la naturaleza jurídica de la instrucción, acentuado ahora, si cabe, con las aludidas tendencias desjudicializadoras.

II. CONTRADICCIÓN: SIGNIFICACIÓN Y DELIMITACIÓN CON FIGURAS AFINES

Etimológicamente contradicción entraña decir lo contrario, y por ello mismo es la propia Real Academia de la Lengua Castellana la que dice de ella que es la “acción y efecto de contradecir”, para indicar con este último verbo que es “decir uno lo contrario de lo que otro afirma o negar lo que da por cierto”⁽²⁾. Y en efecto tal significación lingüística es la que ha de darse también en el mundo del Derecho, o más concretamente en el del proceso, de tal forma que ante la reclamación o pretensión de uno ha de darse la oposición o réplica del otro, de tal manera que como escribe GIMENO SENDRA⁽³⁾ a propósito del proceso penal “se da cuando ambas partes, acusadora y acusada o imputada, tienen la posibilidad efectiva de comparecer o acceder a la jurisdicción a fin de poder hacer valer sus respectivas pretensiones, mediante la introducción de los hechos que las fundamentan y su correspondiente práctica de las pruebas, así como cuando se reconoce al acusado su derecho a ser oído con carácter previo a la imposición de una pena privativa de libertad”.

La contradicción por tanto es consustancial a todo proceso y más en concreto a la defensa, en cuanto acto en que la misma se exterioriza, pero como veremos enseguida no son una misma cosa, puesto que la defensa comprende otros aspectos diferenciales como la articulación de pruebas, impugnación, etc. y su fundamento está más que en el principio de que nadie puede ser juzgado sin ser oído, en que la segunda se basa, en la necesidad que tiene todo juzgador de oír tanto a acusador como a acusado para poder llegar a tener conocimiento de la verdad material disponiendo de todos los elementos que la integran, pues como también escribiera CARUELUTTI cuanto más se oculta la verdad más esfuerzo ha de realizar el juez para descubrirla⁽⁴⁾.

Son notas o aspectos a tener en cuenta en la contradicción en primer término la debida llamada al proceso del interesado, y por tanto las comunicaciones que en tal sentido se le hagan (citaciones, emplazamientos o notificaciones) han de reunir los elementos precisos para que no se frustre su llamada. Un se-

(2) En su dimensión filosófica la contradicción es tenida por una de las leyes o categorías de conocimiento desde que la formuló Aristóteles diciendo que “el mismo atributo no puede al propio tiempo convenir y no convenir al mismo sujeto, considerándolo desde el propio punto de vista y bajo las mismas relaciones”. E.J. SEIX.

(3) *Derecho Procesal, Proceso Penal*. E. Tirant lo Blanc, Valencia 1988, pág. 53.

(4) *Derecho Procesal Civil y Penal, Principios del Proceso Penal*, Buenos Aires 1971, pág. 103.

gundo lugar lo ocupa la información, en idioma comprensible obviamente, pero sobre todo relativo al hecho en cuestión, con los matices que sean necesarios al fin informativo, a la vez que con tiempo o antelación suficiente para poder efectivamente contradecir. Tras ello, como tercera nota, se ha de dar la posibilidad de ser oído, formulando las oportunas alegaciones adversas o encontradas (hechos impeditivos, excluyentes o extintivos), así como proponiendo pruebas y hasta interviniendo en su práctica, con lo que en definitiva se integra su condición de parte que se proyectará en la posibilidad de interponer los recursos legalmente previstos (audiencia que también por razones de elemental lógica ha de ser posterior a la de la acusación, de lo que son fiel reflejo las “últimas palabras” del reo tras el acto del juicio oral, aunque autores como SÁEZ JIMÉNEZ y FERNÁNDEZ DE CAMBOA afirman que ya es tarde al estar todo hecho con antelación)⁽⁵⁾.

Mas esas notas que integran la contradicción toda, han de tener el común denominador de la igualdad de las partes, de tal forma que ambos, contradicción e igualdad se complementan, son elementos esenciales a todo proceso, y configuran una categoría de principios informadores del mismo, que miran precisamente a su esencia o estructura, frente a otros de diferente índole, tales como los que miran al órgano, al objeto, y hasta al mero procedimiento (oralidad, publicidad, inmediación, etc.). En cambio, la imparcialidad aun siendo también esencial en todo proceso, no puede decirse que sea exigencia específica de la contradicción, aunque autores como GOLDSCHMIDT⁽⁶⁾ sí lo entendían así, al afirmar este último, con su peculiar genialidad, que “quien no confiere audiencia a ambas partes por este solo hecho ya ha cometido una parcialidad, porque no ha investigado más que la mitad de lo que tenía que indagar”.

La contradicción así entendida no cabe duda que es propia del sistema acusatorio, donde como su nombre indica la existencia de una acusación es su primer requisito, con la inmediata consecuencia de la defensa en contradicción, para ser ambas desconocidas en el sistema inquisitivo, y por ello mismo históricamente la contradicción se ha de situar entonces dentro de las garantías procesales que predicó la Ilustración y que tuvo su consagración práctica con el triunfo de la Revolución Francesa y los códigos liberales que le siguieron a lo largo del siglo XIX, aunque curiosamente en tales códigos no aparece una regulación expresa de ella, como tampoco en los más recientes Tratados Internacionales reseñados en la Introducción de este trabajo, ni en nuestra Constitución

(5) *Compendio de Derecho procesal civil y penal*, Tomo IV, volumen I, Madrid 1966, pág. 527.

(6) *Derecho Procesal*, 1936, pág. 136.

del 78, aunque sí habla como ya indicamos de la defensa, de la información y del proceso con todas las garantías, además del derecho a la tutela judicial efectiva, que es donde los autores advierten se encuentra sobreentendida la contradicción, y hasta la jurisprudencia, tanto del Tribunal Supremo (incluso en época preconstitucional, al decirse en sentencias como la de 26 de diciembre de 1962 que “nuestro sistema de oralidad y acusatorio está inspirado en el equilibrio de acusación y defensa, de tal manera que ésta pueda conocer y defenderse respecto a lo que se imputa”) como del Tribunal Constitucional (en una de cuyas más recientes y trascendentales sentencias, la del 17 de abril de 1987, relativa a la contradicción e igualdad en la fase intermedia del proceso penal, argumenta precisamente que ambas son exigencias de la tutela efectiva). En cuanto a la legislación procesal, como veremos en el apartado siguiente, son diversas sus manifestaciones, aunque no se menciona de la forma expresa que veíamos en la Exposición de Motivos de Alonso Martínez, en el párrafo ya transcrito y en otro aún más significativo a los fines del tema que nos ocupa, que enseguida recogeremos.

Respecto a la delimitación con figuras afines a la contradicción poco nos resta por añadir a lo ya expuesto, si bien conviene precisar la clara diferencia con la igualdad, como ella determinante de la esencia del proceso, pero que mira al aspecto más concreto de la identidad de oportunidades de las partes, y no al enfrentamiento que siempre supone la contradicción, posibilitándose aquélla en el proceso penal no de forma meramente ideal como basta en el proceso civil, sino mediante la imprescindible presencia del acusado y de su Letrado defensor, designado incluso de oficio ante su pasividad.

La acusación podría ser, frente a la contradicción, la otra cara de la moneda cuando de la defensa se tratara, mientras que la aportación fáctica o de medios de prueba, lo mismo que la audiencia son sólo aspectos parciales del todo que es la defensa. Ésta, en cuanto derecho de defensa, como ya veíamos antes, comparte en gran medida coincidencias con la contradicción, pero su diferencia ha de estar en el mayor contenido de la defensa, que comprende no sólo alegaciones y pruebas sino también la impugnación.

III. LA INSTRUCCIÓN⁽⁷⁾: SUS CONTENIDOS Y FINES. MANIFESTACIÓN EN ELLA DE LA CONTRADICCIÓN

No es objeto de este trabajo entrar en el nunca cerrado tema de la naturaleza jurídica de la instrucción⁽⁸⁾ y menos aún en el de más reciente planteamiento a propósito de si debe ser asumida por órganos diferentes al jurisdiccional, llámese Policía Judicial, Ministerio Fiscal o cualquiera otro que se imagine. Ejemplos hay diversos en el Derecho Comparado, a los que ya aludimos precisamente en la Introducción, igual que a la Recomendación del Consejo de Europa acerca de la simplificación del proceso penal, y así como compartimos sin reserva alguna la necesidad de tal simplificación y hasta lo también propugnado por dicho Consejo referente a que siempre no sea necesaria por la evidencia del hecho punible o por su levedad, en cambio parece necesario una vez más insistir en dos ideas que a poco que se medite han de ser

- (7) El término “instrucción” como ya vimos al principio, se usa en nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal como sinónimo de “sumario”, aunque tras la Ley de 8 de abril de 1967 la diferenciación entre ambos se pone de manifiesto, implicando la primera el género y la segunda la especie, al ser también otra especie de la instrucción las por esa ley denominadas diligencias previas, mantenidas como ya se ha comentado también para el nuevo procedimiento abreviado, mientras que en los autores, tanto patrios como extranjeros, se utilizan las más diversas expresiones tales como procedimiento preparatorio (Beling, *Derecho Procesal Penal*, E. Labor, 1943, pág. 268), procedimiento preliminar (Carnelutti, o.c. pág. 98), proceso instructorio (Fenech, *El Proceso Penal*, E. Egea, 1982, pág. 296), instrucción preliminar (Sáez Jiménez y Fernández Gamboa, o.c. pág. 683), actuaciones sumariales (*Derecho Procesal Penal*, Gómez Orbaneja y Herce Quemada, pág. 156, 1987), actuaciones preliminares (Viada-Aragoneses, *Curso de Derecho Procesal Penal*, 1968, pág. 253), fase de instrucción (Prieto Castro, *Derecho Procesal Penal*, Tecnos, 1982, pág. 282, aunque también habla de instrucción sumaria), por citar sólo los más significativos, mientras que autores más modernos hablan asimilando la instrucción a la investigación oficial (Almagro Nosete, o.c. pág. 209), o propugnan incluso la sustitución del término instrucción por el de fase de investigación (M.C. Calvo Sánchez, *La Ley número 2.491, de 22 de mayo de 1990, La fase de investigación en el nuevo proceso penal abreviado regulado por la L.O. 7/1988 de 28 de diciembre*).
- (8) Los autores suelen sintetizarlas en las tres direcciones de serlo de carácter administrativo (Aragoneses Alonso, o.c. matizando que aunque así lo sea está encomendada a órganos judiciales), de índole preprocesal (como Alcalá Zamora, Fernández Gamboa, o.c. pág. 761), o procesal (como sostiene la mayoría de nuestros procesalistas, con base en estar atribuida a órganos jurisdiccionales y tender a la preparación del proceso penal del que es presupuesto indispensable, Serra Domínguez, *Estudios de Derecho Procesal*, E. Ariel 1969, pág. 720, por ser parte de él del que se nutre y trae pruebas a ratificar en el plenario, Jiménez Asenjo “concepción técnico-jurídica de la instrucción criminal”, *Rev. Derecho Procesal* 1960 pág. 578), por estar integrada en el proceso instructorio (Fenech o.c., por implicar actividades jurisdiccionales con alguna función administrativa como la investigación —Gómez Orbaneja o.c.—) a las que habría que agregar la postura mixta que le ve carácter jurisdiccional y administrativo como procedimiento propio diferente al penal sustentada por Pastor López (“El sumario: su función y naturaleza jurídica”, *Rev. Derecho Procesal* 1965, n° 1, pág. 93).

siempre elemental punto de partida, y ellas son por un lado el determinar qué se pretende con la instrucción penal, y por tanto qué funciones o contenido ha de tener para que ese fin no se frustre, y otra qué aspectos o cometidos de tales funciones han de ser necesariamente jurisdiccionales.

En lo que respecta al fin de la instrucción, así como sería desorbitado indicar que la Justicia Penal, la actuación de la ley penal y con ella el logro de la paz y defensa de la sociedad frente a las conductas que por ley se estiman merecedoras de una pena a imponer dentro de la garantía de un juicio de culpabilidad, ya que ése es el fin del proceso penal todo, pero no de la instrucción que a lo sumo sería sólo una parte del mismo, no cabe duda que también nos quedaríamos cortos si sólo viéramos en la instrucción penal una mera preparación del juicio o incluso una mera preparación de las acusaciones y defensas, pues aun siendo cierto ello, y de que incluso por la gravedad y trascendencia que el delito objeto del juicio así lo pudiera requerir, si sólo se fundamentara la instrucción en aquellas preparaciones, fácilmente podrían buscársele sustitutos, como los hay evidentemente en la preparación de procesos civiles por graves o importantes cuestiones económicas que en ellos haya en juego. Hay algo más en la instrucción, que esos aspectos, demasiado lejano uno y excesivamente estrechos los otros. Pensamos que por el contrario la instrucción penal, como antecedente inmediato del juicio oral, pleno en contradicción, y a salvo excepciones como las ya comentadas acerca de su innecesariedad, es un estadio o fase del proceso penal que precisamente por su trascendencia y gravedad se hace imprescindible para que en ella se tutelen los derechos fundamentales afectados por la investigación preparatoria, por la adopción de medidas cautelares tendentes a asegurar la presencia del imputado y la efectividad de las penas y responsabilidades pecuniarias que pudieran fijarse en el fallo y hasta para practicar anticipadamente aquellas pruebas que no puedan esperar al juicio, y que entrañan además el soporte también imprescindible para enjuiciar la acusación, decidiendo sobre la procedencia o no de su admisión y prosecución del juicio, pues con ello, se tutela en definitiva el derecho a no ser sometido a juicio innecesariamente⁽⁹⁾, igual que se procura en aras de aquella defensa social que no deje de ser sometido a juicio quien deba serlo⁽¹⁰⁾, lo cual, dicho sea de paso, en nuestro peculiar sistema jurídico se garantiza además de con la acusación del Ministerio Fiscal con nuestra acción popular, que tanto agradaba a ALI-

(9) Al respecto confrontar nuestro trabajo "Instrucción penal y derecho a la tutela judicial efectiva, *Rev. Actualidad Penal*.

(10) Tutela incluso del derecho a acusar, dice Vázquez Sotelo en su trabajo "El principio acusatorio y su reflejo en el proceso penal español", *Rev. Jurídica de Cataluña*, 1984, pág. 393.

MENA hasta el punto de considerar que por ella nuestro sistema era el más perfecto de Europa⁽¹¹⁾.

Señalada pues esa finalidad esencial en la instrucción, no cabe duda que su contenido bien puede ser el que se detalla en preceptos como nuestros artículos 299 ó 789 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal a propósito del sumario o de las diligencias previas del antes procedimiento de urgencia y del ahora vigente procedimiento abreviado (L.O. 7/1988, de 28 de diciembre), y por tanto que comprende una actividad de investigación, otra de acopio de material probatorio (constancia dice el primero de los preceptos citados, además de recogida de piezas de convicción, cuerpo del delito, etc.) y una tercera referente a la adopción de medidas de aseguramiento (personales como prisión provisional o reales como fianzas y embargos).

Y esos tres contenidos, que a su vez permiten, como escribe ALMAGRO NOSETE, traslación de funciones al Ministerio Fiscal para descargar a los órganos jurisdiccionales, “esta traslación de funciones nunca pudiera ser completa pues durante la instrucción se adoptan medidas cautelares relativas a restricciones de derechos básicos que constitucionalmente requieren la decisión judicial”⁽¹²⁾, las que con ORTELLS RAMOS⁽¹³⁾ podríamos sintetizar de ejercicio de potestades jurisdiccionales en las siguientes: a) resoluciones de medidas cautelares, b) resoluciones restrictivas de derechos para obtención de medios de pruebas, c) resolución sobre admisión de la acusación y d) resoluciones sobre práctica anticipada de prueba y su realización. Por tanto, y siguiendo a ese último autor citado, también con él podríamos añadir que no requiere ejercicio de potestades jurisdiccionales el descubrir contra qué persona se dirige la acusación, de qué hechos se le puede acusar y de qué fuentes de prueba se dispone, siempre obviamente que su resultado precise reproducirse en juicio.

Por tanto, si la instrucción es todo aquello y no la mera investigación a que se circunscriben los tres últimos aspectos citados⁽¹⁴⁾, nada obstará a que éstos sean asumidos por quien no ejerza funciones jurisdiccionales (que es precisamente lo que hizo la ley alemana de 1975 y los nuevos Códigos portugués e italiano ya citados), pero sí se comete un evidente error terminológico al decir

(11) *Studio di Procedure Penale*, Turia, 1906, pág. 206.

(12) *Obra citada*, pág. 214.

(13) “Nuevos poderes para el Ministerio Fiscal en el proceso penal: límites constitucionales y valoración jurídico-política”, *Rev. Derecho Procesal* 1990, nº 2, pág. 224.

(14) En su trabajo aludido M.C. Calvo Sánchez, citando a Guasp y Viada, acepta la línea de ser sinónimo de formación del proceso, suponiendo aportación de elementos para el juicio que tanto puede darse en la fase sumarial como en la de juicio oral.

que esa atribución es la instrucción⁽¹⁵⁾, por mucho que históricamente la preponderante en la misma fuera la labor de averiguación o comprobación con olvido de los otros aspectos vigentes al menos desde 1882, igual que no deja de subsistir la instrucción jurisdiccional por muchos supuestos que en línea con la repetida Recomendación del Consejo de Europa se excluyan de ella, y porque en suma, pocos fueran los supuestos en que los investigadores no jurisdiccionales tengan que acudir a la decisión judicial para una escucha telefónica, para una entrada y registro o para prolongar una detención decretando prisiones provisionales, cuando no conminaciones para prestaciones de fianzas y satisfacciones de pensiones provisionales a las víctimas, con los consiguientes embargos en casos negativos, pues el que sean supuestos poco frecuentes, lo mismo que el que se produzcan absoluciones cuando los sobreseimientos libres no desvirtúan la razón de ser del proceso como tutela de derechos que siempre entraña.

Por consiguiente, partiendo de una Instrucción necesaria y jurisdiccional (a salvo las excepciones ya dichas, que consecuentemente tendrían que suponer una derogación del mandato contenido en el art. 308 de que en todo caso e inmediatamente el Juez tenga que instruir de oficio, lo que obviamente tampoco es ir contra la posibilidad de tal oficial iniciación, que garantice pasividades de la acusación pública y posibilite la llamada a los perjudicados al modo de lo prevenido en nuestro artículo 642 de la L.E. Criminal), la cuestión que se nos plantea a los fines propuestos en este trabajo es la relativa a las posibilidades que en ella han de apreciarse de cara a la contradicción y defensa que siempre parcialmente entraña, como ya vimos.

A este respecto no puede desconocerse que en nuestra legislación positiva pocas posibilidades existían, aunque como ya vimos en la Introducción no se prohibía ni estaba del todo impedida. No obstante el punto de partida de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal era contrario, y así escribió Alonso Martínez en la Exposición de Motivos, con una sinceridad que le honra, que el “extender al sumario desde el momento mismo en que se inicia las reglas de publicidad, contradicción e igualdad... no puede considerársela mas que como un ideal de la ciencia” para añadir que “duda que se realizara algún día por completo”. Y quizá por ello mismo CARNELUTTI⁽¹⁶⁾ claramente afirma

(15) “Funciones genuinamente instructoras” llega a decir Marchena Gómez, contraponiéndolas a lo que él denomina “cometidos de recepción, tramitación e indagación provisora de denuncias en espera de una definitiva solución judicial”, *La Ley*, número 2.239, de 30 de mayo de 1989, en su trabajo “Significación procesal de las diligencias tramitadas por el Fiscal en la Ley Orgánica 7/1988”.

(16) *Obra citada*, pág. 103.

que “el perfeccionamiento del proceso penal en la fase preliminar se va buscando precisamente en una más amplia intervención de la defensa”.

Mas, la posibilidad de contradicción y defensa en nuestras normas sobre la instrucción penal estuvieron siempre presentes en preceptos como los al principio citados, artículos 2, 311, 314, 315 y 384, en particular este último al prescribir que tras el procesamiento se podía valer de Abogado para solicitar diligencias defensivas y afectantes a la situación personal, además de la posibilidad de solicitarse en cualquier momento, aunque no puede negarse que propiamente no se piensa en la contradicción en los términos antedichos desde el momento en que el secreto de las actuaciones era la regla general según el art. 301 y sólo preverse la toma de conocimiento de las actuaciones tras el procesamiento y previa autorización judicial en el artículo siguiente (reformado con incorporación de la regla general contraria por la Ley de 4 de diciembre de 1978, como enseguida hemos de ver). Por ello mismo autores como SÁEZ JIMÉNEZ y FERNÁNDEZ GAMBOA⁽¹⁷⁾ escribieron bajo su vigencia que “en el sumario se rechaza la contradicción ya que sería consagrar un medio idóneo y fácil para que el imputado tuviera conocimiento de alegaciones y medios de prueba aprovechándose y empleando las armas de que dispusiera para anular la eficacia de la investigación procesal penal” y por ello añade “de suyo no lo requiere la finalidad sólo preparatoria y aunque es unilateral, siempre podrá dirigir escritos y recurrir, además de declarar el procesado cuantas veces quiera, conforme con el art. 400”. E incluso ahora, esa postura parece pervivir cuando autores como GIMENO SENDRA escribe también que la contradicción “no tiene necesariamente que alcanzar a los actos de investigación de la fase instructora, pero tras la segunda Guerra Mundial se reafirma la idea de que el derecho de defensa precisa para ser efectivo, su ejercicio dentro de esta fase preparatoria del juicio oral o de entrada de los hechos al procedimiento...”⁽¹⁸⁾ Palabras que como su tenor literal expresa miran sólo a los actos de investigación, es decir, a los que como veíamos bien podrían no serlo jurisdiccionales, y que dejan a salvo la posibilidad del contradictorio en aquellos otros actos, como autorización de medidas cautelares o restrictivas de derechos, ya que sin la posibilidad de examinar su base y resolver incluso en sentido negativo ninguna tutela de derechos implicaría.

Contrariamente a nuestra inicial Ley de Enjuiciamiento Criminal, son las reformas posteriores, particularmente tras la vigencia de la Constitución, las

(17) *Obra citada*, pág. 528.

(18) *Obra de la cita 3*, pág. 59.

que permiten afirmar sin duda alguna que el contradictorio ha sido incorporado a nuestra instrucción penal como regla general y que sólo es la excepción, en aras del buen fin de la actividad instructora en curso, la que ha de implicar la limitación o exclusión de aquélla, confirmando quizá la duda de Alonso Martínez de que se haga “por completo algún día”.

Y así hemos de citar, como ya adelantamos al principio, la importante Ley de reforma de los, entre otros, artículos 118, 302, 311, 333 y 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal 53/1978 de 4 de diciembre, y que además modificó la rúbrica del Capítulo IV del Título VI del Libro II de la misma, pasándolo a denominar “del ejercicio del derecho de defensa, de la asistencia de Abogado y del tratamiento de los detenidos y presos”. Son todas normas de gran trascendencia y por ello mismo sobradamente conocidas por lo que no vamos a entrar en detalles reproductores, aunque sí matizar que en el art. 118, situado precisamente en el Título V del Libro I denominado desde su vigencia “del derecho de defensa y del beneficio de pobreza en los juicios criminales”, no sólo da posibilidad del nombramiento de Abogado defensor a “toda persona a quien se impute un acto punible” desde su procesamiento como antes, y además ahora “desde que se le comunique la existencia del procedimiento, haya sido objeto de detención o de cualquiera otra medida cautelar”, sino que expresamente prescribe que será instruido de tal derecho y que además se informará de toda imputación de un delito al afectado al agregar que “la admisión de denuncia o querella o cualquier actuación procesal de la que resulte la imputación... será puesta inmediatamente en conocimiento de los presuntamente inculcados”; por lo demás también expresa ahora el precepto que el derecho de defensa se ejercita “actuando en el procedimiento cualquiera que éste sea”, mientras que el resto se refiere, como antes, a que deberá serlo con Abogado y Procurador y que si no lo verifica se le nombrarán de oficio, y también como desde entonces —1882 no conviene olvidarlo— agrega “cuando la causa llegue a estado en que se necesita el consejo de aquéllos o haya de intentar algún recurso que hiciese indispensable su actuación”.

Por otra parte, el art. 302, como ya adelantamos también, contiene ahora la regla de poder tomar conocimiento de las actuaciones todas las partes personadas (no sólo los procesados y previa autorización del juez, como antes) y además limita la declaración del secreto total o parcial a un mes y alzarse diez días antes de la conclusión, mientras que los artículos 311 y 333 hacen referencia el primero a la posibilidad de practicarse diligencias a instancia de cualquier parte personada (no sólo Fiscal o particular querellante) y el segundo a

que, además de poder presenciar las nuevas diligencias los procesados y la puesta previa en conocimiento a tal efecto, igual derecho asiste a quien se halla privado de libertad en razón de esas diligencias. Mientras que, finalmente, el artículo 520 se refiere a la información que de sus derechos ha de darse a todo detenido y a la necesaria presencia de Abogado en la primera declaración y diligencia de reconocimiento de que sea objeto, además de la información de las causas que han determinado su detención.

Dicha Ley de 4 de diciembre de 1978 fue, como ya se dijo anteriormente, sólo unos días anterior a la entrada en vigor de la Constitución y aunque ya estaba inspirada en sus mismos principios por coincidir ambas en su elaboración, posteriormente el nombrado artículo 520 es modificado juntamente con el 527 por Ley Orgánica 14/1983, de 12 de diciembre, denominada de “desarrollo del art. 17,3 de la Constitución en materia de asistencia letrada al detenido y al preso”. En el amplio texto del nuevo art. 520, y a los fines del tema propuesto en este trabajo, hemos de decir que en él se matiza ahora el derecho de información de la causa de la detención al precisar que se ha de referir a “los hechos que se le imputan y las razones motivadoras de su privación de libertad, y que la asistencia del Abogado consistirá, además de que sea informado el detenido o preso de sus derechos y de que sea reconocido por el médico forense o su sustituto legal, el de la Institución en que se encuentre o por el dependiente de centro de la Administración Pública, en “solicitar de la autoridad judicial o funcionario que hubiere practicado la diligencia en que el abogado haya intervenido (declaración o reconocimiento de identidad, como antes), una vez terminada ésta, la declaración o ampliación de los extremos que considere convenientes, así como la consignación en el acta de cualquier incidencia que haya tenido lugar durante su práctica” y además “entrevistarse reservadamente con el detenido al término de la práctica de la diligencia en que hubiere intervenido”, todo lo cual, si bien no satisface obviamente las aspiraciones de los Abogados defensores, sí supone, en cambio, como enseguida veremos, una clara posibilidad para la contradicción y por ende para el ejercicio de defensa a pesar de la situación de privación de libertad, que ahora queda eliminado a los casos de incomunicación acordada, según el nuevo texto del art. 527.

Por consiguiente, con los preceptos que nos vienen del texto originario de nuestro principal cuerpo legal procesal penal y sobre todo con las reformas del 78 y 83 no cabe duda que la contradicción está ya presente en la instrucción sumarial⁽¹⁹⁾, con aquella información, con la toma en conocimiento de las ac-

(19) Vázquez Sotelo, en el trabajo ya reseñado, sin reserva alguna afirma que la plena contradicción y la publicidad se dan en el sumario tras dicha reforma de 1978, aunque al propio tiempo afirma la pervivencia del inquisitivo por la iniciación de oficio, pág. 103.

tuaciones, con la petición de diligencias a practicar y hasta con esas ampliaciones de declaraciones a detenidos o presos y nuevas peticiones de diligencias tras la entrevista reservada posterior. No obstante, la inmediatez en la contradicción y particularmente su planteamiento previo a la toma de decisiones no está prevista pese a esas nombradas reformas, pero como queda dicho sí lo está en los términos comentados. En cambio, si de la instrucción sumarial nos desplazamos a la instrucción en el nuevo procedimiento abreviado de la L.O. 7/1988, que por su amplio ámbito competencial de delitos con privación de libertad hasta doce años supone una aplicación abrumadoramente mayoritaria en la práctica judicial diaria, como ya se está evidenciando, las previsiones en torno a la contradicción quizá pueda decirse que son aún más acentuadas, y ello con base no sólo en la mención expresa que sobre ella se contiene en el reformado art. 781 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, procedimiento “sin merma de la interdicción de la indefensión y del carácter contradictorio del mismo” le recuerda al Ministerio Fiscal cuando le encomienda entre otros aspectos “impulsar y simplificar la tramitación”, sino por la obligada presencia permanente del Letrado “desde que de las actuaciones resultare la imputación de un delito contra persona determinada y conforme a los arts. 118, 520 y siguientes, fuera necesaria su asistencia”.

Y es precisamente con esa continua presencia del Letrado defensor que prescribe el art. 788 por un lado, y con la posibilidad del ejercicio de la acción popular por otro, desde el comienzo y durante toda la instrucción, al implicar en ambos el status de parte, pudiendo los que se personaren “tomar desde entonces conocimiento de lo actuado e instar lo que a su derecho convenga” como literalmente dice el nuevo texto del art. 798, párrafo tercero (tras reiterar que se informe al imputado de sus derechos y mandar que también se informe al perjudicado de su derecho a nombrar abogado), con lo que en efecto se da el doble juego de acusación (o mejor imputación en esta fase de la instrucción) y defensa en que toda contradicción ha de consistir.

Mas pese a ello, la oportunidad de intervención de ambas partes no es igual en el sentido de que muchas veces la contradicción defensiva del imputado es con posterioridad a la toma de resoluciones, incluso de su propia situación personal, quebrando por tanto la audiencia previa que para ello se previene en el sistema anglosajón, y sobre todo en el norteamericano con las audiencias preliminares en que tras oír a las partes el juez decide sobre fianzas, prisiones provisionales, etc. que bien podrían articularse en nuestro sistema continental europeo, compatible con las excepciones que la urgencia y gravedad del caso

así lo aconsejaran, igual que aconsejan, ya como excepcional desde 1978 como vimos, la declaración de secreto de las actuaciones.

En cambio, el que se pueda producir la iniciación de oficio por el Juez como ocurre en nuestro Derecho Positivo, no parece incompatible con la contradicción, como tampoco con nuestra genuina acción popular ni con que el Ministerio Fiscal lleve a cabo la investigación (consagrada como regla general en el nuevo procedimiento abreviado, art. 785 bis, en lugar de la mera actitud pasiva de espera del parte inicial tras la incoación del sumario, de que habla el artículo 306, o de la también pasiva espera de los testimonios que menciona ese mismo precepto), pues como acabamos de ver la efectividad de la contradicción se procura fácilmente convocando previamente a las partes en los casos en que aquella urgencia o gravedad no lo desaconsejaran, mientras que la acción popular o la investigación fiscal de producirse realmente no harán sino evitar precisamente la iniciación de oficio del juez, que ha de persistir no obstante como última garantía de que no deje de iniciarse el procedimiento cuando la notoriedad del suceso, de la notitia criminis así lo requiera, como tutor último de los derechos e intereses legítimos como dice el art. 24-1 de la Constitución, tanto en un régimen de plena vigencia del principio de legalidad, como para el caso de oportunidad reglada, que precisamente en esa reglamentación determinaría los supuestos reservados a la instancia de parte, al modo como recientemente lo ha hecho la Ley de reforma penal de 21 de junio de 1989. Iniciación de oficio, que no obstante, sí parece aconsejable que no lo sea con base sólo en la mera noticia y para cualquier caso, e inmediatamente, como dispone el art. 308 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sino cuando el Juez así lo estime procedente, de modo análogo al ejercicio de la acción penal por el Fiscal que se prescribe precisamente con base en la procedencia, en el art. 105.

Lo contrario, el suprimir la posibilidad de la iniciación de oficio, igual que dejar solo a las partes la aportación y la disposición del proceso, sería un exceso de privatización del mismo que con autores como Vázquez Sotelo⁽²⁰⁾ habría que rechazar, por mucho que tal repetida iniciación de oficio signifique un claro resquicio del sistema inquisitivo y hasta que ayude a solventar el problema dogmático de la construcción de la acción penal, pues la garantía que supone la posibilidad de que no deje de iniciarse el proceso es bien grande a los fines de la nombrada tutela judicial (particularmente en los Partidos Judiciales más alejados y no capitalinos), y no hay que olvidar que en todo caso la instrucción es siempre actividad procesal provisional, necesitada de la for-

(20) *Trabajo citado*, pág. 104.

mulación de la acusación, deduciendo la concreta pretensión punitiva, no monopolizada tampoco por el Ministerio Fiscal en nuestro derecho, ante la llamada a los interesados para el ejercicio de la acción popular que se previene en nuestro art. citado 642⁽²¹⁾.

Finalmente, en lo que respecta a las otras normas legales al principio ya citadas, como la reforma penal de 1983, la regulación de la prisión preventiva o el habeas corpus de 1984 y hasta la última reforma penal de 1989, aun no ocupándose tampoco expresamente de la contradicción, sí posibilitan su ejercicio en los términos posteriores muchas veces a la toma de decisiones jurisdiccionales, diferente a la impugnación propiamente dicha, como también dejamos expuesto.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

Entendida, pues, la contradicción como un importante aspecto del derecho de defensa, aunque diferenciada de él en cuanto éste engloba incluso la impugnación, que se complementa y es esencial en todo proceso junto a la igualdad, con las tres notas de llamada al proceso, información de lo que de él resulte y formulación de alegaciones adversas con pruebas incluidas, y entendida por su parte la instrucción penal como la fase del proceso tendente a la tutela de derechos fundamentales, y al enjuiciamiento de la acusación, además de para posible anticipación de pruebas, compatible con una atribución de la mera investigación a órganos no jurisdiccionales y con una iniciación tanto de oficio como a instancia de parte en ejercicio de nuestra peculiar acción popular, y hasta con una supresión de la misma en los casos en que aquellos cometidos previos no fueran precisos, como fase del proceso penal que es no cabe duda que la instrucción penal en las ocasiones en que se lleve a cabo ha de tener como característica esencial que reafirma precisamente su naturaleza jurisdiccional el que en ella se posibilite la contradicción, con el alcance ya dicho de sus tres notas, sin perjuicio de las limitaciones que la propia instrucción, es decir, que los derechos que en ella se tutelan, exija, al modo de las limitaciones a la publicidad o acceso de las partes a las actuaciones, y por ello mismo son de alabar los avances que a ese respecto supusieron primero las leyes de 4 de di-

(21) Prieto Castro, con su peculiar agudeza, dice que con ello se faculta al tribunal a buscar un acusador, *obra citada*, pág. 309.

ciembre de 1978 y de 12 de diciembre de 1983, y los nuevos artículos 788 y 789 reformados por L.O. 7/1988, después. En cambio, aún resta por articular, junto a la no necesidad de la instrucción judicial indiscriminada del actual art. 306 de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal y la dotación de medios para que la investigación fiscal que determina el también reformado art. 788 no se frustre, la efectividad de la contradicción con antelación a la toma de decisiones instructoras, que bien podría serlo mediante comparecencias verbales de los acusadores y de ese Letrado defensor del imputado, cuya permanencia también determina el art. 788 citado. Con ello se produce el perfeccionamiento del proceso penal de que vimos nos hablaba Cernelutti y quizá despeje la duda que expusiera Alonso Martínez.

DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS Y DERECHO DE AGUAS EN CANARIAS

JOSÉ LUIS MEILÁN GIL

CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

JAIME F. RODRÍGUEZ-ARANA

PRESIDENTE DEL INSTITUTO CANARIO DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA
MAGISTRADO. PROFESOR DE DERECHO ADMINISTRATIVO

SUMARIO

- I. EL DERECHO DE AGUAS TRADICIONAL DE CANARIAS.**
- II. LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS EN MATERIA DE AGUAS.**
 - 1. Planteamiento.
 - 2. Una primera interpretación doctrinal: distribución funcional y territorial de las competencias.
 - 3. Otras interpretaciones doctrinales: criterio territorial para la distribución de competencias.
 - 4. Interpretación que se propone.
 - 5. Sobre la competencia de la Comunidad Autónoma de Canarias.
 - 6. Las aguas subterráneas.
 - 7. Las soluciones de la Ley de Aguas de 1985.
 - 8. Dominio público y atribución de competencias.
 - 9. Dominio público y aguas subterráneas.

I. EL DERECHO DE AGUAS TRADICIONAL DE CANARIAS

Poco a poco el Derecho de Aguas en Canarias ha ido adquiriendo una personalidad propia como consecuencia de las peculiares circunstancias geográficas y territoriales que concurren en el archipiélago. El punto clave, en mi opinión, habría que situarlo en los “Estudios de Derecho Administrativo Especial Canario” coordinados por el profesor NIETO GARCÍA, a partir de los cuales, el “Derecho de Aguas Especial Canario”, como señala el profesor DE LA CUÉTARA, ha tomado carta de naturaleza en las obras generales de dominio público (GUAITA), en los comentarios legislativos (GONZÁLEZ PÉREZ) y en monografías especializadas (PÉREZ AFONSO, GUIMERÁ PERAZA)⁽¹⁾.

El particularismo de este Derecho Especial deviene de la intensa administración que se superpone al Derecho Civil.

Leopoldo DE LA ROSA, uno de los mejores conocedores del Derecho histórico de las aguas canarias, entendió que el sistema de repartimiento de aguas y tierras en los años de la conquista de las islas era “mutatis mutandis” parecido al utilizado en la última fase de la Reconquista en el Sur peninsular. En síntesis, se trataba de una entrega que se verificaba en favor de los protagonistas de la conquista de tierras y de aguas; denominándose más específicamente heredamientos a la entrega del agua. Poco a poco la entrega, que comenzó haciéndose conjuntamente, de aguas y tierras, se fue dividiendo hasta realizarse aisladamente de manera que, como también señala Leopoldo DE LA ROSA, los repartimientos debieron verificarse teniendo en cuenta el cultivo más rentable —entonces, la caña de azúcar— asignándose las aguas fundamentalmente a los terrenos situados a menos de trescientos metros. Lo cual explica la multitud de pleitos producidos al intentar los dueños de tierras altas negar sus cultivos con las aguas afectadas a las denominadas Costas Bajas.

Los repartimientos de aguas eran limitados⁽²⁾ o se constituían como repartos de nacientes de aguas a favor de otros aprovechamientos como podían ser pequeñas lagunas, terrenos de propios, etc.

La explotación de las aguas en Canarias invita a introducir tres conceptos claves para entender la operatividad del Derecho Especial de Aguas en el

(1) DE LA CUÉTARA, “El Derecho de Aguas en Canarias. Crónica de un conflicto”, *La Ley*, 22 de noviembre de 1988.

(2) Por abrevaderos para el ganado, debido a aprovechamientos a favor de los vecinos del lugar, por la utilización de las corrientes de aguas para molinos.

archipiélago: Heredamientos, Comunidades de Agua y Comunidades de Regantes.

Los heredamientos, que constituían un señorío perpetuo luego transformado en un auténtico derecho de propiedad, eran constituidos en virtud de concesión real como contraprestación de los servicios prestados en la conquista de las islas. Las Comunidades de Aguas, que nacen a fines del siglo XIX, surgen como fórmula para alumbrar aguas en régimen de propiedad privada a través de pozos o galerías.

Las Comunidades de Regantes, según las leyes de aguas de 1866 y 1879, operarían sobre aguas públicas destinadas a riesgos.

La ley de aguas de 1866, como consecuencia del espíritu de sus dos anteproyectos y del proyecto de ley entendió que “cuando se buscara el alumbramiento de aguas subterráneas por medio de pozos, socavones o galerías, el que las hallara o hiciese surgir a la superficie del terreno, será dueño de ellas a perpetuidad” y estableció la prohibición de perforar el suelo en busca de aguas subterráneas en terrenos de propiedad particular sin expresa licencia del propietario.

Por su parte, la ley de 1879 señaló que las aguas subterráneas pertenecían al alumbrador, no al propietario de la superficie; omitió la referencia al derecho del propietario de la superficie a perforarla y, en materia de derecho a perforar el subsuelo, si hubiera aguas subterráneas, se reconocía el derecho exclusivo del dueño a la perforación del subsuelo con objeto de apropiarse de tales aguas en cuanto salgan a la superficie.

Con la finalidad de aclarar si las Comunidades para la explotación del agua existentes en Canarias eran equiparables a otras figuras jurídicas peninsulares, se promulgó la Ley de Aguas para Canarias de 1956. Ley que, en opinión de GUIMERÁ PERAZA dejaba en libertad absoluta a las agrupaciones ya existentes para adecuar su régimen a la nueva regulación; aunque, claro está, las que se constituyesen después de la Ley habrían de adaptarse a los requisitos establecidos en dicha ley para alcanzar personalidad jurídica. Pues bien, las ventajas de la nueva regulación permitieron que, sin traumas, se lograra la pretendida consecución de personalidad jurídica por las organizaciones de agua. La realidad, sin embargo, parece que llevó a que dichas Comunidades actuaran al margen de la ley y de la Administración, lo cual permitió en algunos casos, la cristalización de situaciones irregulares en beneficio de una minoría. Así, se ha dicho que era absolutamente normal que las galerías no respetasen los límites

impuestos por la autorización administrativa siguiendo orientaciones y profundidades arbitrarias con evidente perjuicio para las explotaciones colindantes. En fin, hoy ya no es defendible la inhibición de la Administración en esta materia. Sobre todo por el interés general concurrente, que ha llevado a los poderes públicos a intervenir, especialmente para garantizar la libertad de empresa y, también, como consecuencia de su función de respeto a la legalidad.

La Ley de 1956 sería desarrollada por un Reglamento de 14 de enero de 1965. En él, se establece para el aprovechamiento de aguas por particulares un régimen presidido por el otorgamiento de la correspondiente autorización administrativa. Se admite la postura clásica respecto al dominio del subsuelo y de las aguas subterráneas, por lo que si el investigador no es el propietario del medio objeto de explotación tendría que solicitar la autorización pertinente. De ahí que el profesor DE LA CUÉTARA afirmase que “en el régimen canario de aguas, el subsuelo se hace depender muy estrechamente del suelo a través de la autorización necesaria para efectuar obras en el primero⁽³⁾.”

En Canarias, de acuerdo con el Reglamento de 1965, todo alumbramiento de aguas subterráneas requiere autorización administrativa, previo informe de los servicios de minas de la respectiva Delegación provincial del Ministerio de Industria y, hasta el 5 de mayo de 1987, de los homólogos de la Administración autonómica. Si del examen del expediente, como señala el artículo 5.3, no apareciera justificada la propiedad o autorización del dueño de los terrenos, o se dedujere que estaban en litigio, no se autorizarán las obras en tanto los tribunales no resuelvan el tema mediante sentencia firme, o hasta que se alegue justificación evidente de la propiedad invocada.

En fin, a grandes trazos ésta ha sido la evolución del régimen jurídico de las aguas en Canarias. Régimen que ha sido radicalmente modificado, primero por la Ley 10/87 de 5 de mayo y, segundo, como consecuencia de la sentencia del Tribunal Constitucional de 29 de noviembre de 1988 que, definitivamente, ha reconocido el dominio público de las aguas subterráneas de Canarias, no sin una hábil y artificiosa argumentación claramente estatalista.

(3) DE LA CUÉTARA, *Ideas para una regulación de las Aguas en Canarias*, Santa Cruz de Tenerife, 1986, p. 21.

II. LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS EN MATERIA DE AGUAS⁽⁴⁾

1. Planteamiento.

Las aguas continentales, tanto superficiales como subterráneas, constituyen un tema testigo de un indudable interés para comprobar la incidencia del Estado de las autonomías en la regulación de las diferentes partes del ordenamiento jurídico español.

Pese a los esfuerzos de interpretación que se han realizado para respetar un ámbito competencial de las Comunidades autónomas en materia de aguas continentales, con frecuencia se observa en lo mejor intencionado o bien un arrastre de la concepción unitaria tradicional o sencillamente la convicción de que tal concepción, más o menos descentralizada en algunos aspectos, resulta la más conveniente para el interés común de todos los españoles.

De otra parte, el tema tiene una particular relevancia desde el punto de vista del ordenamiento autonómico porque en él van a jugar los criterios del interés y del territorio que, según se adelantó, son decisivos para la determinación de las competencias. La originalidad de la aproximación consiste en que tales criterios se interrelacionan y pueden llegar a superponerse o fundirse en un criterio superior del que realmente derivan.

La importancia teórica del tema se acrecienta con su innegable trascendencia práctica y se agudiza con la reciente Ley estatal 29/1985 de 2 de agosto de Aguas, que ha supuesto un cambio enérgico en una materia regulada fundamentalmente por una Ley casi —o prácticamente— centenaria.

El artículo 149,1,22 de la CE dispone que el Estado tiene competencia exclusiva sobre:

“la legislación, ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos, cuando las aguas discurran por más de una Comunidad autónoma”.

Por su parte, el artículo 148,1,10^o dispone que las Comunidades autónomas podrán asumir competencias en la materia siguiente:

(4) Este epígrafe ha sido elaborado a partir del estudio de J.L. MEILÁN y J. RODRÍGUEZ-ARANA; “Las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas en materia de aguas: especial referencia a los casos gallego y canario” (en prensa).

“Los proyectos, construcción y explotación de los aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos de interés de la Comunidad autónoma; las aguas minerales y termales”.

El artículo 132 de la CE, a su vez, dispone que “la ley regulará el régimen jurídico de los bienes de dominio público”, concretando en su apartado 2 que “son bienes de dominio público estatal los que determina la Ley” y los que allí se enumeran, entre los que no figuran las aguas continentales.

Por último, el artículo 128,2 declara que “mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales”⁽⁵⁾.

Desde la vertiente autonómica, el artículo 27 del EG dispone:

“En el marco del presente Estatuto corresponde a la Comunidad autónoma gallega la competencia exclusiva de las siguientes materias:

...

12. Aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos cuando las aguas discurren íntegramente dentro del territorio de la Comunidad, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 149,1,22 de la Constitución.

14. Las aguas minerales y termales. Las aguas subterráneas, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 149,1,22 de la Constitución y en el número 7 del presente artículo”⁽⁶⁾.

Éste es, en principio, el marco normativo fundamental, en el que incide obviamente la Constitución y el Estatuto en su conjunto. Ha de advertirse que el art. 27,12 y 14 se corresponde con los homólogos del EPV (art. 10,11) y EC (art. 9,16), con la adición en aquél de la referencia al artículo 149,1,22 de la CE. El Estatuto de autonomía de Andalucía sistematiza más adecuadamente la materia en dos artículos: el 13,12 (Recursos y aprovechamientos...) y el 13,13 (aguas minerales y termales).

2. Una primera interpretación doctrinal: distribución funcional y territorial de las competencias.

En esta cuestión puntual se ponen de manifiesto las diferentes posiciones

(5) Han de tenerse también en cuenta los apartados 25 (“Bases del régimen minero y energético”) y el 24 (“obras públicas de interés general o cuya realización afecte a más de una Comunidad autónoma”) del artículo 149,1 de la CE.

(6) En el art. 27,7 del EG figura como competencia exclusiva: “Obras públicas que no tengan la calificación legal de interés general del Estado, y su ejecución o explotación no afecte a otra Comunidad autónoma o provincia”.

de fondo sobre el fenómeno autonómico. Existen lecturas marcadamente centralistas o estatistas y las puede haber autonomistas. Entre las primeras hay que situar las tesis de los profesores Ortiz Díaz⁽⁷⁾, Sánchez Blanco⁽⁸⁾ y los hermanos Sebastián y Lorenzo Martín Retortillo⁽⁹⁾, manifestadas fundamentalmente antes de que se hubiese promulgado la Ley de Aguas de 2 de agosto de 1985. La del primero resulta especialmente significativa al utilizar en su apoyo los preceptos de la LOAPA, como el artículo 4º, que fueron declarados posteriormente inconstitucionales.

Los puntos esenciales de la interpretación de esta corriente doctrinal consisten en afirmar que en el artículo 149,1,22 de la CE la legislación, ordenación y concesión de recursos constituyen materia sobre la que el Estado tiene competencia exclusiva, correspondiendo la posible competencia autonómica sólo a los aprovechamientos hidráulicos cuando las aguas no discurren por más de una Comunidad autónoma. Dicho con palabras de Ortiz Díaz, “las competencias funcionales de legislación, ordenación y concesión de recursos hidráulicos competen al Estado de forma exclusiva en todo caso, con independencia de si las aguas son o no intracomunitarias”⁽¹⁰⁾. El criterio territorial cedería, pues, ante el llamado funcional, que sería predominante.

Para apoyar esta posición, se acude formalmente a la interpretación literal y a la tramitación parlamentaria de la Constitución, en la que se produjeron realmente las dos posiciones al principio enunciadas⁽¹¹⁾. Los hitos fundamentales de la tramitación fueron los siguientes: a) en el anteproyecto inicial de la Constitución se atribuía al Estado competencia exclusiva sobre “los aprovechamientos hidráulicos, cuando las aguas discurren fuera del territorio de una Comunidad autónoma”, en clara inspiración de la Constitución de 1931, cuya pauta se siguió generalmente; b) en el Congreso de los Diputados se modificó ligeramente la redacción, introduciendo el término concesión (“concesión de aprovechamientos hidráulicos..”); c) en el Senado se modificó significativamente la redacción, atribuyendo al Estado competencia exclusiva sobre la “legislación, ordenación y administración de los recursos hidráulicos”;

(7) ORTIZ DÍAZ, *Competencias establecidas en la Constitución y en los Estatutos de las Comunidades autónomas respecto al sector hidráulico*, RAP, 99 (1982), pp. 37 y ss.

(8) SÁNCHEZ BLANCO, *Recursos y aprovechamientos hidráulicos*, REDA, 34 (1982), pp. 425 y ss.

(9) S. MARTÍN RETORTILLO, *La Ley de aguas*, en diario ABC, 1-2-1985; MARTÍN RETORTILLO, L. *Trabajos parlamentarios*, t. III, p. 2.906 y t. IV, pp. 2.578-9, 3.984-5.

(10) Cfr. SÁNCHEZ BLANCO, *op. cit.*, pp. 429 y ss.; MENÉNDEZ REXACH, A. “La ley de aguas de 2 de agosto de 1985: análisis institucional”, en *El Derecho de aguas*, Madrid, 1986, de GALLEGO ANABITARTE, MENÉNDEZ REXACH A. y DÍAZ LEMA.

(11) Vid. MENÉNDEZ REXACH, *op. cit.*, p. 547 y p. 565.

d) la Comisión Mixta acuñaría la fórmula definitiva sustituyendo el término administración por concesión y añadiendo al texto del Senado el resto de la frase aprobado por el Congreso, con su referencia al criterio territorial supra o extracomunitario.

La redacción constitucional ha sido criticada como una solución falsamente salomónica, debido a un achacado sincretismo de la misma, combinando, se dice, “criterios contrapuestos de las dos Cámaras en una fórmula híbrida que plantea graves dificultades de interpretación”⁽¹²⁾. Sin embargo, para la orientación doctrinal que se comenta, la interpretación es clara en favor de la tesis de la competencia exclusiva del Estado, en todo caso, sobre la legislación, ordenación y concesión de los recursos hidráulicos.

Sí puede afirmarse con seguridad que ésa fue la posición del profesor y senador Sr. Martín Retortillo⁽¹³⁾ y pudiera llegar a admitirse que del Senado al ser aceptada su enmienda. Pero no puede ignorarse que, para bien o para mal, no concluyó allí la tramitación parlamentaria y que la opinión del Senado no coincidía con la del Congreso de los Diputados. Al empalmar las dos formulaciones, como antes se ha referido, se produce inexorablemente una alteración del alcance que el Senado pretendió darle a la fórmula y no debe olvidarse el carácter predominante que desde el punto de vista legislativo tiene el Congreso. Lo que aquí se sostiene resulta inequívoco en relación con el cambio de administración por concesión. Según la posición maximalista del Senado toda la administración de los recursos hidráulicos era competencia exclusiva del Estado, que quedaría reducida —y no es poco— a la concesión⁽¹⁴⁾.

La dificultad o insatisfacción de la fórmula no se resuelve ciertamente por la vía de los antecedentes parlamentarios que, más bien, demuestran una contraposición de la que, por lo menos, puede decirse que obligó a una solución poco o insuficientemente clara.

La interpretación literal no arroja mayor fuerza a la posición que se expone, pese a los esfuerzos realizados por sus autores que, en realidad, intentan volcar en el texto constitucional un personal o institucional wishful thinking, en el que influye una discutible comparación entre el artículo 149,1,22 y el artículo 148,10 de la Constitución. Se afirma, en ese sentido, que es “la única posible

(12) SÁNCHEZ BLANCO, *op. cit.*, p. 433: “están claros los antecedentes parlamentarios y la voluntad de los responsables de la elaboración del texto constitucional de reservar al Estado la legislación, ordenación y concesión de los recursos hidráulicos”.

(13) “Trabajos parlamentarios”, IV, pp. 3.984-5.

(14) ORTIZ DÍAZ comenta favorablemente el cambio (*op. cit.*, p. 43-44).

y lógica interpretación derivada de la coherencia existente en la distribución de competencias asignadas al Estado por el artículo 149,22 de la Constitución y las atribuidas a las Comunidades autónomas en el artículo 148,10 del mismo texto constitucional”⁽¹⁵⁾. Pero ya se ha razonado anteriormente que el artículo 148 no atribuye competencias a las Comunidades autónomas, sino que ofrece un marco para que todas las Comunidades autónomas puedan incluir competencias en sus propios Estatutos; marco que se amplía al del artículo 149, para las Comunidades autónomas que se constituyen al amparo del artículo 151 y disposición transitoria segunda de la Constitución.

Y la pretendida interpretación literal no puede salvarse tampoco afirmando que siendo clara la voluntad del constituyente —afirmación no cierta en el sentido que se le atribuye— la no separación de los términos por la adecuada puntuación no constituye más que una deficiencia de estilo. Lo forzado de la tesis, desde la literalidad, se pone de manifiesto observando la necesaria referencia del adjetivo hidráulico a recursos y aprovechamientos, de modo que han de entenderse comúnmente referidos a recursos y aprovechamientos hidráulicos —porque de recursos hidráulicos se trata también— la legislación, la ordenación y la concesión. Falto del apoyo interpretativo del artículo 148,10, la pretendida interpretación literal del artículo 149,1,22 carece de fundamento⁽¹⁶⁾.

Por la misma razón, tampoco encuentra fundamento serio la pretensión de hacer descansar la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades autónomas en la diferencia entre recursos y aprovechamientos⁽¹⁷⁾, desde la perspectiva única de la Constitución.

El problema, por tanto, se traslada, por una u otra vía a los Estatutos; porque es en ellos donde se realiza la asunción de las competencias y porque al asumirlas algunos autores creen encontrar argumentos para confirmar la distribución de competencias que se está exponiendo y criticando.

Como se ha transcrito anteriormente, el EPV en su artículo 10,11 recoge como competencia exclusiva de la Comunidad autónoma los aprovechamientos hidráulicos cuando las aguas discurran íntegramente dentro del País Vasco y, separadamente, aguas minerales, termales y subterráneas. Otro tanto hace el EC en su artículo 9,16. El EG recoge las mismas expresiones, pero en apartados diferentes: en el 12 y en el 14. En el primero se contiene una referencia que

(15) ORTIZ DÍAZ *op. cit.*, p. 44.

(16) En contra de la interpretación que se combate en el texto, ARIÑO ORTÍZ, *EL proyecto de Ley de Aguas* (Informe jurídico), IEE, Madrid, 1985, p. 95.

(17) En ese sentido, S. MARTÍN RETORTILLO, *loc. cit.*

no existe en los EPV y EG al artículo 149,22 de la CE; referencia que también se hace en el segundo con relación a las aguas subterráneas. Por último, dentro de las Comunidades autónomas del artículo 151 de la Constitución, el EA viene a complicar más la cuestión al incluir, como ya se adelantó, recursos hidráulicos en el homólogo artículo 13,12, sin que ni éste, ni el artículo 13,13 contengan referencia alguna al artículo 149,1,22 de la Constitución.

Toda la regulación autonómica —y no es precisamente una excepción el tema presente— es de imposible interpretación sin situarla en el contexto concreto en que nace cada una de sus partes. No es cuestión de grandes dimensiones temporales; los cambios de escenario suceden con notoria rapidez y brusquedad. Pero si se sigue la técnica de la fotografía y no la de la película se corre el riesgo de fracasar rotundamente en el intento que, de por sí, es difícil.

De los preceptos antes citados se han sacado conclusiones contradictorias en la búsqueda, quizá, de argumentos para confirmar tesis previas. Así, por la dirección doctrinal que aquí se comenta se ha concluido que los Estatutos vasco y catalán —y no digamos el gallego— confirman que han dejado fuera de las competencias exclusivas de las respectivas Comunidades la relativa a los recursos, limitándose a recoger los aprovechamientos a que se refiere el artículo 148,10 de la CE. Pero esta conclusión tropieza con la asunción estatutaria de competencias exclusivas sobre aguas subterráneas que no aparece en el artículo 148 ni en el 149. Y una de dos, o no son recursos o, si lo son, los Estatutos han acogido algo más que aprovechamientos.

La salida, para no desechar la tesis definida, consistirá en afirmar que se trata de recursos, con el objeto de subrayar el carácter unitario del ciclo hidráulico, sobre lo que se asentará más tarde la titularidad estatal del dominio público hidráulico, y ello explica el silencio de la Constitución. Pero, evidentemente, no explica la especificación de los Estatutos vasco, catalán, gallego y andaluz. Y ante la expresa mención de éste también a los recursos, sin referencia alguna al artículo 149,1,22 de la Constitución, la salida es, simplemente, proclamar su anormalidad y su posible inconstitucionalidad⁽¹⁸⁾.

También aquella tesis tropieza con el dato de que la competencia del artículo 148,10 está formulada sobre el interés y, en cambio, los preceptos de los Estatutos vasco, catalán y gallego sobre el territorio (aguas intracomunitarias). También ese escollo podría salvarse, desde aquella perspectiva, superponiendo

(18) ORTIZ DÍAZ, *op. cit.*, p. 54.

ambos conceptos, presumiéndose el interés autonómico cuando las aguas discurren íntegramente dentro del territorio de la Comunidad autónoma⁽¹⁹⁾.

El examen histórico de los diferentes Estatutos y no intemporal permite aportar elementos interpretativos diferentes. En los Estatutos vasco y catalán no se hizo referencia alguna a los recursos por entender que era innecesaria ya que todo aprovechamiento hidráulico lo es de un recurso⁽²⁰⁾; lo único que habría de recogerse en el Estatuto era el carácter intracomunitario de las aguas que, precisamente, se aprovechaban. Las argumentaciones terminológicas referidas a la Ley de Aguas de 1879⁽²¹⁾ no son convincentes porque en ella no aparece el término técnico de recursos, y porque aquélla no escinde el aprovechamiento del caudal y de las obras y del dominio público necesario (título IV, cap. XI, arts. 147 a 163 de la Ley de 1879).

Por análoga razón al referirse a las aguas subterráneas no se hace mención alguna del territorio, entendiendo que en ellas se cumple el criterio territorial.

Las innovaciones introducidas en el EG por la dirección doctrinal referida se quieren mostrar como un argumento decisivo que “elude dudas y posibles reservas o alternativas equívocas”⁽²²⁾. Si el artículo 27,12 del EG recoge el “sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 149,1,22 de la Constitución”, y en aquél sólo se alude a aprovechamientos, se concluye, es porque deja fuera los recursos.

3. Otras interpretaciones doctrinales: criterio territorial para la distribución de competencias.

La conclusión sentada en el anterior apartado acerca de la distribución de las competencias en función exclusivamente del territorio, es sostenida por los profesores Ariño⁽²³⁾ y Martín Mateo⁽²⁴⁾, lo que significa el reconocimiento de competencias exclusivas de las Comunidades autónomas sobre las aguas in-

(19) Esta aproximación sustancial del criterio del interés autonómico y del carácter intracomunitario del agua se subraya por MENÉNDEZ REXACH, *op. cit.*, p. 562.

(20) Vid. ARIÑO, *op. cit.*, p. 197, recogiendo la posición de la Generalitat catalana.

(21) S. MARTÍN RETORTILLO, *loc. cit.* En el sentido del texto, G. ARIÑO, *loc. cit.* y MENÉNDEZ REXACH, *op. cit.*, p. 564.

(22) SÁNCHEZ BLANCO, *op. cit.*, p. 427.

(23) *Op. cit.*, p. 96.

(24) *El agua: bases institucionales*, en “Revista Valenciana de Estudios Autonómicos”, 1 (1985), pp. 44 y ss.

tracomunitarias⁽²⁵⁾. La diferencia con el Estado no provendrá, en principio, de la naturaleza de las funciones, sino del territorio. De ese modo, se asume la tesis de la identificación entre recursos y aprovechamientos.

También el profesor Menéndez Rexach, en un estudio minucioso del tema, mantiene esa tesis, si bien no admite la identificación entre recursos y aprovechamientos⁽²⁶⁾. Esa tesis se hace posible, antitéticamente a la dirección doctrinal criticada en el apartado anterior porque el cotejo del artículo 148,10 y el 149,1,22 de la CE permiten descubrir una teórica “franja intermedia”⁽²⁷⁾. En realidad la ausencia de mención a la legislación en aquel artículo revela una vez más que las CCAA. de segundo grado no nacían para el constituyente con potestad legislativa.

Pero con ello, no han quedado resueltos todos los problemas. En primer término ha de dilucidarse ¿qué se entiende por aguas inter o intracomunitarias, o para utilizar los términos legales, cuándo las aguas discurren por más de una Comunidad autónoma? o ¿cuándo discurren íntegramente por ésta?

La primera respuesta que encuentra un respaldo mayoritario consiste en referir las aguas al “conjunto de corrientes, embalses, lagunas o canales que integran una cuenca hidrográfica”⁽²⁸⁾, entendida, como se dice en el artículo 14 de la nueva Ley de Aguas, como “el territorio en que las aguas fluyen al mar a través de una red de cauces secundarios que convergen en un cauce principal único”. La consecuencia jurídica, desde el punto de vista de las competencias, es clara, si se tiene en cuenta además lo que dice también el citado artículo: “la cuenca hidrográfica, como unidad de gestión del recurso, se considera indivisible”. Otro planteamiento, se afirma, “supondría el caos en la ordenación del recurso”.

Por esta vía, tesis del profesor Ariño, las competencias de las Comunidades autónomas sobre aguas intracomunitarias sólo podrían ser ejercidas por Cataluña, Andalucía y eventualmente por las Islas, sin distinguir recursos y aprovechamientos.

Frente a ese criterio el profesor Menéndez Rexach ha adelantado una tesis que permite a las Comunidades autónomas contar con más amplias competencias sobre los aprovechamientos. Porque la de Ariño puede resultar a la postre

(25) En el texto se hace referencia exclusivamente a las Comunidades autónomas plenas o de “régimen especial”, en terminología de MENÉNDEZ REXACH (*op. cit.*, p. 558). También por economía de la exposición se prescinde de las obras hidráulicas.

(26) *Op. cit.*, pp. 559-60.

(27) *Ibidem*, pp. 548 y 560.

(28) ARIÑO, *op. cit.*, p. 101 y, por supuesto, los autores que sostienen una posición “estatalista”.

tan reduccionista para la mayor parte de las Comunidades autónomas como la de Ortiz Díaz, Sánchez Blanco o los hermanos Martín Retortillo, al reconocer, mediante la utilización del criterio de la cuenca, la competencia estatal sobre los aprovechamientos cuando la cuenca comprenda más de una Comunidad autónoma, que es la regla general. Se producirían así diferencias entre Comunidades autónomas de la misma naturaleza, no en razón de los términos estatutarios respectivos, sino en virtud de su interpretación.

Para Menéndez Rexach tendría utilidad, en aquel sentido mantener la diferencia entre recursos y aprovechamientos⁽²⁹⁾ que se acogen en el texto constitucional. Así, “en los aprovechamientos el criterio de la localización del agua se refiere sólo al caudal aprovechado y a la localización del recurso de que dicho caudal procede”⁽³⁰⁾. De ese modo el criterio de la cuenca jugaría exclusivamente para los recursos, siendo competencia del Estado. En cambio, no se aplicaría a los aprovechamientos, de modo que la competencia correspondería a las Comunidades autónomas “cuando el caudal concedido para el aprovechamiento discorra íntegramente por el territorio de aquéllas, lo que sucederá cuando los canales, acequias, conducciones y demás obras construidas para el encauzamiento artificial de las aguas objeto del aprovechamiento se localicen en su totalidad en el territorio de una Comunidad”⁽³¹⁾.

La observación nos parece certera y constituye una solución equilibrada: de un lado, es respetuosa con los preceptos constitucionales y estatutarios, no vaciando en la práctica las competencias de las Comunidades autónomas; y, de otra, no se pone en riesgo el “dogma” de la unidad de gestión de las aguas desde el punto de vista territorial⁽³²⁾.

4. Interpretación que se propone.

A lo largo de la exposición anterior y al hilo de las críticas respectivas ha ido perfilándose la aproximación doctrinal que aquí se defiende, a la vista de los textos constitucional y estatutario. En resumen, podría afirmarse que el criterio decisivo para la distribución de competencias en materia de aguas entre el Estado y la Comunidad autónoma es el territorial, según que las aguas discurren o no por más de una Comunidad autónoma. Ese criterio se entiende

(29) El término “recursos” habría que referirlo al “régimen jurídico de las aguas en general”, y el de “aprovechamiento” a un aspecto concreto del mismo, el de su utilización, *op. cit.*, p. 565.

(30) *Op. cit.*, p. 561.

(31) *Ibidem*.

(32) Punto XI en la carta europea del agua.

referido a todos los aspectos del régimen jurídico de las aguas, tanto por lo que se refiere a la legislación, ordenación y concesión de recursos, como de los aprovechamientos.

No existe inconveniente en admitir que el discurrir de las aguas puede ser interpretado de diferente manera en cuanto se refiera a los recursos y a los aprovechamientos, entendiendo que en el primer caso se opera por cuencas y en el segundo por la realidad física de las aguas aprovechadas. Aunque ha de subrayarse que ésa no fue la “mente” del legislador estatutario catalán y, probablemente, la del vasco y gallego. De todos modos, esa interpretación conduce a que en la práctica, no sólo en la teoría⁽³³⁾, las Comunidades autónomas de Cataluña y Andalucía pueden ejercer sus competencias sobre los recursos que sean intracomunitarios bien porque así se ha reconocido en el Estatuto (caso de Andalucía), bien por entender que los aprovechamientos van implícitos en los recursos (caso catalán). Si en los casos vasco y gallego no puede ejercitarse esa competencia es sencillamente porque la realidad física lo impide⁽³⁴⁾.

5. Sobre la competencia de la Comunidad Autónoma de Canarias.

Los datos que suministra la propia Constitución y el Estatuto de Autonomía de Canarias, junto a la llamada LOTRACA⁽³⁵⁾, invitan inequívocamente a la afirmación de la competencia exclusiva de Canarias en esta materia. Veamos.

La situación hídrica de la Comunidad Autónoma de Canarias es peculiar. Su estructura geológica singular y la escasez de agua ha conducido necesariamente a la promulgación de normas especiales⁽³⁶⁾, como lógicamente admite el párrafo primero de la disposición adicional tercera de la Ley de Aguas nacional.

La autonomía política, definidora de las Comunidades Autónomas, significa el reconocimiento de unos intereses propios (artículo 137 CE) y una participación en el poder legislativo del Estado. De forma que cada Comunidad Autónoma constituye su propio Ordenamiento jurídico, como poder público organizado jurídicamente para la gestión de unos intereses garantizados por la Constitución⁽³⁷⁾.

(33) Posición de MENÉNDEZ REXACH.

(34) Es lo que ocurre con la competencia sobre litoral que, obviamente, no puede existir en Comunidades autónomas del interior.

(35) Ley Orgánica 11/1982, de 10 de agosto de Transferencias Complementarias a Canarias.

(36) Aunque, como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 1956, la legislación especial de Canarias en materia de aguas debe armonizarse con la Ley de Aguas nacional.

(37) Vid. J.L. MEILÁN y J. RODRÍGUEZ-ARANA, *El Derecho Estatutario Gallego*, 1ª edición en gallego, Santiago, 1988, p 28 y ss.

Pues bien, a nuestro juicio, la competencia exclusiva en materia de aguas en Canarias se deduce “a contrario sensu” del artículo 149.1,22 CE.

La simple lectura de dicho artículo proporciona la solución:

“El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias:

22. La legislación, ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos cuando las aguas discurran por más de una Comunidad Autónoma...”.

Y, es que, en Canarias, forzosamente las aguas habrán de discurrir por la propia Comunidad. Es materialmente imposible que simultáneamente puedan discurrir por otra Comunidad: único caso en el que el Estado gozaría de competencia exclusiva en esta materia⁽³⁸⁾.

Por tanto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 149.3 CE, la Comunidad Autónoma Canaria la asumió expresamente a través de su Estatuto de Autonomía. Así, en el artículo 29.6 atribuye a Canarias competencia exclusiva sobre “aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos, aguas minerales y termales”. Y el artículo 34 señala que “la Comunidad Autónoma de Canarias ejercerá también competencias, en los términos que en el artículo siguiente se señalan, en las siguientes materias:

A. Competencias legislativas y de ejecución.

2. Aguas superficiales y subterráneas, nacientes y recursos geotérmicos; captación, alumbramiento, explotación, transformación y fabricación, distribución y consumo de aguas para fines agrícolas, urbanos e industriales.

Competencia, ésta del artículo 34.A.2 del Estatuto que ha sido asumida ya en virtud del propio artículo 35 del Estatuto por la LOTRACA. Nótese que el artículo 34.A.2 del Estatuto (EAC) amplía las competencias de partida de las Comunidades que accedieron, como es el caso canario, a la autonomía por el artículo 143 CE. Se asume, por tanto, la competencia exclusiva en esta materia.

Pero ello no es el corolario solamente de lo señalado en el artículo 149.1.22 CE y en los preceptos citados del EAC. También se deduce del artículo 132.1 CE que como ha señalado solemnemente nuestro Tribunal Constitucional “no es una norma atributiva de competencias. Su alcance se limita a implantar la reserva

(38) En sentido análogo, la sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de octubre de 1986 en relación con la autorización para instalaciones de energía eléctrica.

de Ley en este campo”⁽³⁹⁾. Por lo que, si la Comunidad Autónoma posee, como ocurre en nuestro caso, competencia exclusiva, podrá dictar las correspondientes normas en el marco de sus competencias. Lo cual debe entenderse en el sentido de que la reserva de Ley de dicho precepto constitucional no es privativa del Legislador estatal sino también, por el contrario, tiene aplicación sobre el legislador autonómico.

Además, el artículo 149.1.8 CE tampoco es de aplicación en este caso por lo que se refiere a la competencia exclusiva del Estado sobre la legislación civil. Sencillamente porque, si bien determinados aspectos del demanio natural se encuentran regulados en el Código Civil, “el dominio público es institución indudablemente integrada en el Derecho Administrativo”⁽⁴⁰⁾. De ahí que la regulación jurídica del demanio público sea objeto natural del Derecho Administrativo.

De igual forma, la posible invocación como título competencial estatal en esta materia del artículo 149.1.1 CE tampoco debe prosperar. Especialmente porque se trata de una competencia exclusiva, como queda demostrado, y porque el principio de igualdad, como ha tenido oportunidad de señalar el Tribunal Constitucional “no puede ser entendido en modo alguno como una rigurosa y monolítica uniformidad del Ordenamiento”⁽⁴¹⁾. Así, por ejemplo, nada impide, máxime en caso de competencia exclusiva, que lo que se demanialice en una zona, permanezca en régimen patrimonial en otra. Al menos en este sentido operó la Ley catalana de 7 de diciembre de 1981 que, como es bien sabido, definía bienes de dominio público específicos de esa Comunidad Autónoma.

Nos encontramos, por tanto, en un caso de competencia exclusiva de una Comunidad Autónoma. Lo cual es lo mismo que decir que la competencia legislativa, en este caso de la Comunidad Autónoma de Canarias, supone una autolimitación de la potestad legislativa de las Cortes Generales y, con ello, el reconocimiento de la prevalencia del Derecho de la Comunidad en este tema. Al menos, así lo establece claramente el artículo 149.3 CE “in fine” y el artículo 42 EAC.

6. Las aguas subterráneas.

También en este punto se han delimitado dos posiciones opuestas, entre

(39) Sentencia de 27 de julio de 1982 del Tribunal Constitucional.

(40) GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de Aguas*, Madrid, 1987, p. 1.153.

(41) Sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de noviembre de 1981.

las que figuran otras más matizadas. Para unos⁽⁴²⁾ las aguas subterráneas están sujetas a la misma regulación que las superficiales, entrando ambas en el concepto común de recursos. Ello justificaría que no aparezcan expresamente mencionadas en la Constitución, ni en el artículo 148 ni en el 149. Para otros, ese silencio de la Constitución permite que las Comunidades autónomas asuman la competencia exclusiva sobre las aguas subterráneas, como han hecho, con los límites que toda competencia exclusiva conlleva⁽⁴³⁾.

Es un dato que en los Estatutos vasco, catalán, gallego y andaluz las aguas subterráneas constan explícitamente y separadas de las “aguas que discurren”, que se identifican con las superficiales desde la perspectiva estatutaria. Más aún, en el EG aparecen en apartados diferentes (12 y 14). En esa ubicación estatutaria ha influido la inercia de la división ministerial, ya que tradicionalmente las aguas superficiales han sido competencia del Ministerio de Obras Públicas (Cuerpo de Ingenieros de Caminos) y las subterráneas, así como las minerales y termales, del Ministerio de Industria (Cuerpo de Ingenieros Industriales y de Minas)⁽⁴⁴⁾; ¿significa aquel dato locativo que la competencia sobre las aguas subterráneas sigue un criterio distinto al de las aguas superficiales?

La respuesta puede darse en función de lo que conviene o de lo que realmente dice el ordenamiento jurídico. Desde aquella perspectiva bastaría afirmar que científicamente está demostrada la unidad del ciclo hidráulico⁽⁴⁵⁾ para concluir que todas las aguas, subterráneas y superficiales, siguen el mismo régimen jurídico, o si se reconoce que es “una innegable realidad” que los Estatutos asumen su competencia sobre las aguas subterráneas “bajo un título o concepto diferente” al de las aguas superficiales se remate, sin embargo, afirmando que esa solución “resulta muy desaconsejable desde el punto de vista de una política racional de explotación de los recursos”⁽⁴⁶⁾.

Desde un planteamiento estrictamente jurídico puede mantenerse la equivalencia del régimen jurídico de las aguas superficiales y subterráneas en cuanto a la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades

(42) ORTIZ DÍAZ, MARTÍN RETORTILLO.

(43) MARTÍNEZ BLANCO, A. *Repercusión de la Constitución española de 1978 en el régimen de aprovechamiento de las aguas*, RAP, 99 (1982), p. 393. También, en parte, MARTÍN MATEO, R. *op. cit.*, p. 48.

(44) Crítica del sistema tradicional en S. MARTÍN RETORTILLO, “Problemas de organización en materia de aguas públicas”, en *Aguas públicas y obras hidráulicas*, Madrid, 1966, pp. 293 y ss.

(45) Cfr. LLAMAS Y CUSTODIO, “Informe científico-técnico”, en *El proyecto de ley de aguas*, cit., pp. 15-17.

(46) ARIÑO, *op. cit.*, p. 103.

Autónomas, que es de lo que aquí se trata⁽⁴⁷⁾. Cualquiera que fuera la razón histórica de la ubicación de los preceptos reguladores en los Estatutos, resulta claro que la competencia de la Comunidad Autónoma sobre aguas subterráneas coincide con el criterio de territorialidad en el sentido de que se presume que están localizadas dentro del territorio de una Comunidad Autónoma. Su competencia se fundamenta en que las aguas superficiales no discurren por varias Comunidades Autónomas, es decir, lo hacen íntegramente por el territorio de la Comunidad Autónoma⁽⁴⁸⁾.

El Estatuto Gallego proporciona un argumento definitivo. El apartado 14 del artículo 27 contiene una referencia al artículo 149.1,22 CE en uso de aguas subterráneas. La competencia sobre aguas subterráneas, por lo tanto, corresponde a la Comunidad Autónoma⁽⁴⁹⁾.

7. Las soluciones de la Ley de Aguas de 1985.⁽⁵⁰⁾

La Ley de Aguas de 2 de agosto de 1985 deja establecido desde su artículo 1º cuál es la opción, de entre las varias posibles, para enfrentarse con el problema de la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades autónomas en materia de aguas:

“Es objeto de esta Ley, la regulación del dominio público hidráulico, del uso del agua y del ejercicio de las competencias atribuidas al Estado en las materias relacionadas con dicho dominio en el marco de las competencias delimitadas en el artículo 149 de la Constitución”.

El fulcro en que apoya la palanca el Estado para delimitar sus competencias y de rechazo la de las Comunidades autónomas es la declaración de dominio público estatal de todas las aguas, rompiendo con la tradicional distinción entre aguas públicas y privadas de la Ley de Aguas de 1879 y del Código Civil, englobando en aquél también las aguas “subterráneas renovables”. La explicación se contiene en el apartado 2 del mismo artículo 1:

“Las aguas continentales superficiales, así como las subterráneas re-

(47) Es el criterio de MENÉNDEZ REXACH, *op. cit.*, p. 563.

(48) *Ibidem*.

(49) Como señala MENÉNDEZ REXACH con razón, el mismo criterio debería aplicarse a las aguas superficiales “estancadas” o “muertas”.

(50) Sobre el debate parlamentario, cfr. MENÉNDEZ REXACH, *op. cit.*, pp. 576 y ss. También, GONZÁLEZ BERENGUER, J.L. *Comentarios a la Ley de Aguas*, Madrid, 1985. Sobre el proyecto, además de ARIÑO, *op. cit.*, cfr. LÓPEZ RODÓ, L. *El proyecto de Ley de Aguas*, “Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas”, 62 (1985), pp. 169 y ss.

novables, integradas todas ellas en el ciclo hidrológico, constituyen un recurso unitario, subordinado al interés general, que forma parte del dominio público estatal como dominio hidráulico”.

Que se desarrolla en el artículo 2 y siguientes⁽⁵¹⁾. Las aguas subterráneas, en tanto que son renovables, están integradas en el ciclo hidrográfico y, por esa circunstancia, forman parte de “recurso unitario”.

La declaración de dominio público estatal se realiza, por tanto, respecto de todas las aguas superficiales o subterráneas que integren el ciclo hidrológico, independientemente de que discurran o no por más de una Comunidad autónoma o estén localizadas íntegramente en el territorio de una de éstas. Esa declaración lleva consigo que esas aguas no son de dominio público autonómico —ni local—, circunstancia que no está impedida constitucionalmente⁽⁵²⁾, ha sido utilizada en el Derecho positivo español⁽⁵³⁾, lo es en el Derecho comparado⁽⁵⁴⁾ y en otras pertenencias del dominio público, por ejemplo, carreteras, en España.

Tal declaración supone la atribución al Estado de una serie de competencias que se recogen a lo largo de la Ley y que, en una enumeración confesadamente no exhaustiva, se realiza en el artículo 15⁽⁵⁵⁾, recogiendo las de las Comunidades autónomas en el artículo 16⁽⁵⁶⁾.

(51) Por Real Decreto 849/1986 de 11 de abril se aprobó el Reglamento del dominio público hidráulico. Por la unificación del régimen jurídico de las aguas se habían pronunciado, por ejemplo, MARTÍN RETORTILLO, S. *Aguas públicas...* pp. 192-3 y SÁNCHEZ BLANCO, A. *La afectación de bienes al dominio público*, Sevilla, 1979, pp. 132 y ss.

(52) En ese sentido, GUAITA, A. *Derecho administrativo, Aguas, Montes, Minas*, Madrid, 1982, p. 27.

(53) Art. 17 del Estatuto Catalán de 1932.

(54) Caso italiano de regiones de estatuto especial, cfr. V. PERRUCI, *Le acque pubbliche nella legislazione italiana*, Bolonia, ed. 1985, pp. 12 y ss.

(55) Interesan también los artículos 19 y ss. sobre organismos de cuenca. El art. 15 dispone: “En relación con el dominio público hidráulico y en el marco de las competencias que le son atribuidas por la Constitución, el Estado ejercerá, especialmente, las funciones siguientes:

a) La planificación hidrológica y la realización de los planes estatales de infraestructura hidráulica o cualquier otro estatal que forme parte de aquélla.

b) La adopción de las medidas precisas para el cumplimiento de los acuerdos y convenios internacionales en materia de aguas.

c) El otorgamiento de concesiones referentes al dominio público hidráulico en las cuencas hidrográficas que excedan del ámbito territorial de una sola Comunidad autónoma.

d) El otorgamiento de autorizaciones referentes al dominio público hidráulico, así como la tutela de éste, en las cuencas hidrográficas que excedan del ámbito territorial de una sola Comunidad autónoma. La tramitación de las mismas podrá, no obstante, ser encomendada a las Comunidades autónomas”.

(56) El apartado 1 dispone:

“La Comunidad autónoma que en virtud de su Estatuto de autonomía ejerza com-

En los diferentes apartados del artículo 15, salvo la planificación, se auto-limitan las competencias estatales a los supuestos de interés estatal (por lo que se refiere a obras hidráulicas, acuerdos internacionales) o a “cuencas hidrográficas que excedan del ámbito territorial de una Comunidad autónoma”, de acuerdo con la interpretación anteriormente expuesta. En el caso de la planificación, el artículo 1,3 prescinde de cualquier referencia territorial para declarar qué corresponde, en todo caso, al Estado. El precepto es de delicada interpretación, porque, de un lado, habla de la planificación en los términos que establece esta Ley; pero, de otro, afirma que a la planificación hidrológica “deberá someterse toda actuación sobre el dominio público hidrológico”.

Una consecuencia precipitada, a la vista de la Ley de 2 de agosto de 1985, sentado que por la vía de la planificación se quiere recuperar, reintegrándola al Estado, la unidad del sistema hidráulico nacional, que el agua es “un recurso nacional” y que estamos ante “dominio público nacional”, es que “al Estado, único soberano, le corresponde en todo caso aprobar la legislación, ordenación y planificación básica de su aprovechamiento y explotación⁽⁵⁷⁾. Para llegar a esta conclusión podrían haberse ahorrado todos los esfuerzos de interpretación sobre recursos y aprovechamientos en el artículo 149,1,22 de la Constitución.

Será más aconsejable la vía más paciente —y más segura— de examinar los términos que se establecen en la Ley para la planificación y el alcance de la vinculación de esa planificación, como sugiere la propia ley (art. 1,3).

La planificación, según el artículo 38,2 “se realizará mediante los planes hidrológicos de cuenca y el Plan Hidrológico Nacional”. Aquéllos pueden ser competencia de las Comunidades autónomas (art. 38,6 que se refiere al art. 16), cuando las cuencas hidrográficas estén comprendidas íntegramente dentro de su territorio (art. 16,1), sólo que “son aprobados si se ajustan a las prescripciones de los artículos 38,1 y 40 y se acomodan a las determinaciones del Plan Hidrológico Nacional” (art. 38,6).

... petencia sobre el dominio público hidráulico en cuencas hidrográficas comprendidas íntegramente dentro de su territorio, ajustará el régimen jurídico de su administración hidráulica a las siguientes bases:

- a) Aplicación de los principios establecidos en el art. 13 de esta Ley.
- b) La representación de los usuarios en los órganos colegiados de la Administración hidráulica no será inferior al tercio de los miembros que lo integren.
- c) Un delegado del Gobierno en dicha Administración asegurará la comunicación con los organismos de la Administración del Estado, a efectos de la elaboración del plan hidrológico de la cuenca, del cumplimiento de la legislación hidráulica estatal y de las previsiones de la planificación hidrológica”.

(57) ARIÑO, *op. cit.*, p. 98.

De otra parte, los organismos de cuenca que tienen por misión elaborar el plan de cuenca, se constituyen “en las cuencas hidrográficas que excedan del ámbito territorial de una Comunidad autónoma” (art. 19,1) y en ese sentido les corresponde “la administración y control de los aprovechamientos de interés general o que afecten a más de una Comunidad autónoma” (art. 21,c).

En principio, pues, parece que puede mantenerse la competencia de las Comunidades autónomas tal como se interpretó el artículo 149,1,22 de la Constitución. El término “aprobación” quizá no sea del todo correcto; en todo caso, es perfectamente asumible que la planificación de la Comunidad autónoma de cuencas intracomunitarias esté limitado por la existencia del Plan Nacional. El ordenamiento comunitario se articula con el del Estado; o, de otro modo, el Estatuto forma parte del ordenamiento jurídico estatal. La técnica de la articulación de los ordenamientos y no la de la jerarquía sirve para explicar la relación entre Comunidades autónomas y Estado⁽⁵⁸⁾. La denominada “aprobación” es, en realidad, una actuación de comprobación de que el plan comunitario se adecua a las determinaciones de la Ley y del Plan Nacional.

Entendemos que la competencia sigue siendo exclusiva de la Comunidad autónoma en ese caso y que la planificación constituye un límite de la misma sin que por esa vía planificadora se haya operado una sustitución en la titularidad de la competencia y sin que se haya transformado en competencia compartida, de desarrollo de bases estatales⁽⁵⁹⁾. Por esa razón, consideramos equívoco e inapropiado, si se toma en su sentido técnico preciso, el término bases que figura en el artículo 16 de la Ley 29/1985 al referirse a las competencias de la Comunidad autónoma. Esas “bases” constituyen otros tantos límites de la competencia autonómica, que tienen su fundamento en obvios títulos del Estado, y que definen el contenido de aquélla⁽⁶⁰⁾.

No hay por qué desnaturalizar el sistema de competencias de nuestro Estado compuesto para preservar “la unidad de nuestro sistema hidráulico”⁽⁶¹⁾, volviendo inconscientemente a un Estado unitario. La unidad puede —y debe— conseguirse de un modo articulado que es algo distinto de la ejecución descentralizada, sobre lo que se volverá más adelante.

(58) Vid. *supra*.

(59) Ésa parece ser la opinión de ARIÑO, *op. cit.*, p. 99, que habla de “planificación básica”.

(60) Vid. *supra* al tratar de las competencias exclusivas de las Comunidades autónomas en general.

(61) Cfr. ARIÑO, *op. cit.*, p. 100.

8. Dominio público y atribución de competencias.

La declaración de las aguas como “bienes de dominio público estatal” puede apoyarse, en principio, en el artículo 132,2 de la Constitución. También podría encontrar fundamento en el artículo 128,2 (“mediante Ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales”). En ese sentido no suele discutirse la constitucionalidad de la medida, ni siquiera por quienes sostienen que ello supone una nacionalización configurable como privación de la propiedad sin indemnización para el supuesto de las ya apropiadas⁽⁶²⁾.

Conviene, sin embargo, subrayar que una declaración de ese tipo no es indispensable, como se recordó anteriormente. Por Ley podría declararse dominio público estatal un contenido diferente. De otra parte, reservar al sector público no implica tampoco necesariamente incluir el recurso reservado en la esfera estatal⁽⁶³⁾. Sector público se opone a sector privado, de acuerdo con la coexistencia de planificación y economía de mercado (art. 38 de la Constitución) y pueden existir —y de hecho existen— un sector público estatal, autonómico y local. El artículo 128 no impide la posibilidad de que esa reserva se hiciese para el sector público autonómico. Porque, ni en aquél ni en éste, la declaración de dominio público ni la reserva de recursos puede hacerse violentando la Constitución; o dicho positivamente, tales declaraciones pueden hacerse siempre que estén de acuerdo con el marco constitucional.

Pero, ¿hasta qué punto la declaración de dominio público estatal en relación con las aguas es incompatible o altera el sistema de distribución de competencias? La cuestión puede ser de especial trascendencia, aunque a estas alturas no debiera ofrecer problemas. De todos modos, no deja de ser sintomático lo que contiene la disposición adicional tercera de la Ley 29/1985 en relación con Canarias. Según ella, subsistirá la legislación que se aplica en ese territorio a la entrada en vigor de la Ley, en tanto la citada Comunidad autónoma no dicte su propia legislación. A partir de entonces serán de aplicación los artículos de la Ley 29/1985 “que definen el dominio público estatal y aquellos que supongan modificación o derogación de las disposiciones contenidas en el Código Civil”; ¿qué influencia puede tener ello en las competencias de la Comunidad autónoma?

(62) Así, ARIÑO, *op. cit.*, pp. 117-118. Claramente a favor GALLEGU ANABITARTE, A. (*op. cit.*, pp. 407 y ss., con examen de Derecho comparado) y GONZÁLEZ BERENGUER, *op. cit.*, pp. 20-23.

(63) Inconscientemente, quizá, es lo que hace GALLEGU ANABITARTE, A. *op. cit.*, p. 363 (“reservar un bien al sector público, es decir, al Estado”). Antes de la Constitución, MARTÍN RETORTILLO, S. (*Aguas públicas...* p. 194) opinaba que la nacionalización del agua era “la única forma que, de modo absoluto, otorgaría al Estado título suficiente y bastante para intervenir de modo eficaz en su explotación”.

De entrada es preciso llamar la atención acerca de la pluralidad de significados jurídicos de la expresión “dominio público”. La observación habría sido formulada en la doctrina por el profesor Guaita⁽⁶⁴⁾ y recientemente y de modo contundente ha sido expuesta por el profesor Gallego Anabitarte⁽⁶⁵⁾, con exhaustiva investigación histórico-jurídica. Ciertamente puede admitirse que el dominio público es “un género que abarca diversas especies” y que no puede identificarse con “propiedad del Estado”, configurado como relación de propiedad, pública, more privato. El profesor Villar Palasí⁽⁶⁶⁾ pioneramente abrió brecha en ese planteamiento predominante en la doctrina⁽⁶⁷⁾ y en la jurisprudencia⁽⁶⁸⁾ como consecuencia de la perspectiva del Código Civil⁽⁶⁹⁾. El “dominio público” será, pues, originariamente un título que legitima la intervención del Estado. “El título se crea a través de la publicatio de los bienes... por la creación de una regalía”⁽⁷⁰⁾.

No interesa ahora seguir la evolución del concepto y sus mutaciones⁽⁷¹⁾. Basta con recordar que el dominio público constituye un título de intervención, que justifica un haz de potestades; aunque no excluye que sea también en ocasiones una peculiar forma de propiedad. La distinción es fundamental para el supuesto de las aguas continentales y subterráneas, concebibles como res comunes y res nullius y explica el por qué de notas jurídicas de bienes pertenecientes a la categoría del dominio como inalienables⁽⁷²⁾.

¿En qué sentido habrá que acoger la declaración de “dominio público hidráulico del Estado” que se formula en la Ley 29/1985? Si el dominio público puede concebirse como un título jurídico para regular determinados bienes parece que ello equivale a reconocer a su titular competencia sobre ellos, como “materia” constitucional del artículo 149,1 de la CE. Desde luego, puede afir-

(64) *Op. cit.*, pp. 24 y 25.

(65) *Op. cit.*, pp. 362 y ss. entre otros pasajes.

(66) Cfr. *La intervención administrativa en la industria*, Madrid, 1964, pp. 137 y ss.; *Apuntes de Derecho administrativo. El dominio público*, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, curso 1966-67, cap. I.

(67) Cfr. GARRIDO FALLA, F. *Tratado de Derecho administrativo*, II, 7ª ed. Madrid, 1985, p. 500 y ss. (El Estado, “simultáneamente titular de dominio público y de propiedades privadas”; “el régimen excepcional de la demanialidad sólo está justificado en aquellos casos en que el Estado, dada la naturaleza de los bienes afectos al uso o al servicio público, no está en circunstancias de ejercer normalmente su papel de propietario (p. 507)”). Sobre la influencia francesa, vid. GALLEGO ANABITARTE, A. *op. cit.*, p. 53.

(68) STS. 28 de octubre de 1981 (Az. 4.703); 3 de diciembre de 1982 (Az. 7.774).

(69) En sentido crítico, también L. PAREJO, *Dominio público; un ensayo de reconstrucción de su teoría general*, RAP, 100-102, vol. III (1983), pp. 2.379 y ss.

(70) Cfr. VILLAR PALASÍ, *La intervención...* p. 137.

(71) Cfr. VILLAR PALASÍ, *ibidem*. y GALLEGO ANABITARTE, A. pp. 325-367.

(72) Cfr. GALLEGO ANABITARTE, A. *op. cit.*, p. 418.

marse como válida la afirmación opuesta: “la atribución de competencias no significa, necesariamente, atribución de titularidad sobre los bienes objeto de tales competencias”⁽⁷³⁾. Pero la declaración de titularidad de dominio público ha de realizarse respetando el orden de las competencias del Estado y de las Comunidades autónomas.

Ello puede conseguirse, en nuestra opinión, de una de estas dos formas: o bien considerando el dominio público hidráulico como título jurídico respetando las competencias de las Comunidades autónomas, tal como se ha afirmado anteriormente, sin que como tal título suministre un plus competencial a la situación anterior a la Ley 29/1985, o se concibe aquél como propiedad estatal.

De acuerdo con esta última concepción no existirá incompatibilidad teórica entre la titularidad estatal de los bienes y la competencia de la Comunidad autónoma sobre los mismos, de acuerdo con la doctrina elaborada a lo largo de la pugna entre dominio nacional y jurisdicción municipal en materia de montes o de dominio marítimo⁽⁷⁴⁾. La declaración tendría su base en el artículo 132,2 de la Constitución.

El dominio público como título jurídico para la regulación de las aguas puede fundarse en el artículo 128,2 de la Constitución, pero el alcance de la reserva al sector público estatal, no exigido necesariamente por el precepto en este último ámbito⁽⁷⁵⁾, no puede modificar el sistema constitucional de competencias y, por tanto, las competencias que pueden ser asumidas como exclusivas por las Comunidades autónomas.

Es cierto que con la primera concepción es “muy fácil justificar la constitucionalidad del artículo 1,2 de la nueva Ley de Aguas”⁽⁷⁶⁾, pero sucede entonces que puede dar lugar a auténticas nacionalizaciones, en el sentido riguroso del término⁽⁷⁷⁾ y, por ello, generar derecho a las correspondientes indemnizaciones⁽⁷⁸⁾.

(73) Cfr. las agudas observaciones de GALLEGO ANABITARTE, A. *op. cit.*, p. 418.

(74) Cfr. SALA AQUER, J.M. *Comunidades autónomas y dominio público*, en “Organización territorial del Estado”, IEF, Madrid, 1984, p. 2.811.

(75) Cfr. ROYO VILLANOVA, S. *Los términos municipales y su alteración*, Madrid, 1947; MEILÁN GIL, J.L. *Competencias administrativas en la actividad portuaria*, cit., la diferencia entre jurisdicción y potestad dominical se recoge ya en el Real Decreto de 5 de agosto de 1981. Cfr. en Italia, CASANOVA, M. *Demanio marítimo e poterlocali*, Milán, 1986, pp. 107-119.

(76) En sentido contrario, MENÉNDEZ REXACH, *op. cit.*, pp. 580-1.

(77) MENÉNDEZ REXACH, *ibidem*.

(78) Cfr. GALLEGO ANABITARTE, A., *op. cit.*, pp. 398-405.

Como resulta paladino que, al menos, algunas de las aguas incluidas en el citado dominio hidráulico del Estado como las aguas subterráneas, no son propiedad del Estado, ya que lo contrario no es conforme ni con su destino ni con su funcionalidad, no parece que quepa más opción que la de concebir ese dominio hidráulico como título estatal de regulación de las aguas que respetará las posibles competencias exclusivas de las Comunidades autónomas, operando respecto de ellas como un límite.

El título estatal deriva de la existencia del ciclo hidrológico que permite concebir las diferentes aguas como recurso unitario, y sólo, en tanto en cuanto esto suceda realmente⁽⁷⁹⁾.

La declaración de dominio público, con base en el artículo 128 de la CE, e incluso con base en el 132 de la misma, que constitucionaliza la concepción de la Ley de Patrimonio del Estado (dominio público por determinación de la Ley) encuentra su límite, a su vez, en el propio marco constitucional, del que forma parte, como se ha reiterado, el sistema de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades autónomas. La absoluta libertad de la Ley valía para el Estado unitario vigente cuando se promulgó la citada Ley de Patrimonio del Estado; no para el Estado compuesto de la Constitución de 1978. Porque, no siendo sector público necesariamente estatal, e implicando el dominio un título de intervención, puede afirmarse con fundamento en la doctrina del Tribunal Constitucional, como se ha hecho, “la accesoriedad de los bienes dominiales respecto de las competencias o facultades públicas”⁽⁸⁰⁾.

La declaración de dominio público estatal tendría que ser incompatible con la de dominio público autonómico⁽⁸¹⁾. La unidad del sistema es compatible con la pluralidad de titularidades, como sucede con carreteras y podrá ocurrir realmente con el escalonamiento de planes urbanísticos. Se trataría de conseguir la unidad articuladamente y no monolíticamente, como sucede con el ordenamiento jurídico de un Estado compuesto.

9. Dominio público y aguas subterráneas.

La declaración de dominio público hidrológico del Estado ofrece en la propia Ley 29/1985 una flexibilidad significativa por lo que se refiere a las aguas

(79) Tesis de autores como G. ARIÑO, *op. cit.*, pp. 124-25; LÓPEZ RODÓ, L. *op. cit.*

(80) Por ello resulta discutible predicar esa unidad de Canarias por su insularidad y por la conformación de sus aguas subterráneas.

(81) Cfr. PAREJO, L. *op. cit.*, p. 2.422.

subterráneas, que es el punto sobre el que se han centrado en buena medida las críticas de los contradictores de la Ley⁽⁸²⁾. La disposición transitoria segunda ofrece al titular de aprovechamientos de aguas privadas procedentes de manantiales la alternativa de su inscripción en el Registro de Aguas para su aprovechamiento temporal como tales durante cincuenta años o mantener “su titularidad en la misma forma que hasta ahora”, aunque “no podrán gozar de la protección administrativa que se deriva de la inscripción en el Registro de Aguas”. En esa disposición se fundan los defensores de la tesis no nacionalizadora, con sus consecuencias no indemnizatorias⁽⁸³⁾.

La declaración de dominio público, sin matiz nacionalizador, se deduciría del artículo 12 en relación con el artículo 52,2. El dominio público es un título de intervención, algo más que convertir a la propiedad privada de las aguas subterráneas en propiedad vinculada⁽⁸⁴⁾, si no se precisa bien el alcance de la expresión, en la que no caben del mismo modo montes o propiedad urbanística, por ejemplo.

Su concepción de la Ley resulta coherente con la calificación de las aguas subterráneas como res nullius. Una vez alumbradas son susceptibles de apropiación privada. Las que lo hubiesen sido antes de la vigencia de la Ley pueden seguir siendo privadas y pueden cambiar su naturaleza a voluntad de su propietario, que la seguirá poseyendo a título de concesionario. Precisamente por su carácter de res nullius las aguas subterráneas no alumbradas a la entrada en vigor de la Ley caerían dentro del dominio público hidrológico y este título proporcionaría al Estado las potestades administrativas que se manifiestan en la necesidad de autorización administrativa previa para su uso privativo exentos de ella cuando hayan sido declarados “como sobreexplotados o en riesgo de estarlo” (art. 52,2).

Ahora bien, esa inclusión global de las aguas subterráneas en el dominio público hidrológico del Estado resulta muy cuestionable desde el punto de vista constitucional si, como se ha admitido anteriormente, el dominio público es concebido como un título jurídico de regulación de la materia. La competencia del Estado sobre las aguas —superficiales y subterráneas—, como se sostuvo anteriormente, descansa en el dato físico de que discurran por más de una Comunidad autónoma, incluso referida la expresión a las cuencas intercomunitarias.

(82) “El Estado, como conjunto de las instituciones centrales, pierde facultades que las Comunidades autónomas ganan” (S. TC. 58/1982 de 27 de julio).

(83) Por todos, G. ARIÑO, *op. cit.*, Para Galicia, ALONSO ZATO, J.L., *Las aguas en Galicia: ¿Públicas o Privadas? ¿Qué hacer ante la nacionalización?*, en “La Ley”, 8 de noviembre de 1985.

(84) Así, GALLEGO ANABITARTE, A. *op. cit.*, y GONZÁLEZ BERENGUER, J.L. *op. cit.*

Resulta, de entrada, difícil de admitir que todas las aguas subterráneas discurren de la misma manera que las superficiales. El dato técnico de la unidad del ciclo hidráulico no debe confundir. Unas y otras —y las del mar, las atmosféricas, la nieve, las residuales, las de desalinización— son “fases de un mismo ciclo” y “todas ellas en cierto modo constituyen un recurso unitario, pero no por eso han de recibir similar tratamiento y consideración, ni la forma de gestión y utilización ha de basarse en criterios uniformes”, se ha dicho autorizadamente desde la vertiente técnico-científica⁽⁸⁵⁾. Y, en concreto, esta última afirmación se aplica a las superficiales y subterráneas.

Por tanto, salvo que circunstancias físicas lo confirmen, no pueden lícitamente extenderse las competencias estatales sobre las aguas, basado en el carácter intercomunitario de las cuencas a aquellas aguas subterráneas que no discurren⁽⁸⁶⁾ o cuya conexión con las superficiales no sea clara y determinante del comportamiento de éstas, tratándose siempre de cuencas intercomunitarias.

La propia Ley 29/1985 proporciona algún argumento al atribuir a los organismos de cuenca las facultades de intervención (arts. 53, 54 y 52,2) y éstos se constituyen “en las cuencas hidrográficas que excedan el ámbito territorial de una Comunidad autónoma” (art. 19). De acuerdo con ello, en Andalucía, en Cataluña y en Canarias —y eventualmente en Baleares— “las competencias sobre las aguas —superficiales y subterráneas— pueden corresponder a la Comunidad autónoma”⁽⁸⁷⁾.

Y en general, sólo desde aquel planteamiento físico puede, a nuestro juicio, entenderse correcta constitucionalmente la fuerza atractiva de la cuenca intercomunitaria, como ámbito de competencias estatales, sobre las aguas subterráneas.

Por ello, entendemos que no es correcto lo afirmado en la disposición adicional tercera acerca de la aplicación del dominio público hidráulico estatal a Canarias, cuando esta Comunidad apruebe su legislación específica sobre aguas.

El carácter de *res nullius* de las aguas subterráneas no impide teóricamente su configuración como dominio público autonómico. Y tampoco aquella

(85) Cfr. LLAMAS, M.R. *Informe científico-técnico*, en “El proyecto de ley de aguas”, cit., p. 15.

(86) El art. 15 del Reglamento del Dominio público hidráulico (R.D. 849/1986) define los acuíferos subterráneos como “aquellas formaciones geológicas que contienen agua, o la ha contenido y por las cuales el agua puede fluir”. Cfr. A. NIETO, *Aguas subterráneas: subsuelo árido y subsuelo hídrico*, RAP, 56 (1968), pp. 60 y ss. La perspectiva es la de la relación de las aguas subterráneas con el fondo, como fundamento del título jurídico de propiedad.

(87) En los dos primeros casos sólo de las cuencas intracomunitarias.

calificación es la única vía posible para regular adecuadamente el recurso, teniendo en cuenta los intereses de la colectividad. Y, en todo caso, las posibles disfuncionalidades que pudieran plantearse desde la perspectiva de las aguas como sistema integrado tienen solución jurídica en la fórmula de las leyes de armonización. De todas formas, la reciente sentencia del Tribunal Constitucional ha zanjado el tema.

LA DEFENSA DE LOS BIENES QUE INTEGRAN UNA COMUNIDAD HEREDITARIA

JORGE LÓPEZ CURBELO
ABOGADO

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. ALGUNAS CONSIDERACIONES EN TORNO A LA COMUNIDAD HEREDITARIA.
- III. EJERCICIO DE LA ACCIÓN REIVINDICATORIA.
 - 1. Quién puede reivindicar.
 - 2. Título de dominio.
 - 3. Legitimación pasiva.
 - 4. Identificación del objeto de la acción reivindicatoria.
- IV. EJERCICIO DE LA ACCIÓN PUBLICIANA.
- V. PRESCRIPCIÓN EXTRAORDINARIA.
- VI. RECAPITULACIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

Entre todos los derechos que las personas pueden tener sobre las cosas, aparece en primera línea el de propiedad. Bonfante la definió como la señoría más general, en acto o en potencia, sobre la cosa.

El Derecho Romano, entre los diferentes modos originarios de adquirir la propiedad, admitía la llamada “adiudicatio”. En un conocido texto de Ulpiano se lee: “adquirimos el dominio en virtud de adiudicatio por la actio familiae erciscundae, que tiene lugar entre los coherederos, por la fórmula communi dividundo. Si el Juez adjudicase alguna cosa a uno de los herederos, al instante es adquirida por él...”.

En el antiguo Derecho Romano la acción típica para la defensa de la propiedad era la acción reivindicatoria o reivindicatio. Su hipótesis respondía a supuestos de ataque de terceros que carentes de títulos se arrogaban la condición que la Ley otorgaba al verdadero propietario.

Estas vetustas instituciones extraídas de los viejos textos romanos perviven aún en nuestro Derecho Positivo informándolo y permitiendo una exégesis crítica en la mente de los juristas que lo han de aplicar.

Como viva muestra de ello vamos a esbozar un supuesto, de plena vigencia en la práctica del foro, en el que nuevamente reaparecen conceptos tales como Derecho de Propiedad, Comunidad Hereditaria, Acción Reivindicatoria, etc.

Don Jacinto y don Claudio declaran que:

- Son los únicos universales herederos de don Bonifacio.
- Al haber hereditario del indicado causante pertenece una finca rústica adquirida por el mismo en virtud de compraventa e inscrita a su favor en el Registro de la Propiedad.
- No obstante la indicada titularidad, los herederos de doña Hortensia vienen ocupando la finca reseñada sin justificación alguna.
- Don Jacinto y don Claudio desean ejercitar las acciones que correspondan para recuperar lo que les pertenece.

II. ALGUNAS CONSIDERACIONES EN TORNO A LA COMUNIDAD HEREDITARIA

Desde el mismo momento en que se extingue la vida del decuius hasta aquél en que los herederos incorporan a su patrimonio los bienes que les puedan corresponder, hay que fijar varias etapas o estadios a través de los cuales se irá decantando el caudal objeto de partición.

Entre esas etapas o estadios hay tres que merecen especial mención:

— La aceptación de la herencia. Se trata de un acto por virtud del cual la persona a cuyo favor se ha deferido una herencia por testamento o abintestato hace conocer su resolución de tomar la cualidad de heredero. (Escriche) Y el art. 999-2 del Código Civil especifica que la aceptación tácita es la que se hace por actos que suponen necesariamente la voluntad de aceptar, o que no habría derecho a ejecutar sino con la cualidad de heredero.

— La comunidad hereditaria, que es la situación que se produce cuando varios herederos llamados a la misma sucesión aceptan la herencia.

— La partición de la herencia, esto es, el acto o negocio jurídico que pone fin al estado de indivisión y de comunidad hereditaria, atribuyendo a cada uno de los coherederos bienes y derechos singulares.

Estas tres etapas quedan perfectamente resumidas en la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 1961: “En caso de aceptación por más de un heredero, la sucesión mortis causa desemboca en una comunidad que comprende todas las relaciones jurídicas patrimoniales del difunto, excepto aquellas que, por su naturaleza o por su contenido, se extinguen por la muerte de la persona a la que están adheridas, es decir, todo elemento patrimonial activo o pasivo que corresponde a los sucesores; estado de comunidad del que se sale, en todo caso, mediante la división con partición de la herencia”.

En punto a la naturaleza jurídica de la comunidad hereditaria mucho se ha polemizado en la doctrina acerca de su verdadera esencia. Se trata de una situación transitoria que por su conflictividad las fuentes romanas sintetizaban con la frase “*MATER RIXARUM*”. La cuestión queda resumida meridiana-mente por Díez-Picazo y Gullón al señalar que “la polémica versa en cuanto a si lo que está en comunidad es una unidad global y, en este caso, cómo se

traduce esta comunidad sobre la unidad global en relación con cada uno de los concretos bienes hereditarios o si, en cambio, el sistema se atomiza en una pluralidad de comunidades, tantas como bienes y derechos compongan la herencia”. También se ha discutido si en cada uno de estos dos requisitos posibles rige el modelo romano o comunidad por cuotas o la comunidad germánica o en mano común.

En realidad, el eje sobre el que ha girado toda esta polémica es una cuestión de índole práctica. Lo importante ha sido saber si puede o no puede un coheredero enajenar la parte alícuota que le pertenece en la herencia en relación con algún bien concreto del caudal relicto.

La Dirección General de los Registros y del Notariado en una antigua resolución de 25 de febrero de 1888 llegó a considerar a los coherederos a la manera romana como dueños proindiviso de cada cosa de la herencia —principio romanista que subsiste en la Comunidad Autónoma Catalana, de acuerdo con su Compilación—. Más tarde y por influencia del Tribunal Supremo mudó de criterio, negándose al coheredero todo derecho sobre bienes específicos y determinados de la herencia en tanto no se le adjudicaran en la partición. La sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1905 admitió que la enajenación o hipoteca de parte determinada de un objeto relicto limita sus efectos, por aplicación del último inciso del artículo 399 del Código Civil —“el efecto de la enajenación o de la hipoteca con relación a los condueños estará limitado a la porción que se le adjudique en la división al cesar la comunidad”— a la parte que se le adjudique al coheredero al desaparecer la comunidad.

La jurisprudencia, primero con algunas sentencias aisladas y luego abundantemente, viene a configurar, si bien con terminología diversa, la llamada comunidad hereditaria como universal. Afecta a los bienes indivisos en su conjunto. Por ello cada partícipe tiene sobre el conjunto de los bienes una cuota global pero no tiene una cuota sobre cada objeto relicto en concreto.

Es muy aclaratoria a este respecto la sentencia de 25 de noviembre de 1961 que ya mencionamos anteriormente para explicar el iter sucesorio cuando dice: “La comunidad hereditaria es un tipo especial de la comunidad de bienes y derechos que regula el Título III del Libro II del Código Civil, pero que tiene características propias y un principio de régimen orgánico que la erigen en una categoría jurídica intermedia entre el condominio ordinario y la persona moral —ésta es la tesis introducida por Jerónimo González (*Estudios...* III, pp. 362-371)—; habiendo que establecer una distinción entre la comunidad que re-

sulta de una sucesión hereditaria por causa de muerte, y la comunidad o condominio general que se regula en el Título III del Libro II del Código Civil, pues mientras en aquélla cada heredero, hasta que se realice la partición sólo disfruta de una parte ideal de todos los bienes de la herencia, sin una posesión real individual, que corresponde a todos, en ésta disfruta de una posesión real y efectiva de la parte que le corresponde en la cosa, de la cual puede disponer, como así se deduce de los artículos 394 y 399 del mencionado cuerpo legal”.

Esta cuota global se denomina por parte importante de la doctrina derecho hereditario “in abstracto”, por oposición al derecho “in concreto” que compete al sucesor después de la partición. Hasta entonces cada heredero disfruta de una parte ideal de todos los bienes de la herencia y no ostenta titularidad ordinaria sobre cada bien singular, sino un derecho abstracto sobre toda la herencia concebida como un “universum ius”. Así lo ha reconocido la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 1988 cuando reconoce que “la comunidad hereditaria atribuye al heredero un derecho abstracto que no se individualiza ni concreta hasta que la participación de la herencia se verifica”.

La posibilidad de transmisión de esa cuota global de cotitularidad en el patrimonio hereditario se admite en nuestro Código Civil. Así el artículo 1.067: “Si alguno de los herederos vendiese a un extraño su derecho hereditario antes de la partición...”. Y el artículo 1.000: “Entiéndese aceptada la herencia cuando el heredero vende, dona o cede su derecho a un extraño...”. A este respecto la jurisprudencia ha indicado que la cesión no transfiere la cualidad de heredero, pero sí la de representante de él en las actuaciones particionales (sentencia 27 de mayo de 1967).

Esta cuota global es la que tiene acceso al Registro de la Propiedad. El derecho hereditario puede ser objeto de anotación preventiva, aunque no de inscripción en el Registro. El artículo 42 de la Ley Hipotecaria advierte que: “Podrán pedir anotación preventiva de sus respectivos derechos en el Registro correspondiente los herederos respecto de su derecho hereditario...”. En la misma idea abunda el artículo 46 del mismo cuerpo legal, y el art. 146 de su Reglamento.

Sólo interesa ya hacer una breve consideración sobre la administración de esta comunidad especial. En principio corresponde a la persona designada por el testador y en su defecto a los herederos —tal como se sobreentiende del artículo 1.063 del Código Civil— conforme al sistema de mayorías que rigen la comunidad ordinaria (artículos 393, 395, 397, 398 del Código Civil), pudiendo

instar cualquiera de ellos el sistema de administración previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil (artículo 1.060); en cuyo caso se exige la regla de la unanimidad de todos los interesados. Cualquiera de los partícipes está aisladamente legitimado para actuar al objeto de defender y proteger el patrimonio hereditario. El Tribunal Supremo ha reconocido que cualquier coheredero puede ejercitar en beneficio de la masa común las acciones que correspondían al causante y las nacidas luego de su muerte en favor de la herencia, sin necesidad de poder conferido por los restantes sucesores, y bien entendido que la resolución favorable recayente en el litigio promovido por uno de los partícipes aprovechará a los demás y no les dañará la adversa.

Más recientemente la sentencia de 21 de septiembre de 1987 en su tercer fundamento de derecho reconoce el ejercicio de la acción en interés de la comunidad que cualquier comunero puede actuar (artículo 1.026 del Código Civil). Con rotunda claridad afirma la sentencia de 30 de noviembre de 1988 del mismo Alto Tribunal que cualquiera de los comuneros puede comparecer en juicio cuando se trate de asuntos que afecten a derechos de la comunidad, ejercitando las pertinentes acciones para defenderlos.

III. EJERCICIO DE LA ACCIÓN REIVINDICATORIA

La acción reivindicatoria viene recogida en el artículo 348-2 del Código Civil: “el propietario tiene acción contra el tenedor y el poseedor de la cosa para reivindicarla”. La Jurisprudencia (especialmente la sentencia de 19 de diciembre de 1946) ha seguido la definición de Dernburg al establecer que la acción reivindicatoria es aquella mediante la cual el propietario no poseedor hace efectivo su derecho contra el poseedor no propietario.

Es reiterada doctrina legal de la Sala Primera del Tribunal Supremo la de que el ejercicio de la acción reivindicatoria requiere los siguientes requisitos: 1. Que el demandante justifique su derecho de propiedad. 2. Que el demandado no pueda oponer ningún derecho que justifique su pretensión de retener la cosa frente al propietario. 3. Que la acción se dirija contra quien tenga la cosa en su poder. 4. Que la cosa que se reivindique quede debidamente identificada (sentencias de 27 de octubre y 22 de diciembre de 1983).

1. Quién puede reivindicar.

La acción compete siempre al propietario. Mientras no prescriba su acción (extremo éste que ha de ser alegado por el demandado como excepción) el propietario puede reivindicar en cuanto localice la cosa propia en posesión ajena —“ubi rem meam invenio, ibi vindico”—. Y sólo compete al propietario —“nemo dat quod non habet”. “Nemo plus iuris in alium transferre potest, quam ipse habet”—.

Puede ser también ejercitada por el propietario que no ha llegado a poseer nunca la cosa o por el que la tiene en posesión inmediata. De igual modo cualquier partícipe de una comunidad puede ejercitar en beneficio de ella las acciones que estime pertinentes, pero no las que puedan perjudicarla (sentencia de 11 de mayo de 1964). En caso de sucesión por causa de muerte incumbe la acción a cualquier heredero siempre que sea en beneficio de la comunidad (sentencias de 21 de junio de 1919, 20 de febrero de 1941, 8 de mayo de 1953, 13 de marzo de 1954, 5 de diciembre de 1955). Ahora bien, lo que ocurre es que el título universal de la herencia por sí solo es insuficiente para reivindicar una finca determinada, siempre que no se pruebe que ésta forma parte de la misma herencia. Esta dificultad tendría que ser salvada, en sede del artículo 348-2 del Código Civil, ejercitando el heredero la acción declarativa de la propiedad para que se declare que forma parte de la herencia la finca en cuestión.

El sentir de la jurisprudencia no abriga duda alguna a este respecto. Por ello, la más reciente sentencia de 25 de marzo de 1988 declara que si “en una sucesión hereditaria no se ha practicado la verdadera partición con la adjudicación individualizada de los bienes herenciales, los que, por tanto, jurídicamente permanecen en el seno de las herencias controvertidas, cuya titularidad se proyecta con signo comunitario entre los herederos sin asignación más que de cuotas ideales pero no de bienes concretos”, con ello aparece perfilada la titularidad dominical propugnada por los demandantes para el ejercicio de la acción reivindicatoria.

2. Título de dominio.

La doctrina jurisprudencial declara que ha de entenderse por título en Derecho Civil tanto la causa en cuya virtud es poseída o se adquirió alguna cosa como el instrumento con que se acredita el derecho que sobre la misma cosa pertenece a quien la ostenta y que para lograr la efectividad ejercita la

acción (sentencia de 23 de marzo de 1973). El término técnico título de dominio no equivale a documento preconstituido sino a justificación dominical. El título ha de ser suficiente —corresponde al Tribunal de Instancia apreciar la suficiencia— justo, legítimo, eficaz y de mejor condición y origen, en su caso, y por ello preferente al que ostente el demandado. No es indispensable presentar un título escrito de dominio sino que basta que éste se demuestre por los distintos medios de prueba que la Ley admite.

El “quid” de la cuestión consiste en determinar si el reivindicante puede fundar su reclamación en un título de transmisión por causa de muerte. El Tribunal Supremo ha declarado que ni los testamentos ni las declaraciones judiciales de herederos bastan para reivindicar, ya que no constituyen título de dominio. Ahora bien, esta rotunda declaración ha de ser analizada cuidadosamente para evitar una interpretación equívoca de la doctrina legal de la Sala Primera. Lo que en realidad se nos está diciendo es que el testamento no constituye título suficiente para reivindicar siempre y cuando no se llenen determinados requisitos, esto es:

— Que se justifique cumplidamente que la finca objeto de la acción reivindicatoria forma parte de la herencia de que se trate (sentencias de 21 de febrero de 1941, 19 de octubre de 1954, 17 de mayo de 1956).

— Que se describa la finca reivindicada perteneciente al patrimonio del difunto (sentencias de 13 de marzo de 1954, 2 de mayo de 1959).

— Que la finca objeto de litigio se halle inscrita a favor del causante (sentencias de 6 de junio de 1920, 11 de mayo de 1987).

— Que el heredero que ejercita la acción reivindicatoria lo haga en beneficio de la masa común hereditaria (sentencia de 24 de octubre de 1973).

Además, no puede negarse la tradición como requisito para la transmisión del dominio en caso de bienes adquiridos por herencia, puesto que según el artículo 440 del Código Civil, la posesión de los bienes hereditarios se entiende transmitida al heredero desde el momento de la muerte del causante. Y a mayor abundamiento la sentencia de 5 de diciembre de 1955 señala que: “el testamento, como se declaró en sentencia de 31 de enero de 1903, constituye por sí título bastante para la transmisión de los bienes del causante con arreglo a los artículos 609, 657, 658 y 659 del Código Civil... y declarándose además en la sentencia recurrida que los bienes de que se trata pertenecían al causante de la sucesión... se ha cumplido suficientemente la justificación de la acción reivindicatoria puesta en ejercicio”.

Por otra parte, en el ejercicio de la acción reivindicatoria la prueba del dominio, para evitar la “*probatio diabolica*”, se reduce a la prueba del dominio de los transferentes hasta completar el tiempo de usucapión o a la prueba de la adquisición válida del último titular reivindicante. La carga de la prueba del derecho de propiedad recae sobre el reivindicante. De no cumplirse tal extremo el demandado poseedor debe ser absuelto cualesquiera que sean los vicios o defectos de su situación posesoria o de hecho. Pero el actor no está obligado a probar que lo adquirido le sigue perteneciendo toda vez que el estado de derecho se presume continúa en tanto que no se demuestre (y la carga de esta prueba pesará sobre el demandado) que ese preexistente estado de propiedad ha sido sustituido por otro estado jurídico diverso.

Para finalizar con este apartado relativo al título de dominio sólo resta aclarar que no es necesario solicitar la nulidad del título del demandado ni antes ni simultáneamente al juicio reivindicatorio cuando los derechos de las partes deriven de documentos y hechos entre sí independientes, o distintos sin relación de dependencia entre sí, según reiterada jurisprudencia.

3. Legitimación pasiva.

El ejercicio de esta acción ha de tener lugar interpelando tanto a quien lleva la posesión real de la cosa como a aquella otra que ostenta la posesión jurídica. Esta acción puede ejercitarse contra toda clase de poseedores, incluso frente a los que sólo ostentan la posesión material. Hay que expresar las personas que poseen y detentan. En cualquier caso, han de evitarse problemas de legitimación pasiva, como en el supuesto de no haber sido demandadas todas las personas otorgantes de los títulos cuya nulidad se pretende, por ser necesario que nadie sea condenado sin previa audiencia. El defecto de litis consorcio pasivo necesario puede ser apreciado de oficio por los Tribunales (*sentencia* de 9 de febrero de 1970).

4. Identificación del objeto de la acción reivindicatoria.

Esta acción sólo es procedente para reclamar una cosa señalada de manera determinada y concreta, de quien la tenga en su poder, sin que sea posible pedir el “*tantumdem eiusdem generis*”. La abundante jurisprudencia del Supremo sobre la identidad de la finca puede quedar resumida en sus más relevantes extremos del siguiente modo:

— Más importante que la determinación de la cabida lo es la situación y linderos de la finca; aunque las meras equivocaciones que con relación a los linderos se observen en la descripción del inmueble en el Registro no enervan ni contradicen la plena demostración del dominio.

— La identidad de las fincas se ha de comprobar atendiendo principalmente al nombre con que se las designa, a sus cabidas y linderos y a cuantos medios adecuados sean utilizables para la formación del juicio por el juzgador.

— La identificación no consiste solamente en fijar con precisión y exactitud la situación, cabida y linderos, sino que además se ha de demostrar que los predios identificados sobre el terreno son los mismos a que se refieren los documentos y medios de prueba.

— La doctrina de la demostración y justificación de la identificación también se le aplica al demandado cuando no se limita a excepciones, negando los hechos aducidos de adverso, sino que a su vez reconviene para que a virtud de los títulos que alega tenga éxito su derecho en juicio.

— Es de exclusiva apreciación de la Sala sentenciadora si se ha justificado la identidad de los efectos o bienes que son objeto de reivindicación.

IV. EJERCICIO DE LA ACCIÓN PUBLICIANA

Es posible, aunque improbable, que la acción reivindicatoria no tenga éxito ante los Tribunales por estimar éstos que el título de transmisión por causa de muerte es insuficiente. Por ello recomendamos la interposición subsidiaria de la acción publiciana por ser ambas acciones acumulables.

Se trata de una acción real que compete al poseedor civil de una cosa contra el que posee sin título o con otro, pero con menos derechos, para que le sea devuelta la cosa con sus frutos, accesiones y abono de intereses.

No vamos a entrar en cuestiones relativas a la admisibilidad de esta acción en nuestro Derecho, puesto que una reiterada jurisprudencia, si bien con criterios no siempre afines, le ha dado carta de naturaleza (sentencias de 24 de febrero de 1911, 30 de marzo de 1927, 26 de octubre de 1931, 21 de febrero de 1941, 6 de marzo de 1964 y 17 de febrero de 1989).

Lo que sí importa aclarar ahora es que aparte de los requisitos que ambas acciones, reivindicatoria y publiciana, tienen en común —posesión o detentación por el demandado, identificación de la finca y otros— existen unos propios y específicos de la publiciana:

— Corresponde la acción publiciana al poseedor civil, poseedor en concepto de dueño o poseedor de derecho de una cosa, contra quien ostente un derecho inferior. También se entiende concedida al dueño.

— La posesión de buena fe requerida para su ejercicio no existe sino con base en un justo título —hábil para transmitir el dominio—, en el que deberá el actor fundar su demanda. Éste se encuentra amparado por el art. 448 del Código Civil.

— No exige esta acción del actor la justificación de su dominio por lo que la prueba resultará más fácil que la acción reivindicatoria, pero no tiene efectos tan concluyentes y definitivos, puesto que la sentencia que por su virtud recaiga no produce excepción de cosa juzgada en el pleito de propiedad.

— Insistimos, por tanto, en que se interponga subsidiariamente esta acción publiciana porque es el caso que algunas veces ha contemplado la jurisprudencia en que, ejercitando una acción reivindicatoria, el demandado alega la prescripción adquisitiva y simultáneamente la extintiva de la acción cuando no pudiendo considerar que se ha consumado la primera no tiene más remedio que acoger la segunda, de forma que no puede declarar propietario ni al demandante ni al demandado, situación que podría obviarse acumulando el demandante la publiciana a la reivindicatoria.

V. PRESCRIPCIÓN EXTRAORDINARIA

En la sentencia de 11 de mayo de 1987, en un supuesto de ejercicio de la acción reivindicatoria, el demandado recurrido en su escrito de contestación a la demanda, planteó la cuestión de la prescripción de la acción y de la usucapión, con referencias expresas a los artículos 1.959 y 1.963 del Código Civil.

En ésta, como en otras sentencias, se observa que el demandado exceptiona la prescripción adquisitiva extraordinaria. No nos preocupa el caso de la usucapión ordinaria que implica difícil prueba pues requiere, además de una

posesión en concepto de dueño, pública, pacífica y no interrumpida, que sea con buena fe, justo título, verdadero, válido y probado. Nos preocupa, en cambio, la usucapión extraordinaria porque aparte de la posesión durante 30 años en los términos que exigen los artículos 1.941, 447 y 1.959 del Código Civil, no se exige ningún otro requisito.

En primer lugar se requiere que la posesión sea en concepto de dueño, esto es, posesión por sí, considerándose verdadero dueño de la cosa poseída y ejerciendo sobre ella los derechos dominicales o nacidos del dominio. No sirve el aprovechamiento simultáneo de dos o más personas, sino la posesión en concepto de dueño exclusivo. El condueño no puede adquirir por prescripción la parte indivisa correspondiente a los otros condueños.

Además, de acuerdo con el artículo 1.942 del Código Civil no aprovechan para la prescripción o mejor dicho para la posesión los actos de carácter posesorio ejecutados en virtud de licencia o por mera tolerancia del dueño. En dichos actos no está manifiesta ni presunta la intención o la voluntad del dueño de conformarse con que el poseedor adquiriera el dominio, ni de la licencia o tolerancia pueden deducirse el abandono del propio derecho.

La posesión debe ser pública. Si fuere oculta no podría llegar a conocimiento del propietario a quien perjudica, y, por tanto, faltaría la base para la presunción en que la prescripción se funda, porque no teniendo noticia de la posesión el verdadero dueño, no puede éste prestar ni dejar de prestar su aquiescencia o conformidad a ella y su silencio no puede ser interpretado en un sentido afirmativo de su voluntad favorable a la prescripción. Además, por precepto expreso del artículo 445 del Código Civil, la posesión como hecho no puede reconocerse en dos personas distintas a la vez, fuera de los casos de indivisión, y si bien en el supuesto de ser pública la posesión no puede reconocerse el hecho de la misma en el verdadero derecho, por virtud del principio establecido, no sucede lo mismo cuando la posesión por el que prescribe es oculta o no pública, pues entonces hay que presumirla de hecho en el propietario, puesto que en su favor establece la Ley la presunción.

Ha de ser pacífica. No puede adquirir por usucapión quien haya privado violentamente de la cosa a su dueño.

Ha de ser continuada o no interrumpida. Para los efectos de la prescripción adquisitiva la posesión se interrumpe natural o civilmente (artículo 1.943 del Código Civil). La interrupción natural se produce cuando por cualquier causa se cesa en ella por más de un año (artículo 1.944). La interrupción civil se produce

por la citación judicial hecha al poseedor, aunque sea por mandato de Juez incompetente (artículo 1.945). Pero se tendrá por no hecha y no producirá interrupción esta clase de citación: 1. Si fuere nula por falta de solemnidades legales. 2. Si el actor desistiere de la demanda o dejare caducar la instancia. 3. Si el poseedor fuere absuelto de la demanda.

Todos estos requisitos que hemos señalado han de ser adecuadamente probados en juicio por el demandado usucapiente. Por ello traemos a colación la reveladora sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 1959 en la que se afirma: “el derecho real de dominio, además de hallarse protegido por la acción real reivindicatoria, de acuerdo con el artículo 348-2 del Código Civil, para recuperar la cosa detentada por tercero, también lo está por la declarativa de su existencia frente a la persona que, sin poseerla, indebidamente, contravierta en forma efectiva los derechos del propietario, con evidente interés por parte de éste de poner en claro su titularidad, invocándola con el fin de obtener una decisión incontestable para el porvenir con las garantías de la cosa Juzgada, acción esta última que es la ejercitada por el demandante, alegando la prescripción extraordinaria de más de 30 años en concepto de dueño, extremo que no queda justificado, ya que no se prueba el esto o situación posesoria del inmueble durante el tiempo preciso para la usucapión extraordinaria, motivando todo ello la desestimación de la demanda por falta de título de dominio”.

En la sentencia de la Audiencia Territorial de Bilbao de 21 de abril de 1981 se dice que se ejercita por la actora, al amparo del artículo 348 del Código Civil, la acción reivindicatoria, y, habiéndose acreditado los tres requisitos que reiteradamente viene exigiendo nuestra jurisprudencia, para el éxito de la referida acción; justo título, identificación de la finca y tenencia de la misma por el demandado, procede estimar la procedencia de tal acción y declarar la propiedad de la parte actora sobre la finca reivindicada... en cuanto a la prescripción alegada por la parte actora en base a lo establecido en el artículo 1.959 del Código Civil, manifestando haber poseído ininterrumpidamente en concepto de dueño la finca durante más de 30 años, es evidente que, a tenor de la teoría genera de la prueba, a ella, que afirma tal hecho, corresponde probarlo, como debía probar también que había poseído de un modo excluyente y en concepto de dueño, requisitos que reiteradamente exige nuestra jurisprudencia para la que la posesión sea apta para la prescripción, y de lo actuado no se deriva una prueba concluyente de ello, máxime que, aunque los demandados hayan realizado algún acto posesorio no puede estimarse reúna los requisitos citados. En parecidos términos se expresa la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 1979.

VI. RECAPITULACIÓN

Don Jacinto y don Claudio son copartícipes de una comunidad hereditaria. Gozan de un derecho hereditario “in abstracto” sobre el caudal relicto. Entre los bienes que conforman esa comunidad hereditaria se encuentra una finca rústica ocupada sin justificación alguna por los herederos de doña Hortensia. Tales herederos son simples detentadores o titulares de una posesión genérica, sin título o con título ineficaz. Ejercen una posesión injusta o abusiva, nociva al interés ajeno, que viene a constituir una situación de precario.

En el supuesto de que los herederos hubieran pedido y obtenido la anotación preventiva de su derecho en el Registro de la Propiedad de conformidad con los artículos 42.6, 46 de la Ley Hipotecaria y concordantes de su Reglamento, no cabe duda alguna que tal anotación preventiva enerva el juego de la fe pública respecto del adquirente de buena fe, que no podrá alegarla a su favor. Tal anotación otorga una especial protección del derecho anotado, si bien no llega a producir los efectos legitimadores del artículo 38 de la Ley Hipotecaria. Las anotaciones preventivas son unos asientos registrales de vigencia temporalmente limitada que enervan la eficacia de la fe pública registral en favor de los titulares de situaciones jurídicas que no son inscribibles. Ahora bien, en el caso concreto del derecho hereditario —como ha admitido algún autor— podría llegar a obtenerse la protección máxima de la inscripción registral si se inscribe el derecho hereditario a favor de la comunidad hereditaria.

De lo que no cabe duda es que con el presupuesto de la anotación preventiva de los artículos 42.6 y 46 de la Ley Hipotecaria y de acuerdo con el principio reiteradamente acogido por la doctrina legal —sentencia del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 1963— según el cual para la defensa de la masa común se pueden ejercitar las acciones pertenecientes al causante, sin necesidad de poder expreso conferido por los restantes sucesores, cualquiera de los herederos puede plantear la acción de desahucio por precario que encuentra su cauce procedimental en los artículos 1.564-3, 1.565 y siguientes de la Ley rústica civil para recuperar la posesión de hecho de la finca rústica. El juicio de desahucio, como sabemos, tiene una finalidad parecida a la de la acción reivindicatoria, si bien centrada, en sus trámites abreviados —sumariedad y especialidad— en el restablecimiento de la posesión de hecho de un bien propio, poseído por otro, sin razón para poseer. Como ha señalado el Tribunal

Supremo en reiteradas ocasiones (sentencias de febrero de 1949, 9 de julio de 1947, etc.) no cabe resolver en el juicio de desahucio situaciones de derecho, pues una cosa es la justificación del fundamento o razón de la situación de hecho que se disfruta, y otra la controversia sobre el derecho mismo, y que, aunque sea de hecho, no quiere decir que se confunda con el ámbito mucho más reducido de los interdictos que responden a la protección posesoria de primer grado, mientras que el precario es el intermedio entre el declarativo y el interdictal, al suponer una situación posesoria superior al hecho simple, en cuanto ya se litiga sobre el derecho a poseer.

Ahora bien, si los herederos no hubieren tenido acceso al Registro o habiéndolo tenido caducase la anotación preventiva de su derecho por aplicación de la regla del artículo 86 de la Ley Hipotecaria, entonces su situación jurídica sufre un cambio radical. En el limitado cauce de juicio de desahucio por precario no se pueden desestimar relaciones jurídicas complejas entre las partes ni entrar en los posibles cauces de nulidad del título alegado por el coheredero demandante. Todo ello deberá ventilarse en el juicio declarativo correspondiente, situándonos en el puro terreno del Derecho Civil, al margen de principios básicos registrales y de la publicidad tabularia. Y es aquí donde tiene su lugar el ejercicio de la acción reivindicatoria y, en su caso, de la publiciana, para entrar en el examen de cuestiones relativas a la propiedad de la finca rústica o de preferencia de títulos en el correspondiente juicio plenario.

Dichas acciones deberán ser interpuestas cumplimentando escrupulosamente todos los requisitos que la Ley y la doctrina legal exigen para su buen éxito, especialmente los relativos al litis consorcio pasivo necesario y a la identificación de la finca. Entendemos que los herederos de doña Hortensia pueden alegar en su defensa la adquisición de la referida finca a través de la usucapión extraordinaria, pero dicha institución, con ser posible, es, sin embargo, de difícil prueba ante los Tribunales por las razones que ya expusimos.

EL ROBO DE LA MERCANCÍA COMO CIRCUNSTANCIA EXCULPATORIA SEGÚN LOS TRIBUNALES

FRANCISCO-JOSÉ SÁNCHEZ ORTIZ

ABOGADO

MIEMBRO DEL INSTITUTO DE DERECHO INTERNACIONAL DE LOS TRANSPORTES (IDIT)

Éste es, desde luego, un tema de la mayor trascendencia para los transportistas.

Sucede con frecuencia que, sobre todo en algunos países, aprovechando la mínima ausencia de los conductores, gente muy especializada, y bien dotada de herramientas, abre el vehículo, lo pone en marcha, alejándolo del lugar en que estaba situado, para apropiarse de la mercancía, dejándolo abandonado en otro paraje.

El conductor denuncia el hecho a la autoridad competente y, pasado algún tiempo, la empresa porteadora recibe una reclamación del usuario y sobre todo del Asegurador de éste (seguros de daños, y más propiamente “de facultades y otros intereses del cargador”), reclamando el valor de la mercancía sustraída y eventualmente daños y perjuicios, etc.

La defensa de estos supuestos trata de basarse en una calificación de fuerza mayor de los arts. 1.105 y 1.602 del Código Civil español, o el art. 17 de la Convención C.M.R. de 19 de mayo de 1956 (Boletín Oficial del Estado de 7 de mayo de 1974), si se trata de un transporte internacional.

Frente a esta tesis, los reclamantes argumentan la existencia de culpa por falta de vigilancia, del art. 1.103 del Código Civil.

Y la Jurisprudencia, tanto española como de otros países, es muy variada en atención a las circunstancias.

Incluso a la propia concepción de la fuerza mayor en los diferentes sistemas jurídicos, es decir, países continentales con Códigos de tronco común napoleónico, países de “Common Law”, Derecho germánico, etc.

Las sentencias españolas más importantes, en el sentido de reconocer la existencia de fuerza mayor en estos supuestos, se han adentrado en el estudio de la racionalidad de la conducta del conductor encargado del vehículo, en los términos de la propia interpretación del art. 1.103 del Código Civil (consecuentemente superado el problema de la prueba, según el art. 361 del Código de Comercio y la concurrencia de concausas del art. 362 del Código de Comercio), esto es lo que dice el art. 1.104 del Código Civil sobre la diligencia.

* * *

Una cuestión adyacente, pero de paralelo interés, es el litigio entre el transportista que asegura su propia responsabilidad mediante la suscripción de la correspondiente póliza. Y que, acaecido un robo de los que venimos describiendo, solicita de ese su Asegurador que se haga cargo de la indemnización al usuario. A lo que el Asegurador se niega.

Sobre este particular es importante la sentencia de la Audiencia Territorial de Madrid, de 25 de abril de 1979 (Apelación 1.512/77) confirmando la del Juzgado de 1ª Instancia de la capital de 12 de abril de 1978, que enfrentaba a un transportista y su Asegurador.

* * *

Pero, volviendo al tema principal de la reclamación que al porteador hace el usuario o el Asegurador de daños de éste, la sentencia del Tribunal Supremo, fundamental, es la de 20 de diciembre de 1985, dictada en el recurso de casación 457/85, confirmando la de la Audiencia Territorial de Pamplona de 2 de marzo de 1982 (apelación 2.231/81) publicada en el Repertorio de Jurisprudencia de Aranzadi nº 6.605.

Juzgados y Tribunales han ido adoptando los criterios básicos de esta sentencia en lo principal, a veces con alguna vacilación o incluso en contra de la tesis de la fuerza mayor.

Por ello, resulta de gran interés la reciente sentencia de 17 de abril de 1989, del Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Sevilla dictada en el juicio declarativo ordinario de menor cuantía 274/87-3, que, sustancialmente, puede recogerse conforme a los siguientes pronunciamientos:

“Acaecida la pérdida de la mercancía por robo del vehículo articulado que transportaba la carga en la tarde del día 27 de marzo de 1985 en las inmediaciones del punto de destino, esto es, en la Aduana de Concorezzo, lugar habitado con instalaciones y servicios funcionando en sus inmediaciones, entre otros, un puesto de carabineros o policía; se acredita el hecho tanto por las certificaciones expedidas por la policía italiana como por la manifestación del conductor del vehículo y por las facturas y certificaciones demostrativas de los daños experimentados en el sistema de encendido eléctrico del vehículo y en los daños ocasionados en las puertas, singularmente en el mecanismo de la luna o cristal de la puerta izquierda de la cabina, hechos que delatan el acaecimiento del robo, subsumible en el apartado 2 del art. 17 del Convenio regulador, demostrativo de que la pérdida se debe a circunstancias que el transportista no pudo evitar y cuyas consecuencias no pudo impedir.

Ya que, como tiene proclamada la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1985 (Repertorio de Aranzadi 6.605), la sustracción del vehículo con su carga puede subsumirse en el supuesto de fuerza mayor, ya que la desaparición del camión tuvo lugar en idénticos supuestos a que hace referencia la sentencia invocada, y en base a que *la posibilidad de prever eventos dañosos y/o perjudiciales depende de las circunstancias de caso concreto, sin que, en términos generales, sea exigible una previsión que exceda de la que pueda esperarse de una persona prudente y respecto a los riesgos del normal discurrir de la vida.*

Criterio perfectamente aplicable al caso debatido por la práctica identidad de los supuestos, habiéndose acreditado la diligente actuación del conductor que, tras cerrar el vehículo con llave cuando se disponía a tomar un alimento, se percató de la desaparición de su vehículo, hecho que puso inmediatamente en conocimiento de la policía en el propio lugar del suceso, siguiendo de cerca la evolución de la investigación y personándose al día siguiente cuando el vehículo sin la carga había sido hallado a algunos kilómetros de distancia.

Por todo ello, *procede incardinar el supuesto dentro del ámbito de la fuerza mayor* a que se refiere el párrafo 2 del art. 17 del Convenio Internacional de transportes por carretera, procediendo en consecuencia la desestimación de la demanda, con imposición de costas al demandante por aplicación de lo dispuesto en el art. 523 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”.

* * *

En cualquier caso, el estudio de estos supuestos —ligados en esencia a las circunstancias de hecho— no permite deducir que su defensa es meramente automática, mediante la simple invocación de la Jurisprudencia transcrita, sino que es necesaria la consideración pormenorizada del caso concreto.

Las Empresas deben aleccionar a su personal conductor en cuanto al uso de los sistemas técnicos que garanticen la máxima seguridad del vehículo para evitar que sea robado. Y en caso de que por desgracia esto suceda, entonces acudir a la autoridad policial o judicial —y también al Consulado de España cuando ocurra en el extranjero— en solicitud de ayuda, a fin de *documentar en la mejor manera posible las circunstancias específicas concurrentes*, que si se entabla un litigio puedan servir al Juzgado o Tribunal como base para una sentencia declarando exento de responsabilidad al transportista.

Y en cualquier caso someter estos temas a estudio para despachos profesionales especializados con experiencia en la materia, que lógicamente excede del ámbito de un artículo de revista.

LA REFORMA DE LAS SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA Y DE LA SOCIEDAD COMANDITARIA POR ACCIONES

JOSÉ MANUEL HERNÁNDEZ ANTOLÍN

DOCTOR EN DERECHO. NOTARIO DE MADRID
REGISTRADOR DE LA PROPIEDAD

SUMARIO

INTRODUCCIÓN.

LAS SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

- A) SL - DIMENSIÓN DE LA EMPRESA
- B) CONFIGURACIÓN GENERAL DE LA SL.
- C) NO DISTINCIÓN ENTRE ESCRITURA Y ESTATUTOS.
- D) IMPORTANCIA DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD.
- E) REMISIÓN A LA LEY DE SOCIEDADES ANÓNIMAS.

II. EXAMEN CONCRETO DE LAS INNOVACIONES INTRODUCIDAS CON LA LEY DE ADAPTACIÓN.

- A) DENOMINACIÓN.
- B) OBJETO SOCIAL.

- C) CARÁCTER DE LA PARTICIPACIÓN SOCIAL.
- D) NÚMERO MÍNIMO DE SOCIOS.
- E) NÚMERO MÁXIMO DE SOCIOS.
- F) CAPITAL SOCIAL MÍNIMO Y MÁXIMO.
- G) NOVEDADES EN ORDEN A LA ESCRITURA DE CONSTITUCIÓN.
- H) APORTACIONES DE LOS SOCIOS.
- I) TRANSMISIÓN DE PARTICIPACIONES.
- J) CLÁUSULAS LIMITATIVAS DE LA TRANSMISIBILIDAD.
- K) SEPARACIÓN DE UN SOCIO.
- L) NOVEDADES RELATIVAS AL ÓRGANO DE SOBERANÍA.
- M) NOVEDADES EN CUANTO A LOS ADMINISTRADORES.
- N) CUENTAS ANUALES.
- Ñ) NULIDAD DE SOCIEDADES.
- O) ACTOS ANTERIORES A LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO MERCANTIL.
- P) MODIFICACIÓN DE LA ESCRITURA CONSTITUCIONAL.
- Q) FUSIÓN Y ESCISIÓN.
- R) DISOLUCIÓN.

III. JUICIO CRÍTICO A LA NUEVA REGULACIÓN SL.

LAS SOCIEDADES COMANDITARIAS POR ACCIONES. ESPECIALIDADES DE SU RÉGIMEN JURÍDICO.

- a) REMISIÓN A LA LSA.
- b) SOCIOS.
- c) DENOMINACIÓN.
- d) APORTACIONES.
- e) DOCUMENTACIÓN DE LOS DERECHOS DE SOCIO.
- f) SITUACIÓN JURÍDICA DE LOS SOCIOS.
- g) TRANSMISIÓN DE LOS DERECHOS DE SOCIO.
- h) EN CUANTO AL ÓRGANO SOBERANO.
- i) EN CUANTO A LOS ADMINISTRADORES.
- j) DISOLUCIÓN.

JUICIO CRÍTICO. PERSPECTIVAS FUTURAS.

INTRODUCCIÓN

La entrada de España en la CEE llevó consigo la entrada en un régimen jurídico en que, junto a las normas jurídicas internas, emanadas de la soberanía nacional, coexisten normas emanadas de la propia CEE.

Un tipo de tales normas son las Directivas comunitarias, que son normas de obligado cumplimiento por los Estados miembros, no mediante su aplicación inmediata, sino mediante la introducción de tales normas en el derecho interno. En materia societaria, ocho han sido ya aprobadas (numeradas de la 1 a la 9, salvo la 5ª, relativa a órganos, pendiente de aprobación y enormemente polémica).

Surge así la Ley 19/1989 de Reforma y Adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la CEE en materia de Sociedades (BOE 27 de julio).

Esta norma, al tenor de las Directivas Comunitarias (en especial la Primera y la Segunda) no sólo son aplicables a las SA, sino también a las Sociedades de Responsabilidad Limitada (SL) o a las Sociedades comanditarias por acciones (SCA).

Ya han sido objeto de tratamiento exhaustivo, las reformas introducidas en las SA, y ahora nos toca abordar las modificaciones en las SL y en las SCA.

Quiero resaltar el término “reforma”. No se va a hacer un estudio exhaustivo de estas formas sociales, lo que excedería, en mucho, nuestro objetivo. Tan sólo se van a repasar aquellas cuestiones que han sufrido modificación o que ofrecen nuevas perspectivas, aunque no se haya modificado, en ocasiones, su regulación.

Con carácter general, y refiriéndonos al objeto de nuestro estudio, señalar que la LAd no sólo se contenta con la labora de adaptación, sino que introduce importantes innovaciones (por ello se llama de Reforma), en especial en relación a la SCA, que es objeto de una regulación absolutamente nueva.

Por último señalar que la LAd entró en vigor el 1 de enero de 1990 (D. Final 3ª), disponiendo además:

—que quedarán sin efecto las disposiciones de las escrituras y estatutos que se opusieran a lo dispuesto en la ley (D.T. 2ª).

—señala plazos para la adaptación de escrituras y estatutos, si estuvieran en contradicción con sus preceptos (D.T 3ª).

—respecto de la publicación de las cuentas anuales dispone que aquellos ejercicios cuya fecha de cierre sea anterior al 1 de julio de 1990 se presentarán para su depósito en el Registro Mercantil con la formulación y requisitos de la legislación anterior, lo cual, literalmente examinado, podría llevarnos a la absurda consecuencia de tener que depositar todas las cuentas relativas a ejercicios no prescritos en dicha fecha, y no sólo al ejercicio 1989 y 1990 (si ha terminado antes de ese día).

—respecto de las SL, se da al Gobierno el plazo de un año para que elabore y apruebe un Texto Refundido de la LSRL. Habiéndose hecho ya la aprobación del T.R. de la LSA (RD. 1.564/1989 de 22 de diciembre), es de esperar que en breve plazo se publique el de LSRL.

Todas estas cuestiones simplemente se citan, sin entrar en detalles.

Apuntar asimismo la aprobación del nuevo RRM por Real Decreto 1.597/1989 de 29 de diciembre, de gran importancia para todas las cuestiones a examinar.

LAS SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

La LAD dedica tres artículos (11, 12 y 13) a introducir modificaciones en la Ley de 17 de julio de 1953. Antes de entrar en un examen detallado de los mismos, vamos a hacer diversas consideraciones previas.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

A) SL - DIMENSIÓN DE LA EMPRESA

La SL nace como consecuencia de la necesidad de crear un tipo más ágil y flexible que la SA, pero conservando la limitación de responsabilidad por parte de los socios. Ante tal exigencia, dos eran las alternativas:

—bien flexibilizar la regulación de las SA, de forma que den cabida a estas pequeñas sociedades (ésta fue la alternativa del derecho inglés).

—bien regular un tipo nuevo: surge así en 1892 la SL en el derecho alemán, difundiéndose posteriormente por las demás legislaciones continentales.

El Derecho español había optado por esta segunda vía, y así se empiezan a constituir SL, como tipo de la SA, al amparo del CCO dado lo liberal de su regulación. El RRM de 1919 hace la primera referencia a las SL, que toman carta de identidad en la Ley de 17 de julio de 1953.

La realidad, no obstante, nos habla del fracaso de las SL. En un país en el que la mayor parte de las empresas son pequeñas y medianas (y clientes potenciales de la SL), la realidad demuestra, a diferencia del resto de los países europeos, que la tendencia (que ha sido creciente en el tiempo) ha sido a crear SA y no SL. Así en 1987, el 88% de las sociedades que se inscribieron en el Registro Mercantil fueron SA, y sólo un 12% fueron SL, siendo despreciables los demás tipos societarios. Ello fue debido, como señala OTERO LASTRES:

—al éxito de la SA, y a lo flexible de su regulación.

—a las deficiencias de la propia LSRL, en particular la limitación por arriba de la cifra de capital social.

La Exposición de Motivos del Anteproyecto es clara, en cuanto que señala que la SL es un tipo al que habrán de acudir aquellas sociedades de carácter familiar o con reducido número de socios.

B) CONFIGURACIÓN GENERAL DE LA SL

Tradicionalmente ha venido considerándose a la sociedad colectiva como estándar de la sociedad personalista, y a la SA como estándar de la sociedad capitalista. En todo esto, adviene la SL y se considera que es una sociedad eminentemente capitalista, con tintes personalistas, en función de la importancia del intuitu personae (así SS. de 25 de mayo de 1959, 24 de abril de 1963 y muchas otras posteriores).

Ahora bien, esta idea preconcebida ha de ponerse, cuanto menos, en cuarentena. Las innovaciones introducidas en la SA (acciones sin voto, cláusulas limitativas a la libre transmisibilidad, prestaciones accesorias...), y la polémica en la SL sobre si es libre un sistema de absoluta libertad de transmisión de las participaciones, hacen que ésta pueda ser menos capitalista que una determi-

nada SL. El único criterio estructural distintivo de la SL ha de ser, pues, el carácter necesariamente cerrado (polémico) y su número necesariamente reducido de socios.

C) NO DISTINCIÓN ENTRE ESCRITURA Y ESTATUTOS

La LSA parte de una distinción tajante entre escritura y estatutos.

La LSA, antes (como ya señaló agudamente la R. de 7 de diciembre de 1956) y después de la reforma, parte de una unidad (aunque en la práctica muchas veces se distingue una de otra). Ello determina que para modificar cualquier extremo de la escritura, se exijan unas mayorías reforzadas. Así se plantean cuestiones con relación a:

1) Separación del administrador nombrado en el acto constitutivo que, al estar incorporado a la escritura, exige mayoría de modificación de ésta, cuando no tiene sentido hacerlo diferente de los nombrados posteriormente, salvo, caso de distinguirse entre escritura y estatutos, si el nombramiento formara parte de éstos.

Así se deduce de los artículos 12 y 13 LSRL, si bien el 174.15 del RRM (infringiendo palmariamente el principio de legalidad, pues su contradicción con el precepto legal es frontal) palía este inconveniente, disponiendo que en la inscripción del administrador inicial, pueda hacerse constar si éste puede ser revocado por acuerdo de socios que representen más de la mitad del capital social.

2) Acuerdos unánimes. En base a determinados preceptos aislados, la doctrina (siguiendo autores franceses) ha elaborado una categoría especial de supuestos que, por afectar a la base del propio contrato societario, no parece suficiente una mayoría cualificada, sino que se exige unanimidad (es decir, que voten a favor todos los presentes, siempre que en todo caso se cumplan las mayorías del artículo 17 LSRL). Así se suele apuntar:

—devolución de aportaciones cuando no se haga por igual a todos los socios (art. 19 fine),

—exclusión extrajudicial de un socio, sin que participe en tal votación el socio excluido: 175 RRM y R. 13 de enero de 1984.

—modificación y extinción de las prestaciones accesorias, al ser un pacto accesorio al contrato de sociedad.

D) IMPORTANCIA DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

El carácter flexible de la Ley y su corta regulación legal hace que tenga gran importancia la voluntad de los socios a la hora de configurar la sociedad. Así el 7.10 LSRL y 174.14 RRM señalan que la escritura y la inscripción contendrán los pactos y condiciones que los socios juzguen conveniente establecer, siempre que no se opongan a las leyes ni contradigan los principios configuradores de la SRL.

Este último inciso es nuevo, pues no está en la LSRL, aunque podía extraerse de su propio contexto.

Las cuestiones más interesantes que se plantean son con relación a los siguientes supuestos:

a) ESTABLECIMIENTO DE PRIVILEGIOS EN LA SL. La SA expresamente admite que puede haber acciones que confieran diferentes derechos y obligaciones. El artículo 1 LSRL habla que las participaciones sociales son “iguales”, y asimismo el artículo 27 prohíbe todo privilegio en el derecho al dividendo, a salvo de las prestaciones accesorias.

¿Puede de aquí inducirse un criterio general de uniformidad en los derechos y obligaciones? Dos tesis caben mantenerse:

—quienes estiman que el concepto de igualdad del artículo 1 debe de referirse al valor de las participaciones, y que, por tanto, y a salvo de lo dispuesto en el artículo 27, caben establecerse privilegios. Línea que sigue CARLON.

—o quienes estimamos que la palabra “participación” del artículo 1 debe de entenderse igual que acción, en la SA, y que la acción puede analizarse no sólo como título sino también como derechos y obligaciones inherentes a la cualidad de socio, lo que implica el deber mantener un criterio de estricta igualdad.

b) PACTO DE LIBERTAD DE TRANSMISIÓN DE PARTICIPACIONES SOCIALES. Problema planteado desde la publicación de la Ley de 1953. Se han planteado las siguientes posturas:

—quienes admiten la cláusula en cuestión, pues el artículo 20 tiene carácter dispositivo (VELASCO ALONSO, BALLARÍN, GIRÓN TENA). Así R. 14 de marzo de 1957.

—quienes señalan que no es admisible, pues el artículo 20 permite alterar las condiciones de transmisibilidad, pero no hacerlo totalmente libre, pues

altera un principio configurador de la SL, cual es su carácter cerrado (SOLA CAÑIZARES, CARLON, la sentencia TS. de 29 De enero de 1983 y la R. 10 de julio de 1984), tesis ésta que parece reforzada por el hecho que la Exposición de Motivos del Anteproyecto hablara de la SL como “sociedad cerrada”.

E) REMISIÓN A LA LEY DE SOCIEDADES ANÓNIMAS

Uno de los problemas más arduos que planteó la aplicación de la LSRL fue la aplicación supletoria de la LSA. El antiguo 3.2 disponía que, a falta de norma, se aplicaría subsidiariamente el CCo, sin referirse para nada a LSA. El tema es de gran trascendencia, dado el mayor cuerpo legal de la SA, y la más elaborada doctrina jurisprudencial de la LSA.

El Anteproyecto mantuvo, sustancialmente, este criterio, pero el nuevo 3.2 dispone sólo que “se regirán por los preceptos de esta ley”. Además, diversos artículos de la LSRL se remiten directamente a la LSA (artículos 6, 11, 15, 24, 26, 28, 29 y 30).

Por todo ello ¿debe de entenderse que la LSA es de aplicación supletoria, siempre que lo permita la específica naturaleza de la SL, que como hemos visto, es prácticamente idéntica a la SA? A mi juicio, la respuesta ha de ser afirmativa, pues:

—el cambio de redacción del Anteproyecto a la ley debe de entenderse significativo.

—el artículo 177 RRM, aunque referido al campo adjetivo, señala la aplicación supletoria de los preceptos del RRM relativos a la SA, y todos sabemos la importancia del RRM como encauzador y aclarador de los preceptos sustantivos.

II. EXAMEN CONCRETO DE LAS INNOVACIONES INTRODUCIDAS CON LA LEY DE ADAPTACIÓN

Una vez analizadas las cuestiones generales, entremos en el estudio concreto de las innovaciones. En algunos temas, aunque la norma no haya cambiado, sí puede dar lugar a cuestiones nuevas, por lo que también serán objeto de análisis.

OTERO LASTRES, comentando el Anteproyecto, distinguía tres tipos de normas:

a) Aquellas que se han limitado a adaptar la LSRL a las exigencias de las Directivas Comunitarias; así los artículos 6 (actos y contratos anteriores a la inscripción y régimen de nulidad), artículo 11 (administradores), artículo 26 (cuentas anuales), artículo 28 (fusión), artículo 29 (escisión), artículo 30 (disolución).

En todos ellos, la adaptación se ha hecho por la vía más fácil, que es remitiéndose a la LSA. En consecuencia, no vamos a entrar a profundizar en ellos, habida cuenta que han sido ya objeto de estudio en otros lugares.

b) Aquellas que tratan de perfilar el nuevo tipo societario; así la exigencia de un capital mínimo.

c) Aquellas que tratan de mejorar la regulación de las SL, y en particular, a reforzar la situación jurídica del socio: rebaja de la mayoría exigida para convocar Junta (artículo 15), exigencia de documento público para transmitir, así como la supresión de la inscripción en el Registro Mercantil (artículo 20), llevanza de libro de socios por los administradores (art. 22)...

Analizado esto, pasamos al estudio de las innovaciones concretas:

A) DENOMINACIÓN.— Tan sólo señalar como novedades:

—se exige que junto al nombre conste SRL o SL, dándose carta de naturaleza a las abreviaturas SRL o SL, tan empleadas en la práctica.

—ha de ajustarse a las normas que sobre la denominación social contiene la Sección 2ª, Capítulo III del Título IV del RRM.

B) OBJETO SOCIAL.— a) El derogado artículo 3 disponía que la SL no podía tener por objeto la representación de intereses colectivos, profesionales o económicos, atribuidos a otras entidades por la ley con carácter exclusivo.

Hoy se suprime, pero a mi juicio subsiste el fondo, por lo inútil del precepto derogado. Si la ley exige otra forma con carácter exclusivo, es evidente que la SL es inapta.

b) La remisión del artículo 174.3 RRM al 117 del RRM impide que en el objeto social aparezcan términos tan frecuentemente usados, después de describir el objeto:

—“los actos jurídicos necesarios para la realización o desarrollo de las actividades indicadas en él”.

—“la realización de cualesquiera otras actividades de lícito comercio”.

Estas expresiones son consideradas como innecesarias, dado el principio de capacidad general de la sociedad.

C) CARÁCTER DE LA PARTICIPACIÓN SOCIAL.— En la SL, el capital social está dividido en participaciones iguales, acumulables e indivisibles, que no pueden incorporarse a títulos valores ni denominarse acciones.

No vamos a entrar en el polémico tema de la naturaleza de la participación. Sólo resaltar:

—que es un valor mobiliario, y que por tanto la transmisión de participaciones sociales debe entenderse incluida en la exención del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales del artículo 108 LMV, pues el tenor literal del precepto habla de “valores admitidos o no a negociación en un mercado secundario oficial”, lo cual cumplen las participaciones sociales.

—no tiene la naturaleza de un título valor (es clara en este sentido la R. de 25 de mayo de 1987, rectificando la errónea doctrina de la R. 2 de marzo de 1965). Por ello, siendo ganancial, deben transmitir los dos cónyuges, por aplicación del artículo 1.377 CC, no siendo aplicable el 1.384 CC. (R. 25 de mayo de 1987).

—el hecho que no pueda incorporarse a un título negociable no implica que, voluntariamente, pueda representarse o documentarse en un título o anotación en cuenta, si bien este documento no tendrá nunca más valor que un simple resguardo, sin que incorpore el derecho de socio.

D) NÚMERO MÍNIMO DE SOCIOS.— La LSRL no contiene declaración expresa al respecto, por lo que, por aplicación del artículo 116 CCo bastan dos personas para constituir la, aunque sean esposos y casados en régimen de gananciales (así la doctrina de las RR. de 6 y 13 de junio de 1983). Si sólo hubiera un socio, la sociedad sería nula (art. 6 LSRL en relación 34 LSA).

Ahora bien ¿es necesario que siempre haya al menos dos socios? ¿Cuál es el régimen de la sociedad unipersonal? El tema no es nuevo, y no hay ninguna novedad en cuanto a los preceptos a aplicar. Ahora bien, la especial regulación

que de la unipersonalidad hacen la Primera y la Segunda Directivas Comunitarias aconsejan volver sobre la cuestión. Dichas Directivas señalan que no es causa de disolución por sí misma y si con arreglo a la ley pudiera ser declarada su nulidad, el Juez concederá un plazo suficiente para reorganizar la Sociedad.

Dos son las cuestiones cruciales:

—¿es válida la sociedad unipersonal? ¿La concentración de las participaciones en una sola mano da lugar a la disolución de la Sociedad?

—admitiendo la unipersonalidad: cuál es el régimen de responsabilidad de tal sociedad.

En relación con la primera cuestión, señalar:

—Si es una situación buscada desde el principio para eludir el principio general de responsabilidad universal, estamos en un supuesto de abuso de forma que, constatado, daría lugar a la nulidad de la sociedad, ex. art. 34.d) LSA. Más propiamente estaríamos en un caso de simulación, si bien los vicios del consentimiento no están recogidos como causa de nulidad de las sociedades. Ésta es, en gran medida, la doctrina moderna que está siguiendo el TS. con la doctrina del “rasgamiento del velo”.

—Si se produce por circunstancias sobrevenidas: el artículo 13 del Anteproyecto, referido a SA admitía expresamente la unipersonalidad, si bien dicho precepto desapareció en la LAD, y no contiene ninguna alusión a tal supuesto la LSA.

La R. 22 de noviembre de 1957 (referida a SL, y citando TS de 3 de octubre de 1955 y la Exposición de Motivos de la LSA de 1951) señalaba que tal concentración no era causa, por sí, para la disolución, mientras pudiera volverse a la normalidad; la R. 7 de julio de 1980 declaró inscribible la venta de participación de un socio a otro, que quedaba como socio único. Las RR 13 y 14 de noviembre de 1985 (referidas a SA), muy discutidas, denegaron la inscripción de un aumento de capital por socio único, alegando que con ello se tendía a perpetuar la situación de unipersonalidad.

A mi entender, no obstante no haberse producido ninguna reforma normativa al respecto, debe de admitirse sin limitaciones la sociedad unipersonal, en línea con las Directivas Comunitarias y con las reformas del derecho italiano, alemán (reforma de 1980), francés (reforma de 1985). Así también ROMERO GONDRA, BISBAL, ALONSO UREBA...

—Admitiendo la unipersonalidad, ¿cuál sería el régimen de responsabilidad del socio único?

Un sector doctrinal, basándose en el principio general de responsabilidad universal, señala que debe ser ilimitada. Así BISBAL MARTÍNEZ, apoyándose en el 285.2 CCo, y en tal sentido TS 27 de noviembre de 1985. Ésta era la redacción primitiva del Anteproyecto.

Otro sector, al cual me apunto, defiende la limitación de responsabilidad, siempre que no haya abuso en la forma, por ser ése el sistema normal de responsabilidad y ser ésta una situación normal. Por otro lado, y dado que la unipersonalidad no es publicada por el RM, tampoco puede considerarse perjudicado el tercero que, al contratar con la sociedad, sabe que sólo va a poder hacer excusión de los bienes sociales.

E) NÚMERO MÁXIMO DE SOCIOS.— La flexibilidad de la SL se justifica por el número pequeño de socios, que no puede exceder de cincuenta. En la propia escritura puede aún reducirse más. Asimismo contienen limitaciones las leyes francesa y belga, pero no la alemana ni la italiana.

En situaciones de comunidad sobre una acción, debe estimarse que sólo hay un socio. Así el artículo 1 considera la participación como “indivisible”, e igual conclusión puede deducirse del artículo 23 LSA como del derogado artículo 123 RRM. (así la R. 16 de noviembre de 1961).

Si algún socio transmitiera sus participaciones, y como consecuencia resultaran ser más de cincuenta socios, el título sería nulo, a menos que, constituyendo comunidades de participaciones, se redujera su número al máximo permitido.

La supresión de la inscripción de las transmisiones de participaciones en el RRM plantea problemas adicionales, a resolver ahora por los administradores de la sociedad, quienes llevan el libro de socios (art. 22).

Si diversos socios, al transmitir sus participaciones, dieran lugar a más socios de los permitidos, computadas ambas conjuntamente pero no por separado, el administrador habría de tener en cuenta la fecha auténtica de los títulos de transmisión, que sería:

—en caso de transmisión inter vivos, la fecha del documento público.

—en caso de transmisión mortis causa, la fecha del fallecimiento, dado el principio del art. 657 CC, cualquiera fuera la fecha del documento particional.

En consecuencia, procederá a la toma de razón en función de fechas. Pero si practicada una, se presentare otra de fecha cierta anterior, habría de dejar sin efecto la primeramente realizada, aunque mantuvieran su valor los actos realizados por el socio que tuvo inscrito su derecho de socio, pues la toma de razón es el presupuesto para el ejercicio de los derechos de socio (art. 22 LSRL). Ello se deduce:

—de la falta de carácter constitutivo de la toma de razón en el libro de socios, que sólo es un título legitimador para el ejercicio de los derechos de socio.

—falta de un principio de prioridad, lo cual hace que haya de acudir a la prioridad civil.

F) CAPITAL SOCIAL MÍNIMO Y MÁXIMO

a) La ley establece como capital mínimo QUINIENTAS MIL PESETAS, cifra ésta que debe de considerarse de pura viabilidad, pues no parece que pueda constituirse y operar una sociedad con menos de 500.000 pesetas.

b) La ley suprime el máximo de CINCUENTA MILLONES DE PESETAS (en armonía con el Derecho comparado), por lo que la SL puede ser apta para grandes empresas con un pequeño número de socios.

G) NOVEDADES EN ORDEN A LA ESCRITURA DE CONSTITUCIÓN

1) Necesariamente debe de expresarse el Órgano competente para la creación de sucursales, agencias y delegaciones (174.6 RRM), sin que a mi juicio exista contradicción con el artículo 7 de la LSRL al decir que en la escritura se expresarán los lugares donde vayan a establecerse sucursales, agencias o delegaciones, pues dichos lugares pueden ser determinados de forma posterior por el órgano competente.

2) En cuanto a la expresión del nombre del cónyuge del socio, creo que tal circunstancia es exigible en la escritura de constitución, por aplicación del artículo 159 RNot, pero no así en la inscripción, habida cuenta que el artículo 38 RRM exige tan sólo la constancia del estado civil, extremo que estimamos criticable, debiéndose haber seguido la práctica anterior, en la que supletoriamente era aplicable el RH, y en concreto el artículo 51.9.2.

3) En cuanto a la necesaria expresión de las personas que van a ejercer la administración, señalar que tal circunstancia era ya exigida por la legislación

derogada (vid. art. 120.8 RRM) a diferencia de las SA en las que era posible inscribir una SA sin administradores, al exigirse tan sólo la designación del Órgano administrativo, pero no las personas que ejercían tales cargos.

Ahora bien, en el sistema anterior, y referido a SL, bastaba que en la escritura se hicieran constar el nombre de los administradores, pero no su aceptación, que podía realizarse en un momento posterior o no hacerse nunca, lo que podía dar lugar a sociedades sin administradores.

La nueva legislación ha considerado poco deseable tal supuesto, y ha exigido que para inscribir un administrador es preciso que conste su aceptación (art. 141 RRM), lo que exige que para su inscripción conste tal aceptación, que sigue siendo posible hacerla en la misma escritura de constitución o en acto posterior. Ello nos plantea interesantes cuestiones:

—si el órgano administrativo es un administrador único, parece evidente que no puede ser inscrita la Sociedad mientras no acepte su cargo el nombrado.

—si son dos administradores mancomunados, hasta que no acepten los dos.

—si son dos o más administradores solidarios, creo suficiente que constara la aceptación de dos (pues uno solo, aunque podría actuar por sí solo, nos llevaría a un sistema de administrador único, y el 124 RRM exige que conste en la escritura la estructura del Órgano administrativo). Si fueran más de dos los nombrados, creo que sería suficiente para su inscribibilidad que aceptaran dos, sin perjuicio de hacerse constar posteriormente la aceptación de los demás, en su caso.

—si fuera Consejo de Administración, el tema es más complejo. Así cabría mantener:

- que es preciso que constara la aceptación de todos sus miembros, al actuar como Órgano colegiado.

- o bien considerar, y es ésta nuestra tesis, que bastaría que constara la aceptación de un número suficiente que permitiera el funcionamiento del Consejo y la toma de acuerdos válidos (para lo que habría que consultar los Estatutos o la ley).

4) Parece evidente que no es necesaria la expresión de la cuantía aproximada de los gastos de constitución (el 174 no lo contempla, a diferencia 114.3 RRM).

5) En la escritura debe de constar que el Certificado Original (no vale testimonio) negativo de denominación del Registro Mercantil Central queda incorporado a la matriz, no siendo reglamentario que se acompañe a la primera copia (378.3 RRM). Además:

—debe estar expedida a nombre de un fundador o promotor (378.2), con lo que se quiere acabar con el tráfico de Certificaciones negativas de denominación.

—es irrelevante que el Certificado sea para una SA o SL habida cuenta que el Certificado asegura que no hay otra Sociedad con idéntica o análoga denominación, cualquiera sea la forma jurídica que adopte (372 RRM).

H) APORTACIONES DE LOS SOCIOS. Una de las principales críticas que pueden hacerse a la LAD es que no haya abordado la reforma del artículo 8, o haberse remitido a la LSA.

Como cuestiones interesantes, plantear:

—aunque haya vacío normativo, debe estimarse aplicable la doctrina de la SA sobre la aportación de trabajo, así como doctrina jurisprudencial sobre la aportación de bienes inmateriales (en particular la doctrina sobre la aportación de fondo de comercio de la R. 31 de octubre de 1986).

—no se precisa acreditar la veracidad de la aportación dineraria ni el informe preceptivo para la aportación no dineraria, exigidos ambos por la LSA.

PRESTACIONES ACCESORIAS.— La LSRL de 1953 contiene una referencia expresa a las aportaciones no dinerarias en el artículo 10, las cuales según unánime doctrina y R. 7 de abril de 1981 pueden ser generales (referidas a todos los socios) o particulares (a alguno o algunos).

Dicho precepto no regula, a falta de precepto estatutario, el régimen de la transmisión de participaciones por socio obligado a realizar prestaciones accesorias, y el efecto de tal transmisión respecto de la obligación de prestarla.

Así se afirmaba que la transmisión de las participaciones ha de ser posible, al no admitirse cláusula estatutaria que prohíba la transmisión (artículo 20), y sin apoyo estatutario, parece difícil exigir autorización de la Sociedad. Pero, transmitida la participación, ¿qué pasa con la obligación de realizar la prestación accesoria? Caben señalarse las siguientes posturas:

—considerar que no hay que prestarla, pues al ser accesorio a la cualidad de socio, si deja de ser socio, queda extinguida la obligación. Criticable, pues (i) sería dejar el cumplimiento de la obligación al arbitrio de una parte, lo que no es admisible (ii) la prestación es accesorio al contrato de sociedad, no a la cualidad de socio.

—SÁNCHEZ CALERO estima que, salvo que sea personalísima, la transmisión de la acción conlleva la de la prestación, lo cual, además de ignorar el artículo 1.206 CC plantea la cuestión de qué pasa si sólo se transmite una parte de las participaciones del socio obligado a prestarla.

—considerar que subsiste la obligación para el transmitente, pues no se puede transmitir pasivamente una obligación sin el consentimiento del acreedor (1.206 CC). En esta línea BARBA DE VEGA. Ahora bien, por aplicación a las reglas sobre el pago, si así se hubiera pactado en la transmisión, lo podrá realizar el adquirente (1.158 CC), y deberá la Sociedad admitirlo, salvo que fuera una prestación personalísima (1.161 CC).

La LAd no contiene ninguna novedad en esta cuestión en la SL, pero sí en la SA, donde se regulan ex novo, disponiendo el artículo 65 LSA que la transmisión, en este caso, salvo disposición en contrario de los Estatutos, quedará condicionada a la autorización de la Sociedad. Nada dice respecto de qué pasa con la prestación, pero hemos de estimar que se diga otra cosa, se transmite la obligación de prestarla, salvo que, dado su carácter personalísimo, se extinga.

¿Es este régimen aplicable a la SL? Al haber identidad de razón, hemos de concluir que sí, si bien reconocemos que nos gustaba más la solución anterior. Ahora bien, por aplicación del artículo 63 LSA, es preciso que en la escritura consten las razones que permitan a la Sociedad denegar la autorización, pues de otra forma seguirá vigente, a mi juicio, el sistema anterior.

I) TRANSMISIÓN DE PARTICIPACIONES.— La Ley de 1953 exigía escritura pública e inscripción en el RM. La LAd modifica sustancialmente la materia, pues sólo se exige documento público. Veamos las diferencias:

A) EXIGENCIA DE DOCUMENTO PÚBLICO.— Novedad de la LAD, pues el Anteproyecto (al igual que el derecho comparado) exigía escritura pública.

El término documento público es más amplio que el de escritura pública, pues junto al documento autorizado por Notario, lo son asimismo el autorizado por Cónsul en funciones notariales, por Corredor de Comercio, y los documentos judiciales y administrativos.

La cuestión práctica más importante es la admisión, tratándose de título de compraventa (pues en otro caso quedaría fuera del oficio del fedatario) de contrato intervenido por Corredor de Comercio.

Lo mismo cabe predicar respecto de la constitución de derechos reales sobre participaciones sociales. La LSRL sólo se refiere a la prenda de acciones, pero puede generalizarse a todos los demás por aplicación del artículo 1.280.6 CC.

La reforma debe de estimarse precipitada, pues a diferencia de los Notarios (que tienen obligación de redactar el documento) los Corredores de Comercio no tienen tal obligación, y no parece fácil que por las SL o por sus socios (generalmente pequeñas sociedades) puedan redactarse documentos que pueden ser enormemente complejos (máxime por la existencia de cláusulas limitativas a la transmisibilidad de participaciones sociales).

CARÁCTER DE LA EXIGENCIA DE FORMA.— Toda la doctrina, de forma unánime, ha considerado que las exigencias de forma del artículo 20 son ad solemnitatem. La R. 2 de febrero de 1979 flexibilizó, a mi juicio inadecuadamente, esta exigencia, referida a transmisiones mortis causa.

B) SUPRESIÓN DE LA NECESIDAD DE INSCRIPCIÓN EN EL RM. La LAD produce una modificación sustancial del RM. En la parte que ahora nos ocupa, señalar que se suprime todo vestigio de Registro de bienes. En consecuencia, deja de tener sentido la inscripción de las transmisiones de participaciones, o de derechos reales establecidos sobre los mismos, en el RM.

El artículo 22 regula asimismo la llevanza de un libro de socios, a cargo de los administradores, en la que irán tomando razón todas las transmisiones y derechos reales constituidos sobre las participaciones sociales.

—a diferencia del RM anteriormente, la toma de razón en este libro no tiene carácter constitutivo. Tan sólo permite al socio el ejercicio de los derechos de socio.

—al no ser un registro de carácter jurídico, no puede exigirse de forma rígida un principio análogo al antiguo “tracto sucesivo”. En consecuencia, si se presentan varias transmisiones encadenadas, basta con inscribir la última.

—tampoco debe ser defecto que impida la toma de razón la falta de presentación en Oficina Liquidadora.

—el efecto de la toma de razón es permitir al socio ejercitar sus derechos de socio, sin que ninguno pueda pretender que se admita se le tenga por socio, si no ha inscrito su adquisición. Ahora bien, a mi juicio es claro que si la sociedad, si tiene conocimiento cierto de la existencia de una transmisión no inscrita, puede admitir el ejercicio de los derechos de socio por el adquirente, pues el 22 se limita a decir que el socio no inscrito ni puede pretender el ejercicio de los derechos de socio, pero no que vincula a la sociedad.

—los socios pueden pedir Certificación de sus participaciones en la Sociedad, y los administradores deben de proporcionarla. Esta Certificación tiene un mero carácter probatorio, y en ningún caso puede sustituir al título de adquisición de la participación.

El cambio de sistema no deja de plantear importantes problemas de Derecho transitorio. A mi juicio se ha de tener en cuenta:

—que el antiguo artículo 20 era de carácter constitutivo, como queda dicho. En consecuencia, toda transmisión de participaciones sociales anterior a 1 de enero de 1990 debe de ser inscrita en el Registro Mercantil, cualquiera que sea el momento en que se presente a éste.

—el libro de socios que regula la ley debe de partir de la situación registral anterior a 1 de enero de 1990, no admitiendo la toma de razón anterior a 1 de enero de 1990 que no haya sido inscrita en el RM.

—las nuevas transmisiones que reúnan los requisitos de forma del nuevo artículo 20 deben de ser recogidas en el libro, pero siempre que partan de titular inscrito en el libro.

La supresión de la inscripción de la transmisión de participaciones y de la constitución de derechos reales sobre las mismas en el Registro Mercantil trató de justificarse para dar mayor agilidad a la transmisión de las mismas (lo que parece incompatible con su propia naturaleza de no ser un título esencialmente negociable), así como para no suponer un agravio comparativo económico respecto de las acciones de la SA. Pero tal supresión, a mi juicio precipitada, no deja de plantear incógnitas:

—dificulta el control de no excederse el número máximo de socios.

—exige una formación jurídica sólida por parte de la persona encargada de la llevanza del libro de socios, que si puede justificarse en la SA por su

dimensión, tiene menos explicación en la SL, destinada en principio a la pequeña empresa, máxime cuando los problemas que plantea la transmisión de participaciones son más complejos (necesidad de intervención del cónyuge en función del régimen económico, limitaciones a la libre transmisibilidad, su no incorporación a títulos negociables,...).

—pero el tema sin duda más preocupante es la desprotección del tercero, que antes podía acudir al Registro Mercantil a enterarse de la composición de socios de una Compañía, y ahora sólo puede dirigirse al libro de socios, y el artículo 22 sólo regula el derecho de los socios a obtener certificación de su contenido, pero no de los terceros, pero no del tercero.

J) CLÁUSULAS LIMITATIVAS DE LA TRANSMISIBILIDAD. Reguladas por los artículos 20 y 21 LSRL, que no tienen más innovación que en materia de documentación de la transmisión de participaciones sociales. En todo caso, su carácter es dispositivo.

Ahora bien, la LSA ha regulado de una manera mucho más completa la validez de las citadas cláusulas limitativas. El 174.11 RRM señala, en relación a la SL, que la inscripción de tales limitaciones se hará con sujeción a lo previsto en el artículo 123 RRM. Por ello:

a) Si la transmisión quedara condicionada a la aprobación por la Sociedad, sólo será inscribible si en la escritura se contuvieran las causas que permitan denegarla.

No se admiten cláusulas de consentimiento por terceras personas, con lo que se acaba con la posibilidad, admitida abiertamente por algún sector doctrinal de que para transmitir participaciones se exija el consentimiento de los demás socios o de alguno de ellos o de la mayoría.

b) Si se estableciera derecho de preferente adquisición a favor de otros socios o de la sociedad, hemos de tener en cuenta:

—no cabe impedir que el socio obtenga el valor real de su participación. Por tanto no es válida la cláusula que fije el valor nominal como precio para el ejercicio del derecho de preferente adquisición.

—en el caso de que se establezca a favor de la sociedad, no será admisible que el valor sea fijado por los administradores, pues chocaría con el artículo 1.449 CC.

—la referencia al tercer perito nombrado por el Juez no ha sufrido modificación. Ahora bien, teniendo en cuenta la desjudicialización de esta materia en la LSA y en el RRM, parece evidente la admisibilidad de pacto estatutario de que tal perito sea nombrado por el Registrador Mercantil.

—son válidas las limitaciones estatutarias que limiten la transmisión voluntaria de acciones por plazo superior a dos años, a contar desde la fecha de constitución de la sociedad.

K) SEPARACIÓN DE UN SOCIO.— Se ha planteado por la doctrina la posibilidad de rescisión parcial del contrato de sociedad respecto de uno o varios socios, ya de forma voluntaria (derecho de separación), ya impuesta (exclusión de socio).

A) DERECHO DE SEPARACIÓN.— ¿Existe un derecho voluntario a separarse de la SL?

—el artículo 225 CCo parece admitirlo en el caso de que la sociedad esté constituida por tiempo indefinido.

—la LSA lo contempla en el caso de cambio de objeto (147 LSA).

Ahora bien, la falta de regulación específica de tal derecho en la LSRL, así como la posibilidad de salirse de ella vía transmisión de participaciones sociales nos hace pensar con CÁMARA la inexistencia de este derecho.

B) EXCLUSIÓN DE UN SOCIO.— A diferencia de la LSA, la LSRL sí regula en el artículo 31 la exclusión de un socio.

Este precepto no ha sufrido modificación, si bien el RRM ha introducido un precepto nuevo para regular su inscripción (175 RRM).

L) NOVEDADES RELATIVAS AL ÓRGANO DE SOBERANÍA.— Como novedades de la reforma, cabe señalar:

1) Se reduce el número de socios que pueden pedir la convocatoria de Junta General, que pasa de una cuarta parte a una décima parte, salvo que la escritura reduzca esta proporción o señale, en la minoría que fije, la necesidad de computar el mismo porcentaje respecto al total de socios.

Con ello se refuerza el poder de la minoría.

2) Creo que debe atemperarse la rígida doctrina mantenida por alguna STS, en el sentido de la validez de la Junta de un solo socio, bien porque sólo hay un socio, bien porque habiendo varios uno sólo concurre, siempre que reúna las mayorías exigidas para constituirse en Junta y adoptar acuerdos válidamente.

3) En cuanto a la Junta sin presencia física, el 174.9.2 RRM exige que figure en Estatutos los medios y garantías establecidos para asegurar la recepción en tiempo hábil de la petición de voto y la autenticidad del emitido, y su conservación, así como el plazo concedido para el ejercicio del derecho de voto.

4) Novedades en cuanto a la JUNTA UNIVERSAL:

a) Ha de estar presente o representado todo el capital social. Cabe por tanto la representación en la Junta Universal que, si bien admitida doctrinalmente, no tenía apoyo legal, y que, desgraciadamente, no ha recogido el artículo 99 LSA, aunque su validez, aun en este caso, sea, a mi juicio, indudable.

b) Tampoco parece exigirse la reunión, bastando la presencia. En consecuencia, parece viable la Junta Universal sin reunión física, siempre que tal sistema sea admisible. En este caso, sería preciso que constara con claridad la voluntad de celebrar Junta Universal, con los asuntos a tratar, y el voto emitido. En tanto no sea aprobada por todos, la Junta no sería válida. Asimismo dada la conformidad por un socio, no puede volverse atrás, quedando vinculado por la decisión adoptada.

5) No se modifican los regímenes de mayorías. Estimo que sigue siendo de aplicación:

—que en los Estatutos, que deberán contener la forma de adoptar acuerdos, se exijan mayorías más estrictas que el simple régimen de mayoría simple de la LSRL (más votos afirmativos que negativos, sin que se computen las abstenciones o los votos en blanco).

—¿Es posible asignar un voto de calidad al administrador o Presidente en caso de empate?

- antes de la Reforma, el tema parecía resuelto, al permitirlo la D.G.R.N. en R. 13 de enero de 1984.

- Después de la Reforma, el tema ha tomado nuevos aires:

(a) Un sector manifiesta que tal cláusula ya no es admisible, habida cuenta la remisión que el artículo 15.fine hace a la Junta de la SA y ser de aplicación

la reiterada doctrina de que en la SA no cabe tal voto de calidad, al implicar una acción de voto plural, prohibido por la antigua LSA (art. 38.2). Hoy tal criterio sigue siendo aplicable pues, si bien es cierto que ha desaparecido dicho precepto, al admitirse las acciones sin voto, para la creación de tales privilegios es preciso que se cumplan las cautelas exigidas por la LSA.

(b) otro sector, en el que me encuadro, sigue manteniendo la validez del voto de calidad, sobre la base:

—que la aplicación de la LSA es supletoria, y difícilmente puede explicarse un cambio tan radical en base a la supletoriedad, sin un precepto legal que lo ampare.

—pero lo que es más, estimamos válido tal voto de calidad en la SA, habida cuenta la supresión del artículo 38 LSA. Una cosa es la acción sin voto (que exige el cumplimiento de determinados requisitos) y otra cosa el voto de calidad (aunque de facto suponga un voto plural).

—y además es una forma de facilitar la gobernabilidad de la SL, en la que frecuentemente el número de socios es escaso y, por tanto la posibilidad de empates es mayor.

6) También pueden plantearse cuestiones interesantes con referencia a pactos de sindicación en sentido propio, es decir, los relativos a la cesión de derechos políticos (y en concreto, del derecho de voto), pero su análisis, común, por otra parte, a los que se plantean en la SA, excede con mucho del espacio disponible, por lo que nos remitimos a lo que, en tema de SA, se dice sobre la cuestión.

7) En todo lo regulado por la LSRL, se regirá dicha Junta por lo dispuesto en la LSA.

—no parece que sea posible excluir el sistema legal de convocatoria primera y segunda por uno de convocatoria única, en la que los regímenes de mayorías sean los previstos por la ley para la segunda convocatoria.

—algunos autores señalan que por aplicación de las normas sobre SA deberán fijarse quorums de asistencia, doctrina que no me parece ajustada al espíritu de la SA que fija mayorías para adoptar acuerdos, pero no exige quorums concretos (criterio por otra parte criticable, habiéndose perdido la oportunidad de haberlo establecido, de forma similar al sistema de las SA).

—que aparece por primera vez la exigencia de convocar una Junta Ordinaria, al menos, una vez al año, que no existía anteriormente.

—que la representación en la Junta es objeto de tratamiento específico en el artículo 16, más acorde con la extinguida LSA. No son aplicables las restricciones en el caso de solicitud pública de representación, ni la exigencia que las personas jurídicas designen a una persona física para el ejercicio de los derechos de socio.

—que es novedad la exigencia de fijar la forma de deliberar.

—que la documentación de acuerdos y su elevación a público se rigen por las normas LSA, lo que, por otro lado, se deduce del RRM, que los regula en las disposiciones aplicables a todo tipo de sociedades.

—que por fin se admite en caso de impugnación de acuerdos sociales que el trámite procesal sea el regulado en la LSA, y no el juicio declarativo que exigía la TS de 6 de abril de 1984.

M) NOVEDADES EN CUANTO A LOS ADMINISTRADORES

Con carácter previo, simplemente señalar que esta materia deberá ser objeto de otra Ley de Adaptación una vez sea aprobada la QUINTA DIRECTIVA Comunitaria, referida precisamente a Órganos.

a) Primeramente ha de existir (tema que ya ha sido tratado con ocasión de la escritura de constitución). La Sociedad ha de tener administradores desde un primer momento, no siendo válida la fórmula asamblearia de determinados estados americanos, ni tampoco que, aun transitoriamente, sus funciones sean asumidas por la Junta General, como señaló la R. 31 de octubre de 1989.

b) En cuanto a la determinación del Órgano administrativo, el art. 174.8 RRM exige que conste la estructura del Órgano administrativo, en los términos del poco feliz, a mi juicio, artículo 124 RRM. En consecuencia:

—Ha de desaparecer la práctica común de fijar en escritura o estatutos diversas formas de administración, correspondiendo a la Junta la facultad de optar por una u otra.

—Tampoco cabe ya la admisión de más de dos administradores mancomunados (muy extraño en la práctica), pero tampoco la más frecuente de fijar varios administradores, bastando para obligar a la Sociedad la firma de dos cualesquiera de ellos (que expresamente fue admitido, en SL, por la R. 20 de julio de 1966).

c) En cuanto a las facultades de los administradores, el artículo 11 se remite a la LSA. Ésta se basa en las Directivas Comunitarias y en el principio protector del tráfico. Ahora bien, de los dos sistemas de derecho comparado (germánico y latino), la LSA se ha decantado por un sistema mixto, próxima al italiano, y simplemente dejar apuntados los problemas de aplicación práctica planteados en Italia, con construcciones doctrinales y jurisprudenciales muy próximos, en cuanto a sus resultados, al sistema germánico.

Queda, en consecuencia, sin aplicación, la a mi juicio errónea doctrina de la TS 11 de octubre de 1975 y R. 7 de abril de 1981 sobre la posibilidad de fijar administradores, con facultades solidarias hasta cierta cuantía, y mancomunada cuando excedan.

d) En cuanto a las menciones personales de los administradores que han de figurar en el RM sigue figurando la edad, y si nos dirigimos al artículo 38 RRM, incluso debería figurar la fecha de nacimiento.

Datos a mi juicio excesivos y sin ver la necesidad de su reflejo, debiendo bastar la expresión mayor de edad, y su sola expresión tratándose de menores.

e) En cuanto al plazo de duración, el artículo 13 señala que el que fije la escritura, por lo que estimo cabe el nombramiento por tiempo indefinido.

f) En cuanto a la separación del administrador nombrado en la escritura constitutiva, el artículo 12 exige la mayoría cualificada del artículo 17. El RRM, con una legalidad más que dudosa, como ya se ha apuntado, dulcifica esta exigencia, permitiéndose que en la escritura fundacional se haga constar que puede ser separado por mayoría de socios (174.15 RRM).

g) En materia de incompatibilidad de los administradores, señalar que el artículo 12 LSRL establece un régimen más duro que la LSA, pues no podrán dedicarse, por cuenta propia o ajena, al mismo género de comercio que constituye el objeto de la Sociedad, y ello, como ha dicho el TS, S. 7 de noviembre de 1986, aunque no se cause perjuicio a la Sociedad. Prohibición, por otra parte, dispensable, tal y como dispone la R. 5 de noviembre de 1965.

h) En todo lo demás no regulado, así como en materia de impugnación de los acuerdos del Órgano administrativo, se estará a lo dispuesto LSA (art. 11).

- Tan sólo apuntar que el criticable sistema de elección proporcional concedido a la minoría en caso de Consejo (art. 137 LSA, siguiendo el antiguo art. 71) se extiende ahora, por esta vía, a la SL.

- En cuanto a responsabilidad de los administradores, se estará asimismo a la LSA.

N) CUENTAS ANUALES.— Hay una remisión general a la LSA en el artículo 26, con la única especialidad derivada del derecho de examen del socio, por sí o en unión de persona perita, de las cuentas anuales, en el plazo fijado (que no podrá ser inferior a quince días) y en la época que se fije (en otro caso, en todo momento).

Este derecho no podrá ser limitado por el hecho de ejercer la minoría el derecho de nombrar auditor.

A mi juicio hubiera sido quizá interesante, con carácter general para las SL, la posibilidad de utilizar balance abreviado, aunque la mayor parte de las SL estarán incluidas dentro de los supuestos que permiten su realización.

En esta materia téngase en cuenta la Disposición Transitoria 12ª del Real Decreto Ley 7/1989 de 29 de diciembre sobre medidas presupuestarias, financiera y tributaria, que dispone que durante los ejercicios 1991 y 1992 podrán formar balance abreviado aquellas entidades que en el ejercicio de 1990 cumplan los requisitos exigidos por la LSA.

Ñ) NULIDAD DE SOCIEDADES.— En esta materia, remisión a la LSA. Tan sólo señalar que las correcciones, tanto técnicas como prácticas, que se advierten en la LSA se extienden a las SL. En particular:

—en el caso de nulidad por incapacidad de todos los socios fundadores, debería abrirse el período de liquidación, y ser los propios incapaces los que, en Junta, acordaran el nombramiento de liquidadores y la aprobación de la liquidación, lo cual parece insólito e, incluso grotesco.

—en el caso de que no concurra la voluntad efectiva de más de un socio, parece más sencillo que la apertura de un período liquidatorio la transmisión global de activo y pasivo, que no exige liquidación.

O) ACTOS ANTERIORES A LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO MERCANTIL.— El artículo 6 se remite a la LSA. De aquí deducimos:

a) Imposibilidad de transmitir las participaciones sociales antes de la inscripción de la Sociedad o de la inscripción del acuerdo de ampliación de capital

(no se refiere a él propiamente el artículo 6, pero por analogía debe de ser aplicada su doctrina).

b) Los actos y contratos no indispensables para la constitución de la Sociedad sólo vinculará a ésta si la acepta en el plazo de tres meses a partir de la inscripción.

c) Estimo sigue siendo válida la doctrina de la R. 2 de junio de 1986 de que es válida Junta General aun antes de que la Sociedad esté inscrita.

Aunque no se refiera a este epígrafe, señalar que en ningún caso puede estimarse aplicable el artículo 41 de la LSA, relativo a las adquisiciones de bienes en los dos años siguientes a su constitución que excedan del 10% del capital social.

P) MODIFICACIÓN DE LA ESCRITURA CONSTITUCIONAL. Tan sólo señalar la exigencia de mayorías cualificadas, como señala el artículo 17 de la Ley, salvo que los Estatutos exigieran otra superior.

La única novedad reseñable en esta materia es la referida a la prórroga de las Sociedades. El primitivo RRM exigía que la prórroga se inscribiera antes del término fijado para la Sociedad, lo que fue dulcificado por la doctrina de las RR. 4 y 19 de octubre de 1965 y 17 de octubre de 1967, señalando que bastaba estuviera otorgada la escritura de prórroga, aunque se inscribiera después.

Ahora, por analogía con lo dispuesto en el 205.2 RRM es preciso que la escritura esté otorgada y además presentada en el Registro Mercantil, pues de otro modo se producirá la disolución ope legis.

Q) FUSIÓN Y ESCISIÓN.— Remisión a la LSA. Simplemente señalar que la Ley no regula la llamada fusión impropia, o aquella en que se transmite globalmente activo y pasivo a un solo socio en caso de liquidación, y que la D.G. exigió publicidad análoga a la fusión (RR. 22 de junio de 1988 y 21 de noviembre de 1989).

R) DISOLUCIÓN.— La Ley distingue:

a) Disolución total: Iguales causas e iguales efectos que la SA (art. 30).

b) Disolución parcial, por consecuencia del ejercicio del derecho de separación ya analizado.

La disolución supone la apertura del período de liquidación, salvo que se produzca transmisión en bloque de activo y pasivo. La liquidación se practicará de conformidad con lo dispuesto por el CCo (art. 32 CCo). Remisión que no deja de ser criticable, pudiéndose haber hecho a la SA, mucho más moderna y completa.

La liquidación implica, antes de procederse al reparto del activo, la extinción del pasivo, sin que sea suficiente escritura en que los socios se adjudican el único bien social, sin previa extinción del mismo (R. 28 de julio de 1986).

III. JUICIO CRÍTICO A LA NUEVA REGULACIÓN SL

Gran parte de las consideraciones críticas pueden inducirse de lo dicho hasta ahora. En cualquier caso, dejar claro que se ha perdido una oportunidad para afrontar una reforma total de la SL y no simples retoques en su régimen jurídico.

A mi juicio cabría señalar a modo de resumen:

—falta de distinción entre escritura de estatutos.

—falta de un precepto sustantivo de aplicación subsidiaria de la LSA.

—la no admisión de desembolso parcial, tanto en la constitución como en las ulteriores ampliaciones, en igual línea que las legislaciones alemana e italiana.

—falta de regulación de transmisión de participaciones cuando llevan aparejadas prestaciones accesorias.

—falta de cautelas en materia de reducción de capital.

Asimismo, y aun cuando su cumplimiento sea exigido por las Directivas Comunitarias, me parece excesivo cargar al BORM con gran cantidad de datos relativos a SRL, que, dado su escaso número de socios y previsible pequeña dimensión, siendo suficiente la publicidad registral, así como me parecen excesivas las exigencias contables y de verificación de cuentas exigidas (aunque, en casi todos los casos podrán acogerse al balance abreviado).

El gran reto de las SL es ser atractivas a su potencial cliente. ¿Se podrá en el futuro invertir la relación entre SA y SL? La mayor parte de los autores se muestran escépticos, y el tiempo lo dirá. De todas formas, la exigencia desde el 27 de julio de un capital mínimo en las SA ha provocado un cambio sustancial. Mi experiencia práctica me dice que prácticamente se ha igualado el número de SA y SL constituidas, pero aún es pronto para calibrar el éxito de esta figura societaria.

No obstante el poco rodaje existente en la materia, sí cabe señalar que para las poco ortodoxamente llamadas sociedades de bienes (o en terminología fiscal, sociedad de tenencia de bienes), sin perjuicio de las consecuencias derivadas de su sometimiento a régimen de transparencia fiscal y del tenor literal del artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores, sí parece adecuada la SL, al obviar los problemas derivados de la necesidad de la valoración del experto independiente, y de la trascendencia fiscal de tal valoración, no ya a los efectos de comprobación de valores en Operaciones Societarias del I.T.P. y A.J.D. (que tras el Decreto Ley de 25 de abril de 1985 no cabe), sino en el más peliagudo de cálculo de incremento patrimonial en el Impuesto de la Renta de las Personas Físicas.

LAS SOCIEDADES COMANDITARIAS POR ACCIONES

En el vetusto Código de Comercio, la SCA estaba configurada como un tipo especial de sociedad comanditaria, y tan sólo el artículo 160 CCo trataba de ella.

La LAd introduce una regulación completa de la SCA, configurándola ya como un tipo nuevo, y no como una simple especialidad de la comanditaria ordinaria, introduciendo los artículos 151 a 157.

La realidad del tráfico, hasta ahora, había convertido a las sociedades comanditarias en verdaderas piezas de museo. Así, en 1987, de un total de 39.854 sociedades de todo tipo inscritas en el Registro Mercantil, tres fueron comanditarias. La situación en Europa es similar, pues sólo en Alemania y en Francia tienen cierta relevancia.

Observando la legislación comparada, vemos que hay dos grandes sistemas de configurar la sociedad comanditaria por acciones:

—el seguido por las legislaciones alemana y francesa, en las que la situación de los socios colectivos se aproxima a la sociedad regular colectiva, y la de los comanditarios a la de los accionistas de la SA, sistema que era seguido por el CCo en su parca regulación de la SCA.

—el seguido por la legislación italiana, que la considera como una sociedad capitalista, dividida toda ella en acciones, y en la que determinados socios responden ilimitadamente, ejercen la administración y disfrutan de un régimen de permanencia.

La SCA sigue el modelo italiano, y parte de la idea de colaboración entre uno o varios empresarios y uno o varios financiadores, y cuya función se limita a aportar, quedando la gestión en manos del empresario que, como corolario, responde ilimitadamente de las deudas sociales, y, además, que los derechos de socio de unos y otros están incorporados a títulos negociables denominados acciones. El artículo 151 CCo contiene, según es costumbre en el CCo, el concepto legal de tal Sociedad, o más bien, sus características: “La sociedad en comandita por acciones tendrá el capital dividido en acciones, que se formarán por las aportaciones de todos los socios, uno de los cuales, al menos, responderá personalmente de las deudas sociales como socio colectivo, en los términos previstos por los artículos 127 y 137”.

De aquí se deduce ya la contraposición entre dos tipos de socios:

—el denominado socio colectivo (si bien su situación jurídica difiere esencialmente de la del socio es la sociedad regular colectiva, como veremos), que responde ilimitadamente de las deudas sociales, y que es el único que puede llevar la gestión de la sociedad.

—los socios comanditarios, apartados de tal gestión, y que sólo responden con los bienes aportados.

ESPECIALIDADES DE SU RÉGIMEN JURÍDICO

a) REMISIÓN A LA LSA. El artículo 152 CCo dispone que se aplicará a la SCA la LSA, salvo lo que resulte incompatible con las disposiciones de esta sección.

En análogos términos, en el campo registral, el artículo 184 RRM.

Quizá criticar esta disposición por su simplicidad, pues la remisión, a mi juicio, debe hacerse teniendo por norte la propia esencia de la sociedad, y no solamente lo parco de la regulación legal.

b) SOCIOS.— No plantea especiales cuestiones. Tan sólo señalar:

—que pueden ser socios colectivos no sólo las personas físicas, sino también las jurídicas. El Anteproyecto de 1987 excluía, sin sentido, a éstas, lo que fue posteriormente enmendado.

—que ha de haber, al menos, un socio colectivo, que responda ilimitadamente. La falta de socio colectivo daría lugar a su disolución (157 CCo).

Pero ¿necesariamente ha de haber un socio comanditario, o lo que es igual, cabe pensar en una SCA en que sólo haya socios colectivos? En principio parece que estaríamos en una sociedad colectiva. Pero la postura ante tal interrogante ha de ser positiva, pues (i). Ningún precepto legal así lo exige, y no es causa de disolución. (ii) Porque las acciones comanditarias podrían ser adquiridas por los socios colectivos, sin que ello afectare a la estructura de la sociedad (iii). Porque con ello tampoco se causaría ningún perjuicio ni a la sociedad ni a los terceros.

c) DENOMINACIÓN. Del artículo 182.a) del RRM deducimos:

—que puede ser objetiva, lo cual supone una novedad al régimen actualmente vigente.

—que puede ser subjetiva, en cuyo caso sólo puede incluirse el nombre de los socios colectivos. El término “podrán” parece indicar que no es necesario que figuren todos, o se incluya “y Cía.”, exigiéndose tan sólo que los que aparezcan sean todos socios colectivos.

d) APORTACIONES.— La remisión general del artículo 152 CCo y 184 RRM a las Sociedades anónimas, y su no regulación específica, parece inducir a pensar la aplicación en bloque y sin más de los preceptos de LSA (art. 36 y ss.).

A mi juicio ello es claro para las aportaciones de los socios comanditarios, pero no tan claro respecto de los socios colectivos:

—creo que son innecesarias todas las medidas que protegen la existencia y realidad de la aportación, que debe ser un tema interno, pero sin trascendencia exterior, dada la responsabilidad ilimitada del socio colectivo, aunque bien es cierto que primero se hará excusión de los bienes sociales (237 CCo).

—no debe de haber problemas para la admisión del llamado socio industrial o aportador de trabajo. Es más, en las más de las veces será lo más conveniente a los intereses sociales, y si nos guiamos estrictamente por la LSA, sólo nos quedaría las prestaciones accesorias como forma de garantizar la prestación de su trabajo por el socio industrial.

e) DOCUMENTACIÓN DE LOS DERECHOS DE SOCIO.— Siguiendo el modelo italiano, todo el capital está representado en acciones. Ahora bien, es clara la existencia de dos tipos de accionistas (los socios colectivos y los comanditarios), por lo que por aplicación del artículo 49 LSA, debe haber dos clases de acciones (expresamente lo establecía el Anteproyecto, pero la cuestión fue posteriormente suprimida, a mi juicio por innecesaria). Asimismo, así como las acciones de los comanditarios pueden ser nominativas o al portador, pues a mi juicio nada se opone a ello, las de los colectivos han de ser necesariamente nominativas, dado que el nombre del socio colectivo ha de figurar en los Estatutos sociales.

Como señala VERGEZ SÁNCHEZ, la representación del derecho del socio colectivo en una acción no deja de plantear problemas en orden a su transmisibilidad, como veremos, y hubiera sido quizá deseable su no representación en acciones.

f) SITUACIÓN JURÍDICA DE LOS SOCIOS.— La más importante innovación de la reforma es precisamente delimitar con mayor precisión la situación jurídica de cada grupo de socios:

a) Socios colectivos. Hasta ahora, se identificaba con el socio colectivo de la sociedad regular colectiva. Ahora cambia sustancialmente; la responsabilidad ilimitada puede cesar sin dejar de ser socio, mediante su cese como administrador, en relación con las deudas posteriores a la publicación de su inscripción en el Registro Mercantil (155.3 CCo). Este precepto tiene su justificación en el hecho de que la responsabilidad ilimitada es la consecuencia del poder de dirección, y del efecto de la publicación respecto a terceros.

b) El socio comanditario, hasta ahora, era un mero comparsa en el tema de la administración. Tras la reforma, no es administrador, pero, vía Junta General, puede proceder al cese del mismo o al nombramiento de otro, siempre que sea socio colectivo.

En todo lo demás, se aplicarán las normas de las sociedades anónimas.

g) **TRANSMISIÓN DE LOS DERECHOS DE SOCIO.**— Uno de los puntos menos claros en la nueva regulación es el tema de la transmisión de las acciones y, en consecuencia, de los derechos de socio.

No plantea problema especial la transmisión de las acciones de los socios comanditarios.

—El problema reside en la transmisión de las acciones de los socios colectivos. Hasta ahora se exigía el consentimiento de los demás socios, por aplicación del 143 CCo. La reforma nada dice al respecto, por lo que habremos de acudir a las normas de la LSA, que parten del principio general y de orden público de la transmisibilidad de las acciones. Ahora bien, como el nombre de los socios colectivos ha de constar en Estatutos (154 CCo), se plantea el dilema:

(i) O se establece la libre transmisibilidad, en cuyo caso se produce de hecho y de derecho una modificación estatutaria por acto unilateral de un socio.

(ii) O se exige la autorización de la Sociedad para transmitir, y con acuerdo adoptado con las mayorías para modificar Estatutos. Éste es a mi juicio el criterio que debería haberse adoptado, teniendo en cuenta la importancia de la persona del socio colectivo. No obstante, con todo, creo que el artículo 154 CCo debe prevalecer sobre LSA.

La resolución de la Junta, caso de ser negativa, debería ser fundada, y podría ser impugnada por el socio, si le causa un perjuicio grave sin motivo justificado, por el procedimiento especial que regula LSA para la impugnación de los acuerdos sociales.

h) **EN CUANTO AL ÓRGANO SOBERANO.**— Este Órgano soberano es, por aplicación de la LSA, la Junta General de Accionistas. El artículo 156 CCo se refiere a esta Junta General, con dos especialidades:

—Si la modificación de Estatutos tiene por objeto el nombramiento de administradores, la modificación del régimen de administración, el cambio de objeto social o la continuación de la sociedad más allá del término previsto en los estatutos, el acuerdo exigirá además el consentimiento expreso de todos los socios colectivos.

Se introduce en consecuencia un “derecho de veto” para las grandes decisiones que afecten a la vida de la Sociedad.

—En los acuerdos que tengan por objeto la separación de un administrador, el socio afectado deberá abstenerse de participar en la votación.

En todo lo demás, nos remitimos al régimen de las Juntas en la SA.

i) EN CUANTO A LOS ADMINISTRADORES. El artículo 155 CCo determina que la administración de la Sociedad ha de estar necesariamente a cargo de los socios colectivos, quienes tendrán las facultades, derechos y deberes de los administradores de la SA.

El nombramiento de administradores puede constar en Estatutos sociales o en acto separado (constitutivo o posterior).

Como reglas adicionales dispone:

—El nuevo administrador asumirá la condición de socio colectivo desde el momento en que acepte su nombramiento. Precepto a mi juicio incorrecto, pues no es socio por el solo hecho de ser administrador: lo que se produce más bien es la asunción de una responsabilidad ilimitada.

—El cese del socio colectivo como administrador (y consecuentemente con lo expuesto anteriormente, del administrador no socio) pone fin a su responsabilidad ilimitada, con relación a las deudas sociales que se contraigan con posterioridad a la publicación de su inscripción en el Registro Mercantil (155.3 CCo).

En cuanto a la forma y constancia registral del nombramiento, se estará a lo establecido para las SA. El nombramiento de administrador fuera del acto constitutivo exige unanimidad de los socios colectivos (156.2 CCo), si tal nombramiento constara en Estatutos.

CESE DEL ADMINISTRADOR. El cese del administrador puede ser debido:

a) Por el transcurso del tiempo. El plazo de nombramiento no puede exceder de 5 años (art. 126 LSA).

b) A su propia iniciativa: es la dimisión. Nos remitimos a lo dispuesto en la SA.

c) Por su separación por acuerdo social. El artículo 155.2 exige para la separación la modificación de Estatutos, con las mayorías cualificadas para tal caso. Si tuviera lugar sin justa causa, tendría derecho a la correspondiente indemnización.

j) **DISOLUCIÓN.**— El artículo 157 CCo dispone que con independencia de las causas de disolución previstas en la LSA, la sociedad se disolverá por fallecimiento, cese, incapacidad o quiebra de todos los socios colectivos,

salvo que en el plazo de seis meses y mediante modificación de Estatutos, se incorpore algún socio colectivo o se acuerde la transformación en otro tipo social.

Como novedad señalar que a la disolución en tales supuestos no se procede “ope legis”, sino que, como manifestación del principio de conservación de la empresa, se concede un plazo para intentar reconducir la situación (como en la mayor parte de las legislaciones foráneas).

JUICIO CRÍTICO. PERSPECTIVAS FUTURAS

La nueva regulación de la SCA trata de revitalizar una antigualla histórica, lo cual, a mi juicio, va a ser tarea imposible. La multiplicidad y flexibilidad de los demás tipos sociales harán, a mi juicio, que se acuda a otro tipo societario, y que la SCA siga siendo una curiosidad científica. La regulación legal, por otro lado, no deja de adolecer de importantes defectos y lagunas, como hemos apuntado someramente. En cualquier caso, la tarea acometida ha de juzgarse positivamente en su conjunto.

VERGEZ SÁNCHEZ estima que la forma comanditaria por acciones podría tener cierto interés para:

—estructura jurídica apta para proyectos de envergadura, que exijan la permanencia de un grupo coherente y fuerte de gestión que, en contrapartida, asuma la responsabilidad.

—como forma de financiación de empresas públicas, en que los ciudadanos responden limitadamente, y el ente público de forma ilimitada, asumiendo la gestión de la compañía.

—como forma atípica de financiación. En vez de emitir obligaciones u otros títulos de renta fija, se hace SCA, en la que el financiado asuma la gestión y responsabilidad, ofreciendo al inversor una posición jurídica como socio más sólido que como simple acreedor.

LOS CABILDOS INSULARES EN EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE CANARIAS

ADOLFO JIMÉNEZ JAÉN
ABOGADO

SUMARIO

1. ANTECEDENTES.
2. REGULACIÓN DE LOS CABILDOS
 - a. Constitución
 - b. Estatuto de Autonomía.
3. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS CABILDOS
 - a. Doctrina
 - b. Consejo Consultivo de Canarias.
4. LOS CABILDOS EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CANARIAS
 - a. Introducción
 - b. Funciones específicas.

1. Funciones de colaboración en el desarrollo político-institucional de Canarias.
2. Funciones de desarrollo de competencias regionales
 - 2.1. Competencias Transferidas
 - 2.2. Competencias Delegadas.
3. Funciones de ejecución administrativa de acuerdos del Gobierno Regional
 - 3.1. Colaboración en el desarrollo y ejecución de los acuerdos adoptados por el Gobierno de Canarias.
 - 3.2. Representación ordinaria de la Administración autonómica.
5. CONCLUSIONES.

1. ANTECEDENTES

Teniendo en cuenta que los antecedentes remotos de los Cabildos se encuentran en la organización que después de la conquista surge en las islas, los antecedentes próximos los tenemos en la Ley de 11 de julio de 1912 dictada tras un largo período de luchas internas entre los diferentes sectores de las islas, principalmente mayores, por hegemonizar la dirección política y económica de las islas.

En la Ley de 11 de julio de 1912, y en su Reglamento de 12 de octubre del mismo año, los Cabildos surgen como un nivel intermedio entre los municipios y la provincia teniendo primordialmente competencias de coordinación y colaboración con los municipios en la prestación de sus servicios.

En cuanto al régimen de sus competencias hay que decir que éstas se dividen en propias (las mismas que las de las Diputaciones Provinciales), como Corporaciones de categoría superior a los Ayuntamientos (atribuidas asimismo a las Diputaciones y Comisiones Provinciales por la Ley municipal y Real Decreto de 24 de marzo de 1891) y las consultivas en materia de aguas, fomento, instrucción, sanidad y obras públicas.

El Estatuto Provincial de 1925 mantiene la existencia de los Cabildos, y al igual que el Texto refundido de la Ley de Régimen Local de 24 de junio de 1955, los asimila a las Diputaciones Provinciales, otorgándoles las mismas competencias.

2. REGULACIÓN DE LOS CABILDOS

a. Constitución

La única mención que la Constitución hace de la entidad local, isla y de su órgano de gobierno y administración, el Cabildo, es el artículo 141,4 en el que dispone que *“en los Archipiélagos, las islas tendrán además su administración propia en forma de Cabildos o Consejos”*.

b. Estatuto de Autonomía

El Estatuto de Autonomía dedica varios de sus artículos a las islas y a los Cabildos.

En primer lugar, en el Título preliminar, define el territorio de la Comunidad Autónoma en base a las islas e islotes (Art. 2).

Entre los objetivos de los poderes públicos de Canarias se encuentra el del desarrollo equilibrado entre las islas, concretando así el mandato del artículo 138 de la Constitución de tener en cuenta el hecho insular (Art. 5).

Finalmente, define los poderes públicos de Canarias distinguiendo entre los poderes de la Comunidad Autónoma (Parlamento, Gobierno y Presidente) y los de las islas, al disponer que éstas tendrán, además *“su administración propia en forma de Cabildos, que seguirán regulándose por su legislación específica. Ejercerán asimismo las funciones que este Estatuto les reconoce”* (Art. 7).

En la sección primera del Título I, es decir, en el dedicado al Parlamento de Canarias, otorga la posibilidad de presentar iniciativas legislativas a los Cabildos Insulares (Art. 11.4).

En la sección segunda del mismo Título, al regular al Gobierno y la Administración Autonómica, establece en el artículo 21 que:

“La Comunidad Autónoma podrá ejercer sus funciones administrativas, bien directamente, bien por delegación, a través de órganos dependientes del Gobierno canario o de los Cabildos Insulares, de conformidad con lo que disponga una Ley del Parlamento de Canarias” (Art. 22.3).

Finalmente, en la sección tercera regula *“El Gobierno de los territorios insulares”*, conteniendo un solo artículo:

*“1. Canarias articula su organización territorial en siete islas, y éstas a su vez en municipios, cuyas instituciones de gobierno local son, respectivamente, los Cabildos Insulares y los Ayuntamientos.
2. El Cabildo constituye el órgano de gobierno y administración insular. Tendrá autonomía plena en los términos que establece la Constitución y su legislación específica conforme a lo dispuesto en el artículo treinta y dos del presente Estatuto.*

3. A los Cabildos Insulares les corresponde el ejercicio de las funciones que les son reconocidas como propias; las que les transfieran o deleguen, por la Comunidad Autónoma, y la colaboración en el desarrollo y la ejecución de los acuerdos adoptados por el Gobierno canario, en los términos que establezcan las Leyes de su Parlamento. Las transferencias y delegaciones llevarán incorporadas los medios económicos, materiales y personales que les correspondan.

Los Cabildos asumen la representación ordinaria en cada isla de la Administración autónoma, y ejecutan en su nombre, cualquier competencia que ésta no ejerza directamente a través de órganos administrativos propios.

4. El Gobierno canario coordinará la actividad de los Cabildos Insulares en cuanto afecte directamente al interés general de la Comunidad Autónoma” (Art. 22).

3. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS CABILDOS

a. Doctrina

Para ALCÁZAR CREVILLÉN (*Las transferencias de competencias de la Comunidad Autónoma de Canarias a los Cabildos Insulares*, en Revista Canaria de Administración Pública, número 0, 1989), el Estatuto canario, frente a la opción integradora vasca, no erigía a los Cabildos en la única instancia ejecutora de las funciones administrativas no normativas de la Comunidad. Al contrario, permitía a la misma la creación ex novo de su propia Administración Pública (artículo 21.1) permitiéndose el ejercicio de sus funciones administrativas directamente a través de esta Administración propia (art. 21.3) (páginas 13 y siguientes).

El Profesor DE LA CUÉTARA (“*Encuadramiento de los Cabildos Insulares en la Estructura Organizativa de la Comunidad Autónoma de Canarias*”, Boletín de Documentación, número 13) diferencia entre la autonomía política-jurídica de la Comunidad Autónoma y la autonomía local, quedando sus órganos colocados en un plano superior al de cualquier institución local, y por consiguiente y en cuanto los Cabildos son Corporaciones Locales también a éstos (página 31).

Para el Profesor PAREJO ALFONSO (*Dictamen acerca de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración Pública Canaria*) los Cabildos son, en el Estatuto (art. 22.1), primariamente Instituciones de Gobierno local de las correspondientes islas. Su calificación más concreta (art. 22.2) como órganos de gobierno y administración insular no altera lo anterior y representa tan sólo la utilización estatutaria de la previsión contenida en el número 4 del artículo 141 de la C.E. Se trata, pues, ante todo de entes locales, calidad que imprime su carácter (página 42).

Así se deduce —sigue este autor— de su mención junto con los municipios en el número 1 del artículo 22 del Estatuto, el mantenimiento de su legislación específica por el artículo 7.2 y la referencia de su autonomía a esa legislación y a la que se dicte con base en el título competencial “régimen local” por el número 2 del propio artículo 22. Precisamente por ello, el número 3 de este último precepto estatutario distingue en las competencias insulares las propias (las que los Cabildos ostentan como entes locales) y las delegadas o transferidas por la Comunidad Autónoma.

Ahora bien, de la posibilidad de transferir y delegar competencias a los Cabildos, así como de su utilización como gestores materiales de actividades autonómicas, se deduce que el Estatuto no constriñe a los Cabildos a su posición de ente local. Por el contrario, de la regulación del artículo 22 se deduce que *“en el Estatuto los Cabildos asumen una posición bifronte: son entes locales, pero al mismo tiempo instituciones de la Comunidad Autónoma. En otras palabras: el Estatuto atribuye a estas organizaciones insulares un papel de gozne o bisagra en la articulación de la Administración Pública canaria último escalón territorial de la Administración autonómica y primer escalón de la Administración local, debiendo advertirse que su utilización en el primer sentido se cumple sin perjuicio de su naturaleza de ente local, es decir, sin alterar ésta”* (página 43).

b. Consejo Consultivo de Canarias

La cuestión que surge de esta regulación es si la misma supone que los Cabildos se han integrado en la estructura institucional de la Comunidad Autónoma, al mismo nivel que el Parlamento o el Gobierno de la misma.

El Consejo Consultivo de Canarias ha dicho que de la regulación estatutaria no cabe deducir la confusión de los intereses a que respectivamente sirven uno y otro orden de instituciones, sino el evidenciar *“la existencia de una*

zona difusa, que el Anteproyecto procura precisar estableciendo hasta donde es posible la frontera entre uno y otro ámbito. Una imbricación de la que va a derivar, como veremos, que siendo los cabildos entes locales sometidos como tales a la legislación que ordene su régimen, estén sometidos igualmente a la legislación que regule sus indicados cometidos estatutarios, parte de la cual, precisamente, se contiene en el Anteproyecto que dictaminamos” (Dictamen 1/1985, de 31 de octubre).

Tampoco cabe deducir del Ordenamiento Jurídico actual que los Cabildos sean propiamente Instituciones de la Comunidad Autónoma, o como precisa el propio Consejo, no *“se incluyen en su estructura institucional propiamente dicha, sino que son instituciones locales dotadas de una particular autonomía y regulación, fundamentalmente estatal, que como señaló el Consejo en su Dictamen número 1, de 31 de octubre de 1985, son «coadyuvantes estatutarios en la prosecución de los fines de la Comunidad Autónoma Canaria»” (Dictamen 25/1987, de 4 de diciembre).*

Finalmente, de esta regulación tampoco se puede deducir que se puedan trasladar a los Cabildos, so pena de decir que son instituciones de la Comunidad Autónoma, las competencias estatutarias de la misma, ya que como ha precisado el Consejo en su Dictamen 1/1989, de 3 de abril, *“Los Cabildos no son en modo alguno titulares constitucionales, estatutarios o legales de competencias autonómicas, ni tampoco pueden ejercer como tales titulares los poderes que se les transfieran o deleguen y aquellos otros de carácter administrativo que no realice la Administración comunitaria, lo que no es sino manifestación o reflejo de la condición de «coadyuvantes estatutarios en la prosecución de los fines de la Comunidad Autónoma»”.*

4. LOS CABILDOS EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CANARIAS

a. Introducción

La Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas de Canarias, Ley 14/1990, de 26 de julio, mantiene la clasificación que la Ley anterior hacía en cuanto a las funciones de los Cabildos, que las dividía en funciones como entes locales y como instituciones de la Comunidad Autónoma. Así, el preámbulo expresa que como Instituciones de la Comunidad Autónoma, *se desarrollan las facultades conferidas a los mismos por el Estatuto de Autonomía*

en las materias de iniciativa legislativa ante el Parlamento Regional, representación ordinaria del Gobierno de Canarias y ejercicio de las competencias administrativas propias de la Comunidad Autónoma. Como Entidades Locales se desarrollan los diversos sistemas de atribución de competencias, propias de su esfera de autonomía constitucionalmente garantizadas iniciándose ya la incorporación a tal esfera de concretas funciones administrativas hasta ahora prestadas por la Administración de la Comunidad Autónoma”. Esta diferenciación carece de lógica como podremos comprobar a continuación.

El Tribunal Constitucional en su sentencia de 28 de julio de 1981 entendió la Autonomía como el derecho de las entidades locales a *“participar, a través de órganos propios, en el gobierno y administración de cuantos asuntos le atañen, graduándose la intensidad de esta participación en función de la relación entre intereses locales y supralocales dentro de tales asuntos o materias”*. El Estatuto parte de la misma concepción de autonomía, es decir, de una concepción *participativa* de la autonomía local, y en este sentido, lo que hace es prever los diferentes medios por los que se puede realizar dicha participación de los Cabildos en la Administración de los asuntos que le atañen.

Del texto del Estatuto de Autonomía de Canarias se deduce una concepción contraria a la división de los intereses de los Cabildos y de la Comunidad Autónoma en compartimentos estancos. Antes al contrario, su visión de la autonomía local es claramente integradora: como ha puesto de manifiesto NIETO GARCÍA (*“Los Cabildos Insulares en el Estado de las Autonomías”*, Boletín de Documentación, número 14) *“la concepción de intereses que se ha desarrollado, operaba en beneficio, por así decirlo, de los Cabildos, habida cuenta de que el reconocimiento de su interés no sólo se reflejaba en la atribución de competencias concretas y exclusivas, sino que, además, le habilitaba para una participación en la gestión de cualquier clase de materias, aunque no fueran origen de competencias exclusivas, con tal de que se acreditara el interés sobre las mismas. En otras palabras: el interés insular generaba en algunos casos (a la manera de círculo estrecho) competencias exclusivas de los Cabildos, mientras que en otros (a la manera de un círculo concéntrico más amplio) generaba, ya que no una competencia exclusiva, una participación en la gestión”* (página 92).

Por ello debemos concluir que la regulación por el Estatuto de las técnicas que veremos a continuación muestra a las claras que éste ha asumido la concepción participativa de la autonomía local, lo que lleva a la conclusión de que las competencias de los entes insulares no serán en todo caso exclusivas

y excluyentes, como lo serían si se entendiera los intereses de los Cabildos como compartimentos estancos, lo que conllevaría, sin duda a una reducción de su ámbito de autonomía.

b. Funciones específicas

No trataremos en este punto de estudiar todas las funciones que el Estatuto encomienda a los Cabildos, sino que nos limitaremos a comentar las novedades introducidas en la Ley de 26 de julio de 1990.

1. Función de colaboración en el desarrollo político-institucional de Canarias

Nos referimos en este epígrafe a la iniciativa legislativa que el Estatuto reconoce a los Cabildos Insulares.

Según el artículo 12.4 del Estatuto de Autonomía, los Cabildos tienen atribuida la iniciativa legislativa en el Parlamento de Canarias.

No es ésta una competencia administrativa, sino que en la misma está implícita una manifestación política del órgano de Gobierno insular tendente a iniciar el procedimiento para que el Parlamento legisle sobre una determinada materia. Ciertamente, esta competencia no supone, como ha puesto de manifiesto el Consejo Consultivo de Canarias, ninguna forma de *“participación en el poder de la Comunidad Autónoma que comporte cualquier tipo de atribución de parcelas del mismo, por mínimas que éstas sean”* (Dictamen 1/1989, de 3 de abril). Además, el Parlamento no está vinculado por la iniciativa del Cabildo, pudiendo rechazarla, o modificarla.

La regulación de la iniciativa en la Ley es necesariamente parca, puesto que toda la tramitación interna de la Propuesta es competencia del Reglamento de la Cámara. La Ley se refiere únicamente a los aspectos formales (Art. 38), y a los referentes a la iniciación de su tramitación en el Parlamento (Art. 39).

Dos novedades presenta la Ley de 26 de julio con respecto a este tema: una es la previsión de poder proponer a la Cámara el que ésta haga uso de su potestad de presentar (o solicitar su presentación) iniciativas legislativas ante el Congreso de los Diputados (Art. 12, e) del Estatuto de Autonomía), y la otra es un trámite de audiencia en la preparación de los Proyectos de Ley, o informes del ejecutivo sobre las Proposiciones de Ley, en el caso de que las mismas limiten las competencias transferidas a los Cabildos.

Con respecto a esta última previsión se presenta la duda acerca de las proposiciones de Ley que debe informar el ejecutivo, dados los términos en los que esta materia se encuentra regulada en el Reglamento del Parlamento (Art. 113).

El trámite de informe del Gobierno se refiere a aquellas Proposiciones de Ley que supongan aumento de créditos o disminución de ingresos, y su razón de ser se encuentra en la reserva de la iniciativa presupuestaria que se reserva al Gobierno, y en la necesidad de que el Gobierno pueda cumplir su Programa de acuerdo con el Presupuesto aprobado por la Cámara, de tal forma que no esté sujeto a vaivenes que le impidan racionalizar su política de gastos anuales.

Por lo tanto, no se ve la funcionalidad de que los Cabildos informen al Gobierno en el caso de las Proposiciones de Ley que se le remitan por el Parlamento para que éste dé su parecer, porque en este trámite, ninguna posibilidad de enmienda cabe reservar al Gobierno, y por lo tanto, no es posible que éste pretenda la modificación de la Proposición, en el caso de que, libremente, decidiera hacer suyo el parecer de alguno de los Cabildos, puesto que el Reglamento de la Cámara, en una materia en la que además existe reserva absoluta para el mismo según el artículo 11.2 del Estatuto de Autonomía, sólo permite que muestre su disconformidad en el caso de que suponga modificaciones presupuestarias, y el Gobierno ha de limitarse a informar sobre este supuesto.

Poca operatividad se le ve entonces al informe que los Cabildos puedan emitir con respecto a las Proposiciones de Ley.

2. Funciones de desarrollo de competencias regionales

2.1. Competencias Transferidas

La Transferencia de funciones es una novedad que introduce el Estatuto, siguiendo la dualidad que el artículo 150.2 de la Constitución introduce en las relaciones entre el Estado y la Comunidad Autónoma. Ahora bien, no cabe confundir una y otra técnica, ya que son distintos los supuestos entre los que actúa, y las bases que en cada caso enmarcan la operación a realizar.

En términos generales la transferencia hace referencia a cualquier operación de redistribución de funciones entre entes de distinto nivel político. La transferencia sería así un género en el que se podría incluir desde la delegación, a la asignación de competencias por gestión ordinaria, etc.

En sentido estricto, la transferencia hace referencia a una especie concreta de traslación competencial que se diferencia tanto de la definición de competencias como propias como de la delegación de competencias.

En el primer caso, la operación consistiría en la definición del propio ámbito de interés del ente local, y por tanto, estaríamos ante uno de los elementos esenciales de la definición de la autonomía local, su aspecto competencial u objetivo. En la definición de las competencias como propias se está ante un interés que el legislador entiende como preponderantemente local y, en consecuencia, debe proceder a atribuir la competencia correspondiente al ente local.

En el supuesto de las competencias delegadas, el ente local actúa bajo el estricto control del ente delegante, que es quien tiene la plena disposición sobre la competencia, que puede llegar incluso a decidir la forma en que ha de ejecutarse la misma.

Los caracteres generales de la transferencia vienen definidos por los siguientes parámetros:

La competencia responde a un interés preponderantemente regional manteniendo la Comunidad Autónoma la titularidad básica y esencial de la competencia, y otorgando a los Cabildos el ejercicio de aquellas funciones que no pongan en peligro el interés regional preponderante en la competencia. En definitiva, como ha puesto de relieve el Consejo Consultivo (Dictamen 25/1987, de 4 de diciembre) *“las competencias transferidas son autonómicas y continúan siéndolo tras su transferencia, cabiendo su atribución, limitación, modulación o recuperación por los poderes estatutarios de la Comunidad Autónoma Canaria sin interferencias por parte de los Cabildos, máxime si se considera que tales competencias no tienen en ningún caso carácter normativo, sino ejecutivo”*.

La Comunidad Autónoma conserva amplios poderes de conformación de la competencia transferida, no sólo posee la capacidad legislativa y reglamentaria externa, sino que además las transferencias llevan incorporados controles sobre los actos de ejecución que el Cabildo pueda realizar sobre la competencia transferida. En este sentido, el Consejo Consultivo ha resaltado que la cuestión de los controles sobre las competencias no es simplemente un problema de voluntarismo político, sino de auténtico *“«orden público» autonómico, pues sea cual sea el alcance de la redistribución, la responsabilidad del correcto ejercicio de la función transferida, su titularidad «latente», sigue residenciada en el ente que la atribuye”* (Dictamen 1/1989, de 3 de abril).

Finalmente la transferencia se refiere estrictamente a potestades administrativas. Es preciso recordar que la Constitución y el Estatuto son los que han definido el entramado institucional y el reparto de poderes entre el Estado central y la Comunidad Autónoma. Es decir, a la Comunidad Autónoma le corresponden potestades legislativas y ejecutivas en el ámbito de sus competencias. En este sentido, las potestades legislativas corresponden en exclusiva al Parlamento autónomo, la ejecutiva al Gobierno de Canarias, siendo únicamente en las potestades administrativas en las que el Estatuto permite la descentralización en los entes locales, concretamente insulares (art. 21.3).

La Ley 14/1990, de 26 de julio contiene una nueva regulación de la Transferencia, que la diferencia de la configuración que de ella hemos hecho en base a la doctrina del Consejo Consultivo. En efecto, la competencia transferida se *“ejerce en régimen de autonomía”* (art. 44), atribuyéndose a los Cabildos *“la titularidad y el ejercicio de las competencias y funciones que de forma predominante, satisfagan un interés insular”* (art. 45.1), sometiendo *“al régimen jurídico y financiero regulador del ejercicio de las competencias propias de cada Administración”* (artículo 46.1).

A esta regulación hay que cuestionar los siguientes puntos:

1. Se traspasa a los Cabildos la titularidad de la competencia, operación no permitida por el Estatuto que en su artículo 21.3 establece claramente que es la Comunidad Autónoma la que ejerce *sus* competencias a través de los Cabildos, no pudiendo, en consecuencia, perder la titularidad de las mismas. Además, como ha puesto de manifiesto el Consejo Consultivo, sólo se puede entender traspasada la titularidad de la competencia cuando *“realmente se le transfieren todas las funciones afectadas por la competencia, y en este punto quizás sea significativo recordar que el art. 22.3 EACan, habla de «transferencia de funciones»”* (Dictamen 1/1989, de 3 de abril).

2. Desaparece la medida prevista en la anterior ley de que los Decretos de Transferencia incluyeran los medios de control oportunos (art. 48.6 de la Ley 8/1986, de 18 de noviembre), estableciéndose un conjunto de medidas destinadas a garantizar la legalidad y eficacia en la prestación de los servicios, confundiendo así lo que son controles de legalidad de los de oportunidad, que en todo caso, al seguir siendo la competencia regional debió prever la Ley.

2.2. Competencias Delegadas

La delegación de competencias es una técnica prevista en la Ley de bases de Régimen Local destinada a lograr que las Administraciones locales puedan

participar en ámbitos competenciales pertenecientes originariamente a las Administraciones superiores. Esta técnica está al servicio del logro de una mayor eficacia administrativa, y en su configuración actual más, al considerar como actos propios del ente local los dictados en virtud de la delegación, por contraposición a la visión centralista de esta técnica que estimaba como actos propios del ente delegante los dictados por el delegado.

La Ley de 26 de julio de 1990 responde a la configuración de la delegación que se desprende de la Ley de Bases de Régimen Local, introduciendo pequeñas novedades, como son la de la negociación de los Decretos de delegación (art. 52), la regulación detallada de los medios materiales y personales que conlleva la delegación (art. 53), el requerimiento previo a la suspensión o revocación de la delegación, y la comunicación al Parlamento de la decisión de revocar la misma decidiendo en última instancia el mismo sobre la procedencia o no de tal decisión (art. 55).

La característica esencial de esta técnica es su flexibilidad que permite que en cada caso concreto se utilicen aquellos medios de control necesarios, por lo que cada delegación se regulará de acuerdo con la importancia que el interés regional implícito en la competencia permita. Cada competencia tendrá pues una regulación diferente, conforme con los intereses en presencia, lo que sin duda permitirá una mayor utilización de esta fórmula de distribución competencial.

3. Funciones de ejecución administrativa de acuerdos del Gobierno Regional

3.1. Colaboración en el desarrollo y ejecución de los acuerdos adoptados por el Gobierno de Canarias.

El Estatuto de Canarias habla en este punto de “*colaboración en el desarrollo y la ejecución de los acuerdos adoptados por el Gobierno canario*” (artículo 22.3).

Para PAREJO ALFONSO (*Dictamen acerca de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas Canarias*) no estamos aquí ante una delegación de funciones, sino más bien de un supuesto en el que “*la organización insular es utilizada como si fuera Administración al servicio de la Comunidad Autónoma. Actúa para ésta. La figura debe calificarse de préstamo de órganos, supuesto conocido en Estados descentralizados como el federal alemán. La Administración opera en calidad de Administración indirecta de la entidad regional*” (página 52).

Este mismo autor equipara esta figura a la “gestión ordinaria” prevista en la Ley de Proceso Autonómica (y posteriormente en la Ley de Bases de Régimen Local). Ésta es la opinión del Consejo Consultivo de Canarias que cita expresamente en este punto el artículo 5.1 de dicha Ley (Dictamen 1/1989, de 3 de abril).

La nueva Ley de Cabildos, cierra esta posibilidad al suprimirla de su articulado, al considerar que no se contenía en el Estatuto, aun en contra del criterio doctrinal, por ejemplo el de DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, en el estudio citado que dice que *“ello es posible desde el punto y hora en que los Cabildos asumen la representación ordinaria en cada isla de la Administración autónoma y ejecutan en su nombre toda competencia que no sea ejercida directamente por esta última a través de órganos periféricos propios”* (página 57).

3.2. Representación ordinaria de la Administración autonómica.

El Consejo Consultivo, en su Dictamen 1/1989, de 3 de abril, al estudiar esta técnica la diferencia de la “representación institucional” que corresponde al Presidente del Gobierno de Canarias según el Artículo 3.1 de la Ley 1/1983 de 14 de abril, según la cual le corresponde *“presidir en nombre de la Comunidad Autónoma todos los actos celebrados en Canarias a los que concurra”*.

Por el contrario la representación que aquí comentamos es una representación ordinaria, no de la Comunidad, sino de la Administración Autonómica, y viene a suponer la utilización de los Cabildos como oficinas de registro y entrada de documentos dirigidos a la Administración Autonómica, y a la creación de una oficina de Información de las actividades de la misma Administración comunitaria.

La nueva Ley incrementa estas funciones con el deber de aplicar estrictamente y velar por el cumplimiento de las Leyes y reglamentos de la Comunidad Autónoma, y ejecutar los acuerdos del Gobierno de Canarias. Añade un precepto que ya no se incluye en este concepto de “representación ordinaria” y es el de la representación protocolaria del Gobierno, obsérvese que no ya de la Administración, en los actos que se celebren en la isla a los que no concurra ningún miembro del Gobierno canario.

5. CONCLUSIONES

El Estatuto de Autonomía, acogiendo la noción de autonomía local que contempla la Constitución, ha previsto una serie de funciones de los Cabildos tendentes a hacerles participar en la gestión de aquellos intereses que no siendo tradicionalmente de carácter local, son de interés para las islas.

En este sentido, los cabildos han incrementado notablemente su círculo de actuación, que, de otra forma, aferrados a la noción de intereses propios, exclusivos y excluyentes, hubieran llevado a una importante reducción del ámbito de sus intereses.

Por contraposición a la noción de intereses propios y exclusivos, hoy los intereses de los Cabildos son todos los intereses públicos, especialmente aquellos que se refieren a las competencias recogidas en el Estatuto, y en virtud de esta ampliación de intereses, se reconocen las distintas funciones que hemos visto, como medios para ese *derecho a la participación* que supone la autonomía local tal y como ha dicho el Tribunal Constitucional.

Esas funciones se han visto desarrolladas por la Ley de 18 de noviembre de 1986, y de 26 de julio de 1990, si bien ésta, en la regulación concreta de algunas de estas funciones podría haber supuesto un mayor campo de actuación, si hubiera diferenciado las competencias propias de las transferidas, regulando éstas de una manera más flexible, e incluyendo las funciones de gestión ordinaria que han desaparecido en la nueva Ley.